

# O RACISMO SOCIAL - ANÁLISE À LUZ DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26/DF E DO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4.733/DF

Jhennifer de Freitas Cabral<sup>1</sup>

Mauro Bley Pereira Junior<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO - CASO CONCRETO



presenta-se inicialmente situação fática real para análise jurídica do crime de racismo social. Foram alterados os nomes das pessoas, datas, horários e local, atendendo a regras de sigilo e a fim de evitar desnecessária exposição pública.

Constou da denúncia no processo-crime:

“No dia 29 de janeiro de 2020, por volta das 08h30min, no interior de uma das enfermarias do Hospital Modelo, unidade hospitalar localizada na Rua Castro Alves nº 755, Centro, neste município e comarca de Curitiba/PR, o denunciado JOÃO LEITE, agindo dolosamente, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, imbuído de ânimo lesbofóbico, praticou discriminação em razão de orientação sexual contra a vítima Maria Silva, impedindo que ela exercesse livremente seu trabalho.

A vítima MARIA SILVA exerce a profissão de cuidadora de idosos, tendo, na ocasião dos fatos, sido contratada para acompanhar idoso que estava internado nas dependências do Hospital Modelo, unidade hospitalar que tem como sócio administrador, diretor clínico e médico o denunciado JOÃO LEITE.

Após ingressar no dia 28 de janeiro de 2020, por volta das

---

<sup>1</sup> Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela UniCuritiba. Estagiária de Pós-Graduação no Tribunal de Justiça do Paraná.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná em 1991. Juiz Substituto em 2º Grau no Tribunal de Justiça do Paraná.

20h00min e ter passado a noite nas dependências do hospital no exercício de seu trabalho, já na manhã do dia 29 de janeiro de 2020, por ocasião das visitas de rotina aos pacientes internados, o denunciado JOÃO LEITE, ao acessar a enfermaria em que trabalhava a vítima MARIA SILVA, ao se deparar com ela, indagou a enfermeira que o acompanhava se ela “teria estudado o caso dela”, referindo-se a vítima MARIA, quando obteve da profissional de saúde a seguinte resposta: “feminina”. Ato contínuo, com estado de ânimo alterado, ainda na presença da vítima MARIA, o denunciado JOÃO LEITE novamente se virou para a enfermeira que o acompanhava e a questionou dizendo “isso não pode, o que isso aqui está virando, como que entrou?”.

Na sequência, o acusado JOÃO LEITE saiu da enfermaria e se dirigiu até o posto de enfermagem onde se encontravam as demais profissionais de enfermagem, indagando-as, também na presença da vítima MARIA e se referindo a ela: “você não se sentiriam constrangidas se ela as visse urinando?”.

Após a vítima tentar, sem sucesso, interpellá-lo diante das ofensas lesbofóbicas, o acusado JOÃO LEITE disse, ainda, “não quero saber, saia do meu hospital”, “não sei que espécie que é, se é homem ou se é mulher” e “aqui não pode”.

Por fim, a vítima MARIA SILVA foi solicitada a se retirar do hospital por duas outras enfermeiras, deixando a unidade em seguida”.

No caso em questão, logo após o crime, a vítima Maria compareceu à delegacia de polícia local relatando o crime, na forma descrita na denúncia, sendo acompanhada de sua irmã e do contratante Luiz Carlos Junior. A vítima também recebeu atendimento psicológico e apoio da Comissão de Diversidade Sexual e de Gênero da OAB/PR. O réu, na fase policial, negou a prática do delito e sustentou que a vítima e a irmã pretendiam indenização, construindo versão falsa dos fatos.

O juízo considerou que a materialidade do crime foi demonstrada pela Portaria de instauração de inquérito policial, Boletim de ocorrência, Ofício n° 01/2020 encaminhado pela Comissão de Diversidade Sexual e de Gênero da OAB/PR, Termo de Responsabilidade de Acompanhante e Procedimento Investigatório Criminal n° 0110.20.000521-9/MPPR. Foi considerada

provada a autoria pelos depoimentos da vítima, da irmã da vítima, do contratante do serviço da vítima e pelos depoimentos de duas enfermeiras. Em seu interrogatório em juízo, o réu negou a prática do crime, sustentando que está sendo vítima de acusações falsas para lastrear ação indenizatória.

O depoimento da vítima foi bastante detalhado. A vítima, ao ser inquirida, informou que:

“(…) foi contratada pelo Luiz Carlos Júnior para atender o pai do mesmo, Sr. Dorival; que pegou o plantão as sete horas da noite; que o senhor Dorival estava no primeiro quarto; que deu os documentos para a moça da portaria, que lhe entregou um papel de acompanhante; que foi para o primeiro quarto, depois mudou para o segundo; que estava com a camiseta de cuidadora, calça branca, chinelo e boné; que fez o cadastro no hospital; que mostrou a sua identidade; que indicou quem iria estar acompanhando; que ninguém disse nada sobre não poder acompanhar alguém do sexo masculino; que não foi feita nenhuma pergunta sobre seu sexo; que o senhor Dorival, que acompanhava, ficou até às oito horas da noite em um quarto e depois foi para outro; que no segundo quarto tinha um rapaz na cama ao lado, com dengue hemorrágica; que não conhecia esse rapaz; que sempre ficou na sua cadeira; que não tomou banho lá; que em nenhum momento entrou no banheiro do hospital, sempre usou o banheiro do quarto; que no outro dia cedo as enfermeiras passaram no quarto; que em nenhum momento as enfermeiras mencionaram que ela não poderia estar na enfermaria masculina; que em nenhum momento o rapaz da cama próxima ficou incomodado com a sua presença; que ele quase não conversava; que ficava no celular; que em nenhum momento ele pediu para ela se retirar por estar na ala masculina e ser mulher; que eram umas oito horas da manhã quando o doutor João passou fazendo a visita; que quando ele entrou no quarto, ele entrou sozinho; que logo em seguida veio uma enfermeira; que o doutor perguntou à enfermeira se havia estudado o caso de Maria; que a enfermeira disse que não, porque Maria tinha chegado no dia anterior, quando ela não estava; que chegou a ir até ele (o Dr. João) para explicar a situação, mas ele não deixou explicar; que a enfermeira falou que ela (Maria) era feminina, era mulher; que o doutor disse “como que isso entrou?” referindo-se a ela; que o doutor João não

chegou a examinar o Sr. Dorival, já veio agredindo-a verbalmente; que o rapaz da cama anexa estava no quarto, mas não lembra se ele estava acordado; que depois o Dr. João saiu da enfermaria e foi até o balcão perguntando, aos gritos, às enfermeiras se elas não ficariam constrangidas se vissem ela (Maria) urinando; que foi até o balcão e respondeu dizendo que isso não existe, que nem tinha como elas verem nada, pois estava no quarto; que ele (Dr. João) estava nervoso, batia na mesa, não deixava ela falar; que isso aconteceu no corredor; que ele disse “não quero saber, saia do meu hospital, não sei se é homem ou é mulher”; que disse que não ia sair; que em nenhum momento uma enfermeira ou outro funcionário chegou para ela para explicar nada; que obrigaram que saísse e deixou o Sr. Dorival sozinho; que teve que sair porque pegaram sua bolsa; que as enfermeiras saíram com a sua mala e ela saiu atrás; que estava com a mesma roupa de quando entrou no hospital; que uma enfermeira disse que ele (Dr. João) estava bravo, que era melhor ela sair, que não podia fazer nada; que duas enfermeiras pediram desculpas pelo ocorrido; que pediu os documentos na saída; que em nenhum momento disseram que o rapaz/paciente que estava no mesmo quarto havia solicitado sua retirada; que estava chovendo; que nem na área do hospital ela podia ficar; que ligou para o Luiz Carlos Junior e sua irmã; que em seguida foram até a delegacia prestar queixa”.

A irmã da vítima e o contratante dos serviços da vítima não trouxeram esclarecimentos relevantes quanto ao narrado na denúncia, pois não se encontravam presentes no local, quando os fatos ocorreram. Porém, seus depoimentos atestam o doloroso estado de ânimo e o sentimento de especial humilhação da vítima, quando foi, na mesma data dos fatos, à delegacia de polícia. As duas enfermeiras inquiridas, arroladas pela defesa, alegaram não ter ouvido o réu proferindo ofensas contra a vítima, porém confirmam que ele solicitou que ela saísse do local.

O réu foi condenado pela prática do crime previsto no art. 20, *caput*, da Lei n° 7.716/1989 à pena de 01 (um) anos, 03 (três) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, a ser inicialmente cumprida em regime aberto. A pena privativa de liberdade foi substituída por 02

(duas) penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

O juízo *a quo* utilizou elementos contidos na ADO 26 e MI 4733 para a condenação.

## 2. ANÁLISE À LUZ DA ADO Nº 26/DF E DO MI Nº 4.733/DF

Inicialmente, os princípios da reserva legal e da anterioridade, no âmbito penal (*nullum crimen, nulla poena sine proevia lege*), exigem a existência de lei formal devidamente elaborada pelo Poder Legislativo, por meio das regras de processo legislativo constitucional (*lex scripta*), que a lei seja anterior ao fato sancionado (*lex proevia*) e que a lei descreva especificamente um fato determinado (*lex certa*).

Tal previsão é tradicional nas Constituições que caracterizam os Estados de Direito, e foi consagrada pelo art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26/8/1789.

No exercício jurisdicional, está vedada ao juiz a possibilidade de converter-se em legislador, criando novas figuras típicas ou novas sanções.

No entanto, quando se está diante de uma omissão legislativa, há a possibilidade da interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), prevista no art. 103, §2º, da Constituição Federal. Tal ação é regulamentada pela Lei nº 12.063/2009 (esta Lei incluiu dispositivos na Lei nº 9.868/1999). Observa-se também a possibilidade de interposição de Mandado de Injunção (MI) que está previsto no art. 5º, LXXI da Constituição Federal e foi regulamentado pela Lei nº 13.300/2016.

A partir da análise das leis mencionadas, é possível identificar as diferentes finalidades dessas ações. A ADO tem por finalidade tornar efetiva norma constitucional. Em outras palavras, o objetivo principal da ADO é evitar que a Constituição

Federal seja violada por omissão dos Poderes Públicos. Portanto, a ADO é uma ação de controle abstrato. O MI tem como finalidade principal assegurar a supremacia da Constituição Federal e viabilizar o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas. A viabilização do exercício de direitos é feita por meio do controle concreto (ou incidental), que é aquele que tem por finalidade precípua a proteção de direitos subjetivos.

É importante destacar que a interpretação conferida pelo STF faz com que os parâmetros das duas ações (ADO e MI) sejam basicamente o mesmo. Para que haja uma omissão inconstitucional, é necessário que a Constituição Federal determine que o Poder Legislativo ou Executivo faça algo e ele se omita. No caso da ADO, para que a omissão surja, em regra, é necessário que a norma constitucional não seja autoaplicável. Deve ser norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, é necessário que a norma dependa de uma vontade intermediadora para ser aplicada ao caso concreto.

No caso do Mandado de Injunção, o parâmetro também é uma norma não autoaplicável (relacionada ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania).

Todavia, a exceção fica por conta do Princípio de Proibição da Proteção Deficiente. Neste caso, a norma existe, mas ela não é suficiente para proteger o direito constitucional de forma adequada (omissão parcial), ou seja, existem normas na Constituição Federal que, embora sejam autoaplicáveis, também impõem aos Poderes Públicos o dever de agir para proteger e promover o direito fundamental consagrado. Quando o Poder Legislativo cria a lei, mas esta não é suficiente para a proteção do direito; ou quando o Poder Executivo atua no plano administrativo, mas as suas ações não são suficientes, há uma omissão parcial do poder público. A omissão parcial, nestes casos, pode ocorrer ainda que a norma parâmetro não seja norma de eficácia limitada, ou seja, pode ocorrer frente às normas autoaplicáveis.

Isso ocorre nos casos de Homofobia e Transfobia, uma vez que o art. 5º, XLI, da Constituição Federal estabelece que *“A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.”* Ainda que não exista uma definição inequívoca a respeito do que são a homofobia e a transfobia, não há dúvidas de que constituem formas de discriminação atentatória de direitos e liberdades fundamentais. O próprio constituinte, ao estabelecer comando para a edição de lei, optou por utilizar conceitos jurídicos indeterminados, construindo enunciado que pode ser integrado à luz da realidade concreta de cada tempo.

O preconceito fundado na aversão à orientação sexual e/ou à identidade de gênero dos indivíduos dá ensejo à sistemática violação de direitos fundamentais da comunidade LGBTQIA+, grupo historicamente marginalizado. Diante do cenário acima descrito, em 2012, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) impetrou mandado de injunção (MI) no Supremo Tribunal Federal no qual pediu o reconhecimento de que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito de racismo ou, subsidiariamente, que sejam entendidas como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais. Com fundamento nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição Federal, a ABGLT sustentou que a demora do Congresso Nacional é inconstitucional, tendo em vista o dever de editar legislação criminal sobre a matéria (MI n° 4.733/DF).

Cerca de um ano depois, em 2013, o Partido Popular Socialista (PPS) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) na qual pediu que o STF declarasse a omissão do Congresso Nacional por não ter votado projeto de lei que criminaliza atos de homofobia. A ação foi proposta a fim de que seja imposto ao Poder Legislativo o dever de elaborar legislação criminal que puna a homofobia e a transfobia como espécies do gênero “racismo”. (ADO n° 26/DF). A criminalização específica, conforme alegado, decorre da ordem constitucional de

legislar quanto ao racismo - crime previsto no art. 5º, XLII da Constituição Federal - ou, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda, subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV). De acordo com as alegações, o Congresso Nacional tem se recusado a votar o projeto de lei que visa efetivar tal criminalização.

No julgamento das referidas ADO e MI, foi observado que havia omissão inconstitucional, sendo conferida interpretação, conforme à Constituição, aos tipos penais estabelecidos na Lei nº 7.716/89, para englobar, no conceito de racismo, eventual discriminação ou preconceito praticados em razão da orientação sexual da vítima. Ainda, foi reconhecido que as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716/1989. Senão vejamos:

Para além disso, fixou-se a seguinte tese na ADO nº 26:

“Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); II - A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre



outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; III - O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.”

Quanto ao Mandado de Injunção n° 4.733/DF, fixou-se a seguinte tese:

“Mandado de injunção julgado procedente, para (1) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (2) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716 /89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero”.

Assim, o STF, no julgamento conjunto da ADO n° 26/DF e do MI n° 4.733/DF, reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBTQIA+ e decidiu, por maioria, pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo

penal definido na Lei do Racismo (Lei n° 7.716/1989), até que o Congresso Nacional legisle sobre o assunto. Diante disso, nos crimes de racismo social por homofobia e transfobia aplica-se o tipo penal previsto no art. 20, *caput*, da Lei n° 7.716/1989.

De mais a mais, a aplicação da Lei n° 7.716/1989 às condutas homofóbicas e transfóbicas não é de aplicação analógica, o que houve, *in casu*, foi apenas interpretação conforme a Constituição.

Nas palavras do Min. Celso de Mello, na mencionada decisão:

“A solução propugnada não sugere a aplicação analógica das normas penais previstas na Lei 7.716/1989 nem implica a formulação de tipos criminais ou cominação de sanções penais. É certo que, considerado o princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal, o tema pertinente à definição de tipo penal e à cominação de sanção penal subsume-se ao âmbito das normas de direito material, de natureza eminentemente penal, restando-se, em consequência, pelo postulado da reserva de parlamento. Assim, inviável, em controle abstrato de constitucionalidade, colmatar, mediante decisão desta Corte Suprema, a omissão denunciada pelo autor da ação direta, procedendo-se à tipificação penal de condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT. Na verdade, a solução ora proposta limita-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (Lei 7.716/1989), pois os atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido em sua dimensão social, ou seja, o denominado racismo social.”

O crime em questão possui três núcleos ou ações típicas: praticar, induzir ou incitar. A prática, segundo a doutrina, "ocorre quando o agente perfaz a figura criminosa. Como bem asseverado por Fábio Medina Osório e Jairo Gilberto Schafer: 'Praticar é o mais amplo dos verbos, porque reflete qualquer conduta discriminatória expressa. A ação de praticar possui forma livre, que abrange qualquer ato desde que idôneo a produzir a discriminação prevista no tipo.

Acerca dos elementos necessários à consumação do

ilícito, confira-se o entendimento de:

"Praticar é "o mais amplo dos verbos, porque reflete qualquer conduta discriminatória expressa. A ação de praticar possui forma livre, que abrange qualquer ato, desde que idôneo a produzir a discriminação prevista no tipo incriminador." Além disso, "praticar também vem a significar qualquer conduta capaz de exteriorizar o preconceito ou revelar a discriminação, englobando-se, por exemplo, os gestos, sinais, expressões, palavras faladas ou escritas e atos físicos".

Bem por isso, é conduta que se confunde, em muitos casos, com as práticas já descritas nos demais tipos penais, de modo que somente restará caracterizado o crime do art. 20 em caso de prática de preconceito ou discriminação que não esteja prevista nos demais tipos da lei, aplicando-se, então, de forma subsidiária. Induzir é sugerir, provocar, de modo a criar em alguém a ideia discriminatória. Incitar é instigar, estimular, acorçoar, fortalecer ou reforçar a ideia preconceituosa preexistente:

A título exemplificativo, entendeu-se configurado o crime nos casos seguintes:

a) do agente que "manifestou, em programa de televisão, ideias preconceituosas e discriminatórias em relação à raça indígena" (TRF4, AP 200104010717527, Castilho, 4ª S., u., 16/10/2002); b) na conduta de "Escrever, editar, divulgar e comercializar livros 'fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias' contra a comunidade judaica" (STF, HC 82.424, Corrêa, Pl., 17/09 /2003); c) do "agente que externa pensamentos pessoais desairosos e notoriamente etnocêntricos, imbuídos de aversão e menosprezo indistinto a determinado grupo social que apresenta homogeneidade cultural e linguística (comunidade indígena)" (TRF4, AC 200371010018948, Vaz, 8ª T., u., 05/04/2006); d) da veiculação de preconceito contra negros, nordestinos e judeus, além da defesa do nazismo, em página na internet (TRF3, AC 00084398120084036181, Cecília Mello, 2ª T., u., 20/10 /2011); e) da criação de uma comunidade racista no sítio de relacionamento Orkut (TRF5, AC 200881000016774, Erhardt, 1ª T., ., 16/02/2012); e f) da incitação ao ódio público

contra denominação religiosa e seus seguidores (STF, RHC 146303, Toffoli, 06/03/2018). 12.5.5.

Para que o Direito Penal atue eficazmente na coibição às mais diversas formas de discriminação e preconceito, importante que os operadores do Direito não se deixem influenciar apenas pelo discurso politicamente correto que a questão da discriminação racial hoje envolve, tampouco pelo nem sempre legítimo clamor social por igualdade. Mostra-se importante que, na busca pela efetividade do direito legalmente protegido, o julgador trate do tema do preconceito racial despido de qualquer preconceito ou de estigmas há muito arraigados em nossa sociedade, marcada por sua diversidade étnica e pluralidade social, de forma a não banalizar a violação de fundamento tão caro à humanidade e elencado por nossos constituintes como um dos pilares da República Federativa do Brasil: o da dignidade da pessoa humana, tipificado no art. 1º, III, da Constituição Federal.

Feito esse registro, para a aplicação justa e equânime do tipo penal previsto no art. 20 da Lei n. 7.716/89, tem-se como imprescindível verificar a presença do dolo específico na conduta do agente, que consiste na vontade livre e consciente de praticar, induzir ou incitar o preconceito ou discriminação racial, sem olvidar ainda a existência do chamado elemento subjetivo especial, que exige seja perscrutado o motivo da eventual conduta discriminatória ou preconceituosa.

Nesse sentido, da doutrina, tem-se:

"Os crimes raciais são exclusivamente dolosos, não tendo sido prevista, em nenhuma hipótese, a modalidade culposa (princípio da excepcionalidade, como expresso no art. 18, parágrafo único, do CP). Assentou-se, pois, que o preconceito e a discriminação raciais não derivam de comportamento negligente, antes, da consciência e vontade deliberadas. Destarte, pratica dolosamente um crime racial aquele que, representando intelectualmente os elementos objetivos dos tipos legais de crime previsto na Lei n. 7.716/89, age livre e conscientemente no sentido de realizá-los".

À guisa de verificação do dolo, antes deve haver,

portanto, a certeza quanto aos elementos objetivos da conduta real ou potencialmente discriminatória. Somente então, há de se proceder ao juízo de tipicidade subjetiva, indagando, em primeiro lugar, se o agente sabia e queria praticar ou coadunar-se com a discriminação racial.

"O preconceito responde, assim, pela última condição anímica do agente antes da prática discriminatória. E é justamente essa predisposição para agir que confere pleno significado à conduta material, circunscrevendo o desvalor jurídico-penal de ação. Deduz-se, pois, no exame do fato histórico, que a discriminação dificilmente teria ocorrido se inexistisse o preconceito, que lhe serviu de móvel, de inspiração, de estímulo, de impulso. Destarte, o preconceito é o estado de ânimo imediatamente anterior ao comportamento discriminatório, traduzindo-se na motivação que o agente trazia intimamente consigo (ou seja, o antecedente psicológico da ação), contribuindo, pois, para explicar, do ponto de vista causal, o acontecer futuro da discriminação."

Em síntese, o tipo subjetivo consiste no dolo específico e o tipo objetivo consubstancia-se em praticar (levar a efeito, realizar), induzir/incitar (persuadir, convencer, estimular, incentivar, instigar) a discriminação ou o preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, orientação sexual ou de gênero.

Superado esse ponto, tem-se que o julgamento da ADO nº 26/DF e o MI nº 4.733/DF, representam marco importante na proteção de grupos minoritários, vulnerabilizados e, de regra, excluídos de proteção suficiente por parte do Estado e destaca o papel contramajoritário do Poder Judiciário.

No entanto, embora as referidas ações tragam uma maior proteção, o preconceito fundado na aversão à orientação sexual e/ou à identidade de gênero dos indivíduos dá ensejo à sistemática violação de direitos fundamentais da comunidade LGBTQIA+, grupo historicamente marginalizado.

### 3. CONCLUSÃO

No sentido de demonstrar a contínua violação antes referida, é de se observar que, estatisticamente, o Brasil é o país que mais mata população LGBTQIA+. O Disque 100, no ano de 2017, recebeu 1.720 denúncias de violação à Comunidade LGBTQIAP+. Desse universo de casos, 70,8% foram por discriminação; 53,3% são relatos de violência psicológica, e 31,8% reportam violência física. Com a colaboração do Grupo Gay da Bahia, também no ano passado, houve a contabilização de 445 assassinatos perpetrados contra pessoas LGBTQIAP+ representando um aumento de 30% em relação a 2016.

De acordo com o Grupo Gay da Bahia (GGB), com dados de 2021, ocorre uma morte de membros da comunidade LGBTQIAP+ a cada 29 horas. O levantamento foi feito em parceria com a Aliança Nacional LGBTI+. Houve 276 homicídios (92% do total) e 24 suicídios (8%) no ano passado. Os gays são metade das vítimas, com 153 casos (51%). Segundo o GGB, os homossexuais masculinos são, há quatro décadas, os mais atingidos pela violência. Depois, são as travestis e transexuais com 110 casos (36,7%), lésbicas com 12 ocorrências (4%), bissexuais e homens trans com 4 casos (1,3%). Há ainda uma ocorrência de pessoa não binária (que não se identifica com o gênero masculino ou feminino) e 01 heterossexual, confundido com um gay. O simples diagnóstico da gravidade da discriminação contra à Comunidade LGBTQIAP+, não vem sendo suficiente para impor ao poder público o dever de adotar medidas mais eficazes de combate todas as formas de discriminação de gênero e orientação sexual que as atualmente existentes.

Apesar de observarem-se iniciativas administrativas e legislativas de combate à discriminação, verifica-se que tais medidas, não têm sido suficientes. Verifica-se assim, que a insuficiente proteção estatal dos direitos fundamentais, pois ninguém pode ser privado de seus direitos e sofrer discriminação em razão de sua orientação sexual ou em razão de sua identidade de gênero. O exemplo apresentado inicialmente, demonstra conflito

lastreado na cultura de não aceitação da diversidade, principalmente com relação às pessoas da Comunidade LGBTQIAP+. Se todas as pessoas são únicas e especiais a seu modo, quem haveria de ser “mais” ou “melhor” do que o outro? Somos únicos como indivíduos e por isso somos diferentes uns dos outros. Mas nem todos veem a diferença com bons olhos, pois, o respeito ao outro, e aos seus direitos, é apenas um discurso em nossa sociedade.

Observamos que dentro de grupos ou camadas sociais existem infinitas diferenças, pois cada indivíduo é único, contudo igual. Assim somos iguais e diferentes. O respeito à diversidade é imprescindível para qualquer sociedade justa. Precisamos construir bases sólidas e estruturas sociais que sejam efetivamente diversas e plurais. Para isso, é necessário atuar com disciplina, perseverança, mas acima de tudo, com alteridade, olhando uns para os outros; percebendo nossas diferenças e nossa pluralidade. São essas diferenças a maior força da humanidade. Nós não somos sozinhos, precisamos uns dos outros. Faz-se necessário olhar para o outro e enxergar que essa diversidade é a nossa maior vantagem. A diversidade é que move a humanidade no caminho do bem estar. O progresso, com justiça, está na nossa pluralidade e diversidade.

Os direitos humanos não são constituídos de uma só vez, nem de uma vez por todas. É uma construção permanente de avanços, arranjos e, às vezes, retrocessos. Assim, o reconhecimento e a valorização das diferenças é um exercício necessário para a vida pessoal e comunitária.



#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da

República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

Acesso em: 14 dez 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n° 22.690/Ceará. Partes: João Vianeí Gomes Rocha e outros. Relator Ministro Celso de Mello. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília. Publicado em 07/12/2006. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MS%2022690%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&page-Size=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MS%2022690%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&page-Size=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em 14 dez 2022.

BRASIL. Decreto-Lei n° 7.716, de 5 de janeiro de 1989. 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/17716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm). Acesso em: 14 dez 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n° 477.554/ Minas Gerais. Partes: Edson Vander de Souza e outros. Relator Ministro Celso de Mello. 26 de agosto de 2011. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília. Publicado em 26/08/2011. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20477554%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&page-Size=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20477554%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&page-Size=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em 14 dez 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n° 4.733/Distrito Federal. Partes: Associação Brasileira De Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT e outros. Relator Ministro Edson Fachin, 29 de setembro de 2020. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília. Publicado em 29/09/2020. Disponível em:



- <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432699/false>. Acesso em 14 dez 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/Distrito Federal. Partes: Partido Popular Socialista e outros. Relator Ministro Celso de Mello, 06 de out de 2020. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília. Publicado em 06/10/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 14 dez 2022.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Legislação Participativa Da Câmara Dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/noticias/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-populacao-lgbtqia-clp-aprova-seminario-sobre-o-tema>. Acesso em 15 dez 2022.
- GOV.BR. Denunciar violação de direitos humanos. O Disque 100 é um serviço de disseminação de informações sobre direitos de grupos vulneráveis e de denúncias de violações de direitos humanos, atendendo graves situações de violações que acabaram de ocorrer ou que ainda estão em curso, acionando os órgãos competentes e possibilitando o flagrante. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/denunciar-violacao-de-direitos-humanos#:~:text=As%20liga%C3%A7%C3%B5es%20podem%20ser%20feitas,Crian%C3%A7as%20e%20adolescentes>. Acesso em 16 dez 2022.
- NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 16º ed. Salvador. JusPodivm. 2021. P.265.
- SANTOS, Christiano Jorge. Crimes de preconceito e discriminação. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.
- SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.

SILVA, José Geraldo e outros, *Leis Especiais Anotadas*, 9ª ed.  
Millenium: SP, 2007.