



**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO**

CAMILA TIMÓTEO DE LIMA

**CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA:
uma reflexão sob a ótica da legalidade penal**

**RECIFE
2021**

CAMILA TIMÓTEO DE LIMA

**CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA:
uma reflexão sob a ótica da legalidade penal**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade Damas da
Instrução Cristã como requisito para a
obtenção do Título de Bacharela em
Direito

Orientador: Prof. Dr. André Carneiro Leão

RECIFE

2021

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB-4/2116

L732c Lima, Camila Timóteo de.
Criminalização da homofobia: uma reflexão sob a ótica da legalidade penal / Camila Timóteo de Lima. - Recife, 2021.
48 f.

Orientador: Prof. Dr. André Carneiro Leão.
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2021.
Inclui bibliografia.

1. Homofobia. 2. Transfobia. 3. ADO nº 26. 4. Legalidade penal. I. Leão, André Carneiro. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título.

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2021.2-051)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ

CURSO DE DIREITO

CAMILA TIMÓTEO DE LIMA

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA: uma reflexão sob a ótica da legalidade penal.

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Examinador(a):

AGRADECIMENTOS

Além de ser a mais prazerosa, agradecer, certamente, é a parte mais fácil.

O caminho até aqui é que foi duro.

Enquanto redijo esses agradecimentos, avalio, em retrospectiva, toda minha trajetória acadêmica, a qual começou, saliento, muito antes de ingressar no tão sonhado curso de Direito da Faculdade Damas. E, de plano, faço logo uma constatação: ter chegado até aqui não foi um mérito meu, ao menos não exclusivamente. Há uma imensa gama de pessoas e circunstâncias que me ajudaram, que guiaram meus passos, auxiliaram-me de toda forma possível e imaginável... É a todos eles que dedico este trabalho.

Em primeiro lugar, claro, a Deus e a minha mãe, Silvânia. Sem ela, não é piegas dizer, eu não existiria. Desde do início foi o mais confiável dos suportes, que sempre me apoiou nos meus desejos e, acima de tudo, quem eu sou. Parte da minha essência eu devo a eles, assim como parte deste trabalho.

Em segundo lugar, a minha amiga, Ericka, que me ajudou muito nessa longa jornada. Ingressar na FADIC só foi possível graça a você. Porque sem a inestimável contribuição dela em relação a meus estudos, possivelmente tudo seria diferente.

A Janecléide, por estar sempre do meu lado ao longo desta caminhada árdua, me apoiando e segurando minha mão nos momentos difíceis.

De modo geral, a toda minha família.

Ao meu orientador, André Carneiro Leão, o qual tenho a honra de poder encarar como mestre e mais que atencioso. Não é segredo minha admiração pelo senhor, e o quanto sou grata por partilhar de seus tão numerosos ensinamentos. Obrigada por aceitar ser meu orientador neste trabalho, concretizando um desejo que se originou desde as aulas de Processo Penal I.

RESUMO

A presente pesquisa trata da análise, sob o prisma do princípio da legalidade penal, da decisão proferida, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) nº 26, em que a corte constitucional entendeu que a homofobia constitui crime de racismo, em sua acepção sociológica-constitucional, quando as condutas homofóbicas puderem ser subsumidas aos tipos penais da lei nº 7716/1989. Inicialmente, no primeiro capítulo, expõe-se o desenvolvimento dogmático do princípio da legalidade penal. Nesse momento são feitas considerações sobre seu surgimento e sua evolução histórica. Além disso, expõe-se os desdobramentos trazidos pelo princípio da legalidade. Logo em seguida no segundo capítulo, se realiza o estudo sistemático da lei de racismo a luz da tipicidade penal, expondo como ocorreu sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro. Depois são feitas considerações sobre conceitos e tipos penais contido na lei. Por último, é apresentado como se desenvolveu o conceito sociológico-constitucional de racismo, o qual foi fixado no julgamento do caso Ellwanger pelo STF. Por fim, o terceiro capítulo é dedicado, inicialmente, a trazer conceitos elementares para compreensão do tema abordado, tais como “homofobia” e “transfobia”. Em seguida são trazidos dados empíricos sobre a violência sofrida pela comunidade LGBTQIA+ no Brasil, para que, adiante, seja realizada uma análise da decisão firmada em face da ADO nº26, se a mesma estaria em compatibilidade com o princípio da reserva legal.

Palavras-chave: Homofobia; Transfobia; ADO nº 26; Legalidade penal.

ABSTRACT

This study analyzes, from the standpoint of the principle of criminal legality, the decision rendered by the Federal Supreme Court in the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality by Omission (ADO) No. 26, in which the constitutional court held that homophobia constitutes a crime of racism, in its sociological and constitutional sense, when homophobic conduct can be subsumed under the criminal types of law 7716/1989. Initially, in the first chapter, the dogmatic development of the principle of criminal legality is exposed. At this point, considerations are made about its emergence and its historical evolution. In addition, the developments brought about by the principle of legality are presented. In the second chapter, a systematic study of the law of racism is carried out in the light of criminal legality, explaining how it was established in the Brazilian legal system. Then, considerations are made about the concepts and criminal types contained in the law. Finally, it is presented how the sociological-constitutional concept of racism was developed, which was fixed in the judgment of the Ellwanger case by the STF. Finally, the third chapter is dedicated, initially, to bringing elementary concepts for understanding the theme addressed, such as "homophobia" and "transphobia". Next, empirical data on the violence suffered by the LGBTQIA+ community in Brazil is presented, so that, further on, an analysis of the decision signed in face of ADO no. 26 can be made, as to whether it would be compatible with the principle of legal reserve.

Keywords: Homophobia; Transphobia ADO nº 26; Criminal Legality.

LISTA DE ABREVIações

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

STF – Superior Tribunal Federal

LGBTQIA+ - Lésbica, gay, bissexual, transexual/transgênero, queer, intersexuais, assexual

HC - Habeas Corpus

SUMÁRIO

| | | |
|------------|--|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 8 |
| 2 | O DESENVOLVIMENTO DOGMÁTICO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE | 11 |
| 2.1 | CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA | 11 |
| 2.2 | DESDOBRAMENTOS DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE | 15 |
| 2.2.1 | Exigibilidade de lei estrita | 15 |
| 2.2.2 | Exigibilidade de lei prévia | 16 |
| 2.2.3 | Exigibilidade de lei escrita..... | 17 |
| 2.2.4 | Exigibilidade de Lei certa | 18 |
| 3 | O ESTUDO SISTEMÁTICO DA LEI DE RACISMO SOB A ÓTICA DA TIPICIDADE PENAL | 20 |
| 3.1 | POSITIVAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO | 20 |
| 3.2 | DEFINIÇÕES TEÓRICAS DOS CONCEITOS TRAZIDOS PELA LEI Nº 7.716/89 | 21 |
| 3.3 | EXAME DOS TIPOS PENAIS | 24 |
| 3.3.1 | Objetividade jurídica | 24 |
| 3.3.2 | Sujeitos ativo e passivo | 24 |
| 3.3.3 | Do tipo penal subjetivo..... | 25 |
| 3.3.4 | Dos tipos penais objetivos | 25 |
| 3.3.5 | Consumação e tentativa | 26 |
| 3.4 | O CONCEITO SOCIOLÓGICO-CONSTITUCIONAL DE “RAÇA” NA LEI Nº 7.716/89 | 27 |
| 4 | ANÁLISE DA POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADO Nº 26 A LUZ DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL | 29 |
| 4.1 | CONCEITOS ELEMENTARES | 29 |
| 4.2 | DADOS EMPÍRICOS DA VIOLÊNCIA CONTRA LGBTQI+ | 31 |
| 4.3 | POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL | 34 |
| 4.3.1- | O voto do ministro relator Celso de Mello, favorável a superação da mora congressional..... | 35 |
| 4.3.2- | Os votos dos ministros Luiz Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Luís Fux e ministro Gilmar Mendes: favoráveis a procedência da ação. | 37 |
| 4.3.3 - | O voto do Ministro Lewandowski: pela parcial procedência da ação, afim de reconhecer, apenas, a mora do parlamento em criminalizar a homofobia. | 38 |
| 4.3.4- | O voto do ministro Marcos Aurélio: pela improcedência da ADO..... | 39 |
| 4.4 | ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE DA DECISÃO COM PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL | 40 |
| 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS | 42 |
| | REFERÊNCIAS | 44 |

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa expõe a posição jurisprudencial estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº26, que criminaliza a homofobia e a transfobia, ao estabelecer interpretação conforme a constituição dos mandados de criminalização inseridos nos incisos XLI e XLII do artigo 5º da carta política, subsumindo qualquer forma de manifestação de condutas homofóbicas e transfóbicas as figuras típicas trazidas na Lei nº 7. 716/89, denominada Lei do Racismo. Por considerar que as práticas homofóbicas e transfóbicas qualificam-se como espécie do gênero racismo, em sua dimensão social, a qual foi reconhecido pelo STF no julgamento do Habeas Corpus nº 82424.

Diante do crescente número de ofensas, agressões e discriminações sofridas pela comunidade LGBTQIA+ brasileira, por conta de sua orientação sexual ou identidade de gênero, observou-se a necessidade de criminalização de tais práticas conhecidas como: homofobia. Logo, a mora do poder legislativo em estabelecer um tipo penal autônomo criminalizando as mencionadas condutas, resultou na propositura da presente ação perante o STF, onde se julgou procedente por maioria de votos.

Tem destaque a temática, tendo em vista o posicionamento adotado pela corte constitucional em face da demanda jurídica pleiteada pela comunidade LGBTQIA+, o qual ensejou polêmica no universo jurídico penal. O estudo foi realizado de maneira a se buscar compreensão e análise da possibilidade de um órgão jurisdicional fazer uso de um tipo penal já existente, para considerar crime algo que nele não está descrito expressamente, tomando por base o princípio constitucional da reserva legal, usando como referência à presente ação constitucional.

Com isso, ao fazer uma análise do entendimento firmado pela corte constitucional no julgamento da ADO nº26, bem como do desenvolvimento dogmático da legalidade penal e da Lei de racismo conforme a tipicidade penal, o presente trabalho se propõe a analisar se o posicionamento jurisprudencial violaria o que estabelece o postulado da estrita legalidade. Assim, procura-se responder a seguinte questão: A criminalização da homofobia a partir do julgamento da ADO nº26, realizado pelo STF, fere o princípio da reserva legal?

Para tanto, apresenta como possível hipótese a tese de que a garantia fundamental principiológica da reserva legal elencada na Constituição Federal de 1988, como limitadora dos arbítrios estatais e disseminadora de segurança jurídico penal aos cidadãos. Se encontra violada, no entendimento firmado pelo STF, que criminaliza a homofobia e a transfobia, ao entender que as condutas homofóbicas e transfóbicas são hipóteses de racismo em sua concepção social, amoldando-se assim aos tipos penais trazidos na Lei nº 7.716/89.

O estudo em questão tem por objetivo geral trazer a reflexão se o entendimento firmado pelo STF a partir da ADO nº26 viola ou não a estrita legalidade. Para tanto, dividimos nosso estudo em três capítulos, respectivamente: o primeiro apresenta o desenvolvimento dogmático da legalidade penal, em seguida é apresentado o estudo sistematizado da Lei de racismo, segundo a tipicidade penal, e por fim, se analisa a posição jurisprudencial firmada pela suprema corte conforme o princípio da reserva legal.

Para o desenvolvimento do trabalho utilizou-se a metodologia descritiva e explicativa, voltadas para compreensão da temática e construída através de estudos didáticos e doutrinários, com ênfase em pesquisas bibliográficas, bem como leitura de artigos científicos e legislação pertinente.

Quanto ao método foi aplicado o hipotético-dedutivo no desenvolvimento jurídico da pesquisa, tendo em vista que o trabalho desenvolvido parte de uma compreensão geral da temática, para a partir daí ser possível uma compreensão da especificidade do caso concreto.

Na tentativa de solucionar o problema da pesquisa, o primeiro capítulo expõe como se ocorreu o desenvolvimento dogmático do princípio da legalidade penal, trazendo sua evolução histórica a partir da idade média até os dias atuais, em seguida são abordados os desdobramentos trazidos pelo princípio na sua atual significação jurídico penal.

Dando continuidade, no segundo capítulo, destacamos o estudo sistemático da lei de racismo sob ótica da tipicidade penal, expondo o desenvolvimento de sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo às definições teóricas e os tipos penais contido na lei, por fim contempla o conceito sociológico-constitucional do termo “raça”.

Para concluir, o último capítulo se propõe a realizar uma análise do posicionamento jurisprudencial firmado pelo STF no que tange a ADO nº26, a luz do

princípio da reserva legal, trazendo definições conceituais elementares, dados referentes a violência sofrida pelos grupos LGBTQIA+, finalizando com a exposição e análise das argumentações levantadas por seus ministros, sob o prisma da reserva legal.

2 O DESENVOLVIMENTO DOGMÁTICO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O presente capítulo se propõe inicialmente a percorrer a contextualização dos eventos históricos mais relevantes para formulação da semântica atual do princípio da legalidade no que se refere a direito penal. Toma como ponto de partida o período considerado como idade média, percorrendo a idade moderna até sua sistematização e consolidação no ordenamento jurídico brasileiro atual. Em seguida desenvolve os desdobramentos do referido princípio, a partir da sua função garantista.

2.1 Contextualização histórica

Inicialmente, é necessário salientar a importância da legislação como fonte do direito penal. Isto porque é através da lei que se é possível delimitar o *ius puniendi* estatal, como também oferecer proteção aos indivíduos em face dos seus abusos. Para Nelson Hungria (1977), “A fonte única do direito penal é a norma legal”, demonstrando assim a importância do princípio da legalidade para que se possa desenvolver a própria dogmática penal. Porém, não foi sempre que a lei se fez presente como pressuposto para a aplicação do direito penal.

Na idade média o direito penal baseava-se nos costumes e era marcado por crueldade e arbítrios. Os indivíduos viviam em um ambiente de extrema insegurança, pois o julgador era possuidor de amplos poderes, podendo criminalizar condutas e aplicar penas sem a exigência de lei para tanto. Nas palavras de Claudio Brandão (2002), o princípio da legalidade é um divisor de águas no direito penal levando em consideração que, antes da formulação estrutural do referido princípio, o direito penal era conhecido por seus excessos. Porém, após a sua elaboração, o direito penal inaugura, o período liberal, uma fase nova, que tem por norte a dignidade da pessoa humana.

Portanto, o reconhecimento da lei como base para aplicação do instituto penal percorreu um longo processo com avanços e recuos, não passando, muitas vezes de mera fachada formal de determinados estados (BITENCOURT, 2020) até se consolidar como princípio fundamental. O que se apresenta de forma controversa entre os estudiosos do direito, seria o momento histórico preciso que o famigerado princípio foi incorporado ao pensamento jurídico penal. Para o ilustre doutrinador

Aníbal Bruno (1967), o postulado da legalidade teria suas raízes na baixa idade média no século XIII, através da edição da Magna Carta Inglesa de 1215, no período do rei João Sem Terra, que trazia no artigo 39 que não haveria detenção, prisão ou despejo de um homem da sua propriedade, nem ele seria colocado em exílio ou perturbado sem que existisse algo explicitamente ilegal cometido por ele, de acordo com as leis do seu país que ele, por ventura, houvesse violado.

Todavia, segundo Nilo Batista (2007), a legalidade penal surge historicamente no século XVIII, com o advento das revoluções burguesas. No entanto, foi a partir da Revolução Francesa que o princípio atinge os atuais moldes exigido pelo direito penal. O certo é que a construção do postulado da legalidade penal é bastante remota, sendo possível observar a preocupação com os ideais de liberdade e em desfavor dos arbítrios estatais, desde do início do seu desenvolvimento.

Portanto, é com o aforismo político trazido pelas ideias iluministas que se inicia o desenvolvimento da legalidade penal, tomando por base a teoria do contrato social idealizada neste período, sobretudo pela Revolução Francesa. Conforme exposto por Luiz Luisi (2003),

Todavia, é a partir da pregação dos teóricos do chamado iluminismo que realmente surge como real apotegma político o princípio da Reserva Legal. Ele tem seu fundamento histórico como lucidamente ensina a H. H. Jescheck, na teoria do contrato social do iluminismo. Pregando esta teoria à construção do Estado como se tivesse origem em um contrato social, faz do Estado um mero instrumento de garantia dos chamados direitos do homem. A missão do Estado praticamente se limita a proteção efetiva desses direitos. Nascido com a preocupação de reagir ao absolutismo monárquico, o iluminismo preconiza a limitação do poder do Estado, garantindo ao cidadão uma faixa de ação. Ou seja: somente não é lícito aquilo que a lei proíbe. Dentre esses direitos se insere o da Reserva Legal, ou seja: somente a lei, e anteriormente ao fato, pode estabelecer que este constitui delito, e a pena a ele aplicável. Diversos pensadores iluministas como consectário natural de seu ideário, sustentam a necessidade da contenção do arbítrio judicial, e a submissão do Juiz à lei, pois só está pode estabelecer o que é antijurídico e a sua sanção. Nesse sentido são conhecidos os textos pertinentes de F. Bacon, S. Puttendorf, C.L. Secondat de Montesquieu, e de T. Hobbes, um partidário da teoria do contrato social, mas para justificar o absolutismo (LUIZI, 2003, p.19).

Entretanto, como bem define Cláudio Brandão (2002), é na obra de Cesare Bonesana Beccaria, que se tem o nascimento, propriamente dito, do princípio da legalidade e das bases para sua sistematização dogmática. Em meio a um cenário de abusos e arbítrios estatais, repleto de total insegurança e terror tem-se publicada a obra *Dei Delitti e Delle Pene* (1764), por Cesare Beccaria. Onde se defende o abandono de um direito penal alicerçado nos arbítrios e na crueldade do estado

absoluto, para dar espaço a um novo direito penal fundamentado na igualdade perante a lei, na proporcionalidade entre o crime e a pena, na irretroatividade da lei penal e proibição a analogia. Logo, sustenta Beccaria:

“A primeira consequência deste princípio é que só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, aplicar a outro membro dessa mesma sociedade, pena essa superior ao limite fixado pelas leis, que é a pena justa acrescida de outra pena. Portanto, o magistrado não pode, sob qualquer pretexto de zelo ou de bem comum, aumentar a pena estabelecida para um delinquente cidadão. (BECCARIA, 1997, p.30).

Brandão (2008) ainda reafirma o pensamento de Beccaria quando este aponta a necessidade do Princípio da Separação de Poderes para que não haja uso indevido da lei, o que se denomina como ‘terror penal’. Neste sentido, deve-se respeitar os papéis previamente definidos, pois ao legislador cabe a elaboração das leis, e ao magistrado “[...] cabe decidir se a lei foi violada ou não.” (2008, p.32). As leis elaboradas pelo parlamento devem ser respeitadas por todos e aplicadas a todos, independentemente de posição social, e em contrapartida, o magistrado não pode ser mais rigoroso que a própria lei, evitando quaisquer tipos de excessos.

O pensamento de Beccaria veio a influenciar toda a Europa Ocidental e também as legislações das jovens nações americanas (FREITAS, 2002). Com a queda das monarquias absolutistas e o surgimento dos regimes democráticos o princípio da legalidade passou a protagonizar os textos constitucionais e códigos penais. Nas palavras de Magalhães Noronha (1991, p. 67), tal princípio é “transportado pelos imigrantes ingleses para a América do Norte, está o havia inscrito nas constituições de Filadélfia (1774), Virginia (1776) e Maryland, no mesmo ano”. Dentre os países ocidentais as constituições da Virginia e Maryland foram as primeiras constituições que tinham celebrado em seu texto o princípio da legalidade.

Foi, contudo, a partir da inserção na Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão que o princípio foi acolhido em termos mais precisos, ganhando relevo e dando início ao seu processo de generalização pelo mundo. Em 1789 instituída Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, documento inspirado na declaração de independência dos Estados Unidos em 1776, bem como no ideário iluminista. Tem-se contemplando a previsão de reserva legal ao dispor que: “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente

necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada” (1789).

Por sua vez, é através de Anselm Von Feurbach em 1801, que é desenvolvida a sistematização dogmática da legalidade, ou seja, a necessidade de lei anterior e certa como única fonte do direito penal para instituir crimes e penas (Brandão,2002, p.36). Desta forma, partindo da premissa que a pena era medida preventiva e não retributiva. Feurbach desenvolve a teoria da coação psicológica, concluindo que :se é necessário impedir de todas as formas as lesões jurídicas, então deve haver outra coerção junto a física, que antecipe a consumação lesão jurídica e que, proveniente do estado, seja eficaz em cada caso particular, sem que seja requerido um conhecimento prévio da lesão. Uma coação dessa natureza só pode ser de índole psicológica (FEUERBACH,1989).

Consequentemente a partir do desenvolvimento desta teoria, Feurbach constrói um princípio inseparável do exercício do poder punitivo estatal, onde é possível a extração de três axiomas: é necessária uma lei para que seja aplicada uma pena (*nulla poena sine lege*), a imposição de uma pena é vinculada a uma ação incriminada (*nulla poena sine crimen*), o mal da pena está sempre vinculado a existência de uma lesão jurídica (*nulla crimen sine poena legali*). A junção das três formulas expressam o postulado da legalidade, que de forma sintetizada ficou mundialmente conhecido como “*nullum crimen nulla poena sine lege*” (FEUERBACH,1989, p.63).

Desta forma, o princípio da reserva legal se reveste de três fundamentos: O político na medida que se mostra-se como garantia constitucional, o democrático na medida que defende a separação de poderes e o jurídico na medida que a definição de lei prévia e clara institui efeito intimidatório (CUNHA, 2020). Assim, o referido princípio se consolida como pilar para construção de um estado democrático de direito, onde os cidadãos estão subordinados a lei, porém as normas penais a que estão subordinados apresentam limitações.

Por fim, faz-se mencionar que a primeira legislação penal a abordar o princípio da legalidade em seu texto, por influência de sua sistematização jurídica foi o código penal da Bavaria (1813), logo em seguida o da Prússia (1851), posteriormente o código alemão em 1871, espalhando-se por toda as leis penais ocidentais (ROXIN, 2008). Se fazendo presente também nos mais relevantes textos internacionais, como: Declaração universal dos direitos do homem e Convenção

Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Portanto, o postulado da legalidade penal transformou-se em patrimônio comum das nações civilizadas.

Já no direito Brasileiro o princípio da legalidade mostra-se contemplado em nível constitucional em todas as constituições brasileiras, a partir da constituição do imperial 1824. Também esteve presente em todos os códigos, desse do código criminal de 1830. Atualmente está apregoado no texto constitucional de 1988 com a seguinte redação:

Art. 5º 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, nos termos seguintes: (...)
XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. (BRASIL, 1988).

Portanto, a carta constitucional Brasileira contempla o princípio da legalidade penal, reconhecendo o estado democrático de direito onde os cidadãos subordinam-se a lei, todavia as normas penais a que estão submetidos apresentam certos limites ao poder punitivo estatal.

2.2 Desdobramentos do princípio da legalidade

A legalidade penal surge para equilibrar o sistema penal, proporcionando ao estado uma fonte limitada para que possa manifestar seus comandos e ao cidadão garantias que resultam da significação jurídica deste princípio (BRANDÃO, 2010). Passando a ocupar um papel na dogmática jurídico penal de elevada importância, nas palavras de Nilo Batista (2007, p.65) “A pedra angular de todo direito penal que aspire segurança jurídica”. Partindo do prisma garantista do postulado da legalidade é possível perceber segundo a melhor doutrina quatro funções que limitam a atuação estatal: exigência de lei estrita, lei prévia, lei escrita, lei certa.

2.2.1 Exigibilidade de lei estrita

Inicialmente é fundamental destacar que o *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* nos remete a reserva de lei, ou seja, a normatização de determinada matérias devem ser estabelecida por meio de lei formal, levando em consideração

os ditames constitucionais a respeito. A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 22, inciso I que: “compete privativamente a união legislar sobre direito penal”. Por consequência, é através de lei complementar ou lei ordinária, aprovada pelo congresso nacional de acordo com respectivo processo legislativo que se pode criar um tipo penal. Nesse sentido, dispõe Cezar Roberto Bitencourt (2014):

A adoção expressa desses princípios significa que o nosso ordenamento jurídico cumpre com a exigência de segurança jurídica postulada pelos iluministas. Além disso, para aquelas sociedades que, a exemplo da brasileira, estão organizadas por meio de um sistema político democrático, o princípio de legalidade e de reserva legal representam a garantia política de que nenhuma pessoa poderá ser submetida ao poder punitivo estatal, se não com base em leis formais que sejam fruto do consenso democrático. (BITENCOURT, 2014, p.51)

Contudo, a norma penal incriminadora não pode ter suas lacunas supridas através da utilização de analogia *in malam partem*, ou seja, analogia prejudicial ao agente. De acordo com Nelson Hungria, “[...] analogia é criação ou formação de direito novo, isto é, aplicação extensiva da lei a casos de que ela não cogita.” (1977, p.95). Logo, ao prever lei estrita não se admite em matéria penal o uso de analogia para criação de novas figuras típicas ou para prejudicar o réu de qualquer outra forma.

Porém, em contrário *sensu* é permitida a utilização de analogia *in bonam partem*, ou seja, será utilizada a analogia em matéria penal sempre que for em benéfico do cidadão. Desta forma, a analogia *in malam partem* não é permitida em direito penal, sendo vetada a criação de crimes, bem como a fundamentação e agravamento da pena através de analogia. Em contrapartida, a analogia *in bonam partem* é totalmente admitida, pois sempre que for benefício ao cidadão, será utilizada a analogia. (VERDAN, 2013).

2.2.2 Exigibilidade de lei prévia

Afeto também ao princípio da legalidade, a anterioridade da lei penal, extremada por meio da expressão *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege praevia* determina que só é possível a imputação de um tipo penal e uma pena, desde que exista uma lei anterior. Portanto, não haverá retroatividade da lei penal, pelo fato da obrigatoriedade de lei anterior a conduta delituosa. Desta maneira, a norma penal mais gravosa não se aplica aos fatos ocorridos antes da sua vigência, seja quando

cria na figura penal inexistente, seja quando se limita a agravar as consequências jurídico-penais do fato (Toledo, 2000).

Logo, o texto da Constituição Federal de 1988, em seu artigo XL, que: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;”. Estabelecendo, assim, que a lei que institua crime e pena tem que ser anterior ao fato que se destina a punir. Analisando contrário senso o dispositivo constitucional.

Contudo, é possível perceber que a vedação não tem caráter absoluto, sendo assim a lei penal retroagirá sempre que seja para beneficiar o acusado, seja através da revogação da norma incriminadora, seja por qualquer outra maneira, excetuando-se as leis excepcionais e as leis temporárias (BATISTA, 2007).

2.2.3 Exigibilidade de lei escrita

Outra função decorrente do princípio da reserva legal é a vedação a utilização do direito consuetudinário pra fundamentar ou agravar a pena. Logo o *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, determina a exigência de uma lei escrita para determinar penas e definir crimes, ou seja, proibi a utilização dos costumes como fundamento para criminalização e punições de condutas.

Primeiramente faz-se necessário tecer algumas considerações a respeito do direito consuetudinário como fonte do direito penal. O costume nada mais é que uma norma que surge de forma espontânea, resultante da sucessão reiterada de atos que estão aliados a um aspecto subjetivo: a convicção da obrigatoriedade deste procedimento (BRANDÃO, 2002). Em muitos dos ramos que se dividem o direito, o costume exerce fundamental importância na solução de lides, como por exemplo no direito civil, onde é utilizado para solucionar casos, onde a lei é Silene. Todavia no que se refere a matéria penal, o direito consuetudinário é tratado de forma diversa, pois a reserva de lei no direito penal é mais rigorosa do que se é observado em outros ramos jurídicos.

Porém o direito costumeiro não tem sua abolição de maneira absoluta como fonte do direito penal, pois o princípio da legalidade proíbe o uso dos costumes apenas no que concerne a criação de crimes e de penas, para que não seja posto em risco a segurança jurídica estabelecida pelo postulado da legalidade.

Neste sentido, Toledo (1994, p.25) adverte “não se deve cometer o equívoco de supor que o direito costumeiro esteja totalmente abolido do âmbito penal. Tem ele grande importância para elucidação do conteúdo dos tipos”.

O uso dos costumes no que concerne a matéria penal desempenham função integrativa na elucidação de elementos de alguns tipos penais ,como ,por exemplo ,na definição de ato “obsceno” ,exposto no artigo 233 do código penal .Entretanto ensina Claudio Brandão (2002) que também é possível a utilização do direito costumeiro para que se evite a tipicidade de condutas, trazendo como exemplo a existência dos motéis, como forma de costume com força derogatória, invalidando o tipo legal do crime de casa de prostituição .Logo se permite a utilização dos costumes como fonte do direito penal *in bonam partem*.

2.2.4 Exigibilidade de Lei certa

Outra função que precisa ser respeitada é a vedação de leis penais e penas indeterminadas, ou seja, não há crime nem pena sem que haja a lei certa, a lei específica para o delito ocorrido, trazendo com exatidão qual foi a conduta realizada e como ela viola o direito. Assim a lei deve identificar em termos exatos qual conduta especificamente integra o tipo penal, dando cumprimento ao *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege certa*.

Toledo (2008) afirma que essa exigibilidade garante que não haja dúvidas no ato da aplicação da lei, sendo ela objetiva e de fácil entendimento. Também deve-se usar corretamente as normas, evitando a aplicação de forma genérica, vazia. Por isso, denominada de Lei taxativa ou, ainda, ‘mandato de certeza’.

Portanto, uma conduta somente poderá ser considerada criminosa havendo uma perfeita consonância entre ela e a norma penal que a preveja; logo, a descrição do preceito primário e secundário, deverá ser claro, a fim de evitar subjetivismos. Com isso, não há margens para ambiguidade do tipo penal.

Se assim não fosse o homem estaria sujeito à utilização arbitrária do Direito Penal pelos detentores do poder político, que poderiam incriminar condutas não previstas em lei, ou utilizar-se de linguagem pouco clara, ou ambígua, em uma norma sem conteúdo determinado para punir o homem (...) CARDOZO, 2017, p.25).

Assim, o tipo penal tem que ser certo e determinado não havendo espaço para ambiguidades. Para não haver possibilidade de utilização arbitrária da norma

penal por parte dos operadores do direito gerando precedentes perigosos e danosos ao estado democrático de direito.

3 O ESTUDO SISTEMÁTICO DA LEI DE RACISMO SOB A ÓTICA DA TIPICIDADE PENAL

Neste capítulo, tratar-se-á do estudo da lei popularmente conhecida como *Lei do Racismo* (Lei Nº 7.716/89), mostrando-se de fundamental importância a contextualização do seu surgimento no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as definições de seus elementos conceituais e análise dos seus tipos penais. Para que seja possível observar que mesmo diante das alterações sofridas no texto legal ao longo dos anos, o legislador não teve a preocupação em estabelecer como tipo penal a discriminação ou preconceito em virtude de identidade de gênero ou orientação sexual.

3.1 Posituação no ordenamento jurídico brasileiro

Em meados de 1951, surge no Brasil a Lei 1.390, conhecida como Lei Afonso Arinos. Como primeira tentativa de punir condutas baseadas em discriminação de raça ou de cor tornando contravenção penal a recusa em servir, hospedar, atender ou receber clientes, compradores ou alunos, por preconceito de raça ou cor.

Com a promulgação da Carta Magna de 1988 alinhada a documentos internacionais, foi trazido como objetivo fundamental da república federativa do Brasil em seu artigo 3º, inciso IV “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. No que tange as relações internacionais ficou estabelecido em seu artigo 4º, inciso VII, que: “as relações internacionais serão regidas pelo repúdio ao terrorismo e ao racismo”.

Além disto, o texto constitucional trouxe também em seu artigo 5º, inciso XLII, um mandado de criminalização expresso onde estabelece que: A prática de Racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei. Logo, em cumprimento a este mandado de criminalização, no mesmo ano a Lei Afonso Arinos foi substituída pela Lei 7.716/1989, que foi popularmente denominada como *Lei do Racismo*, ainda que a sua matéria se mostrasse com maior abrangência.

Os tipos penais, previstos nesta lei, inicialmente tratavam apenas de condutas que privassem alguém por sua raça ou cor ao acesso a algum lugar ou o impedissem de fazer algo. Porém, a lei 9.459 de 1997, trouxe alterações na

legislação antirracista, onde foi acrescentado a discriminação e a incitação à discriminação por etnia, religião ou procedência nacional, além do preconceito por raça ou cor já previsto.

Desta forma, a lei 7.716/89 após as alterações legislativas traz em seu artigo 1º, *in verbis*: “Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” (BRASIL, 1989). Especificando, assim, seu objetivo de enfrentar e punir as diversas manifestações e condutas que coadunam com este tipo de penal.

Porém, apesar desta lei ser um marco de significativa importância na tentativa de extirpar a prática de condutas discriminatórias no Brasil, ainda se faz necessário a realização de uma releitura social da mesma. Para que seus tipos penais possam alcançar determinados grupos e condutas ainda não contemplados expressamente nesta legislação, como por exemplo questões referentes a homofobia e transfobia.

3.2 Definições teóricas dos conceitos trazidos pela Lei nº 7.716/89

Inicialmente, precisamos conceituar o que é *Discriminação* e os seus desdobramentos com base no estudo sobre racismo. Atualmente, já tendo incorporado a perspectiva de *Discriminação Racial* ou *Discriminação Étnico-Racial*, adotada desde a criação do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº12.288/2010), compreende-se *Discriminação* como o “tratamento diferenciado a membros de grupos racialmente identificados” (ALMEIDA, 2018, p. 25), violando o princípio da Igualdade (ANDREUCCI, 2018).

Almeida (2018) também assinala que Discriminação pode ser Direta, Indireta, Positiva e Negativa. A Discriminação Direta advém do repúdio ostensivo a pessoa ou ao grupo, sendo motivado pela questão racial. Já a Discriminação Indireta consiste na prática de ignorar as violações de direito que os grupos minoritários passam, quando se adota a postura de neutralidade racial. Na Discriminação Positiva, encontra-se ações de reparações históricas, que são feitas através de tratamento diferenciado para possíveis correções, como tem-se os exemplos das Políticas de Ações Afirmativas das Cotas Raciais para acesso ao ensino superior ou cargos públicos, mediante concursos. Por fim, na Discriminação Negativa, tem-se a dificuldade de acesso a bens e serviços, historicamente comprovados através de

dados estatísticos, como o acesso ao ensino superior, ao mercado de trabalho, entre outros.

Já o *Preconceito* é compreendido como uma opinião, previamente formada sobre algo ou alguém, sem que haja a devida cautela na construção desse pensamento e sem maiores análises, promovendo a aversão a determinada pessoa ou situação precipitadamente (NUCCI, 2010).

Almeida (2018) acrescenta que Preconceito Racial é pautado sob a tutela dos estereótipos acerca dos indivíduos que são pertencentes a determinados grupos racializados e que pode ou não suscitar práticas discriminatórias.

Após a compreensão sobre *Discriminação e Preconceito*, e suas respectivas características, pode-se, então, conceituar o que é Racismo. De acordo com a definição em Almeida (2018):

[...] o racismo é uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagem ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertencem (ALMEIDA, 2018, p.25).

Isto é, o *Racismo* pauta-se por considerar que existem indivíduos que são superiores em relação a outro, devido a sua raça; e as ações são praticadas em relação ao conjunto de pessoas, e não exatamente ao individual.

A partir de então, pode-se abordar o entendimento sobre o que é *Raça*, e inicialmente, é relevante salientar que esse conceito passou por diversas concepções e entendimentos para alcançar o debate que se tem nos dias atuais e como ele está situado dentro do ordenamento jurídico.

Almeida (2018) esboça que o conceito de *Raça* não é algo estático, pois ele sempre está atrelado às situações históricas, políticas e ideológicas, e é comumente usada para justificar desigualdades, a segregação e genocídio de grupos minoritários. Portanto, a histórica da raça ou raças “[...] é história da constituição política e econômica das sociedades contemporâneas (2018, p.19). Com o intuito de definir, subjugar e segregar aqueles que estavam sob o domínio da expansão da colonização europeia, o *Racismo Científico* passou a usar o homem não europeu como objeto de estudo e afirmava que, de acordo as características físicas/biológicas e o local de nascimento, seriam possíveis explicar uma suposta diferença entre as raças.

No entanto, mesmo com o passar do tempo, com estudos e compreensões de outras áreas, constatou-se de que não há nada biológico, natural, cultural ou determinado que esteja relacionado a raça, que determine que haja superioridade ou inferioridade entre elas e que justifique o tratamento discriminatório (ALMEIDA, 2018).

Lima (2020), ao buscar conceituar *Raça*, aduz que:

Historicamente, o conceito de raça está ligado à identificação de indivíduos segundo caracteres físicos ou biológicos constantes e hereditários. Atualmente, porém, diversos estudos científicos têm contestado essa noção de raça. Isso porque as distinções biológicas entre indivíduos que costumam ser identificados como membros da mesma raça não são maiores ou menores do que aquelas existentes entre indivíduos de raças diversas (LIMA, 2020, p. 936).

Ainda em consonância com Lima (2020), aborda-se o fato de já existir precedência no STF no tocante ao quesito *Raça* e sua inexistência, pois não há uma subdivisão. O que existe é a raça humana.

[...] 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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2003).

Logo, mesmo diante do entendimento jurídico de que não há distinção de *Raça*, socialmente falando, não raro, vê-se os julgamentos pessoais e pautados pela a ignorância do senso comum, regulados por este fator, na qual acredita-se que existe a cisão entre aquelas que são superiores e as aquelas que são inferiores.

No tocante ao conceito de *Cor*, tem-se o entendimento de Lima (2020, p. 936), “[...] *cor* é uma definição cromática, que, no caso do ser humano, refere-se à tonalidade epidérmica, ou seja, ao tom de pele”. Ainda pode-se acrescentar que a *Cor* é comumente usada como traço específico e determinante para definição da raça.

Já em Nucci (2010), encontra-se a definição de *Etnia*, entendida como o grupo de pessoas que apresentam homogeneidade e singularidade cultural ou linguística. O autor ainda aborda que, no Brasil, existe “grande dificuldade de se poder apontar um grupo étnico qualquer, devidamente integrado à vida social” (2010, p. 307).

No que concerne sobre o conceito de *Procedência Nacional*, entende-se sobre lugar de origem do indivíduo, a nação da qual o mesmo é oriundo. Andreucci

(2018) destaca que a procedência pode ser externa (estrangeiro, fora do Brasil) ou interna (nacional, entre as regiões brasileiras). Atualmente, algumas literaturas já usam o termo *Xenofobia* (LIMA, 2020) para denominar tal tipo de preconceito, seja ele cometido nacionalmente ou regionalmente.

Por fim, Andreucci (2018) compreende *Religião* como crença ou culto exercidos por determinado grupo social, ou também a manifestação de crença por meio de ensinamentos e ritos próprios.

Assim, não é possível observar nos conceitos trazidos pela lei antirracista qualquer referência a comportamentos homofóbicas ou transfóbicas.

3.3 Exame dos tipos penais

3.3.1 Objetividade jurídica

O bem jurídico protegido nos tipos penais elencados na lei em comento consiste no princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, que estão apregoados na carta constitucional de 1988.

Ainda na perspectiva de zelar pelo bem estar comum a todos cidadãos brasileiros, bem como a todos que estejam em solo nacional, o repúdio ao racismo também está na pauta dos acordos internacionais firmados pelo Brasil (LENZA, 2021), conforme também consta no artigo 4º, inciso VIII da Carta Magna, ao abordar o “[...] repúdio do terrorismo e ao racismo.” (LENZA, 2021).

Neste sentido, toda a conduta para ser tipificada como crime racismo, carece de referências preconceituosas e/ou discriminatórias contra raça, cor, religião e/ou procedência nacional.

3.3.2 Sujeitos ativo e passivo

Primeiramente, identifica-se o sujeito ativo, ou seja, aquela que pratica a ação, e isso pode ser praticado por qualquer pessoa, considerando que os crimes do 3º ao 14º artigo são juridicamente compreendidos como crimes comuns e estão subordinados ao 1º artigo da lei supracitada. O ordenamento jurídico ainda aponta que ele o sujeito ativo pode, inclusive, ser alguém da própria comunidade e/ou grupo que está sendo discriminado (LENZA, 2021).

No tocante ao sujeito passivo, tem-se que:

O sujeito passivo será sempre a sociedade, independentemente da modalidade. Assim ocorrerá, repita-se, em razão da natureza do bem jurídico violado, igualdade, que pertence a toda a coletividade e não apenas a um grupo ou indivíduo determinado (VASCONCELOS, 2009, 96).

3.3.3 Do tipo penal subjetivo

Consiste indiscutivelmente, que o elemento subjetivo do tipo está no dolo, no qual utiliza-se da vontade livre e consciente para realização da conduta típica. O ordenamento jurídico salienta que não existe a prática discriminatória e preconceituosa de forma culposa (LENZA, 2021).

3.3.4 Dos tipos penais objetivos

3.3.4.1 Da discriminação ou preconceito específicos (artigos 3º a 14º)

Os tipos penais, previstos nos artigos em comento, implicam ações discriminatórias a determinados grupos e normalmente fazem referência modalidades específicas de discriminação ou preconceito. Logo os núcleos de tipos abordados pelos dispositivos legais supracitados consistem nas condutas de impedir, obstar, negar e recusar, acesso a determinados direitos, como por exemplo: a promoção no serviço público, o acesso a estabelecimentos comerciais, o ingresso em instituições de ensino, o acesso ou hospedagem em hotéis e similares, dentre outros. Contudo, vale ressaltar a necessidade de que todas as condutas tratadas sejam resultantes de preconceito ou discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, aplicando assim o disposto em seu artigo 1º (LENZA, 2021).

3.3.4.2 Da discriminação ou preconceito genéricos (artigo 20)

Por sua vez, o artigo 20 da lei nº 7.716/89 faz referência a um tipo genérico. O legislador buscou abordar todas as formas de discriminação ou preconceito por motivo de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Trazendo um tipo penal aberto, que contribui para gerar dúvida, incerteza jurídica, uma vez que está sujeito a interpretação de determinadas situações e

condutas que envolvam preconceito e discriminação. Essa incerteza corrobora para dificultar a tutela do bem jurídico.

Na prática, o artigo 20º vem, constantemente, sendo aplicado aos atos racistas que ocorrem no espaço digital, por meio das redes sociais ou qualquer outro meio de comunicação social, seja ele escrito ou falado, uma vez que o supracitado artigo cita, *in verbis*:

Art. 20 - Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa. (...)

§ 2º - Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: Pena: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa. (BRASIL, 1989).

Neste sentido, ainda que a prática tenha sido direcionada a uma pessoa em específico, o artigo em si, volta-se para o conceito amplo.

Por vezes, na ausência da compreensão e domínio da doutrina, a presente conduta pode ser confundida com a conduta do crime de injúria qualificada capitulado no artigo 140, parágrafo 3º do código penal, o que impede a adequação típica ao artigo 20 da Lei de Racismo (MELO, 2010). Para estes casos, em específico, deve-se analisar o destinatário da ofensa, conforme prevê a doutrina (FRANCISCO, 2021), tendo em vista que o sujeito passivo é a coletividade, e o sujeito ativo é o sujeito comum.

É mister frisar a diferença entre o racismo e a injúria racial, conforme o entendimento jurídico. O primeiro compreende uma ação discriminatória contra a coletividade de indivíduos que se identificam por características específicas, resultando em segregação, por muitas vezes, histórica. Na segunda situação, a conduta exigida é o *animus injuriandi*, que consiste na vontade de ofender a honra subjetiva de outra pessoa. Logo, injúria racial se trata de um crime contra a honra do indivíduo, fazendo uso de termos de cunho racista, maculando a dignidade (SANTOS, 2019) do indivíduo, apelando para o desrespeito e causando ultraje.

3.3.5 Consumação e tentativa

No que concerne sobre a consumação, Lenza (2021, p.1042) define, *in verbis*: “Os delitos dos arts. 3º a 14 são formais, dispensando a ocorrência de resultado naturalístico para sua consumação”.

Tratando-se, em sua maioria de crimes de forma livre, muitas são as possibilidades de consumação das infrações típicas do direito penal racial. Embora, por isso mesmo, seja impossível esgotar as hipóteses imagináveis de consumação e tentativa daqueles tipos penais (...) (LENZA, 2021, p.1042).

Logo, não se admite a forma tentada na lei em comento.

3.4 O Conceito Sociológico-Constitucional de “Raça” na Lei Nº 7.716/89

No ano de 2003 o STF julgou um caso envolvendo racismo e antissemitismo, a partir de uma condenação sofrida por Siegfried Ellwanger, por crime de racismo resultante de sua atividade intelectual, envolvendo a publicação e venda de temática antissemita. Ellwanger condenado pelo Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul, impetrou perante a corte constitucional o Habeas Corpus (HC nº 82.424), em busca de afastar a imprescritibilidade e inafiançabilidade assegurada pelo tipo penal de racismo, sob argumentação de que os judeus não seriam uma raça, fato este que impediria a condenação ao tipo penal de racismo.

A partir da argumentação suscitada pelo paciente, o Supremo Tribunal teve a necessidade de delimitar o conceito de racismo e seu alcance, tendo em vista a falta de definição na lei nº 7.71/89. Logo, por 8 votos a 3, os ministros negaram o pedido e geraram precedente no sentido de que o conceito de “raça” é uno e as divisões dos seres humanos em raça se dão a partir de uma construção político-social. Assim sendo, racismo consiste na manifestação de superioridade de um grupo privilegiado, através da estigmatização, de outro tido como minoria.

A argumentação da decisão, baseou-se no fato de que o paciente, ao escrever, editar e disseminar informações antissemitas através da sua obra, estaria instigando ações discriminatórias e preconceituosas para com o povo judeu.

A princípio, entendeu-se o conflito entre o direito à liberdade de expressão em contrapartida a direito do respeito à dignidade da pessoa humana, para este caso, o povo judeu, compreendido como minoria. No entanto, a liberdade em si, não pode ser algo indiscriminado, pois há um limite que está previsto na constituição, que é o respeito ao outro indivíduo.

Observa-se que o princípio da dignidade humana jamais deve ser afastado de qualquer discussão do ordenamento jurídico brasileiro, pois ele rege a Constituição Federal brasileira e rege todo o cenário jurídico ao qual

estamos circunscritos. Portanto, qualquer prática que engendre marginalização, inferiorização, deve ser observado como uma iminente ou atual violação daquele princípio. (SILVA; OLIVEIRA; RABELO, 2011. p.775).

Logo, não é permitido que direito à dignidade da pessoa humana esteja subjugado à liberdade de expressão, na qual tem-se a promoção de atos, bem como, a incitação ou indução de ações preconceituosas.

Além disto, o HC 82.424 (Caso Ellwanger), também foi utilizado no julgamento da ADO nº26, fazendo com que a noção de raça trazida na Lei de Racismo não se restrinja apenas a elementos de ordem biológica, mas faça referência também a elementos de ordem cultural. Com isso, do conceito de raça trazido na Lei 7.716/89, seria possível extrair as condutas homotransfóbicas.

4 ANÁLISE DA POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADO Nº 26 A LUZ DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL.

Por fim, o presente capítulo proceder-se-á uma análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em face da ADO nº 26, sob os ditames do princípio da legalidade e de seus desdobramentos. Para tanto, se faz necessário em um primeiro momento compreender o conceito de homofobia e transfobia e tratar dos dados relacionados a prática de violência no Brasil em face destes. Para que em um momento posterior sejam trazidos os argumentos contra e favoráveis do paradigmático julgado proferido pelo STF, possibilitando a análise da compatibilidade da decisão com o princípio da reserva legal.

4.1 Conceitos elementares

Inicialmente, antes de adentrar na exposição dos conceitos, é importante abordar o quanto a questão da identidade de gênero e diversidade sexual é, relativamente, recente na seara jurídica, pois por muitos anos a questão de gênero ateu-se ao binarismo, isto é, a existência apenas de homem e mulher, considerando apenas o aspecto biológico, e não o aspecto social do indivíduo, de como ele se compreende, reconhece e aceita-se. A partir desta perspectiva binária é que germina o preconceito e a discriminação contra a população LGBTQIA+; atribuindo aos indivíduos formas engessadas de vida (ALMEIDA, 2016).

O ingresso da discriminação por orientação sexual, enquanto uma questão social, no espaço público e no campo jurídico é, ao adotarmos uma perspectiva genealógica, significativamente recente. A construção de uma estrutura legal que envolva a compreensão da sexualidade em suas diversas possibilidades de manifestação é o resultado de um intenso debate e confronto na arena não somente jurídica, mas política. Diversos atores sociais aparecem como empreiteiros nesse projeto que, por certo, está inacabado. (SILVA; NARDI, 2011, p. 252).

Neste sentido, a Homofobia pode ser definida como:

[...] a hostilidade geral, psicológica e social contra aquelas e aqueles que, supostamente, sentem desejo ou têm práticas sexuais com indivíduos de seu próprio sexo. Forma específica do sexismo, a homofobia rejeita, igualmente, todos aqueles que não se conformam com o papel predeterminado para seu sexo biológico. Construção ideológica que consiste na promoção constante de uma forma de sexualidade (hétero) em detrimento de outra (homo), a Homofobia organiza uma hierarquização das

sexualidades e, dessa postura, extrai consequências políticas (BORILLO, 2010, p. 34).

Isto é, a manifestação de intolerância e violência ao que está socialmente imposto como o correto para a sexualidade do indivíduo, e segundo Borillo (2010), merecem ser denunciadas com a mesma pujança utilizada contra o racismo ou o antissemitismo.

Já a Transfobia – termo utilizado para denominar ações de pessoas com aversão a pessoas transgênero -, é juridicamente, a discriminação cometida contra pessoas transexuais e travestis. No entendimento de Jesus (2013, p.105), ela também pode ser assinalada como “[...] o dispositivo que produz os preconceitos, a exclusão estrutural, a violação de direitos, os diversos tipos de violência que atingem especificamente pessoas transgêneras, devido ao gênero que performam.”.

Desta forma, após entendimento do STF sobre a violência homofóbica e transfóbica, é possível definir que:

Entende-se por LGBTfobia toda e qualquer conduta “homofóbica ou transfóbica, real ou suposta que envolva aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido em sua dimensão social (AMPARO, et.al. 2020, p. 11).

Ainda no tocante aos conceitos, se faz relevante frisar que a sigla LGBTQIA+ em si, passou por modificações, tendo seu cunho social, político e com o objetivo de acolher toda diversidade de gênero e sexual inclusa nela. Partindo do pressuposto que gênero é uma construção social, pois está além das determinações biológicas, a sigla LGBTQIA+ harmonizou-se diante da necessidade de inclusão para todos aqueles que não estão dentro do que é, conservadora e biologicamente determinado, convencionado, ou seja, ser homem ou mulher, macho ou fêmea.

A palavra diversidade tem, portanto, muitos significados, politicamente construídos e dirigidos a problemáticas muito diferentes e às vezes até contraditórias da discriminação. Se é verdade que o uso do termo diversidade permite ganhar apoios na discussão política (por exemplo, com os empresários para implementar políticas específicas no emprego), perde em especificidade e precisão na construção das próprias demandas de direitos e agendas políticas. (VIANNA, 2015, p.796).

Nesta perspectiva, se inicialmente, a sigla era apenas conhecida como GLS, especificamente difundida nos anos de 1990, com o significado de gays, lésbicas e simpatizantes, e em seguida chegou-se a LGBT, incluindo pessoas bissexuais e transexuais.

Não por outro motivo, o Movimento LGBT faz tanta questão de falar em lésbicas e gays, e não em homossexuais. Assim como faz questão de falar em pessoas transgênero, travestis e transexuais, ainda que a heterossexualidade só possa ganhar expressão social mediante o gênero considerado naturalmente correspondente ao sexo biológico, logo todas as pessoas transgênero estariam fora do domínio da heterossexualidade hegemônica, assim como as pessoas homossexuais. O fato é que, embora no mesmo bojo de pessoas LGBT, cada uma dessas identidades carrega histórias sensivelmente distintas. (LEMOS, 2019, p. 139).

Posteriormente, acrescentou-se o Q e o I; O Q de Queer é usado como forma de ofensa em países, como os Estados Unidos, porém, no Brasil, ele chegou para definir aqueles que não estão nem querem estar dentro do padrão da heterocisnormatividade (MIRANDA; GARCIA, 2012). Enquanto o I, integra pessoas intersexuais, que são aquelas que podem identificar-se com homem, mulher ou nenhum dos dois gêneros, e que anteriormente, eram conhecidas como hermafroditas.

Atualmente, diante da perspectiva de incluir diversas orientações sexuais e identidade de gênero, o termo convencionou-se em LGBTQIA+.

Cada sigla traz consigo uma homossexualidade que a representa e diferencia das outras. É importante perceber a existência de peculiaridades nos indivíduos. A identidade que a comunidade LGBTQIA+ carrega consigo coexiste com a identidade de cada uma das siglas, não se sobressaindo nem se escondendo, mas simplesmente se completando. Não há o privilégio na identidade macro ou micro, nesse caso, pois elas coexistem (BORTOLETTO, 2019, p.11).

Logo, toda complexidade que envolvem as questões de gêneros sexuais, bem como, a sua diversidade está sendo resguardada, mencionada e asseguradas quando se usa a sigla vigente.

4.2 Dados empíricos da Violência Contra LGBTQIA+

O Brasil é o país que mais assassina pessoas LGBTQIA+ no mundo. Conforme os dados de 2020, pelo décimo segundo ano consecutivo, o Brasil foi considerado o país que mais assassina pessoas transexuais, estando na frente apenas de países como Estados Unidos e México (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2021). Tendo entre as diversas razões para corroborar com esse fato, a rejeição familiar, a dificuldade de inclusão social com trabalho e renda, e obviamente, a impunidade (JUSTO, 2020).

A violação dos direitos humanos da população LGBTQIA+ ainda ocorre com a mesma frequência que acontecia anos atrás, ainda que tenha sido elaborado instrumentos, como o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e dos Direitos Humanos de LGBT, que teve por objetivo orientar a construção de políticas públicas de inclusão e combater a desigualdade. O documento ainda apresenta em seus objetivos específicos questões fundamentais, tais como:

3.2.1. Promover os direitos fundamentais da população LGBT brasileira, de inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, dispostos no art. 5º da Constituição Federal;

3.2.2. Promover os direitos sociais da população LGBT brasileira, especialmente das pessoas em situação de risco social e exposição à violência;

3.2.3. Combater o estigma e a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero (BRASIL, 2009, p.10).

Logo, a luta por garantia e efetivação de direitos e o respeito pela dignidade da pessoa humana da população LGBTQIA+ é uma busca antiga.

Dentre as diversas informações obtidas no tocante à violência cometida às pessoas LGBTQI+, pode ser destacada as informações trazidas por Lemos (2017) em sua pesquisa. O autor baseou-se nos dados coletados nos autos dos processos do Ministério Público de Pernambuco e de outros órgãos institucionais no período de 2006 a 2015, e traçou o perfil do padrão de violência contra a população LGBTQI+. De acordo com o autor supracitado, foi possível identificar que:

O padrão mais evidente é o do assassinato de travestis. Seus homicídios se operam de forma muito mais homogênea que os de homossexuais. Elas foram mortas, quase que em sua totalidade, por disparo de arma de fogo e todas fora de casa. Já no que se refere aos homicídios (e latrocínios) de homossexuais, é de se observar uma heterogeneidade um pouco maior sobre como se deram as mortes. (...), a maioria dos assassinatos foram executados por facadas, pauladas e estrangulamento e um deles por disparo de arma de fogo. Já no que tange ao local específico, tanto se deram dentro da residência da vítima, quanto fora dela. Em todo caso, o padrão mais marcante aqui parece ser que os homossexuais foram assassinados com modos de execução diferentes do disparo de arma de fogo e boa parte deles dentro de sua própria casa. (LEMOS, 2017, p. 66).

O universo da pesquisa de Lemos (2017), apresentou também outros tipos de padrões entre vítimas e agressores na violência contra pessoas gays ou travestis, nos quais identifica-se recorte da classe social, gênero e cor. Quando a violência é homofóbica, tem-se os gays que são homens brancos de padrão de vida elevado, tendo seus agressores, a classe social mais baixa. Já nas situações de homicídios transfóbicos, as características das vítimas são identificadas com travestis negras,

jovens e de baixa renda, que estavam em situação de rua ou trabalhavam com a prostituição.

Os dados da Violência contra a População LGBTQIA+, compilados pelo Ministério de Direitos Humanos em 2018 foi de grande valia como embasamento para a decisão do STF. Coletados a partir das informações disponibilizadas pelo Disque Denúncia contra violação de Direitos Humanos, que é o Disque 100, bem como, foram agregadas notícias publicadas pela imprensa. Outro fator relevante foi a contribuição da sociedade civil organizada através dos coletivos Grupo Gay da Bahia (GGB) e o Rede Nacional das Pessoas Trans, mais conhecido como Rede Trans Brasil.

O levantamento de dados e a elaboração do relatório considerou as solicitações dos coletivos e movimentos sociais supracitados que conheciam/conhecem as demandas do público LGBTQIA+.

O planejamento foi feito a partir de demandas da sociedade civil que requisitaram, por um lado, dados que retratassem as violências sofridas pela população LGBT no Brasil e, por outro, a necessidade de conhecimentos sistemáticos sobre a realidade para a formulação de políticas públicas para a população LGBT por parte das áreas técnicas do governo. (MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS, 2018, p.10).

Porém, os dados daquele ano e material já sofreram alterações, e desvendando um grande problema que é apontar o índice de subnotificação e até a invisibilidade desse tipo de violência. Essa lacuna é a realidade que foi apresentada pelo o Atlas da Violência publicado pelo IPEA no ano de 2020, que no anterior (2019), pela primeira vez explorou os dados que envolviam a homofobia e transfobia.

O documento do IPEA ressalta:

A escassez de indicadores de violência contra LGBTQI+20 permanece um problema central. Um primeiro passo no sentido de resolvê-lo seria a inclusão de questões relativas a identidade de gênero e orientação sexual no recenseamento que se aproxima. Paralelamente, é essencial que essas variáveis se façam presentes nos registros de boletins de ocorrência, para que pessoas LGBTQI+ estejam contempladas também pelas estatísticas geradas a partir do sistema de segurança pública. Sem esses avanços, é difícil mensurar, de forma confiável, a prevalência da violência contra esse segmento da população, o que também dificulta a intervenção do Estado por meio de políticas públicas (IPEA, 2020, p. 54).

Desta forma, a ausência de padronização nos instrumentos de coleta e notificação dos dados terminam por gerar lacunas que ainda invisibilizam a situação de violência sofrida pela população LGBTQIA+.

Amparo (2020) assinala que:

A violência contra essa população ocorre em diversos espaços: no espaço público, no âmbito institucional, e principalmente no ambiente familiar e doméstico. (...) Há uma grande subnotificação dos casos, e dentre os notificados, existem desafios relativos ao não enquadramento das ocorrências na tipificação adequada, dificultando a verificação da real proporção da situação, o que acaba se concretizando como um entrave no combate à violência LGBTfóbica. (AMPARO, et. al, 2020, p.8).

O período inicial da pandemia do novo Coronavírus, apresentou-se mais crítico para população LGBTQIA+ durante o isolamento, fazendo que os números de violência nos espaços domésticos ganhassem destaque.

O Conselho Nacional de Saúde, em março de 2021, publicou a informação de que só no estado do Mato Grosso, foram registradas 160 ocorrências de violência contra LGBTs no período de janeiro a agosto de 2020, de acordo com os dados do Grupo Estadual de Combate aos Crimes de Homofobia (GECCH), divulgados pela Secretaria de Estadual de Segurança Pública (SESP-MT), representando um aumento de 108% em comparação ao ano de 2019.

Através dos dados divulgados sobre os tipos de violência sofrida pela comunidade LGBTQIA+, observa-se que os mesmos não retratam as formas de discriminação vivenciadas, em decorrência de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Para que seja possível estabelecer a devida proteção jurídico penal através do *ius puniendi* estatal.

4.3 Posição Jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal

Para realização da análise argumentativa da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em face da ADO nº 26 acerca da criminalização da homofobia, é necessário o conhecimento da tese firmada pela suprema corte na presente ação. O julgado de relatoria do ministro Celso de Mello que após exposições de teses prós e contra por parte do plenário fixou o seguinte entendimento:

[...] a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandato 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 LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/99; 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 LGBT, 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; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator (...) (BRASIL, 2019, p.565).

4.3.1- O voto do ministro relator Celso de Mello, favorável a superação da mora congressual.

No dia 14 de fevereiro de 2019, o ministro Celso de Mello decidiu seu voto em dezoito tópicos, o qual inicia-o trazendo a reflexão sobre a importância do dissenso no estado democrático de direito, além de alertar sobre o dever constitucional do Supremo Tribunal Federal em fazer que prevaleça a autoridade e a supremacia da constituição federal e das leis. Em seguida posiciona-se pelo repúdio de qualquer ato preconceituoso ou discriminatório que prive de seus direitos qualquer pessoa por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, ressaltando também para impossibilidade jurídica-constitucional do egrégio tribunal por meio de provimento jurisdicional de tipificar condutas e cominar penas.

Seguindo o raciocínio, o ministro argumenta ser inadmissível a substituição do congresso nacional em sua função legiferante, não sendo possível suprir a omissão denunciada, procedendo a tipificação penal, por importar em grave transgressão ao postulado da separação dos poderes e ofender o princípio da reserva legal estabelecido no artigo 5, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988, quando o mesmo expõe que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. (2016, p.15).

Nesse ínterim, alertou ainda, Celso de Mello, para a forma desidiosa que a questão referente a comunidade LGBTAI+ tem sido tratada ao longo da história do país e com isto tem-se aumentado a cada dia a intolerância contra esses grupos ficando expostos a todo tipo de discriminação e violência. Reconhece ainda que tais grupos são passíveis de direito e de igual proteção legislativa e constitucional,

revelando-se inaceitável arbitrário qualquer ato que exclua, discrimine e incite a intolerância em razão de orientação sexual e\ou identidade de gênero.

Além disso, destaca para determinação de comandos constitucionais imperativos ao legislador penal para proteção aos direitos e liberdades fundamentais contra injusta agressão. Dando ênfase as cláusulas de proteção penal elencadas nos incisos XLI e XLII do artigo 5º da carta constitucional, os quais estabelecem:

XLI—a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII—a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; (BRASIL, 2016, p.15).

Ambos os artigos, demonstram, a existência de comando constitucional para que se tipifiquem comportamentos discriminatórios e atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais dos grupos LGBT.

Diante disto, o ministro Celso de Mello alega o estado de omissão abusiva e o estado de mora por parte do legislador ordinário no estabelecimento de normas penais que busquem dar eficácia aos mandados de criminalização mencionados no texto constitucional anteriormente dispostos. Mesmo diante da tramitação no congresso nacional de inúmeros projetos de lei, que embora debatidos com exaustão, nunca foram votados. Dando prosseguimento ao raciocínio, define a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) como meio legítimo para concretização de cláusulas constitucionais mandatórias frustradas em sua eficácia por injustificada inércia congressual.

Seguindo a linha argumentativa, o relator utiliza-se do precedente firmado no histórico julgado realizado no HC 82.424/RS (Caso Ellwanger) de setembro de 2003, que defende que o conceito de raça é fluido e variável, de acordo com o momento e lugar examinados, prescindindo de manifestações fenotípicas, biológicas e genéticas. Desta maneira, a raça que se refere a lei de racismo refere-se aos mais variáveis filamentos sociais, que são sujeitos passivos de comportamentos discriminatórios por grupos dominantes, como exemplo, os integrantes do grupo LGBTQIA+, em face o domínio cultural heterossexista.

Portanto a solução mais adequada ao julgador é que seja reafirmada a orientação do Caso Ellwanger no sentido de que, o conceito de racismo para efeito da subsunção típica dos crimes estabelecidos na Lei 7.716/89 não se encontra resumida meramente a seu conceito antropológico ou biológico, mas sim, em uma dimensão cultural e sociológica. Logo, seja reconhecido de imediato que quaisquer

condutas homofobias, independentemente de sua forma de manifestação, enquadre-se na noção conceitual de racismo trazido na lei em comento.

Seguindo a linha argumentativa, entende que desta forma realiza-se uma interpretação conforme a constituição na qual até que sobrevenha legislação autônoma editada pelo Congresso Nacional para concretização dos mandados constitucionais de criminalização que buscam proteção penal de condutas homofóbicas e transfóbicas. Tais condutas, por traduzirem a expressão de racismo, interpretado em sua dimensão social, amoldar-se-iam às figuras típicas estabelecidas na já existente Lei de racismo.

4.3.2-Os votos dos ministros Luiz Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Luís Fux e ministro Gilmar Mendes: favoráveis a procedência da ação.

O Ministro Edson Fachin, adentrando ao mérito da demanda, acompanhou na íntegra o relator, acolhendo as razões do voto deste. O ministro Alexandre de Moraes, afirmou que seguiria o relator, passando a trazer algumas considerações, de início ressalta a importância da criminalização de condutas atentatórias aos direitos e liberdades dos integrantes da comunidade LGBTQ+ e a necessidade de fazer valer o inciso XLII do artigo 5º da carta constitucional, pois desde a sua promulgação o legislador ordinário realizou a proteção dos mais variados grupos vulneráveis por intermédio de norma penal, deixando de fora desta os homossexuais e transgêneros, demonstrando assim a mora inconstitucional do congresso nacional.

Por fim, este ministro entendeu ser possível efetuar a interpretação conforme o termo raça, trazido na lei 7.716/89, com fim de entender que, os tipos penais elencados nesta lei, também se encontra a homofobia, sem que com isto seja criado um novo tipo penal ou até mesmo que realizada analogia *in malam partem*, ou seja, sem violar princípio da legalidade penal.

Por sua vez, o ministro Roberto Barroso vota no mesmo sentido dos ministros acima, estabelecendo como saída ao estado a inação legislativa, a reafirmação do famoso caso Ellwanger para justificar a compreensão de condutas homofobias como racista. Alertando, o votante para o caráter hermenêutico da decisão, que trata de um conceito já existente, editado pelo legislador ordinário, em um processo legislativo estritamente legal. Logo, diante da existência da lei, a

definição do preceito primário e do preceito secundário seriam prévios, não podendo se falar em inovação no ordenamento jurídico penal.

A ministra Rosa Weber, acompanha na íntegra o relator, retomando em sua fundamentação os argumentos até então expostos pelos votos anteriores, ressaltando para o postulado da reserva legal em matéria penal como valor fundamental do estado democrático de direito, sendo inviável que esta corte, em sua função legiferante atípica, crie um novo tipo penal, com a finalidade de criminalização da homofobia. Porém, defende está julgadora ser possível que se realize interpretação conforme a lei 7716/89, compreendendo as condutas homotransfóbicas como parte do conceito de racismo, em sua dimensão social.

Por sua vez o ministro Luís Fux, também votou nos moldes do ministro relator, iniciando o seu voto alertando para forma generalizada que se tem ocorrido as condutas homofobias no país. Depois, reconhece o votante a mora legislativa, entendendo como solução mais acertada, conferir interpretação conforme a constituição ao conceito de racismo tratado na lei 7.716/89, enquadrando nos tipos penais trazido na lei, as condutas homofóbicas, para que com isto haja uma resposta mais concreta desta corte para presente ação.

Por seu turno a ministra Cármen Lúcia, profere seu voto no mesmo sentido dos votos até então exposto, argumentando que a inércia do parlamento em criminalizar condutas homofóbicas seriam atentatórias a as liberdades e garantias fundamentais da comunidade LGBT. Porém não é possível que este tribunal, agindo em sua função legislativa atípica, tipifique por conta própria, um tipo penal incriminador autônomo em busca da criminalização da homofobia.

Por fim, o ministro Gilmar Mendes em seu voto acompanha na íntegra, o relator, entendendo pela possibilidade da norma destinada a tipificar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional fosse utilizada, com mais amplitude, de forma que, no conceito de racismo enquadrassem as condutas homofóbicas.

4.3.3 - O voto do Ministro Lewandowski: pela parcial procedência da ação, afim de reconhecer, apenas, a mora do parlamento em criminalizar a homofobia.

Seguiu linha argumentativa oposta o ministro Ricardo Lewandowski, apesar de reconhecer o estado de vulnerabilidade e a necessidade de proteção dos participantes da comunidade LGBT+, por entender que os direitos relativos à orientação sexual e identidade de gênero são tidos como essenciais para concretização dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação. Demonstrando, assim, total repugnância as condutas preconceituosas de qualquer natureza.

Vislumbra Lewandowski que apenas o poder legislativo é competente para criminalizar as condutas homofóbicas, sendo para tanto imprescindível lei em sentido formal, para que se tenha o fiel cumprimento do princípio da reserva legal insculpido no artigo 5º, inciso XXXIX, da carta constitucional, quando menciona, como supracitado, que não há crime nem há pena se ainda não houver lei que assim o defina. Neste sentido, expõe com clareza o texto constitucional, que apenas a lei formal é capaz de estabelecer uma norma penal incriminadora.

Dando continuidade a argumentação, o ministro embora reconheça a mora legislativa do Congresso nacional, adverte que a suprema corte somente poderá declarar esta mora, cientificando o parlamento para que tome as medidas cabíveis. Logo, o votante não acompanha seus pares no sentido de enquadrar os atos de homofobia na lei de racismo, por entender pela inviabilidade de invocação de precedentes concretistas já firmados pela suprema corte para aplicação no caso em comento. Por se tratar de matéria penal, sujeita a reserva legal absoluta, violando assim o princípio da reserva legal.

Vale observar que segue a mesma posição argumentativa o voto do ministro Dias Toffoli, acompanhando integralmente, o voto do ministro Lewandowski.

4.3.4- O voto do ministro Marcos Aurélio: pela improcedência da ADO.

O ministro Marcos Aurélio, traz o voto mais discrepante em relação aos já observados, logo entende que a ADO é meramente declaratória, não podendo se falar em imediata resposta judicial ou até mesmo em colmatação do egrégio tribunal para efetivação de direitos fundamentais violados por intermédio desta ação. Defende também, que o mandado constitucional trazido no artigo 5º, incisos XLI da lei fundamental, não pode ser interpretado como uma forma de incriminação propriamente dita de condutas.

Diz também não ser possível estabelecer que a lei antiracismo, atenda também os atos homofóbicos, pois ocasionaria insegurança jurídica e violaria o mandamento principiológico da reserva legal em matéria penal. Em sequência adverte, que qualquer decisão neste sentido caracterizaria interferência no poder legislativo.

4.4 Análise da compatibilidade da decisão com princípio da reserva legal

Realizada a abordagem geral da tese firmada, trazendo as argumentações defendidas pelos ministros, observar-se-á sua compatibilidade com o que estabelece a dogmática penal, sobretudo o que estabelece o princípio da reserva legal.

Pois bem, dentre os argumentos do voto vetor do ministro relator, ganha relevo a argumentação na qual defende que ao exercer interpretação conforme a constituição considerando como racista condutas homofóbicas não estaria a suprema corte assim legislando. Apresentando-se como um dos pontos mais polêmicos da decisão, sendo bastante criticado pela comunidade jurídica. De acordo com Lenza (2020), apesar da criminalização da homofobia ter sido realizada através de uma interpretação de acordo com texto constitucional, o Supremo Tribunal, no supracitado caso, legislou criando, assim, um tipo penal, não atentando para o princípio da estrita legalidade.

Levando em consideração que o princípio da reserva legal é base para toda a construção principiológica em matéria penal, estando apregoado expressamente na constituição. A criação de uma norma penal incriminadora só poderá ser realizada através de lei editada pelo poder legislativo.

Princípio da legalidade ou da reserva legal: trata-se do fixador do conteúdo das normas penais incriminadoras, ou seja, os tipos penais, mormente os incriminadores, somente podem ser criados através de lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo, respeitando o processo previsto na Constituição (...) Encontra-se previsto no art.5º, XXXIX da CF, bem como no art.1º do Código Penal (NUCCI, 2014, p.11).

Logo, não cabe ao Supremo Tribunal Federal através de uma decisão judicial atuar como legislador positivo, criminalizando a homofobia. Está competência está reservada, ao parlamento, visto que a suprema corte não tem legitimidade para

legislar sobre direito penal. Sendo tal competência privativa da união, conforme estabelece o artigo 22, inciso I da constituição federal.

O ministro Ricardo Lewandowski, embora voto vencido, também aponta a inadequação da criminalização da homofobia por parte da corte constitucional.

A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos. (LEWANDOWSKI, 2019, p.18).

Sendo assim, embora exista mora legislativa em assegurar proteção contra atos discriminatórios e preconceituosos sofridos pela comunidade LGBTQIA+, o Supremo Tribunal Federal ao criminalizar a homofobia buscando estabelecer interpretação constitucional do termo raça, inova o ordenamento jurídico penal. Pois, não é possível extrair dos termos trazido no artigo 1º da lei nº 7.716/89, qualquer referência a orientação sexual ou identidade de gênero (BADARÓ, 2019).

Diante do exposto, é possível que a decisão firmada pelo Supremo Tribunal Federal, ao conceder interpretação conforme a constituição do termo “raça” contido na lei nº 7716/89, entendendo que o termo comporta condutas homofobicas na extensão social do termo racismo, está em desconformidade com o princípio da reserva legal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo verificar o entendimento firmado pelo STF em face da ADO nº26 que criminaliza a homofobia consiste em um ato amparado pelo mandamento constitucional da legalidade penal. Julgamento este que se deu por encerrado em junho de 2019, onde se firmou a tese que a homofobia é um tipo de racismo em sua acepção sociológica-constitucional.

Desta forma, para melhor compreensão da problemática suscitada, foi exposto como se desenvolveu dogmaticamente o princípio da legalidade no direito penal, partindo da sua evolução ao longo da história até se chegar a sua atual acepção no mundo jurídico. Enfatizando que o referido princípio se transformou em um dos alicerces para se erguer um estado democrático de direito. Diante disso, a constituição da República Federativa do Brasil estabelece o princípio da legalidade penal em seu artigo 5º, inciso XXXIX, onde é possível extrair quatro funções limitadoras da persecução penal, são elas: a necessidade de lei escrita, lei prévia, lei certa e lei estrita.

Realizamos também o estudo da evolução legislativa da lei de racismo no país, na qual extraímos considerações terminológicas de conceitos transcritos na lei, além de seus tipos penais. Enfatizamos que o legislador ordinário ao editar a lei em comento, não trouxe em seu texto as condutas preconceituosas ou discriminatórias em virtude de identidade de gênero ou de orientação sexual, apesar das inúmeras alterações realizadas no texto legislativo ao longo dos anos. Estando presente na lei um rol taxativo e bem específico, no qual atos de discriminação e preconceito somente seriam tidos com tipos penais da lei nº 7716/89, desde que realizados em decorrência da raça, cor, etnia, religião e procedência nacional.

Foram trazidas e analisadas conforme o princípio da reserva legal as argumentações defendidas pelos ministros do STF ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26, que por maioria de votos e sob o argumento de estabelecer interpretação conforme a constituição aos mandados de criminalização inseridos nos incisos XLI e XLII do artigo 5º da carta política, estabelece que qualquer forma de manifestação de condutas homofóbicas e transfóbicas são figuras típicas trazidas na lei antirracista. Por considerar que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécie do gênero racismo, em sua

dimensão social, a qual foi reconhecido pelo STF no julgamento firmado no HC N^o 82424.

Diante do exposto, é possível inferir que apesar da corte constitucional ter intenção de proteger as vítimas de condutas homotransfóbicas, ao entender pela criminalização da homofobia, o princípio da reserva legal se encontra violado. Por não estar alinhada a decisão com o que estabelece o estado de direito. Onde somente o poder legislativo é competente para criar tipos penais, sendo imprescindível a elaboração de uma lei, conforme tese suscitada pelo ministro Ricardo Lewandowski.

REFERÊNCIAS

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

ALMEIDA, Guilherme. **Caderno Nº 04: Transfobia.** Série Assistente Social no combate ao preconceito. Brasília: Conselho Federal de Serviço Social (CFESS), 2016.

AMPARO, Thiago. et.al. (coords.). **A violência LGBTQIA+ no Brasil.** São Paulo. FVG Direito SP, 2020. Disponível em: https://www.fgv.br/mailling/2020/webinar/DIREITO/Nota_Tecnica_n.pdf. Acesso em 02 out. 2020.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação penal especial.** 13. ed. São Paulo, Saraiva, 2018.

BADARÓ, Gustavo. Legalidade Penal e a homofobia subsumida ao crime de racismo: um truque de ilusionista. **Jota Info.** Disponível: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/legalidade-penal-e-a-homofobia-subsumida-ao-crime-de-racismo-um-truque-de-ilusionista-24052019>. Acesso em: 06 dez. 2021.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 11.ed. Rio de Janeiro: Evan, 2007.p.65-66.

BECCARIA, Cesare Bonesana. Marchesi di. **Dos delitos e das penas.** 2.Ed. rev. atual. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BENEVIDES, Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim. (Orgs.) **Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2020.** São Paulo: Expressão Popular, ANTRA, IBTE, 2021. Disponível em: <https://antrabrazil.files.wordpress.com/2021/01/dossie-trans-2021-29jan2021.pdf>. Acesso em: 18 out. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral.** v.1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020

BORILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito.** Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

BORTOLETTO, Guilherme Engelman. **LGBTQIA+:** identidade e alteridade na comunidade. Orientador: Prof. Dr. Emerson Nascimento. 2019. 32 f.Trabalho de Conclusão de Curso (Especialista em Gestão de Produção Cultural) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: https://paineira.usp.br/celacc/sites/default/files/media/tcc/guilherme_engelman_bortoletto.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal:** dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

Disponível em:

https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 05 jul. 2021.

BRASIL. Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm Acesso em: 05 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 7.716/89. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 08 mai. 2021.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos – SEDH. **Plano Nacional de Promoção da Cidadania e de Direitos Humanos de LGBT**. Brasília, DF:

Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2009. Disponível em:

<https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/39/LGBTI/Plano%20Nacional%20de%20Promo%C3%A7%C3%A3o%20da%20Cidadania%20e%20Direitos%20Humanos%20LGBTI.pdf>. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Íntegra da tese. Distrito Federal Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 82424/RS. 2003.

Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em 27 set. 2021.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1967. P.192.

CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Tópicos de direito penal**: parte geral. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

CENTRO DE REFERÊNCIA LGBT JANAÍNA DUTRA. **Relatório Anual**: atividades e perfil da população LGBT atendidas em 2020. Disponível em:

https://www.fortaleza.ce.gov.br/images/0001/17_07_2021_RELAT%C3%93RIO_ANAL_CRLGBTJD__2020_2.pdf. Acesso em: 09 out. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Pandemia, LGBTfobia e os impactos das negligências do Estado para esta população. Ministério da Saúde. 2021. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1640-artigo-pandemia-lgbtfobia-e-os-impactosdas-negligencias-do-estado-para-esta-populacao>. Acesso em 09 out. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120º) 8.ed. rev.amp.atual. Salvador: JvsPODIUM, 2020.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E CIDADÃO. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 03 abr. 2021.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. 1948. **UNICEF**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 08 set. 2021.

FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 63

FEUERBACH, Paul J.A.R. **Tratado de derecho penal común vigente em Alemania**. Buenos Aires: Editorial Hamurabi, 1989.

FRANCISCO, Pedro Arthur de Angeli. **A (in)aplicabilidade da Lei do Racismo (Lei 76716/89) no Brasil**. Orientador (a): Alexandre Knopfholz. 2021. 61 f. TCC. Centro Universitário Curitiba. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/KANIMA/13350>. Acesso em 10 set. 2021.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2002, p.69

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HUNGRIA, N; FRAGOSO, H. C. **Comentários ao Código Penal**. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Atlas da Violência 2020. IPEA. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020> Acesso em: 09 out. 2021.

JESUS, Jaqueline G. Transfobia e crime de ódio: assassinato de pessoas transgênero como genocídio. **História Agora**: a revista de história do tempo presente. 2013. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Jaqueline-Jesus>. Acesso em: 30 set. 2021.

JUSTO, Gabriel. Pelo 12º ano consecutivo, o Brasil é o país que mais mata transexuais no mundo. **Revista Exame**. 2020. Disponível em: <https://exame.com/brasil/pelo-12o-ano-consecutivo-brasil-e-pais-que-mais-mata-transexuais-no-mundo/>. Acesso em: 08 out. 2021.

- LEMOS, Diego José Sousa. **Contando as Mortes da Violência Trans-Homofóbica**: uma pesquisa sociojurídica dos processos criminais na cidade do Recife e uma análise criminológico-*queer* da violência letal. Orientador (a): Artur Stamford da Silva. 2017. 301f. Dissertação. (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2017. Disponível em:
<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/28348/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20Diego%20Jos%C3%A9%20Sousa%20Lemos.pdf>. Acesso em 30 nov. 2021.
- LENZA, Pedro (coord.). GONÇALVES, Victor E. R.; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Legislação penal especial**. 7. ed. São Paulo. Saraiva Jus. 2021.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- LIMA, Renato B. **Legislação penal especial comentada**. v. único. 8. ed. rev. atual. amp. Salvador: Juspovim, 2020.
- LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 19
- MAGNA CHARTA LIBERTATUM. 1215. Disponível em:
http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/MAGNA%20CARTA%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf. Acesso em: 12 jul. 2021.
- MELO, Celso E.S. **Racismo e violação ao direitos humanos pela internet**: estudo da Lei nº 7.716/89. Orientador (a): Enrique Ricardo Lewandowski. 2010. 110 f. Dissertação. (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. Disponível em:
https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-02082011-114422/publico/DISSERTACAO_COMPLETA_PDF_CELSO.pdf. Acesso em 28 set. 2021.
- MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. Secretaria Nacional de Cidadania. **Violência LGBTfóbica no Brasil: dados da violência**. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018. Disponível em: https://prceu.usp.br/wp-content/uploads/2021/04/MDH_violencia_2018.pdf. Acesso em 09 out. 2021.
- MIRANDA, Olisson Coutinho; GARCIA, Paulo Cesar. A Teoria Queer como representação da cultura de uma minoria. **III Encontro Bahiano de Estudos em Cultura. Universidade Federal do Recôncavo da Bahia**. 2012.
<https://www3.ufrb.edu.br/ebecult/wp-content/uploads/2012/04/A-teoria-queer-como-representa%C3%A7ao-da-cultura-de-uma-minoria.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2021
- NORONHA, E. Magalhaes. **Direito penal**. São Paulo:Saraiva,1991. Disponível em:
<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 03 de abril de 2021.
- NUCCI, Guilherme S. **Leis penais e processuais comentadas**. 5. ed. rev. atua. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme S. **Código penal comentado**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general, T.1,2. Ed. Madrid: Civistas, 2008.

SANTOS, Pedro H. M. dos; ALVARES, Silvio Carlos. Injúria racial e o racismo no universo jurídico. **Revista Científica Eletrônica do Curso De Direito**, 15. ed. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em:

http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/cLSjnr4ft1PNnXR_2019-2-28-14-0-54.pdf. Acesso em: 08 set. 2021.

SILVA; CASAGRANDE

SILVA, Fernando H.; NARDI, Henrique C. **A construção social e política pela não-discriminação por orientação sexual**. Physis: Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, 2011.

SILVA, Adrian Barbosa E.; OLIVEIRA, Felipe Guimarães de; RABELO, Victor Alberto P. A. A liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988 e no Supremo Tribunal Federal: uma análise sobre o caso Siegfried Ellwanger. **Estudios Constitucionales**, Talca, a. 9, n. 2, 2011. Disponível em:

https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200021
Acesso em: 04 dez. 2021.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

VASCONCELOS. Guilherme A.J. **Incriminação do racismo**: fundamentação constitucional à luz do direito penal mínimo e interpretação legal. Orientador (a): Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão. 2009. 164 f. Dissertação. (Mestrado em Direito) Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/29089/1/DISSERTA%c3%87%83%20Guilherme%20Ata%3%adde%20de%20Jord%3%a3o%20de%20Vasconcelos.pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da legalidade: corolário do direito penal. **Revista Científica Semana Acadêmica**. Fortaleza, 2013. Disponível em:

<https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/principiodalegalidade-corolariododireitopenal.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2021.

VIANNA, Claudia Pereira. O movimento LGBT e as políticas de educação de gênero e diversidade sexual: perdas, ganhos e desafios. **Revista Educação e Pesquisa**. São Paulo, v. 41, n. 3, jul./set. 2015. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/ep/a/LBDYPy9CZ3pGLJ4Sk4HVdQm/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 02 nov. 2021.

VOTELGBT. **Diagnóstico LGBT+ na Pandemia. 2021**. Disponível em: https://static1.squarespace.com/static/5b310b91af2096e89a5bc1f5/t/5ef78351fb8ae15cc0e0b5a3/1593279420604/%5Bvote+lgbt+%2B+box1824%5D+diagno%CC%81sti+co+LGBT%2B+na+pandemia_completo.pdf. Acesso em: 09 out. 2021.