




INOVAÇÕES HERMENÊUTICAS SOBRE O CRIME DE RACISMO: ESTUDO DE CASO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO) Nº 26 E A LEI Nº 7.716/1989

 <https://doi.org/10.56238/levv16n47-064>

Data de submissão: 18/03/2025

Data de publicação: 18/04/2025

Thaís Melo Barroso

Acadêmica do curso de Bacharelado em Direito do Instituto de Ensino Superior do Sul do Maranhão
– IESMA/Unisulma
E-mail: 15thaismelo@gmail.com

Clóvis Marques Dias Júnior

Doutorando em Direito (CEUB). Mestre em Formação Docente em Práticas Educativas (UFMA)
Especialista em Direito Constitucional, em Gestão Pública e em Processo Penal
Professor do Curso de Bacharelado em Direito do Instituto de Ensino Superior do Sul do Maranhão –
IESMA/Unisulma
E-mail: clovisjrs@gmail.com

RESUMO

Devido aos altos números relacionados diretamente à violência contra a comunidade LGBT, além da recente decisão do STF na ADO 26/DF, concretizando o crime de homofobia, este trabalho pode estudar a legitimidade desta criminalização diante do ordenamento jurídico e a necessidade social, além de realizar uma análise a respeito da tipificação de uma nova conduta por meio de uma decisão judicial. O objetivo desse estudo foi analisar os impactos da decisão em sede de ADO 26 sobre a interpretação judicial do crime de racismo, homofobia e transfobia visando compreender as mudanças e desdobramentos na aplicação da legislação antirracismo. Para tanto, houve um estudo bibliográfico, por meio de artigos e livros relacionados ao tema, sendo consideradas etapas essenciais. Os resultados deixaram claro que o STF tem passado a ter conduta mais ativa em situações de crime de racismo, procurando dar maior eficiência ao dispositivo criado pelo constituinte, adotando a teoria concretista. Portanto, pode-se concluir que a mudança de postura do STF no que concerne algumas temáticas, como na tratativa de omissões inconstitucionais, tem ocorrido ainda de forma lenta e gradativa, mesmo sendo necessária. A Corte Suprema do Brasil tem ganhado um destaque maior no cenário nacional em detrimento do Poder Executivo e Legislativo, ao mesmo tempo que tem contemplado funções destes, justamente por se mostrarem inertes em suas respectivas funções típicas.

Palavras-chave: Omissão Inconstitucional. Ativismo judicial. Criminalização da homofobia.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre os impactos da decisão em sede de ADO 26 sobre a interpretação judicial do crime de racismo, homofobia e transfobia.

A Lei 7.716/89 é conhecida no Brasil como “Lei dos Crimes Raciais”. O artigo 26 da Lei estabelece que as práticas de discriminação ou preconceito com base na raça, cor, origem étnica, religião ou nacionalidade são puníveis com prisão na modalidade de reclusão de acordo com os artigos da Lei. O parágrafo 1º deste artigo menciona que se ocorrer comportamento discriminatório em locais públicos, a pena será aumentada em um terço.

A importância da ADO nº 26 para a sociedade em geral, juntamente com a lei 7.716/89, é porque ambas abordam teses fundamentais de igualdade e na luta à discriminação racial e sexual no Brasil. A ADO nº 26 originou-se na equiparação de homofobia e transfobia ao crime de racismo, expandindo para proteção legal das pessoas LGBT+.

No entanto, essa temática foi escolhida com a finalidade de abordar um pouco mais sobre essa lei, e qual a importância dela para a sociedade, o que mudou depois que a Lei foi alterada pela interpretação constitucional do STF. Desta maneira, pode-se averiguar mecanismos de como a sociedade e aqueles que sofrem preconceito seja eles étnicos, raciais ou de orientação sexual, ficaram mais assegurados, sabendo que agora seus direitos não são mais ignorados.

O problema norteador do presente trabalho é responder ao seguinte questionamento: Quais os impactos da decisão em sede de ADO Nº 26 sobre a interpretação judicial do crime de racismo?

O objetivo do estudo foi analisar os impactos da decisão em sede de ADO 26 sobre a interpretação judicial do crime de racismo, homofobia e transfobia visando compreender as mudanças e desdobramentos na aplicação da legislação antirracismo. No que diz respeito aos objetivos específicos foram: identificar a fundamentação e as principais discussões jurídicas presentes na ADO 26; analisar a evolução histórica da interpretação judicial do crime de racismo no Brasil; investigar casos emblemáticos pós-decisão da ADO 26 para compreender as mudanças na aplicação da legislação antirracismo.

2 METODOLOGIA

Para construção desse trabalho foi feito um levantamento bibliográfico e Documental. Em outras palavras, inicialmente, foi realizado um amplo levantamento bibliográfico e documental sobre a legislação brasileira relacionada aos crimes raciais de homofobia e transfobia. Esse levantamento incluiu não apenas textos legais, como leis e obrigações, mas também estudos acadêmicos, artigos científicos e documentos oficiais que abordam o tema. Em seguida, os dados foram coletados por meio de pesquisa documental, utilizando fontes como decisões judiciais, extraídas nos sites oficiais do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), bem como documentos

oficiais de órgãos governamentais relacionados à discriminações homo transfóbicas. Após a coleta dos dados, foi realizada uma análise e interpretação detalhada das leis e decisões judiciais, identificando lacunas, divergências e desafios jurídicos na penalização desses crimes.

3 RESULTADOS

Antes de expressar sobre a criminalização da Homofobia e Transfobia, se faz necessário entender o que é uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO), onde o autor Flávio Martins, expressa a seguinte visão sobre esta ação:

Trata-se de ação destinada a atacar a omissão do poder público, diante de uma norma constitucional, sendo que esta ação por omissão se dá de duas formas, sendo que uma delas é o dever de complementar os dispositivos constitucionais pendentes de regulamentação, são as chamadas normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo. Caso o Estado não faça essas leis, determinadas pela Constituição, está agindo (ou melhor, não agindo) de forma contrária aos ditames constitucionais (MARTINS, 2023, p. 571).

Então, segundo o pensamento do autor supracitado acima, a ADO, serve para sanar as omissões inconstitucionais, que estão pendentes diretamente de regulação, sendo um desses casos a criminalização da homofobia e transfobia.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) nº 26, que segundo Alves (2021, p. 36) a ação proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS) foi proposta para fim de que seja imposto ao poder legislativo, o dever de elaborar uma legislação criminal que puna a homofobia e transfobia como espécies do gênero “racismo”.

Segundo Alves (2021, p.36) a criminalização específica, conforme o partido, decorre da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo, crime previsto no art.5º, XLII da Constituição Federal de 1988, ou subsidiariamente, as discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art.5º, XLI), também subsidiariamente ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição a proteção ao deficiente (art.5º, LIV).

Os autores Nestor Eduardo Araruna Santiago e Luís Lima Verde Sobrinho, expressam o seguinte pensamento sobre a criminalização da homofobia e transfobia trazidas pela ADO nº 26:

O alegado direito à legislação, invocado pelo autor da ADO nº 26, somente se faz presente quando também existir a previsão do dever estatal de criar normas legais. Na espécie, a CF positivou inquestionável mandado de incriminação “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art.5º, XLI), e “a prática do racismo constitui crime imprescritível e inafiançável (art.5º, XLII). A causa de pedir, portanto, tinha assento na própria CF, em previsão expressa (SANTIAGO; SOBRINHO, 2022, p.14).

Em relação aos princípios que abarcam a decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede hermenêutica, ela se ampara diretamente em alguns princípios, tendo que se ressaltar o primeiro princípio sendo a dignidade da pessoa humana, expresso no art.1º, III, da Constituição Federal de 1988, que possui a seguinte posituação:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988).

Em relação a aplicabilidade deste princípio a criminalização da homofobia e transfobia, segundo Valente (2020, p. 22) tratando-se da comunidade LGBT, é dever do Estado, nesse sentido, asseverar não somente a existência dessas pessoas, mas, sobretudo, uma existência digna. Em um cenário como o brasileiro, marcado pela perseguição à minoria composta por homossexuais e outros indivíduos que rompem o padrão heterossexista, a criminalização de atos atentatórios à vida desses indivíduos é forma de garanti-los sua existência digna, conforme orienta o princípio fundamental constitucionalmente posto.

Em relação ao princípio da liberdade que também se molda ao caso da ADO nº 26, a autora Ana Karenyna Guedes Valente, expressa o seguinte pensamento sobre o determinado princípio:

Fato é que a Constituição Cidadã objetiva promover direitos de forma ampla aos indivíduos, sem conferir mais privilégios a uns em detrimento de outros. Desse modo, a criminalização de condutas homofóbicas, com a manutenção da liberdade de expressão religiosa, com suas devidas limitações, é pertinente para o gerenciamento do conflito entre os dois grupos e para a promoção do direito a liberdade para ambos, conforme os valores constitucionais postos (VALENTE, 2020, p.24-25).

O princípio da igualdade deve ser levado em consideração, pois a não criminalização da homofobia e transfobia gera um desequilíbrio claro na balança social, pois se trata de um grupo vulnerável e que necessita de uma proteção específica do estado.

Segundo Valente (2020, p. 22), em relação ao princípio da igualdade em relação a criminalização da homofobia, vem para tratar a homofobia na esfera do direito penal, a princípio, não proporciona de imediato igualdade à população LGBT, que é direito de todos os indivíduos. Colabora, no entanto, para uma mudança cultural, visto que os atos discriminatórios e violentos serão motivo para punição, eventualmente prisão. Ora, se uma conduta é criminalizada e os sujeitos são punidos, esta tende, com o passar dos anos, a ser considerada errada e injusta.

Neste momento, adentrando de maneira mais profunda ao tema, a criminalização da homofobia pelo STF a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, somente foi iniciada por causa do Partido Popular Socialista, representantes constitucionais que possuem legitimidade ativa, que, após adentrarem com a ADO, foi analisado e determinado, pelo STF, sendo o relator do caso o Min. Celso de Mello, incriminar os atos atentatórios contra a vida, ferindo os direitos e garantias fundamentais da comunidade LGBTQIA+, a partir da criminalização da homofobia pela lei 7.716/89 (lei de discriminação racial).

Segundo Barioni (2022, p. 1):

Importante também ressaltar o quesito técnico presente no art. 103 da CF/88, aqueles que possuem legitimidade ativa para a propositura da ação, são apenas o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional e a Confederação Sindical ou Entidade de classe no âmbito nacional.

Com pauta nessa questão, na ADO nº 26, fora discutido perante o Supremo Tribunal Federal a invisibilidade da proteção legal para a comunidade LGBTQIA+, bem como a inexistência de criminalização das práticas de homofobia e transfobia. No caso tratado nesse momento, o STF reconheceu a mora legislativa, ou seja, o dever do Congresso Nacional de estabelecer uma proteção legal mais específica para atender a necessidade dessa comunidade. No entanto, determinou a equiparação da homofobia e transfobia aos crimes de preconceito de raça e cor, ou seja, o STF também determinou que qualquer prática equiparada a homofobia e transfobia deverá ser considerada espécie do gênero de crime de racismo, até que o Congresso Nacional edite lei específica (BERRI; FERREIRA, 2020).

Ficou cada vez mais evidente que nessa ocasião, o STF passou a ter conduta mais atuante, de modo a dar eficácia a um dispositivo que possuía pouca efetividade, mas ao mesmo tempo quis se apoderar de maneira fraudulenta a competência do Poder Legislativo para criar tipo penal que só poderia ter sido criado por lei *stricto sensu*, conforme dispõe o princípio da reserva legal.

No entanto, não se pode deixar de destacar que a conduta proativa do STF pode ter sido comprovada pelo procedimento ineficiente da ADO, que não apresenta medidas efetivas. É claro que mesmo tendo como função precípua atacar qualquer inconstitucionalidade decorrente de omissão do poder público, a regulamentação da ADO na Lei 9868/99 somente confirma com o estado inerte do órgão responsável pela omissão inconstitucional (CUNHA JUNIOR, 2022).

No voto, o Ministro Celso de Mello, por meio de uma decisão jurídica acertada, fundamenta a partir da vulnerabilidade desta comunidade, sendo que decorre de graves ofensas a vida, princípio inviolável, conforme disposto no decorrer desse trabalho, como também, a superação irrazoável do lapso temporal necessário aos mandamentos constitucionais de criminalização, instituídos pelo texto constitucional em seu art. 5º, incisos XLI e XLII, sendo a ADO um instrumento para a concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, por injustificável inércia do poder público, pois a omissão do poder legislativo perante a edição de uma lei específica que contemple as situações realísticas da comunidade gera um limbo nas punições dos atos praticados da discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero da vítima (CUNHA, 2022).

Abaixo, fica claro uma parte da ementa da decisão:

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 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").

Com a decisão do STF, o Ministro Celso de Mello ainda fundamenta a respeito da edição de uma lei específica, apregoa a jurisprudência no caso de homicídio doloso contra a comunidade LGBTQIA+, constitui qualificação, por configurar motivo torpe (art. 121, §2º, I do CP) e, ainda, reforça que a decisão não envolve e nem penaliza o exercício da liberdade religiosa, desde que os atos dos fiéis não configurem discurso de ódio sobre a comunidade referida (CUNHA, 2015).

O entendimento e a provocação do STF para instrução de seu poder atípico, em caráter de omissão pelo Poder Legislativo, passa a transparecer um total retrocesso da nossa representação legislativa, mais uma vez.

Conforme disposto, o controle de constitucionalidade abre um preceito ao ativismo judicial, sendo que o Poder Judiciário já tem um poder atípico para poder reverter às lacunas que o Poder Legislativo deixa as escuras ou negligência, nos casos práticos, para edição de leis específicas sobre determinados temas sociais.

Em meio ao século XXI, a democracia transcorrida na Constituição Federal não está além de valorizações que não são usuais, mediante o poder político que se infere na sociedade. Entidades LGBTQIA+ apontam que a cada 23 horas, acaba vindo a óbito um cidadão ou uma cidadã da comunidade vítima de homicídio ou até mesmo suicídio (CUNHA JUNIOR, 2022).

A falta da regulamentação do Poder Legislativo em realizar alterações em normas e leis específicas é intolerável, em uma democracia como a do Brasil. Como foi sintetizada, a Constituição possui uma evolução a ser entendida e compreendida, sendo que os três poderes representam as necessidades da sociedade e do povo, se os mesmos negligenciam e omitem suas responsabilidades, a sociedade não encontra qualquer amparo.

4 DISCUSSÃO

Na mesma proporção que o fenômeno do racismo acabou sendo construído e abastecido como uma realidade social, presente nas mais diversas culturas, os termos raça e etnia passaram a ser usados indiscriminadamente em outros campos, como por exemplo, nos meios acadêmicos e midiáticos de forma bastante polêmica, porém, necessária sua discussão. Por inúmeras vezes, acaba-se observando o termo etnia sendo utilizado no lugar de raça, porém, importa pontuar que esses termos, apesar de terem intersecções, possuem explicações distintas e com definições específicas na proporção em que se aprofunda do seu entendimento. Sobre os discursos que persistem entre o termo raça e etnia, Hale (2014, p. 13) afirma que “o conceito-chave de etnia tem dificultado as compreensões sobre o fenômeno, a análise e a discussão sobre o racismo”.

Entretanto, mesmo que a categorização de indivíduos em raça e etnia venha sendo bastante utilizada, tanto em diagnóstico quanto na pesquisa científica, seus significados na grande maioria das vezes acabam sendo confundidos ou mesmo desconhecidos, mais precisamente no meio acadêmico (SILVA; CARNEIRO; BORGES, 2020).

É preciso lembrar que a história do Brasil foi construída lado a lado com a do negro, mas desde sua abolição, a liberdade tão perseguida e agora conquistada acabou não acontecendo, no sentido propriamente dito da palavra. O ex-escravizado seguiu à margem social e viu nos anos seguintes, pesquisadores desenvolverem as mais diversas teorias em torno do assunto racismo, que no fundo foram justificativas para o preconceito de cor que cada descendente dos negros sofreu e ainda vive no seu próprio país.

A classificação de raça também pode ser usada para verificar se estudos randomizados obtiveram o resultado esperado. Além disso, também pode ter grande utilidade para os leitores como uma descrição da população participante de um determinado estudo.

Nesse caminho, é bastante comum nos deparamos em vários campos institucionais e midiáticos, e até acadêmicos, com expressões errôneas como: “cotas étnicas”, “debate étnico” ou bancas de “heteroidentificação de etnia”. Parece que existe uma certa resistência de algumas pessoas em fazer o uso do termo “raça”. É como se a expressão estivesse fora do alcance e pertencesse a um grupo de palavras politicamente inapropriadas, ou quase proibidas, pelo fato de trazer a tona questões genéticas ou biológicas; ou ainda como se estivesse circunscrita no campo histórico-cultural como algo indesejável ou abominável, já que as ciências naturais já provaram a não existência de raças humanas” (SANTOS, et al, 2010).

O termo raça apresenta uma boa quantidade de variedade em relação as suas definições que vem sendo utilizadas para descrever um grupo de pessoas que compartilham certas características morfológicas. Uma boa parte dos autores mais renomados tem conhecimento de que raça consiste em um termo não científico que somente pode ter significado biológico quando o ser se apresenta homogêneo, estritamente puro; um exemplo comum são algumas espécies de animais domésticos. Essas condições, no entanto, são impossíveis de serem encontradas em seres humanos (SANTOS, et al, 2010).

O genoma humano é composto de 25 mil genes. As diferenças mais comuns são a cor da pele, textura dos cabelos, formato do nariz, essas são determinadas por um grupo insignificante de genes. As diferenças entre um negro africano e um branco nórdico, por exemplo, diz respeito a somente 0,005% do genoma humano. Há um amplo consenso entre antropólogos e geneticistas humanos de que, do ponto de vista biológico, raças humanas não existem (MARTINS, 2022).

Por outro lado, historicamente, a palavra etnia significa “gentio”, proveniente do adjetivo grego *ethnikos*. O adjetivo se deriva do substantivo *ethnos*, que quer dizer gente ou nação estrangeira. É um

conceito polivalente, que faz parte da construção da identidade de um indivíduo, que pode ser resumida em: parentesco, religião, língua, território compartilhado e nacionalidade, não podendo esquecer da aparência física (GOES, 2020).

A discussão sobre a não existência de raças humanas acaba sendo interpretado na maioria das vezes como um tema esgotado no meio acadêmico, e consequentemente no campo das ciências sociais e humanas. Contudo, como assinala Munanga (2006), a raça deve ser vista e pensada como um construto teórico fundamental para a discussão dos fenômenos do racismo, que são corriqueiramente discutidos e vistos em nossa cultura.

Diante dessas informações, pode fazer a sugestão que a compreensão da categoria “raça” acaba fazendo sua trajetória pelo campo social, político e ideológico, e se mostra de suma importância para a discussão dos “racismos” que operam nas mais diferentes configurações. Segundo Schucman:

(...) não há necessidade da ideia de raça legitimada pela ciência para que haja racismo, e é isto que explica a permanência do racismo na atualidade, pois se transformaram as formas de legitimação social e discurso sobre as diferenças humanas, bem como os mecanismos que mantêm as posições de poder entre brancos e não brancos (SCHUCMAN, 2010, p. 45).

A autora também deixa claro que mesmo o uso da categoria Raça ocupe um lugar que apresenta contornos polêmicos no mundo científico e acadêmico, o seu uso não pode ser descartado, haja vista, é extremamente necessário, justamente porque possibilita a discussão do racismo e a implementação de políticas públicas de ações afirmativas “para o reconhecimento positivo da população negra brasileira, pois se esta população é discriminada através da categoria raça – e, portanto, do racismo – esta mesma categoria é a única capaz de unificá-los” (p. 49).

No mesmo roteiro da conceituação do termo “raça”, no campo das ciências humanas e sociais, o conceito de etnia pode também apresentar polêmica, e com uma dose maior de complexidade. Ao se fazer uma análise sobre as várias definições da expressão etnia é possível afirmar, que na maioria das vezes, o conceito acaba sempre sendo conectado à raça, em outros como sinônimo de raça e, em explicações mais amplas, tem aparecido como antagônico à raça. Por outro lado, a expressão raça parece apresentar uma ligação a uma base biológica, a noção de etnia mostra-se atrelada a uma base social, associada à noção de grupo, na qual se assentam as diferenças de um povo ou nação (HITA, 2017).

Em seus questionamentos a respeito de raça e racismo no Brasil, Guimarães (2011, p. 20) mostra que o termo etnia, originalmente precisa estar relacionado ao campo da diversidade cultural humana e, com o tempo, acabou se alastrando para o campo “cotidiano das sociologias vulgares como marcador de diferenças quase-irredutíveis, ou seja, como sinônimo de raça”. O termo etnia passou a ser usado como algo para substituir o termo raça, como algo para separar as diferenças, já que raça acabava trazendo um peso histórico ligado, por exemplo, aos movimentos eugênicos que causaram grandes impactos nos estudos sociológicos (PETRUCCELLI; SABOIA, 2013).

A autodeclaração racial tem se mostrado como um instrumento desafiador para a identificação de raça/cor no Brasil. Tal ferramenta, tem sido objeto de investigação de muitos pesquisadores na busca por compreender quais os critérios específicos têm movimentado as pessoas a justificarem suas autodeclarações; ou como a categoria “pardo” tem se constituído como um elemento dotado de complexidade e confusões nos processos identitários. Dito de outra maneira, pesquisadores buscam compreensão sobre como o procedimento de autoidentificação tem sido utilizado para assegurar o direito aos beneficiários das políticas de ação afirmativa em concursos públicos e em acessos à universidade, por exemplo (SANTOS, 2020, p. 29).

Nessa trajetória os processos de miscigenação no Brasil e os diferentes espectros de cor que estavam enraizados nos brasileiros, além da velha explicação de que existe apenas uma raça (a humana) encontram-se no topo mais alto desses debates. Outras discussões a respeito da identidade negra e consciência racial relacionadas ao reconhecimento de uma sociedade racista fazem parte dessas discussões, momento em que alunos militantes se sobressaem apresentando particularidades dessa tomada de consciência e as angústias vivenciadas quando do pertencimento racial e da luta em defesa da população negra (MARTINS, 2016).

Outra problemática merece uma atenção especial, pois é quando à autodeclaração se refere ao número de fraudes na seleção de acesso à universidade:

Em outras palavras funciona a partir do sistema de reserva de vagas, as chamadas cotas raciais. Muitas pessoas, acabam se autodeclarando pardas por desconhecimento do que significa estar nesse lugar, levadas a acreditar que por terem pais ou avós negros, podem assegurar suas ascendências como sendo direito adquirido, ou ainda, por realmente acreditarem que podem burlar o sistema, já que muitas universidades, até pouco tempo não organizavam nenhum sistema de verificação das autodeclarações dos candidatos (SILVA; CARNEIRO; BORGES, 2020, p. 22).

As autoras ainda tratam a respeito dos desafios observados nos procedimentos de autodeclaração e o entendimento em relação à raça/cor de algumas pessoas, segundo parece que existe uma certa confusão no que diz respeito ao fenótipo na compreensão de alguns candidatos, demonstrando uma certa ambiguidade nas formas como alguns entendem o que é ser branco ou negro no Brasil, “aliado a aspectos como a “convivência” com pessoas não-brancas, à mestiçagem como propensão inequívoca da nacionalidade brasileira e a confusão em torno da identidade “parda” (MARTINS; MELLO; RIBEIRO, 2021, p. 20).

Portanto, os conflitos que até hoje perduram entre a noção de raça e etnia continuam apresentam alto grau de complexidade, na mesma proporção em que constituem categorias analíticas próprias das áreas das ciências sociais e humanas e, nesse sentido, ainda estão longe de serem assimiladas e entendidas de fato como um objeto de análise que contenham elementos concretos, objetivos e empiricamente observáveis.

É de suma importância trazer um entendimento direto do que é o crime de racismo, que está tipificado dentro da Lei nº 7.716/89, e entender seus instrumentos. A previsão do crime de racismo,

está expressa diretamente na lei supracitada neste parágrafo, especificamente no art.20 da Lei nº 7.716/89, onde vem afirmar a seguinte redação:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.
Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. (BRASIL, 1989).

A criminalização e combate ao racismo, com o advento da Constituição Federal de 1988, passou a ser uma meta diretamente não só do Brasil, mas sim do Brasil em cooperação com os entes internacionais, como previsto no art.4º, VIII, da Constituição Federal de 1988, sendo um princípio regedor de cooperação com as outras nações, tendo a seguinte redação:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; (BRASIL, 1988).

Ainda dentro dos dispositivos constitucionais, há de se ressaltar que o combate ao crime de racismo e os crimes interligados a ele, é um direito e uma garantia fundamental que está expressa dentro do arcabouço constitucional, tendo sua especificidade dentro do art.5º da Constituição Federal de 1988, que vem afirmar sobre os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, sendo assim o racismo, um crime inafiançável e imprescritível. A fundamentação é a que segue:

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:
XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; (BRASIL, 1988).

Também deve-se ressaltar que o crime de racismo não se confunde com o crime de injúria racial preconceituosa, que segundo Greco (2020, p. 429) é praticada com a utilização de elementos relacionados a raça, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Porém, com o advento da Lei 14.532/2023, o crime de injúria racial preconceituosa sai do Código Penal Brasileiro, e migra para o art.2-A, da Lei 7.716/89, sendo assim, tornando-se um crime também imprescritível e inafiançável, que possui a seguinte tipificação penal:

Art. 2º-A Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional.
Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa
Parágrafo único. A pena é aumentada de metade se o crime for cometido mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas. (BRASIL, 1989).

Ainda há outras equiparações ao crime de racismo, como por exemplo: o antissemitismo e o antissionismo (criminalizado em 2004, por intermédio do caso Siegfried Ellwanger, editor gaúcho que

escreveu um livro negando o holocausto), e a homofobia e transfobia por intermédio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO) nº 26.

O primeiro caso que deu uma nova interpretação no crime de racismo, foi o caso Siegfried Ellwanger, que segundo Borges; Martins (2021, p.2), o “Caso Ellwanger”, tornou-se jurisprudência para as decisões relativas ao racismo no Brasil, sendo que a defesa do cidadão citado utilizou como argumento que o povo judeu não se enquadra como uma raça, pois todos são seres humanos, numa visão biológica e estão a fazer parte da mesma raça: homo sapiens.

O crime cometido pelo réu, desencadeou uma nova interpretação do crime de racismo pelo Supremo Tribunal Federal, ao equiparar o antissemitismo e o antissionismo, como crimes equiparados ao racismo, pois em sua “obra” o réu/autor aborda mensagens de cunho antissemita, discriminatória e racistas, pretendendo assim induzir a discriminação, semeando assim em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica (BORGES; MARTINS apud Supremo Tribunal Federal, 2021, p. 5).

Um ponto já citado, que precisa ser reiterado nessa parte, é a equiparação do crime de injúria racial preconceituosa ao crime de racismo. Esta tipificação penal, com a Lei 14.532/2023, ela passa a ter os mesmos requisitos do crime de racismo, portanto é um crime inafiançável e imprescritível.

Portanto, esses casos, além do caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO) nº26, foram casos que mudaram a interpretação do crime de racismo, pois serve para o cumprimento dos princípios constitucionais (tais como dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, autonomia da vontade), e que até a edição das leis que venham a criminalizar antissemitismo e homofobia/transfobia, o Estado como detentor do jus puniendi, vem a punir os infratores na tipificação do crime de racismo, que está previsto no art.20, da Lei nº 7.716/1989.

5 CONCLUSÃO

Procurou-se nesse estudo responder ao problema/objetivo que foi identificar os impactos da decisão em sede de ADO Nº 26 sobre a interpretação judicial do crime de racismo. Foi identificado que a ADO 26 criminalizou a homofobia e a transfobia, enquadrando-as na lei nº 7.716/1989, que criminaliza a discriminação e o preconceito. Além disso, a ADO 26 reconheceu que condutas homofóbicas e transfóbicas podem ser consideradas racismo, em sua dimensão social. E reconheceu que aversão a orientação sexual ou identidade de gênero pode configurar motivo torpe para homicídio doloso.

No ano de 2019 o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou as Ações Constitucionais (número das ações). Esses julgados deram um grande passo histórico, reconhecendo a omissão do Poder Legislativo no tratamento dos atos discriminatórios perpetrados contra LGBTs e determinando a edição de lei específica para a criminalização. A decisão também acolheu pleito para enquadrar as práticas homotransfóbicas como espécie do gênero racismo para que a Lei nº 7.716/89, conhecida

como Lei Antirracismo, também conferisse proteção contra as discriminações homotransfóbicas, até que legislação específica fosse publicada.

Por sua vez, o parágrafo 3º conhecido como 14.532 menciona que o delito é inafiançável e não está sujeito a prescrição. Estas disposições são muito importantes para o direito porque reforçam a gravidade da discriminação racial e estabelecem medidas mais duras para punir estes crimes, ajudando a proteger os direitos humanos e a promover a igualdade racial.

A lei 7.716/89, vem na forma de criminalizar as condutas discriminatórias, assegurando assim proteção legal e promovendo a conscientização sobre a importância da diversidade e do respeito que deve haver entre as diferenças. Dessa forma promovendo uma sociedade mais justas, e inclusiva, e de valor, respeitando sempre o jeito do outro.

As novas interpretações sobre tipificações penais que correspondem ao crime de racismo, se trata de um “avanço legislativo”, pois o Estado como detentor do jus puniendi (poder de punir), necessita punir que agride diretamente direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, pois a “Constituição Cidadã”, traz em seu art. 5º, além da igualdade e da liberdade, traz também a vedação a atentado a direitos e garantias dos indivíduos.

Então, os instrumentos legais utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para assegurar um processo igualitário social, são totalmente válidos, pois a atribuição da Suprema Corte é ser o “guardião constitucional”, e por conseguinte proteger aquilo que está positivado na Constituição Federal de 1988.

Contudo, se é de suma importância o poder legislativo agir para sanar as omissões inconstitucionais, que acabam por violar os direitos das minorias, que acabam sendo desprivilegiadas.

No julgamento da ADO nº 26, a conduta do STF em criminalizar a homofobia e transfobia, equiparando ao crime de racismo, não houve como consequência somente resguardar os direitos da comunidade LGBTQIA+, mas também provocou grande insatisfação, acompanhado de muitas críticas perante a sociedade, por se entender que a Suprema Corte não teria observado princípios basilares da Carta Magna.

Os resultados deixaram claro que o STF tem passado a ter conduta mais ativa em situações de crime de racismo, procurando dar maior eficiência ao dispositivo criado pelo constituinte, adotando a teoria concretista.

Portanto, pode-se concluir que a mudança de postura do STF no que concerne algumas temáticas, como na tratativa de omissões inconstitucionais, tem ocorrido ainda de forma lenta e gradativa, mesmo sendo necessária. A Corte Suprema do Brasil tem ganhado um destaque maior no cenário nacional em detrimento do Poder Executivo e Legislativo, ao mesmo tempo que tem contemplado funções destes, justamente por se mostrarem inertes em suas respectivas funções típicas.



AGRADECIMENTOS

A Deus e a minha família.



REFERÊNCIAS

ALVES, Elves de Lima. Análise do julgamento da ADO nº 26 e do MI 4.733 (Criminalização da homofobia): Função judicante contemporânea ou ativismo judicial. Trabalho de Conclusão de Curso. São Cristóvão – SE, 2021.

BARIONI, Murilo dos Santos. Uma visão histórico, social e sistemática sobre a criminalização da homofobia no Brasil pelo STF (ADO 26). Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/359597/a-criminalizacao-da-homofobia-no-brasil-pelo-stf>. Acesso em: 12/03/2025.

BERRI, Carolina Heloisa Guchel; FERREIRA, Daniel. A tripartição dos poderes e o protagonismo do judiciário em sede de direitos fundamentais relacionados à saúde. Revista Jurídica (FURB), vol. 24 n. 54, 2020.

BORGES, Gleyciara de Moura; MARTINS, Maria Luiza Pereira. Caso Ellwanger: uma análise do Habeas Corpus nº 82.424-2/RS do Supremo Tribunal Federal sob a perspectiva técnica de Robert Alexy associado ao giro decolonial latino-americano. Disponível em: <https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2022/01/Caso-Ellwanger-Uma-ana%CC%81lise-do-Habeas-Corpus-n.-82.424-2-do-Supremo-Tribunal-Federal-sob-a-perspectiva-da-te%CC%81cnica-de-Robert-Alexy-associada-ao-giro-decolonial-latino-americano.pdf>. Acesso em 10/03/2025.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília: Senado Federal.

BRASIL. Lei do Racismo (1989). Lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989, 1989. Brasília: Senado Federal.

BRASIL. Lei que altera a lei do racismo (2023). Lei nº 14.532 de 11 de janeiro de 2023. Brasília: Senado Federal.

CUNHA, Antonio Igor Fontenele da. A decisão do STF no julgamento da ADO 26 em um Estado Democrático de Direito, seu contexto social e jurídico e as suas consequências. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-decisao-do-stf-no-julgamento-da-ado-26-em-um-estado-democratico-de-direito-seu-contexto-social-e-juridico-e-as-suas-consequencias/1314039292>. Acesso em: 12/03/2025.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal - parte geral. 3ª. Ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2015.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 20ª. Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2022.

GOES, Emanuelle Freitas. Raça, gênero, etnia e direitos humanos / Emanuelle Freitas Goes, Diogo Sousa. - Salvador: UFBA, Faculdade de Direito; Superintendência de Educação a Distância, 2020.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Raça, cor, cor da pele e etnia. Cadernos de Campo (São Paulo 1991), v. 20, n. 20, p. 265-271, 2011.

GRECO, Rogério. Código penal comentado. 14.ed. Niterói – RJ: Editora Impetus, 2020.

HALE, C. “Entre lo decolonial y la formación racial: luchas afro-indígenas por el territorio y por (¿o en contra de?) un nuevo lenguaje contencioso”. Cuadernos de Antropología Social, Buenos Aires, n. 40, p. 9-37, 2014.

HITA, Maria Gabriela. Raça, racismo e genética: em debates científicos e controvérsias sociais / Maria Gabriela Hita (Organizadora); prefácio Lilia Moritz Schwarcz, Paula c. Barreto. - Salvador: EDUFBA, 2017.

MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. 7ª. Ed. São Paulo – SP: Editora Saraiva, 2023.

MARTINS, Edna. Raça e etnia na pesquisa em educação / Edna Martins, (organizadora). - São Paulo, SP: Universidade Federal de São Paulo, 2022.

MARTINS, Edna. Racismo e educação: a temática étnico-racial em foco em uma Universidade pública. Interfaces Brasil/Canadá, v. 16, n. 2, p. 89-112, 2016.

MUNANGA, Kabengele. Algumas considerações sobre” raça”, ação afirmativa e identidade negra no Brasil: fundamentos antropológicos. Revista usp, n. 68, p. 46-57, 2006.

PETRUCCELLI, José Luis; SABOIA, Ana Lucia. Características étnico-raciais da população: classificações e identidades. Rio de Janeiro, 2013.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; SOBRINHO, Luís Lima Verde. Supremo Tribunal Federal e a criminalização da homotransfobia. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2201/734>. Acesso em 11/03/2023.

SANTOS, Adilson Pereira dos. AS COTAS RACIAIS NO PAÍS DO FUTEBOL: ONDE MUITOS PARDOS SÃO “GATOS”. REPECULT-Revista Ensaios e Pesquisas em Educação e Cultura, v. 5, n. 9, p. 4–29-4–29, 2020.

SANTOS, Diego Junior da Silva, et al. Raça versus etnia: diferenciar para melhor aplicar. Dental Press J Orthod 121 2010 May-June;15(3):121-4.

SCHUCMAN, Lia Vainer. Racismo e antirracismo: a categoria raça em questão. Revista Psicologia Política, v. 10, n. 19, p. 41-55, 2010.

SILVA, Francisco Thiago; CARNEIRO, Maria Helena da Silva; BORGES, Livia Freitas Fonseca. Educação e raça (etnia): percepções de educadores dos anos iniciais da rede pública de ensino do Distrito Federal. Artigo. 2020.

VALENTE, Ana Karenyna Guedes. Criminalização da homofobia no Brasil: legitimidade e possibilidade por meio da ADO 26/DF? / Ana Karenyna Guedes Valente. Monografia. Fortaleza, 2020.