

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

GUSTAVO SOARES FORMENTI

**ADO 26 DE 2019 E BALANÇO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOSTRANSFOBIA:
Uma análise de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**

**São Paulo
2024**

GUSTAVO SOARES FORMENTI

nº USP: 10775212

**ADO 26 DE 2019 E BALANÇO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOSTRANSFOBIA:
Uma análise de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**

Trabalho de Conclusão de Curso (“Tese de Láurea”) apresentado como requisito para obtenção de título de Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (FDUSP), em conformidade com o Edital CGFD nº 01/2023

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Helena Regina Lobo da Costa

São Paulo

2024

AGRADECIMENTOS

Gostaria de dedicar este trabalho a todas as pessoas que se consideram pertencentes ou são forçadas a pertencer à comunidade LGBTI+, da qual orgulhosamente faço parte. Mesmo que pequena, espero que essa contribuição possa se somar com a voz de outras pesquisas que voltem sua atenção a grupos marginalizados no difícil contexto em que vivemos.

Agradeço à professora Helena Lobo da Costa, por ter aceitado me orientar neste projeto, mesmo de última hora, e ter acreditado na minha pesquisa.

Ao meu pai e à minha mãe, por terem me oferecido suporte ao longo destes anos, e à minha irmã, que sempre me ofereceu toda ajuda possível nos momentos em que precisei.

Aos meus amigos mais antigos, que sempre foram a minha família. Em especial a Matheus e Carol, por terem sido meu maior suporte e fonte de alegria nos últimos 10 anos e, principalmente, nos últimos meses.

Aos meus companheiros de Núcleo de Direito à Cidade, que me ensinaram a importância da luta coletiva, em especial à Cata, que esteve comigo em todos os momentos dessa graduação; e aos meus colegas de GDUCC, que compartilharam dos momentos mais significativos da minha trajetória, em especial à Natasha, que me ensinou a importância de fluir.

Aos meus amigos, Laura, Luiz, Malu, Bruna, Karol e Sofia, que tão bem me acolheram nos meus últimos anos, agradeço por todo suporte.

E a Fernanda e Cas, que tive a possibilidade de reencontrar na São Francisco, mas que caminham comigo há mais de 20 anos.

A Anna, Berke, Rachel, Francesco, Elisa e Giacomo, que me possibilitaram construir uma família em outro continente. O apoio de vocês até hoje me move com felicidade.

E, por fim, ao Rafael, que sempre esteve ao meu lado nos momentos em que mais precisei. Sem sua companhia tenho certeza de que o caminho teria sido muito mais difícil.

RESUMO

O presente trabalho investiga a decisão do Supremo Tribunal Federal de criminalizar a homotransfobia no decorrer do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 de 2019. A pesquisa faz um balanço crítico a respeito da decisão, que resultou na criação de novo tipo penal a ser abarcado pela Lei de Crimes Raciais, e provocou um debate acerca dos princípios gerais do Direito Penal. Para melhor entender os seus efeitos na Jurisprudência, optamos por realizar uma análise de julgados no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de estudar a forma como o novo entendimento estava sendo aplicado. Desse modo, embasando-se nos princípios garantistas do Direito Penal, estudamos a bibliografia, os dados encontrados e produzimos novas reflexões acerca das Apelações Criminais estudadas.

Palavras-chave: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26; LGBTI+fobia; homotransfobia; criminalização.

ABSTRACT

This paper investigates the Brazilian Supreme Court's decision to criminalize homotransphobia during the trial of Direct Action of Unconstitutionality by Omission 26 of 2019. The research takes a critical look at the decision, which resulted in the creation of a new type of crime to be covered by the Racial Crimes Law, and provoked a debate about the general principles of Criminal Law. In order to better understand its effects on jurisprudence, we opted to carry out an analysis of judgments in the São Paulo State Court of Justice, in order to study how the new understanding was being applied. Thus, based on the guarantee principles of Criminal Law, we studied the bibliography, the data found and produced new reflections on the Criminal Appeals.

Key-words: Direct Action for Unconstitutionality by Omission 26; queerphobia; criminalization

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. PANORAMA LGBTI+.....	9
2.1. Cistema: Heterossexualidade e cisgêneride compulsórias.....	9
2.2. As origens da LGBTIfobia.....	11
2.3. Os movimentos LGBTI+.....	14
2.4. Panorama sobre a população LGBTI+ no Brasil.....	15
3. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 DE 2019.....	18
3.1. Normas e princípios constitucionais.....	19
3.2. Precedentes.....	24
3.3. Argumentos divergentes.....	27
3.4. Avaliação crítica da ADO 26.....	28
4. ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA.....	33
4.1. Metodologia.....	33
4.2. O crime de injúria racial.....	39
4.3. Dados processuais.....	41
4.4 Localidade.....	41
4.5. Aspectos da execução do crime.....	44
4.5.1. Ameaça e violência.....	45
4.5.2. Presença de demais elementos discriminatórios.....	46
4.5.3. Ambientes.....	48
4.5.4. Vítimas e agressores.....	51
4.4. Elementos jurisprudenciais.....	54
4.4.1. Análise comparativa.....	60
5. CONCLUSÃO.....	62
Referências bibliográficas.....	63

1. INTRODUÇÃO

Em junho de 2024, completaram 5 anos do julgamento de criminalização da homotransfobia pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 de 2019. A decisão enquadrou as práticas discriminatórias contra a população LGBTI+ nos tipos penais previstos na Lei de Crimes Raciais, equiparando-os com base na tese de racismo social.

No entanto, o quadro de violência contra essa parte da sociedade brasileira se mantém a níveis alarmantes. O Brasil é constantemente considerado um dos países que mais mata pessoas LGBTI+ no mundo (BRASIL registra 257..., 2023), apesar de ainda apresentar um cenário significativo de subnotificações sobre o assunto.

Diante disso, os movimentos sociais organizados operam um papel central nesse contexto, com o intuito de requerer a execução de mandamentos constitucionais colocados ao Estado. No entanto, o debate ainda não tomou a extensão necessária em nosso país, para que se construa um projeto sério e efetivo, voltado às necessidades específicas da população.

Há mais de 5 anos, são as organizações da sociedade civil as responsáveis pela coleta e divulgação destas informações que, apesar dos esforços, ainda são insuficientes diante do apagão que encontramos sobre o tema no debate público. O descaso do Poder Público é notório, bem como a ausência de políticas que busquem a proteção e efetivação de direitos destes grupos marginalizados.

A comparação entre os dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça em 2022 e os dossiês publicados pelo 3º setor representa bem esse cenário, de modo que as ações penais protocoladas em todo país correspondem a um pequeno número dos casos de agressões contra a população LGBTI+ brasileira.

O reconhecimento da omissão do Congresso Nacional em legislar sobre o tema pelo Supremo, apesar trazer visibilidade para a pauta, foi feita de forma confusa e dividiu a opinião dos juristas dentro de todo esse contexto. Isso porque inovou ao tipificar novo crime através de ação judicial.

A justificativa, muito pautada na necessidade de mudança de um paradigma jurídico, social e político, não foi seguida pelos dois últimos. Nesse sentido, a decisão mostra-se em descompasso com a realidade brasileira, apesar de buscar a mudança de comportamento e mentalidade.

Diante disso, decidimos focar o estudo em uma análise jurisprudencial, para melhor entender os efeitos práticos dessa decisão, além de analisar a possibilidade de injustiças reproduzidas pelo nosso sistema penal.

Com base em preceitos da teoria *queer* e LGBTI+, analisaremos o perfil das vítimas, das justificativas dos Magistrados e discutiremos a forma como o crime de injúria preconceituosa - agora equiparada à racial -, tem se dado nos processos movidos nestes últimos anos.

2. PANORAMA LGBTI+

Neste capítulo, pretendemos introduzir alguns conceitos que versam sobre sexualidade e identidade de gênero, tratar sobre o processo histórico de criminalização de grupos LGBTI+ e discorrer sobre o panorama de violência contra essa população no Brasil.

Para tanto, contamos com elementos de uma teoria social, política e filosófica que debate a respeito do tema e do seu identitarismo, estudos que resgatam a construção discriminatória e o seu processo histórico, assim como dos movimentos por direitos LGBTI+, além de relatórios produzidos a partir de dados sobre a situação deste grupo no Brasil.

2.1. Cistema: Heterossexualidade e cisgeneridade compulsórias

A modernidade líquida nos trouxe novos paradigmas, a partir da ruptura com valores tradicionais até então existentes. Nessa nova modernidade, há uma compreensão das relações macrossociais e do poder individual, que se distancia de noções binárias e busca entender o mundo a partir de uma ótica transversal.

De mesmo modo, o sujeito na modernidade líquida é influenciado por representações culturais múltiplas, que rompem com a ideia de uma identidade unificada e imutável. A identidade, passa a ser influenciada por diversos elementos da subjetividade (BAUMAN, 2001).

Um dos frutos deste processo, foi o fortalecimento de identidades LGBTI+, que passaram a reivindicar a sua posição como sujeitos políticos e existentes em nossa sociedade, antes silenciadas por um processo de normalização de determinados corpos.

Nesse sentido, a perspectiva *queer* busca questionar toda e qualquer essencialidade, a exemplo da própria essencialidade sexual e de gênero, que são entendidas como uma construção social.

Paul B. Preciado (2011) faz essa nova leitura da realidade, ao defender o argumento de que a heterossexualidade - e aqui adicionamos a cisgeneridade - é um sistema político destinado à produção de corpos *straight*. Com base na teoria

foucaultiana, o autor defende este regime como uma forma de Sexopolítica, que realiza a gestão calculada da vida no âmbito da biopolítica.

A partir dessa perspectiva, entende-se haver uma garantia do “Império dos Normais”, que reafirma a imperatividade de determinados corpos e, consequentemente, suas expressões de sexualidade e gênero em desfavor de outros comportamentos, considerados desviantes (PRECIADO, 2011).

Esse tipo de sistema cria uma forma de identificação ao dividir os indivíduos e obrigar a manutenção da existência de anormais, que passa a embasar determinadas formas de exclusão. Essa identificação se faz de diversas formas, mas perpassa sobretudo pela linguagem, relacionando-se a uma espécie de performatividade necessária para o enquadramento de cada subjetividade em um determinado conceito.

Nessa linha, Butler (2023) discute a historicidade de termos utilizados a identificar determinados grupos sociais, que em seu processo constitutivo contam com valorações específicas. A exemplo dos países anglófonos, o uso do termo *queer* para caracterizar pessoas que no Brasil chamamos de LGBTI+, representou uma tentativa de colocar os sujeitos especificados como aqueles que se colocam fora do ciclo social normalizado. Podendo ser traduzido para “estranho” ou “esquisito”, o seu acúmulo histórico indica de maneira nítida a conotação pejorativa da palavra, mas que hoje passou a ser integrada no vocabulário destas populações como autoidentificação.

Ao estudar o tema, Judith Butler (2023) tenta entender a forma com que comunidades podem reivindicar estes termos, além da dificuldade de fazê-lo por meio de discursos que estruturam a sua própria opressão. Isso porque, o termo *queer* foi construído a partir de uma lógica de contrariedade à heterossexualidade e à cisgenderidade, e passou a ser usado como forma de envergonhar os sujeitos a essa performatividade atrelados. Constantemente vinculados à patologização, o seu uso passa também a ser uma forma de vínculo entre os grupos discriminantes.

Contudo, reflete: “É politicamente indispensável reivindicar os termos que nos nomeiam, da mesma forma que eles nos reivindicam antes mesmo de sabermos o seu significado” (BUTLER, 2011, p. 375).

Analogamente, Carvalho e Carrara (2013) ilustram como esse movimento pode ser pensado num contexto brasileiro, ao discorrer sobre a construção de conotações dos termos *bicha*, *travesti* e *sapatão*, que ainda hoje ambos são utilizados como

modo de humilhação e desprezo, apesar de reivindicados pela sua própria comunidade.

Tanto é verdade, que a decisão de criminalização da homotransfobia abarcou também a injúria preconceituosa, que consiste na utilização de elementos referentes à orientação sexual e identidade de gênero para ferir a honra das vítimas. Como veremos mais à frente, a maior parte dos casos analisados consiste no uso de expressões que indicam única e exclusivamente a identificação das vítimas no que diz respeito a tais características, como se elas, isoladamente, representassem um fator negativo.

Buscamos até aqui identificar o ponto de partida teórico deste trabalho, discorrendo brevemente sobre as questões mais conceituais atinentes ao tema, sobretudo em relação aos sistemas da heterossexualidade e cisgenerideade compulsória, que contribuem para um contexto de opressão contra minorias LGBTI+.

Feitas estas considerações, passemos, então, a entender os elementos históricos da construção deste dogma social.

2.2. As origens da LGBTIfobia

Quando pensamos na construção da heterossexualidade nas sociedades ocidentais, notamos uma alteração radical sobre a posição que ocupavam no imaginário de diferentes povos através do tempo.

Esse processo é peculiar, pois demonstra que a prática antes vista de forma saudável passou a ser criminalizada e marginalizada em função de dogmas sociais impostos pela busca de hegemonia ideológica de teorias religiosas. Isso se difere, por exemplo, na questão de gênero, que desde a Grécia Antiga já era constituída a partir de uma supremacia sistêmica masculina.

As elites do universo greco-romano, adeptas desta ordem patriarcal, reconheciam oficialmente os amores homoafetivos, sobretudo masculinos. A homossexualidade era tolerada, mas não deveria afastar os homens de seus deveres sociais, que consistiam no casamento, na constituição de um *pater familiæ* e no zelo pelos interesses de sua linhagem (BORRILLO, 2010).

Muitas são as experiências homoafetivas presentes na literatura pagã:

Amar um homem não constituía uma escolha fora da norma, mas fazia parte da vida; além disso, na maior parte do tempo, as experiências homossexuais alternavam com as relações heterossexuais. De Safo a Anacreonte, de Teógnis a Píndaro, as paixões entre as pessoas do mesmo sexo inspiraram belíssimas páginas da literatura na Antiguidade. (BORRILLO, 2010, p. 46-47).

Entretanto, as dicotomias presentes na performatividade da virilidade masculina, como macho/fêmea ou ativo/passivo, já eram relevantes na definição do papel social e, consequentemente, ao acesso ao poder de cada indivíduo, de acordo com gênero e classe (BORRILLO, 2010).

A mudança de postura se deu ao final do Império Romano, com o advento do cristianismo. Com base em crenças de naturalidade, passaram a ser normalizadas apenas relações e posturas sociais que corroboravam uma ideia biológica. Nestes termos, a virilidade tornou-se um atributo indispensável às performatividades masculinas, enquanto as relações homoafetivas começaram a ser vistas como nocivas à sociedade, por fazerem oposição às relações heteronormativas e monogâmicas, que possibilitavam a continuidade dos deveres sociais dos homens e, consequentemente, do Império.

A homossexualidade, então, passa por um dos seus primeiros processos de criminalização. Sobre isso, narra Borrillo (2010, p. 48):

A crença na qualidade natural e a moralidade das relações heterossexuais monogâmicas - e, correlatamente, a percepção da homossexualidade como prática nociva para o indivíduo e para a sociedade - levam o imperador Teodósio 1º, em 390, a ordenar a condenação à fogueira de todos os homossexuais passivos. De acordo com o Código Teodosiano (Teodósio II, 438), a atitude passiva, associada necessariamente à feminilidade, implicava uma ameaça para o vigor e a sobrevivência de Roma. A fim de justificar tal severidade, foi necessário apoiar-se nos fundamentos bíblicos da condenação: o Antigo Testamento fornecerá as narrativas de Sodoma e Gomorra; o Novo Testamento, pelo viés das epístolas paulinas, vai permitir a renovação da inveterada hostilidade contra os homossexuais. Com efeito, a história terrificante de Sodoma no livro do Gênesis (cf. capítulos 18,20 e 19), assim como as prescrições lapidares do Levítico, constitui a prova incontestável do ódio manifestado na Bíblia contra os homossexuais masculinos e femininos.

Analogamente, o povo israelense após sua libertação do Egito busca garantir sua “sobrevivência demográfica e cultural” (BORRILLO, 2010, p. 49), o que justifica a edição normas estritas e uma concepção sagrada da filiação biológica, fundamentadas na hostilidade contra a homossexualidade a partir de condenações levíticas (BORRILLO, 2010).

Apesar de negar a moral sexual judaica centralizada na reprodução e multiplicação, a ideologia cristã também utiliza-se de elementos levíticos para a constituição de sua doutrina, embasada na condenação da homossexualidade como atentado contra as leis naturais e divinas. A partir deste contexto, as ideologias judaico-cristãs passam a motivar um movimento de ódio à homossexualidade (BORRILLO, 2010).

A Escolástica católica também opera um papel significativo no enraizamento dessa percepção, sobretudo ao apresentar uma resposta moral ao prazer sexual, que é então visto por um viés pecaminoso. O caminho percorrido até aqui, é acompanhado de um farto processo de criminalização deste grupo, que passa a ser difundido a partir da hostilidade homofóbica.

A influência católica no Estado contribuiu para a orientação do Poder Público a partir destes conceitos. Diversas foram as leis penais que incriminam a prática então chamada de sodomia, inclusive com pena de morte em alguns países (BORRILLO, 2010).

Essa realidade também se fez presente no Brasil, a partir da chegada dos portugueses que importaram visões de mundo europeizadas no processo de colonização brasileira. Com uma forte concepção moral que visava coibir práticas consideradas pecaminosas, essa perspectiva guiava desde a sua percepção dos costumes indígenas até a reafirmação de elementos opressivos em solo nacional - que incluía imposições sociais referentes à sexualidade e gênero (VAINFAS, 2011).

A tradição teológica também foi responsável por fundamentar premissas que passaram a ser investigadas cientificamente, mas tratando estes aspectos como patológicos. Inúmeros foram os estudos clínicos a respeito da homossexualidade, seja a partir da medicina, psicologia ou sociologia, que contribuíram para a construção da normatividade heterossexual e cisgênera (BORRILLO, 2010), hoje questionadas por estudos queer.

Apesar do avanço deste processo histórico e do revisitamento a determinados posicionamentos e atitudes que atualmente são consideradas inadequadas, é inegável o grande papel que a Igreja Católica executou e executa até hoje na disseminação de preconceitos que remontam a elementos de orientação sexual e identidade de gênero. Ainda são constantes as declarações de cunho homofóbico ou transfóbico, que identificam tais características como anomalias humanas e que não

devem ser corroboradas tanto sob a ótica divina quanto pela científica (BORRILLO, 2010).

Os elementos históricos reunidos, portanto, demonstram a importância da tradição judaico-cristã para a fundamentação da discriminação LGBTIfóbica. Desde meados do século XX, contudo, um movimento social e teórico mais organizado passou a disputar estas narrativas, buscando construir um novo imaginário a partir de concepções de igualdade.

2.3. Os movimentos LGBTI+

A Revolta de Stonewall, ocorrida nos Estados Unidos em 1969, é um marco importante no movimento por direitos civis de pessoas LGBTI+, que inclusive consagrou junho como o mês dessa luta.

O bar Stonewall Inn, frequentado sobretudo por homens gays e pessoas trans, pobres e não brancas, era recorrentemente alvo de batidas policiais, que resultavam em violência contra seu público. No dia 28 de junho de 1969, contudo, o público entrou em conflito com a polícia (SOUTO, 2023), em uma demonstração de afronta à opressão sistêmica do Estado para com essas populações.

A mobilização ocorreu dentro de um contexto de revolução cultural que tomou parte dos países ocidentais a partir daquele ano e contribuiu para diversas lutas nacionais que se mobilizaram contra a repressão da Ditadura Militar brasileira.

Apesar da conquista da redemocratização ter sido somente em 1985, foram diversos os movimentos sociais e organizações da sociedade civil que atuaram na alteração do regime político. Dentre eles, um dos primeiros movimentos auto-organizados por direitos gays, o Movimento Homossexual Brasileiro (GREEN; QUINALHA, 2018).

Estima-se que a organização desse grupo eclodiu a partir da política sexual do Governo Militar, que passou a levar questões comportamentais e, consequentemente, de sexualidade, como tema de segurança nacional. Além disso, o aumento da repressão também contribuiu para a impossibilidade de expressão de sexualidade em ambientes voltados à sociabilidade de pessoas LGBTI+ (GREEN; QUINALHA, 2018).

O movimento desde então se aperfeiçoou, e incluiu em sua pauta as diversas subjetividades existentes dentro do espectro de sexualidade e gênero, buscando travar uma luta em comum na sua pauta identitária.

A respeito desse enfrentamento, Green e Quinalha (2018, p. 11):

Proliferaram-se os coletivos e grupos organizados, diversificaram-se as identidades, aumentaram as tensões internas, multiplicaram-se as formas de luta, conquistaram-se direitos, construíram-se políticas públicas, travaram-se diálogos com outros atores políticos, realizaram-se os maiores atos de rua desde as Diretas Já com as Paradas do Orgulho LGBT e ocuparam-se as redes sociais e as tecnologias com novos ativismos.

Seguindo esse cenário, as conquistas em prol do reconhecimento de direitos e da necessidade de proteção da população LGBTI+ foram feitas em anos relativamente recentes, com a retirada da homossexualidade e da transsexualidade como transtornos mentais pela Organização Mundial da Saúde (OMS) - em 1990 2018, respectivamente -, pelo reconhecimento do casamento homoafetivo pelo Supremo Tribunal Federal em 2011, e na tendência de seleção popular de parlamentares trans para os legislativos municipais, estaduais e federais desde 2018 (MACHADO, 2018; PUTTI, 2020; YONESHIGUE, 2022).

Tais mudanças também foram guiadas por princípios e tratados internacionais voltados à defesa dos Direitos Humanos, a exemplo do Tratado de Yogyakarta de 2006.

Destacamos, ainda, que a referência que fizemos até aqui sobre o movimento LGBTI+ trata da sua noção coletiva e organizada na luta por direitos. No entanto, é importante o reconhecimento das discriminações e violências sofridas historicamente pela população, sobretudo por pessoas trans, que resistem em sua própria existência contra esse cenário.

A sociedade brasileira é extremamente preconceituosa contra esses grupos e lidera recorrentemente rankings de violência e assassinato em razão de discriminação de orientação sexual e identidade de gênero.

Assim sendo, entendemos que estes movimentos têm um papel fundamental na busca pela igualdade e efetivação de direitos constitucionais de sua população.

2.4. Panorama sobre a população LGBTI+ no Brasil

Como último ponto deste primeiro capítulo, analisaremos agora alguns dados quantitativos e qualitativos a respeito da realidade da população LGBTI+ no Brasil, a fim de melhor entender o cenário em que desembocou o processo histórico narrado.

Como explicitado, a discriminação em razão de orientação sexual e raça no Brasil tem raízes antigas, e representa uma faceta do ódio perpetrado na sociedade brasileira. O Anuário Brasileiro De Segurança Pública de 2024 apresenta uma taxa de variação significativa nos crimes cometidos contra a população LGBTI+ entre os anos de 2022 e 2023, abarcando casos de injúria preconceituosa, racismo por homotransfobia, além de crimes violentos como lesão corporal, homicídio e estupro.

Os números obtidos através das Secretarias de Segurança Pública dos Estados indicam um aumento na maior parte das unidades da federação com alguns casos de diferenças significativas nesses anos, a exemplo do aumento de 600% nos casos de homicídio doloso no Rio Grande do Norte e do aumento de 500% em Santa Catarina de casos de racismo.

A pesquisa feita pelo Fórum de Segurança Pública alcançou pela primeira vez em 2024 a totalidade das unidades da federação brasileira, possibilitando um panorama mais macro sobre a violência nesse cenário. A ausência de dados oficiais, contudo, nos coloca em uma incerteza diante da grande possibilidade de subnotificações, de modo que o cenário, apesar de alarmante, pode ser ainda pior do que acreditamos.

O que nos chama a atenção é a inexistência de investidas do Poder Público buscando a sua reversão. A educação sexual em ambiente escolar ainda é subsistente, senão nula, em nosso país - em que pese o destaque da sua importância para especialistas no tema (TENENTE, 2023) -, são poucos os projetos que buscam integrar a comunidade LGBTI+ marginalizada,¹ e nem sequer produzimos dados suficientes para nos auxiliar a combater essa realidade, que reforça ainda mais o descaso do Estado para com esta população.

As conquistas apresentadas no item 2.3., como mencionado, foram importantes para garantir um avanço em relação a esta pauta, mas mesmo assim ainda insuficientes para garantir a efetivação completa destes direitos.

A expectativa média de vida de mulheres trans e travestis em nosso país é de 35 anos, sendo que o relatório de 2023 da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA) (BRASIL lidera..., 2023) apontou as travestis e trans

¹ Um dos poucos exemplos é o Transcidadania de São Paulo.

assassinadas tinham uma idade média inferior a 30 anos. No mesmo sentido, os dados apontam para o Brasil como um dos países mais violentos do mundo contra a população LGBTI+ (BRASIL registra 257..., 2024).

Esses dados, portanto, são expressivos e vêm se multiplicando ano a ano, seja pelo aumento real de casos ou pelo crescimento de notificações, mas que não são seguidos pelas medidas públicas cabíveis.

Para melhor acompanhar a resposta do Estado a esse respeito, o relatório da pesquisa Discriminação e Violência contra a População LGBTQIA+ do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 2022 reúne informações a respeito de ações penais movidas em face de crimes motivados por LGBTIfobia. O resultado é um claro retrato da subnotificação quando comparado com o cenário apresentado pelo Observatório de Mortes e Violências LGBTI+ no Brasil de 2022: enquanto o CNJ encontrou um total de 33 ações penais de homicídio, o dossiê fala de quase 300 assassinatos de pessoas LGBTI+.

Diante disso, entendemos que estamos de frente a um quadro complexo de violência, que também se constitui por elementos institucionais. A marginalização da população LGBTI+ em nosso país nos parece mais próxima de um projeto do que de fato uma consequência.

3. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 DE 2019

Feitas as primeiras considerações a respeito do tema deste trabalho, a partir de agora vamos nos deter nos elementos jurídicos a serem estudados, iniciando por um dos nossos principais objetos de estudo: a ADO 26.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26) foi protocolada no ano de 2013 pelo Partido Popular Socialista - PPS (atual Cidadania), em face do Congresso Nacional. A ação foi motivada pela inércia do Parlamento em legislar a respeito da criminalização de atos motivados por discriminação de identidade de gênero e/ou orientação sexual, a fim de proteger o grupo LGBTI+ na sociedade brasileira, com base em mandamentos da Constituição da República Federativa do Brasil.

Dentre os pedidos, a ação requeria (i) o reconhecimento da mora inconstitucional do parlamento em elaborar legislação adequada para incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição Federal, com o objetivo de proteção de minorias LGBTI+ e, consequentemente, declarar a omissão normativa inconstitucional; (ii) fixação de prazo razoável para que o Congresso aprovasse uma legislação criminalizadora das práticas de LGBTIfobia; (iii) subsidiariamente, caso descumprido o prazo estipulado, que a Suprema Corte tipificasse os crimes em questão; (iv) dar interpretação aos mandamentos constitucionais para enquadrar quaisquer manifestações de homofobia e transfobia nos diversos tipos penais definidos pela Lei 7.716/89, considerando que as práticas LGBTIfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, nos mesmos termos do entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 82.424/RS; e (v) a fixação de responsabilidade civil do Estado brasileiro pela inércia inconstitucional e, ante a responsabilidade objetiva do Estado, o pagamento de indenização às vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia no país.

A ação foi julgada em conjunto com o Mandado de Injunção 4.733, de relatoria do Ministro Edson Fachin, diante da similaridade entre os pedidos.

Concluído o julgamento em 13 de junho de 2019, por maioria, concordaram os ministros da Suprema Corte em seguir o voto do Relator da ADO, Celso de Mello, que opinou pelo parcial provimento do pedido. Na decisão, foi reconhecida somente

a mora constitucional do Congresso Nacional e dada nova interpretação legislativa, para enquadrar os crimes de homofobia e transfobia nos tipos penais da Lei 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, entendendo as práticas homotransfóbicas como espécie do gênero racismo. Vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Marco Aurélio, o Acórdão foi publicado em 6 de outubro de 2020.

O objetivo deste trabalho é o de realizar uma análise mais aprofundada sobre o impacto da decisão do Supremo Tribunal Federal, e a forma que ela tem sido aplicada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo frente ao cenário de violência contra pessoas LGBTI+ em nosso país.

Nesse sentido, o estudo do Acórdão será feito de forma objetiva, com base em elementos que se mostram significativos para entendermos a nova interpretação legislativa, em decisão inédita que criminalizou outras formas de preconceito. Ou seja, busca-se entender apenas quais foram os fundamentos legais e interpretativos que levaram a essa conclusão, e quais têm sido os efeitos deste processo de criminalização.

Por esses motivos, não serão foco do estudo questões de admissibilidade, elementos essencialmente processuais penais ou mesmo o pleito de fixação de responsabilidade civil do Estado brasileiro frente à declaração de mora constitucional do Congresso - pedido este negado.

Feitas as devidas considerações, passemos então a tratar dos fundamentos do Acórdão.

3.1. Normas e princípios constitucionais

O pedido do PPS embasa a sua fundamentação legal no art. 5º, incisos XLI e XLII da Constituição Federal.

Conforme sua 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:

[...]

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, [2023]).

Os requerentes da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, argumentam que se faz de maneira clara o mandamento previsto no texto constitucional, ao pleitear a elaboração de norma incriminadora de atos discriminatórios que atentem contra direitos e liberdades fundamentais (MELLO, 2019).

Segundo o entendimento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, portanto, há uma evidente necessidade de cumprimento de um dever constitucional de proteção (MENDES, p. 5), o qual deve ser efetivado pelo Congresso Nacional através de legislação específica.

Nesse sentido:

É preciso ter presente, nesse contexto, que o direito à legislação só pode ser legitimamente invocado na presente sede processual, quando também existir – simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional – a previsão do dever estatal de criar normas legais, como sucede na espécie, em que a Constituição claramente veicula, em bases impositivas, inquestionável mandado de incriminação: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (CF, art. 5º, XLI) e “a prática do racismo constitui crime (...), nos termos da lei” (CF, art. 5º, XLII). (grifo nosso) (Supremo Tribunal Federal, DF, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, Relator: Min. Celso de Mello, Julgado em 13.06.2019, Voto Relator, p. 42).

Isso porque os mandamentos constitucionais em tela não discutem apenas o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais, mas a necessidade de proteção para efetivá-los dentro da ordem jurídica. Tais mandamentos têm por objetivo assegurar uma proteção positiva destinada ao amparo dos cidadãos contra atos discriminatórios em todas as formas. Diante disso, entende-se que há o império da tutela penal referente à proteção dos direitos e garantias fundamentais contra tais práticas.

A respeito da entendida omissão, opina Gonçalves (2007, p. 285):

A situação de maior gravidade, de omissão inconstitucional no sentido de proteger penalmente vítimas de discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais, é a referente à orientação sexual. Embora a ocorrência de crimes de ódio relacionados à opção sexual [sic] no Brasil tenha crescido, a necessidade de legislação penal protetora ainda não foi reconhecida pelo legislador. Homossexuais, bissexuais, transexuais têm tolhido seu espaço de liberdade e escolha porque graves condutas de intolerância ainda não receberam a diferenciada descrição típica penal que a Constituição, no art. 5º, XLI, exige. Trata-se de omissão inconstitucional.

No caso, a interpretação dos magistrados aduz que a posição da Suprema Corte deve se dar em função de seu poder de caráter contramajoritário, buscando proteger grupos vulneráveis ao coibir abusos ou omissões da maioria (MELLO, 2019), fator que se mostra relevante diante da situação de violência contra pessoas LGBTI+ no Brasil (BRASIL registra 257..., 2024).

Analogamente, tendo em vista a disposição do inciso XLI, art. 5º/CFRB, foram criadas legislações penais específicas que incriminam práticas discriminatórias, a exemplo da Lei 7.716/89, a Lei de Crimes Raciais, e a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que busca coibir violência doméstica contra a mulher, ou seja, discriminação praticada em razão de discriminação de gênero. Da mesma forma, “também, ocorreu em relação à implementação de medidas protetivas aos direitos e garantias fundamentais das crianças e adolescentes, dos idosos, das pessoas com deficiência e dos consumidores” (MORAES, 2019, p. 26). Ou seja, o padrão protetivo seguido pelo Poder Legislativo para punir atos discriminatórios tem sido, ao longo dos mais de 30 anos da Constituição Cidadã, de intervenção penal.

Por esse motivo, mostrou-se injustificável aos Magistrados a ausência de legislação do mesmo tipo para efetivação destes mesmos direitos e garantias fundamentais, no que tange ao preconceito em razão de orientação sexual ou identidade de gênero.

Não há, portanto, qualquer razão constitucional ou lógica para que, em semelhante hipótese de exigência constitucional de edição legislativa para punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero, se ignore a necessidade de edição de tipos penais; repita-se, padrão protetivo de implementação legislativa dos direitos e garantias fundamentais de diversos grupos vulneráveis adotado pelo próprio Congresso Nacional nesses últimos 30 (trinta) anos (Supremo Tribunal Federal, DF, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, Relator: Min. Celso de Mello, Julgado em 13.06.2019, Voto Min. Alexandre de Moraes, p. 28).

A decisão da ADO 26 também se fundamenta a partir da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, levando em conta os seus diversos fundamentos constitucionais.

Neste ponto, Bechara (2014) opina que princípios fundamentais previstos no Código Constitucional devem guiar as diretrizes da ordem jurídica. Isso porque fundamentam a intenção basilar que a configura e, sendo assim, a construção de

normas penais deve levar em conta uma análise de valor teleológico da Lei Fundamental, tendo em consideração os mandamentos dela advindos.

Essa fundamentação, contudo, também se pauta na menção expressa do texto constitucional de incriminar determinadas condutas, mas sempre ponderando a importância e necessidade de tutela penal no interesse social a ser protegido (BECHARA, 2014).

O entendimento que prevaleceu na Suprema Corte é o de que o Estado deve fornecer proteção suficiente aos direitos fundamentais para garantir a sua efetivação e, diante da realidade brasileira, há a necessidade de tutela penal para a efetivação da dignidade humana para a população LGBTI+ (MELLO, 2019).

A norma disposta no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, representa um princípio basilar de nosso Estado, ao reconhecer categoricamente a existência do Estado como instrumento funcional para assegurar a dignidade da pessoa humana. Ela contém uma feição de guia do ordenamento jurídico, devendo orientar diversos outros direitos e garantias fundamentais que nela encontram seu alicerce (SARLET, 2011). Por esse motivo, impõe-se a necessidade de “reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade” (SARLET, 2011 p. 39).

Assim sendo, a dignidade da pessoa humana embasa a proteção de princípios como a busca da felicidade e autodeterminação, os quais, por sua vez, são constituídos também pela expressão da sexualidade e identidade de gênero (MENDES, 2019). Do mesmo modo, o desenvolvimento autônomo da personalidade depende da proteção destes elementos constitutivos, livre de preconceitos ou de qualquer outro ato discriminatório.

No entanto, diante de uma proteção insuficiente:

[...] o princípio da proporcionalidade [...] é o fundamento pelo qual esta Corte tem reconhecido que **o direito penal é o instrumento adequado para a proteção de bens jurídicos expressamente indicados pelo texto constitucional**. Supremo Tribunal Federal, DF, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, Relator: Min. Celso de Mello, Julgado em 13.06.2019, Voto Min. Edson Fachin, p. 9).

A decisão, portanto, levou em conta a necessidade de garantia da dignidade humana, além de reconhecer a falha por parte do Estado em sua promoção. Ao não tomar as medidas entendidas como proporcionalmente necessárias para defender que indivíduos possam expressar sua sexualidade e identidade de gênero

livremente - isto é, não punindo efetivamente condutas discriminatórias -, não se possibilita a própria busca pela felicidade e o desenvolvimento autônomo da personalidade.

Conforme aduz o Min. Celso de Mello em sua relatoria:

Reconheço, bem por isso, Senhor Presidente, que **o direito à busca da felicidade – que se mostra gravemente comprometido quando o Estado, muitas vezes influenciado por correntes majoritárias, omite-se na formulação de medidas destinadas a assegurar a grupos minoritários, como os integrantes da comunidade LGBT, a fruição de direitos fundamentais** – representa derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, qualificando-se como um dos mais significativos postulados constitucionais implícitos [...] (grifo nosso) (Supremo Tribunal Federal, DF, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, Relator: Min. Celso de Mello, Julgado em 13.06.2019, Voto Relator, p. 146).

O cenário resta claro no impedimento de pessoas LGBTI+ conseguirem demonstrar afeto ou mesmo de apenas estarem em espaços públicos sem receio, diante da possibilidade de violências (PRECONCEITO..., 2022). Por isso, reforça-se que os dispositivos normativos não dizem respeito apenas à necessidade de reconhecimento de direitos fundamentais por parte do Estado como forma de proteção de investidas do Poder Público, mas também no caso de agressões provocadas por terceiros.

A conclusão do tribunal é de que a inatividade do Congresso Nacional em realizar esta tarefa, demonstrou um descumprimento de obrigação jurídica que foi imposta por determinação constitucional, resultando em afronta à Lei Fundamental da República (MELLO, 2019).

Inexistentes ou não debates a respeito do tema no Poder Legislativo, a morosidade na aprovação de qualquer medida efetiva sobre o assunto é entendida como suficiente para caracterizar a omissão parlamentar (MENDES, 2019).

Isso porque a omissão de legislar diante de uma imposição constitucional resulta em uma violação negativa da ordem jurídica (BARROSO, 2012). No caso da criminalização de condutas discriminatórias contra grupos LGBTI+, a situação consolida uma abusiva omissão no inadimplemento de prestação legislativa, tendo em vista a demora irrazoável.

Nesse sentido, argumenta Barroso (2012, p. 34-35) que, “nos casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma reguladora da atuação de determinado preceito constitucional, sua abstenção será ilegítima e configurará caso de inconstitucionalidade por omissão”.

Descumprida a imperatividade da norma fundamental, observa-se então um quadro de omissão do poder legislativo para efetivar a proteção do bem jurídico (SILVA, 2017).

De acordo com o Relator:

[...] a omissão da União Federal em adotar as medida necessárias à elaboração de normas destinadas à punição dos atos resultantes de preconceito contra os homossexuais, os transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBT configuraria claro descumprimento, por omissão seletiva, do comando impositivo de legislar emergente da Constituição da República, pois o Congresso Nacional, longe de atuar como agente concretizador das medidas protetivas de natureza penal exigidas pelo texto constitucional – em ordem a garantir o pleno exercício do direito personalíssimo (e ineliminável) à orientação sexual e à identidade de gênero –, estaria realizando, de modo insuficiente, a prestação estatal determinada pelo ordenamento constitucional. (Supremo Tribunal Federal, DF, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, Relator: Min. Celso de Mello, Julgado em 13.06.2019, Voto Relator, p. 41).

Comprovada, portanto, a omissão do Congresso Nacional ao não editar legislação específica para a punição de atos discriminatórios contra pessoas LGBTI+, a partir de mandamentos da Constituição da República - legislação penal, segundo a maioria dos Ministros do STF.

3.2. Precedentes

Além de embasar o pleito nas normas constitucionais e na sua interpretação sistemática, os requerentes utilizaram-se de um precedente importante do próprio Supremo Tribunal Federal para fundamentar a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão.

Em 2003, a Corte julgou o *Habeas Corpus* 82.424 do Rio Grande do Sul. Popularmente conhecido por caso Ellwanger, a ação tratava de um escritor e editor acusado de publicar obras de cunho nazista e antissemita, como clara violação à liberdade de expressão e incitação a práticas discriminatórias. Processado com base na Lei de Crimes Raciais, mais especificamente pelo antigo art. 20, *caput*,² o réu foi absolvido em primeira instância, mas foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

² Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional. Pena: reclusão de dois a cinco anos.

Diante da condenação, a Defesa impetrou *Habeas Corpus* como forma de recurso nos Tribunais Superiores, solicitando o reexame das acusações contra o réu e a declaração de extinção da punibilidade por prescrição da pretensão punitiva. Entretanto, o entendimento das Cortes foi pela denegação da ordem.

A discussão se deu a respeito do termo utilizado pelo constituinte no inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal. O réu, processado por racismo, foi portanto condenado pela prática de crime inafiançável e imprescritível, conforme a redação normativa.

O julgamento paradigmático produziu a tese de *racismo social*, que foi adotada por maioria do Supremo Tribunal Federal.

Tendo em vista que o judaísmo é uma religião e não etnia, os Ministros defenderam o argumento de que o significado de *raça* a ser adotado não deveria ser estritamente biológico, mas levar em consideração as particularidades sociais e antropológicas.

Em seu voto vista, o Ministro Maurício Corrêa aduz:

Creio não se lhe poder emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica. Deve-se, na verdade, entendê-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados [sic], para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional, sobretudo levando-se em consideração a pluralidade de conceituações do termo, entendido não só à luz de seu sentido meramente vernacular, mas também do que resulta de sua valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos. (Supremo Tribunal Federal, RS, *Habeas Corpus* 82.424, Relator: Moreira Alves, Julgado em 17.09.2003, Voto Min. Maurício Corrêa, p. 34).

Inexistindo quaisquer bases científicas que possibilissem a diferenciação entre seres humanos com base na cor da pele, entendeu-se que esta distinção ocorre unicamente a partir de um processo político e social.

Nos mesmos termos, portanto, devem ser entendidas todas as formas de discriminação segundo o julgamento da ADO 26, em 2019. Da mesma forma que decidido em 2003 pelo Supremo Tribunal Federal, o entendimento adotado no julgamento sobre a criminalização da homotransfobia leva em consideração a noção de *racismo social*.

Assim sendo, discriminações praticadas com base em orientação sexual e identidade de gênero também fazem parte desta classe de intolerância, tendo em vista que são motivadas por preconceitos de bases sociais, políticas e culturais. Ou seja, LGBTIfobia estabelece uma diferenciação entre pessoas e/ou grupos

específicos a partir de preceitos similares aos que motivam atitudes racistas. E, havendo o repúdio imperativo na Constituição Federal a todos os tipos de discriminação, justifica-se a extensão interpretativa do dispositivo a todos os grupos vulnerabilizados.

No mesmo sentido, leciona Nucci (2007, p. 272-273):

Portanto, raça é termo infeliz e ambíguo, pois quer dizer tanto um conjunto de pessoas com os mesmos caracteres somáticos como também um grupo de indivíduos de mesma origem étnica, linguística ou social. Raça, enfim, um grupo de pessoas que comunga de ideais ou comportamentos comuns, ajuntando-se para defendê-los, sem que, necessariamente, constituam um homogêneo conjunto de pessoas fisicamente parecidas. Aliás, assim pensando, homossexuais discriminados podem ser, para os fins de aplicação desta Lei, considerados como grupo racial. [...] Dessa forma, parece-nos possível, igualmente, considerar racismo a busca da exclusão de outros grupos sociais homogêneos, exteriormente identificados por qualquer razão. [...] Parece-nos que é racismo, desde que na esteira da interpretação dada pelo STF, qualquer forma de fobia, dirigida ao ser humano, pode ser manifestação racista.

Esse argumento afastaria também quaisquer alegações de *analogia in malam partem*, por não se tratar de uma equiparação por semelhança, mas apenas uma interpretação do conceito de raça, sendo a discriminação uma forma de pensamento segregacionista que tenta dividir seres humanos em grupos (NUCCI, 2007).

Dante dos fundamentos constitucionais e da sua interpretação sistemática, o entendimento que prevalece é o de compatibilidade entre as teses.

Nesse sentido:

O que estou a propor, como anteriormente acentuei, limita-se à **mera subsunção** de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (a Lei nº 7.716/89, no caso), **na medida em que atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social**: o denominado racismo social. (grifo nosso) (Supremo Tribunal Federal, DF, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, Relator: Min. Celso de Mello, Julgado em 13.06.2019, Voto Relator, p. 95).

Nota-se, portanto, que a raiz do viés preconceituoso é vista como a mesma: perspectivas políticas, históricas e sociais que fundamentam a prática de atos discriminatórios independentemente da sua forma de expressão.

Dante do exposto, com base na tese apresentada pelo Caso Ellwanger fundamenta-se a interpretação do termo *racismo* previsto na Lei de Crimes Raciais, estendendo-se também à prática de atos discriminatórios por questões de sexualidade e/ou identidade de gênero, conforme a ADO 26.

3.3. Argumentos divergentes

Um último ponto a ser considerado sobre o julgamento, é a incidência do Princípio da Legalidade no caso em tela, bem como a interpretação dada ao inciso XLI do art. 5º, da Constituição da República.

Divergentes do voto do Relator, restaram os Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Marco Aurélio. Enquanto os três reconheceram a gravidade do problema vivido pela população LGBTI+ no Brasil, apenas os dois primeiros concordaram com a omissão do Congresso Nacional em legislar sobre o assunto. O ministro Marco Aurélio, por sua vez, entendeu que o mandamento constitucional não era direcionado à criação de legislação penal sobre o assunto. Em ambos os casos, contudo, os magistrados entenderam que o enquadramento de condutas homotransfóbicas na Lei de Crimes Raciais não era cabível, por violação do Princípio da Legalidade.

Pacificamente adotado pela Doutrina e Jurisprudência, o Princípio da Legalidade surge a partir das revoluções burguesas e, segundo Batista (2017), representa um avanço ocorrido em direção à positividade jurídica e à publicização da reação penal. Ele marca uma resposta aos abusos vividos durante o período absolutista, e afirma uma ordem legalista, que promove garantias ao indivíduo perante o poder do Estado, além de demarcar um espaço exclusivo de sua coerção penal.

Nas palavras do autor, “Sua significação e alcance políticos transcendem o condicionamento histórico que o produziu, e o princípio da legalidade constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo” (BATISTA, 2017, p. 63).

Apesar de representado pela máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*, o princípio também coíbe o emprego de analogias para a criação de crimes, fundamentar ou mesmo agravar penas (BATISTA, 2017).

Este debate perpassou a discussão a respeito da criminalização da homotransfobia, mas, como assinalado na argumentação majoritária, o entendimento do STF foi de que a subsunção realizada no caso, não configuraria *analogia in malam partem*.

Reforçamos também o entendimento divergente a respeito do mandamento de incriminação constitucional de todas as práticas discriminatórias. Conforme o voto do Ministro Marco Aurélio em seu voto na ADO 26:

Daí vislumbrar na redação conferida ao inciso XLI da Constituição Federal espécie de “mandado de criminalização” a vincular o legislador ordinário é passo demasiadamente largo, considerados o caráter programático da norma e a relativa amplitude semântica do texto. O Direito é uma ciência, possuindo expressões e vocábulos com sentido próprio, **descabendo equiparar a forma verbal “punirá” – gênero – à “criminalizará”** – espécie –, presente a possibilidade de ter-se, observado o comando constitucional, a instituição de sanções estranhas ao campo penal. (grifo nosso) (Supremo Tribunal Federal, DF, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, Relator: Min. Celso de Mello, Julgado em 13.06.2019, Voto Min. Marco Aurélio, p. 11)

Não advindo de norma penal produzida pelo Legislativo, portanto, os Ministros em questão defenderam o argumento de que a subsunção adotada pela maioria violaria este preceito ao criar novo tipo a partir de ação exclusiva do Poder Judiciário.

3.4. Avaliação crítica da ADO 26

Dante do exposto, cumpre-se necessário fazermos uma avaliação crítica a respeito da decisão que criminaliza a homotransfobia pelo Supremo Tribunal Federal.

Em primeiro lugar, indicamos a concordância com a posição divergente dos Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Dias Toffoli.

Ao tratar de mandamentos constitucionais incriminadores, Bechara (2014) aduz que deve haver uma necessidade clara e expressa na orientação normativa. O ordenamento Constitucional se mostra nítido ao embasar os seus princípios fundadores que podem ser interpretados de maneira teleológica, mas necessitam de uma ordem expressa e taxativa a respeito do uso da esfera penal na punição de determinadas condutas.

Com efeito:

Sob tal perspectiva, defendendo-se que o princípio fundamental penal da intervenção mínima deriva do texto constitucional, não podendo, em um movimento contrário, servir de referencial interpretativo da Constituição, afirma-se a necessidade de tomar tal princípio sob o ponto de vista

dinâmico, em duas vertentes: uma negativa, manifestada nos processos de descriminalização, e outra positiva, que garante a intervenção penal em casos relevantes. Nessa segunda vertente, situar-se-iam as obrigações expressas de criminalização, gerando ao Direito Penal o compromisso de proteção de bens jurídicos fundamentais.

Dante de tais dispositivos constitucionais expressos - e a par do reconhecimento da importância de reafirmação dos valores e interesses sociais fundamentais no âmbito dos próprios objetivos de um Estado Democrático de Direito -, é preciso analisar com cautela sua força normativa para efeito de vincular o legislador penal, ponderando-se, nesse sentido, que a consideração da Constituição não apenas como um limite, mas também como um fundamento do Direito Penal pode, se mal interpretada, levar a um alargamento indevido nessa esfera a impor ao legislador penal uma atuação ineficaz. (grifo nosso) (BECHARA, 2014, p. 56)

Nesse sentido, nos parece mais acertada a interpretação que leva em consideração o rol taxativo em matéria penal, devendo os mandamentos constitucionais de incriminação serem avaliados de forma mais literal do que interpretativa, como se faz pela tese de *racismo social*.

O constituinte explicitamente impõe um dever de criminalização ao racismo, mas não o faz em relação a outras formas de discriminação. Não há, na realidade, outra interpretação a ser extraída de sua redação ao falar apenas de punição.

Inexistindo mandamento explícito da Constituição a respeito da necessidade de criminalização de preconceito neste caso, concretiza-se então o indevido alargamento da esfera penal (BECHARA, 2014).

Também nesse ínterim:

A lei define determinada conduta como criminosa, enquanto forem mantidos os contextos discursivos, sociais e culturais vigentes à época de sua promulgação. A ampliação do contexto originário do texto penal leva à expansão do espaço seletivo de criminalização, o que não pode ocorrer, tendo em vista que o princípio da legalidade é limitador do poder punitivo do Estado. Ele não pode ser utilizado para expandir a criminalização, somente para limitá-la. Segundo eles, a “criminalização primária se estabelece por ação – jamais por omissão – das agências políticas”. O âmbito do punitivo não pode se expandir pela omissão das agências políticas, devendo sempre se dar com prévia cominação legal. Esse princípio é semelhante à teoria da adequação social, mas possui especificidade ao enfocar na restrição do emprego do princípio da legalidade em prol do indivíduo. (SILVA, 2017, p. 28)

A noção de Direito Penal como *ultima ratio*, além do princípio da intervenção mínima, nos leva a crer na necessidade de seu uso com cautela, além de uma interpretação mais detida aos mandamentos constitucionais que impõem a necessidade de eventuais punições ao legislador.

O seu caráter fragmentário, ainda, justifica a possibilidade de punição por meio de demais matérias legais, sem necessidade de criminalização de uma conduta de forma desproporcional - neste ponto, importante ressaltar que a pena por injúria racial é maior que a pena por homicídio culposo.

Diante disso, entendemos que a própria taxatividade da Lei 7.716/89 deve ser tomada de maneira precisa, rechaçando-se “a ampliação do conteúdo proibitivo dos tipos versados na Lei no 7.716/1989 a partir de eventual identidade considerados os pressupostos justificadores da criminalização, sob pena de ter-se o esvaziamento dos núcleos existentes nos preceitos incriminadores (raça, cor, etnia, religião e procedência nacional) [...]” (AURÉLIO, 2019, p. 10-11).

Não observados tais pontos, resta claro que a extensão do entendimento da Lei Penal, ampliando o conteúdo previsto na Lei de Crimes Raciais para a população LGBTI+, representa uma afronta ao princípio da reserva legal.

Ainda embasando-se no Princípio da Legalidade, é impossível o suprimento ou a complementação de leis penais por meio de qualquer outra ferramenta, que não a promulgação de legislação prévia, escrita e específica. (SILVA, 2017, p. 23)

Não se justifica, portanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal como mera subsunção, a partir da “*função integrativa* para a cognição de elementos do tipo penal” (SILVA, 2017, p. 25).

Além disso, diante da nítida expressão utilizada pelo constituinte no inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal, qual seja, *racismo*, não há motivo para acreditarmos que a referência seria para qualquer outra forma de discriminação em uma noção de *racismo social*. A tese é inadequada, tanto que o próprio inciso que o antecede utiliza-se do termo *discriminação* para tratar de demais atos atentatórios, além de embasar-se numa noção equivocada de racismo como construto discriminatório único e exclusivamente social.

Apesar dos achados do projeto genoma, a noção de raça é hoje entendida como uma conjunção de características biológicas, que diz respeito a traços físicos como a cor da pele, e características étnico-culturais, associada a outras questões sociais (ALMEIDA, 2018). A acepção do termo racismo, portanto, não pode ser outra senão aquela surgida a partir do processo de colonização e subjugação de populações negras e indígenas, no contexto latino-americano, sendo impossível transportar o seu contexto para demais formas de discriminação.

Suprir lacunas legislativas desse modo, confere uma clara analogia, utilizada em favor de uma tentativa de impor novos paradigmas sociais de proteção e efetivação de direitos através da via penal, conforme argumentado pela posição majoritária. Nesse sentido, utiliza-se de uma noção de Direito Penal Simbólico, com o intuito de integrar um grupo marginalizado dentro do contexto do Estado Democrático de Direito (LEWANDOWSKI, 2019).

No entanto, esta tentativa baseia-se numa noção equivocada da consolidação do sistema penal que atua não de maneira constitutiva, mas apenas como uma resposta a uma violência já cometida:

O controle penal intervém de maneira reativa e não preventiva. Com isto quero dizer que ele intervém quando as consequências das infrações já se produziram, mas não efetivamente para evitá-las. Qualquer progresso que se possa realizar com relação à ampliação dos direitos das vítimas, que tendem a ser os sujeitos mais lesados nas situações conflitivas nas quais intervém o sistema de justiça penal, não altera o fato de que o referido sistema só passa a atuar quando as pessoas já se transformaram em vítimas. (BARATTA, 1997, p. 50-51)

Tanto é que a criminalização promovida pelo Supremo Tribunal Federal não provocou um novo paradigma social no Brasil. O país continua se destacando com altas taxas de violência contra pessoas LGBTI+, não há produção de dados oficiais sobre essa população, a quantidade de ações penais motivadas por discriminação de sexualidade e/ou identidade de gênero é insuficiente³ e mesmo 5 anos após a declaração de inconstitucionalidade por omissão, o Congresso Nacional não se movimentou para produzir legislação específica sobre o assunto - as modificações legislativas produzidas pela Lei 14.532 de 2023, inclusive, deixaram de fora qualquer menção à grupos LGBTI+.

Por esses motivos, acreditamos que a decisão foi equivocada e fundamentou-se em elementos impróprios.

Outro ponto que gostaríamos de trazer à tona, diz respeito à produção de efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão em pauta.

A respeito disso, Barroso (2012, p. 175) aduz que

No caso de omissão, é preciso aguardar um período razoável para sua caracterização. Existe razoabilidade na tese de que, à vista da natureza constitutiva da decisão relativa à mora do Poder Público, este seria o termo inicial a partir do qual a omissão produziria seus efeitos. Mas haveria margem para controvérsia.

³ Os dados sobre esse assunto serão melhor apresentados no item metodologia.

No entanto, o caso a que se refere trata unicamente da declaração de constitucionalidade por omissão, sem que haja previsão de demais medidas pelo Poder Judiciário.

In casu, a situação se mostra mais complexa. Não encontramos na Doutrina e na Jurisprudência qualquer menção a uma situação em que haja a criação de um novo tipo penal em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, mesmo que arguida a partir de subsunção.

O prazo estipulado pelo voto do Relator para os efeitos da decisão, contudo, determina a sua aplicação “a partir da data em que se concluir o presente julgamento” (p. 157). Entendemos, nesse sentido, que os efeitos penais passariam a ser considerados com a publicação da Decisão, que ocorreu no dia 6 de outubro do ano de 2020, tendo em vista o Princípio da Anterioridade da Lei Penal. Sendo assim, apenas os fatos ocorridos a partir desta data seriam elegíveis para a persecução penal nos termos da decisão - isto é, podendo ser tipificados nos termos da Lei de Crimes Raciais.

4. ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

Passemos, então, à análise jurisprudencial.

A ideia deste capítulo é de trazer os dados encontrados e apontar reflexões necessárias a partir das discussões trazidas até agora pela pesquisa.

Como descrito de maneira introdutória, foi realizada uma pesquisa jurisprudencial com o intuito de analisar a forma como o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem utilizado a nova interpretação legislativa dada à Lei de Crimes Raciais, a partir da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26.

Com este novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, os Magistrados brasileiros passaram a seguir a interpretação estipulada pela tese firmada na Corte, devendo atribuir os crimes previstos na Lei 7.716/89 também aos atos motivados por homotransfobia, abarcando crimes como racismo, injúria racial ou mesmo como qualificação de homicídio doloso por motivação torpe.

Este trabalho optou especificamente por tratar dos casos de injúria racial, por razões que serão explicitadas a seguir.

4.1. Metodologia

A pesquisa jurisprudencial foi realizada a partir de uma busca por Acórdãos de casos de injúria racial motivadas pela identidade de gênero ou orientação sexual das vítimas, no estado de São Paulo.

A escolha por restringir a análise jurisprudencial a um único estado se deu por diversas razões. A primeira delas foi o intuito de diminuir a abrangência e as diversas variáveis que poderiam ser observadas ao longo do trabalho, com nuances regionais sobre o assunto.

Além disso, ressalta-se que o estado de São Paulo tem uma alta taxa de violência contra pessoas LGBTI+ quando se trata de números absolutos, mas um índice relativamente baixo quando comparado ao percentual de sua população.

O dossiê de 2023 do Observatório de Mortes e Violências LGBTI+ no Brasil, demonstra essa distribuição espacial, em que o estado paulista é responsável pelo

maior número de mortes do país, totalizando 27 no último ano, mas encontra-se entre um dos estados que menos mata pessoas LGBTI+ em relação a sua densidade populacional, com uma média de 0,9 mortes por milhão de habitantes (ANTRA, 2024).

Esses dados, seguem a série histórica do levantamento, que é feito desde o ano de 2020 - antes disso, os dados eram levantados pelo Grupo Gay da Bahia. Nos 4 relatórios analisados, São Paulo posiciona-se sempre entre os dois estados que mais matam pessoas LGBTI+ em números absolutos, mas em nenhum dos casos aparece com uma taxa significativamente alta de mortes por habitantes (ANTRA, 2022, 2023, 2024; GASTALDI, 2021).

Isso demonstra, de certa forma, um cenário mais estável para a análise de violência contra esses grupos minoritários, como também maiores possibilidades de se encontrar processos para tratar sobre o assunto.

Um segundo ponto a ser levado em consideração, foi a delimitação do crime de injúria racial, previsto atualmente no art. 2-A da Lei 7.716/89 (antigo art. 140, §3º, do Código Penal).

Esta escolha se deu porque uma pesquisa inicial revelou a existência de um número próximo a 30 Acórdãos de Apelações Criminais sobre o tema, enquanto apenas encontramos 5 Apelações Criminais tipificadas como crime de racismo, representando um baixo espaço amostral de processos a serem analisados.

A pesquisa foi feita online, na seção de jurisprudência do site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e foram utilizados os parâmetros “Lei 7.716/89”; “homofobia”; “transfobia”; “LGBTfobia”; “orientação sexual”; e “identidade de gênero” de forma combinada na pesquisa livre. Simultaneamente, foram adicionados os parâmetros “Apelação Criminal” quanto à classe, e “injúria” (3397), “preconceituosa” (12543), “orientação sexual” (14106) e “identidade de gênero” (14107) quanto aos assuntos.

Ao final da pesquisa, foram encontrados um total de 29 processos criminais. Destes 29 processos, 3 Apelações Criminais versavam sobre o julgamento do crime de racismo, motivo pelo qual foram excluídas da análise.

Destaca-se que em uma delas, a Apelação Criminal nº 1500030-13.2023.8.26.0597, a decisão da 4ª Câmara Criminal do TJSP pontua que os fatos tratam do crime de injúria preconceituosa, motivada por discriminação de orientação sexual, mas há equívoco de tipificação proposto na acusação pelo

Ministério Público - que o fez por crime de racismo. Por esse motivo, a decisão foi excluída do espaço amostral, uma vez que o réu não foi acusado do crime em análise.

Outro processo removido, continha informações insuficientes para a sua leitura, vez que a decisão fazia alusão a relatórios e documentos presentes nos autos, mas que não puderam ser acessados pelo sistema e-Saj.

Duas outras decisões igualmente embasaram-se no relatório da sentença, de modo que os dados não puderam ser obtidos por inteiro. No entanto, as informações faltantes não se mostraram tão prejudiciais para a pesquisa, pois referiam-se apenas à data dos fatos. Os demais elementos necessários puderam ser identificados através da leitura dos Acórdãos.

O último caso excluído, foi um processo em que o réu foi acusado pelo crime de injúria simples, apesar da utilização de termos lesbofóbicos para ofender a vítima. Destacamos, ainda, que este foi o único processo encontrado em que a injúria foi cometida contra uma pessoa pública - ex-secretária de cultura municipal de Avaré.

Este cenário nos deixou com um total de 23 Apelações Criminais a serem estudadas.⁴

Reforça-se, portanto, que os dados presentes neste trabalho referem-se aos casos em que há correlação entre a denúncia e a sentença, ou seja, em que ambas peças tipificam os fatos ocorridos como crime de injúria racial; e que apresentaram informações suficientes para um estudo mais minucioso a respeito da vítima, da fundamentação judicial, dos fatos ocorridos, dentre outros elementos a serem explicados mais à frente. Incluídos nestes casos estão também ações criminais em que se observa concurso de crimes, desde que haja a presença da injúria racial.

Com o universo amostral definido, foi realizada uma leitura inicial dos Acórdãos, com o intuito de definir quais seriam os elementos que norteariam a análise mais apurada do estudo.

⁴ São elas as Apelações Criminais: 1502656-66.2021.8.26.0664; 1507445-57.2021.8.26.0099;; 1500082-09.2022.8.26.0673; 1504194-09.2020.8.26.0344; 1503267-24.2022.8.26.0554; 1510763-59.2019.8.26.0506; 1506801-76.2019.8.26.0005; 1500092-93.2022.8.26.0595; 1507198-63.2022.8.26.0577; 1500390-47.2022.8.26.0252; 1529743-35.2021.8.26.0037; 1529866-71.2023.8.26.0228; 1500432-34.2023.8.26.0326; 1515465-17.2020.8.26.0602; 1501609-43.2020.8.26.0292; 1588859-56.2022.8.26.0224; 1538638-43.2021.8.26.0050; 1500312-07.2021.8.26.0505; 1501219-37.2022.8.26.0346; 1500943-44.2022.8.26.0010; 1502424-66.2022.8.26.0196; 1504229-07.2022.8.26.0050; e 1503685-53.2023.8.26.0577.

Importante ressaltar que os parâmetros foram definidos de forma livre a partir do cenário obtido, e a compilação dos dados foi realizada por meio de inteligência artificial, com verificação posterior.

Além disso, a pesquisa descartou a possibilidade de uso comparativo de outros crimes em que houvesse fatores discriminatórios a respeito de orientação sexual e identidade de gênero, como os casos de racismo e homicídio qualificado por motivação fútil, devido a baixa quantidade de decisões de 2º Grau encontradas.

Um último ponto a ser frisado neste item, é a respeito da extração e tratamento dos dados que serão trazidos.

O primeiro e único censo institucional realizado a respeito da população LGBTI+ no país foi em 2019, que apresentou dados insuficientes sobre o assunto. Não há informações claras e aprofundadas sobre distribuição regional, idade, identificação racial, dentre outros elementos.

Além disso, atualmente não existe um protocolo padronizado para recolhimento de informações a respeito de orientação sexual e identidade de gênero no Brasil, sobretudo quando falamos em diretrizes a serem adotadas pelas secretarias de segurança pública dos estados, ou em sede policial no registro de ocorrências (GONÇALVES, et al., 2020).

Um destes problemas diz respeito à própria identificação de vítimas como pessoas LGBTI+, devido às complexidades existentes para o recebimento dessa informação.

Com efeito:

No que tange às questões de sexo, gênero e sexualidade, não há nenhuma previsão legislativa nacional que reconheça a autodeclaração como forma de identificação dos sujeitos. Há apenas a Resolução nº 11 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoções dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais (CNLBGT, 2014), de caráter consultivo e orientativo, que, ao tratar do preenchimento de boletins de ocorrência pela autoridade policial, garante a autodeclaração da identidade de gênero e da orientação sexual.

O desafio das políticas antidiscriminatórias relativas às identidades sexuais e de gênero amplifica-se em face desse quadro normativo lacunoso e da complexidade das reivindicações identitárias contemporâneas. (RESADORI; RIOS, 2018).

Iniciativas como a inclusão na ficha de notificação individual do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan) de campos a serem preenchidos sobre a orientação sexual e identidade de gênero, conforme indicados pelo IPEA no

Atlas da Violência de 2024, são uma forma de buscar reverter esta situação (CERQUEIRA; BUENO, 2024). A tentativa, contudo, é incipiente e problemática, vez que os dados gerados ainda são incompletos - o próprio atlas fala exclusivamente de violência contra a população LGBTQIAPN+ sem distinção precisa aos tipos de violência - e a ficha de notificação não inclui diversos dados significativos, mas tão somente se limita a expressões binárias - não há, por exemplo, a inclusão de pessoas intersexo dentro dos parâmetros.⁵

Por esses motivos, estima-se que há um grande número de *subnotificação* e *subqualificação* do fenômeno da violência, o que impossibilita o nosso real conhecimento do cenário (CERQUEIRA; BUENO, 2023).

Inexistindo dados oficiais sobre o assunto, a sociedade civil passa a ter um grande papel neste contexto, uma vez que promove a pesquisa e compilação dos dados de forma independente. Organizações como o Grupo Gay da Bahia (GGB), a Associação Nacional de Transexuais e Travestis, (ANTRA) e a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT), por exemplo, realizam pesquisas a partir de dados hemerográficos, ou seja, “por meio de canais de grande circulação, em jornais de abrangência local e em redes sociais, como o Facebook e o Instagram” (ANTRA, 2024, p. 15).

Com efeito, Dossiê de Mortes e Violências Contra LGBTI+ no Brasil de 2023 nos adverte:

Por consequência da indisponibilidade de dados governamentais e da utilização de informações disponíveis na mídia, há uma limitação metodológica nessa pesquisa. Por depender do reconhecimento da identidade de gênero e da orientação sexual das vítimas por parte dos veículos de comunicação que reportam as mortes, é possível que muitos casos e dados de violências praticadas contra pessoas LGBTI+ sejam omitidos e/ou distorcidos. Há, provavelmente, uma significativa subnotificação do número de mortes violentas de LGBTI+ no Brasil. Além disso, o registro dos casos nas notícias frequentemente não contém dados considerados relevantes para a formulação de políticas públicas pelas esferas governamentais (municipal, estadual/distrital e federal), como raça e etnia, período do dia em que crime ocorreu, perfil dos suspeitos, entre outros. (ANTRA, 2024, p. 15).

Somado a isso, o próprio estigma associado a esta população faz com que haja receio de declarar-se como LGBTI+, como salientado pela própria Pesquisa Nacional de Saúde de 2019 a respeito das suas limitações (IBGE, 2019).

⁵ Ficha disponível em:

https://portalsinan.saude.gov.br/images/documentos/Agravos/via/violencia_v5.pdf

Dante desse quadro, esclarecemos que as aferições feitas a respeito da sexualidade das vítimas em nossa pesquisa se deram de acordo com as narrativas dos fatos nos acórdãos selecionados, que expressavam a concordância dos ofendidos a respeito da sua sexualidade ou identidade de gênero, e a motivação pela qual foram insultados. A título exemplificativo, nota-se que em nenhum dos casos em que a injúria se deu por motivação homofóbica, as vítimas negaram ter relações homoafetivas.

No que diz respeito à identidade de gênero, assumimos que os indivíduos envolvidos tratavam-se de pessoas cisgêneras, a não ser que mencionado expressamente o contrário nas decisões. Adotamos este parâmetro comparativo por conta do contexto institucional da cismodernidade em que vivemos, conforme tratado no segundo capítulo deste trabalho.

Ademais, a presença de pessoas trans foi relatada em apenas dois dos casos estudados, enquanto somente uma delas foi vítima no caso. Da mesma forma, apenas esta injúria teve motivação discriminatória específica contra identidade de gênero - dado que se mostra ainda mais alarmante tendo em vista o alto índice de violência contra pessoas trans no Brasil (OLIVEIRA, 2024).

Entretanto, estes referenciais são insuficientes, porque apagam a expressão de outras sexualidades, que podem ter expressões homoafetivas, mas não se enquadram de forma única como homossexuais - como a própria bissexualidade -, ou mesmo da diversidade de identidades de gênero - já que pessoas trans nem sempre se identificam com o gênero oposto, mas apenas com uma subjetividade não binária.

Por estes motivos, decidimos não nos utilizarmos de termos como gay ou lésbica na análise dos acórdãos, mas apenas nos referirmos a relações homoafetivas.

Paralelamente, reforça-se a impossibilidade da aferição de dados a respeito da autodeclaração étnico-racial das partes do processo. Como mencionado, não foi possível o acesso aos autos das apelações em estudo, de modo que não foi possível identificar de maneira responsável quaisquer dados sobre o assunto.

Optamos nesse caso por não assumir quaisquer critérios, como feito a respeito da identidade de gênero. A escolha se deu pela existência de dados oficiais concretos da distribuição étnico-racial brasileira, que ocorre através do critério de autodeclaração, e pelas problemáticas existentes na percepção de

heteroidentificação racial - a qual seria feita com base nos autos. Esta, pautada por características imutáveis a respeito de um grupo e/ou indivíduo, mostra-se “incompatível com a compreensão de que a raça é um construto social e político e que pode ser exercida e avaliada de diversas formas” (RESADORI; RIOS, 2018, p. 15).

Apesar disso, destacamos que faremos menções específicas à elementos de discriminação racial presentes nos autos, mas sem uma comprovação a respeito da identificação pessoal das pessoas ofendidas e das agressoras.

4.2. O crime de injúria racial

O crime de injúria, de forma geral, está previsto no art. 140 do Código Penal brasileiro, no capítulo de crimes contra a honra, junto da difamação e da calúnia. A injúria se divide, em seu *caput* e §§2º e 3º, entre simples, real e discriminatória,⁶ respectivamente.

De maneira sucinta, a sua modalidade simples, cuida da sua forma mais abrangente e essencial, sem levar em conta os elementos especializantes das qualificadoras; a injúria real, como qualificadora, consiste em ofensa à dignidade praticada por meio de agressão física, a exemplo da chicotada (NORONHA, 1998); enquanto a qualificadora discriminatória consiste no uso de elementos preconceituosos para injuriar outrem.

A honra é uma qualidade da personalidade, que se forma a partir das relações de conhecimento entre os indivíduos. A injúria afeta a honra subjetiva da vítima, pois diz respeito à imagem que os indivíduos têm de si próprios e sua autoestima, sendo este o bem jurídico tutelado (SOUZA, 2019).

Nesse sentido:

Consiste, então, a injúria em uma ação ou expressão que lesionam o sentimento da própria respeitabilidade de outra pessoa, menosprezando sua fama ou atentando contra seus aspectos fisiopsíquicos. Na injúria, há uma manifestação intencional de desprezo, menoscabo, ou desrespeito, para com o ofendido, por meio da realização de um comportamento negativo humilhante. Em geral, este último se traduz em xingamento ou na atribuição genérica de qualidades negativas ou de fatos vagos e indeterminados,

⁶ A injúria discriminatória também está contida na Lei de Crimes Raciais como injúria racial, conforme veremos mais à frente.

também desfavoráveis, a alguém, prescindindo-se de falsidade. (SOUZA, 2019, p. 200)

Por se tratar de tutela da honra subjetiva, o crime se consuma apenas quando chega ao conhecimento do sujeito passivo, podendo então ser praticado na presença ou não da vítima. Por esse motivo, via de regra não se reconhece sua tentativa, devendo se consumar a prática criminosa apenas a partir da ciência da vítima (SOUZA, 2019).

No que diz respeito ao tipo subjetivo, a injúria é integrada pelo dolo, podendo ser direto ou eventual, acrescida de elemento específico, o *animus injuriandi* - ou seja, a intenção de injuriar. A injúria proferida em tom humorístico (*animus jocandi*), não é suficiente para configuração do delito, mas pode ensejar o pleito por indenização na esfera cível (SOUZA, 2019).

Voltando nossa atenção mais especificamente aos aspectos atinentes à injúria preconceituosa, entende-se que existe um novo paradigma legislativo a partir da alteração do texto advinda da Lei 14.532 de 2023. Diante da proximidade da alteração, não encontramos materiais doutrinários suficientes a respeito do assunto.

A nova redação dividiu a injúria preconceituosa em dois textos núcleos: o previsto no art. 140, §3º, do Código Penal,⁷ que consiste na discriminação por elementos referentes à religião, condição de pessoa idosa ou deficiente; e aquele previsto no art. 2-A, da Lei 7.716/89,⁸ que diz respeito ao uso de elementos de raça, cor, etnia ou procedência nacional. Neste segundo, está inclusa a noção de *racismo social* que, a partir da decisão do STF passou a incluir as discriminações de homotransfobia. O texto anterior somava as duas tipificações em um único artigo, além de prever uma pena menor à injúria racial.⁹

⁷ Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. [...]

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência:
Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

⁸ 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.

⁹ § 3º - Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:
Pena - reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

Os efeitos desta mudança não puderam ser observados dentro da presente pesquisa, tendo em vista que somente um dos casos foi processado com base no art. 2-A da Lei 7.716/89.

Este foi um ponto chave na leitura dos Acórdãos, tendo em vista que outros dois casos tiveram a ocorrência dos fatos registrados após a data de promulgação da alteração legislativa. Deixamos, contudo, para analisá-los de maneira mais aprofundada no item 4.4.

4.3. Dados processuais

As apelações encontradas não abarcam a totalidade das câmaras existentes no Tribunal de Justiça de São Paulo. Foram analisados ao menos um processo de cada Câmara, com exceção da 4^a, da 5^a e da 16^a Câmaras de Direito Criminal, em que não foram encontradas nenhuma apelação sobre o tema.

Os processos referem-se a fatos ocorridos entre 23/03/2019 a 07/06/2023, e foram julgados entre 22/07/2022 a 26/08/2024. Somente as Apelações Criminais nº 1500502-68.2022.8.26.0073 e 1502424-66.2022.8.26.0196 não possuem indicativo a respeito da data dos fatos no Acórdão, porque o relatório da decisão baseou-se no mesmo das sentenças, as quais não obtivemos acesso.

4.4 Localidade

Em relação à localidade, destacamos as comarcas de origem de cada um dos casos, e analisamos o perfil dos municípios correspondentes onde ocorreram os crimes.

Os casos são de 18 municípios diferentes, sendo que apenas dois contam com mais de um processo: as cidades de São Paulo e São José dos Campos, com 5 e 2, respectivamente.

Relação entre quantidade de habitantes e número de casos por município



Fonte: autoria própria; Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Conforme podemos observar, a distribuição dos casos se faz de maneira extremamente desigual, quando comparamos o número populacional das localidades onde ocorreram os crimes.

Os casos do interior se concentram em um espaço que abriga um número significativamente menor de habitantes do que a capital. Na região da grande São Paulo, existem apenas dois casos julgados fora da capital, que ocorreram nos municípios de Guarulhos e Santo André.

Na região da grande São Paulo, estão 7 das Apelações Criminais - contando com uma em Guarulhos e uma em Santo André, enquanto os demais municípios correspondem aos demais 16 casos. Esse dado é significativo, pelo fato de que a soma do número de habitantes dos 16 municípios é próximo a um quarto do número de habitantes da região metropolitana. A título comparativo, as 16 cidades interioranas reúnem 3.686.206 habitantes, frente a 13.492.689 paulistanos¹⁰ - 25% desta população seria equivalente a 3.373.172.

Apesar da peculiaridade do contexto, não encontramos justificativas sólidas para este cenário.

Inicialmente, porque não existem dados exatos a respeito da composição populacional destas cidades no que diz respeito à orientação sexual e identidade de gênero. O primeiro e único levantamento feito sobre o assunto pelo IBGE em 2019,

¹⁰ Fonte: IBGE, 2023.

não traz dados estatísticos a respeito da distribuição geográfica a nível municipal e nem mesmo estadual - os dados o fazem tão somente pela divisão de macrorregiões brasileiras. Nesse sentido, é impossível que se comprove hipóteses - como aquelas muito difundidas no senso comum - de que a cidade de São Paulo representaria um espaço mais diverso em que os habitantes estão mais acostumados a conviver com diferenças, enquanto em cidades menores ou interioranas não há uma presença tão significativa de uma população LGBTI+.

A ausência de qualquer interesse público no registro destas informações representa o descaso do Estado para com este grupo. A reunião destes dados poderia ter um papel importante na construção de políticas públicas para combater a violência direcionada à sua discriminação, mas está extremamente atrasada. No ano de 2022, por exemplo, essa caracterização foi ignorada pelo censo do IBGE.

Nesse cenário, justificamos o uso de dados extraídos de relatórios produzidos por entidades da sociedade civil neste trabalho. A inexistência de números oficiais sobre o assunto, portanto, mais uma vez contribui para a limitação da produção científica sobre o assunto e o consequente desconhecimento da realidade. Cenário preocupante, quando levamos em conta que o Brasil é um dos países que mais mata pessoas LGBTI+ no mundo (BRASIL..., 2024).

Outra hipótese que não pôde ser comprovada, é a de que os maiores índices de violência no interior são promovidos pelo caráter mais conservador de sua população.

Assume-se que este tipo de violência é mais praticado por pessoas de perfil conservador, porque, conforme demonstrado por Castro e Lopes (2023), são mais resistentes à mudança, além de apresentarem maior aceitação de desigualdade e possuírem uma noção de superioridade social com base na afiliação de grupo - motivo pelo qual tendem mais a rejeitar pautas identitárias e defenderem a conquista de direitos por grupos minoritários.

Entretanto, o estudo relaciona tendências de identificação de espectros ideológicos quanto a variáveis de raça, gênero, classe social, nível de escolaridade e outros, sem que haja qualquer menção expressa a questões de localidade. Um entendimento mais aprofundado sobre estas variáveis necessitaria de um foco minucioso no tema, através do cruzamento destas informações, que não convém a este trabalho.

Ainda, é importante pontuar que a pesquisa ressalta a complexidade do espectro político-ideológico brasileiro e latino-americano, sendo impossível fazer associações tão diretas sobre o assunto.

Trazidos estes pontos, sublinhamos que o cenário relatado nesta seção pode ser, na verdade, completamente diferente. Isto porque, conforme mencionado, a ausência de dados oficiais sobre o tema não nos permite investigar hipóteses ou buscar justificativas sólidas para o assunto, num contexto em que o número de casos pode variar de forma significativa.

4.5. Aspectos da execução do crime

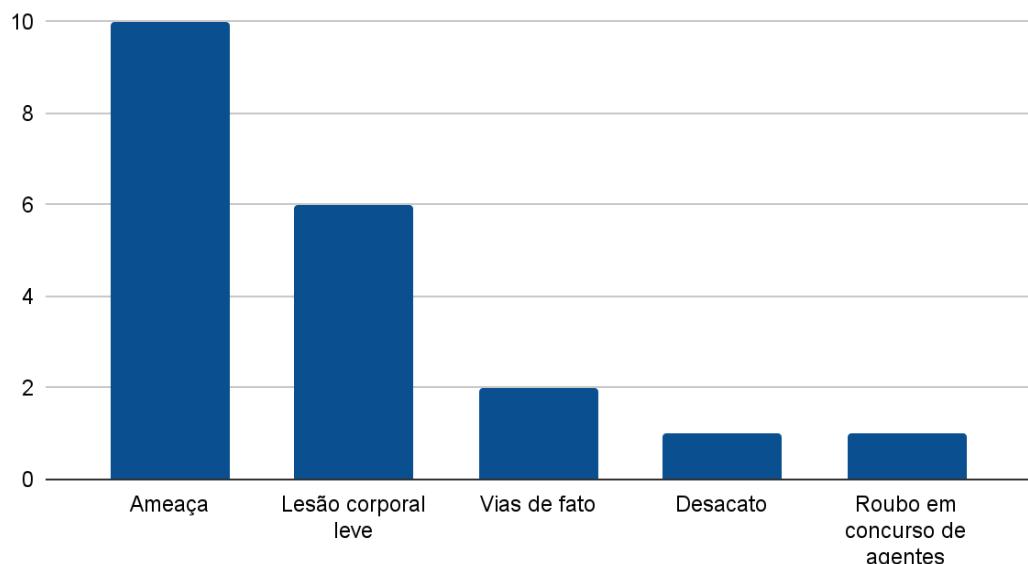
Analisemos agora dados a respeito da forma de execução dos crimes de injúria racial com motivação de homotransfobia.

Das 23 apelações estudadas, 7 delas não apresentaram concurso de crimes, contra 16 que apresentam. Destes, em 10 os réus foram acusados de apenas 2 crimes, enquanto em 6 incide o concurso de 3 crimes ou mais.

No que diz respeito ao concurso de agentes, encontramos apenas dois casos nessa situação, enquanto as vítimas contabilizadas somam 31. Dentre elas, apenas 25 foram alvo de injúria com motivação homotransfóbica, tendo as demais sido alvo de outros crimes.

Trouxemos abaixo um gráfico para melhor ilustrar este cenário. Seguindo o objetivo deste trabalho, sublinhamos que os crimes apresentados abaixo se referem unicamente àqueles também praticados contra as vítimas de injúria LGBTIfóbica.

Crimes cometidos em concurso com injúria preconceituosa



Fonte: autoria própria; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Nos casos, destacamos ainda que ocorreram duas ameaças, uma lesão corporal leve e um crime de extorsão praticados contra vítimas diversas - isto é, que não foram alvo de injúria LGBTIfóbica.

4.5.1. Ameaça e violência

A análise nos demonstra um *modus operandi* similar, que em grande parte dos casos ocorre em concurso com o crime de ameaça e/ou uso de violência - concretizado na lesão corporal leve ou vias de fato -, representando uma forma de expressão de ataques de ódio. Estima-se que a presença destes tipos penais pode se dar pela animosidade da situação, que propicia esta combinação.

Os índices reforçam pontos que já foram levantados anteriormente, a respeito da segurança de pessoas LGBTI+, que inclusive foram utilizados como argumentos para justificar a necessidade de tutela na esfera penal deste tipo de discriminação no julgamento da ADO 26, como meio de possibilitar a proteção e efetivação de seus direitos.

Também a ser levado em conta que, dentre os casos em que houve uso de violência física, nenhum deles ocorreu com o emprego de qualquer objeto que

pudesse provocar maiores danos à saúde ou à integridade corporal das vítimas. Assim, a concretização de lesões corporais ou vias de fato foram realizadas por violência estritamente corporal.

Notamos também que em 6 dos 9 casos com emprego de violência, as vias de fato ou lesão corporal leve foram precedidas de ameaça por parte dos agressores.

Apesar da presença forte destes três crimes, o baixo número de casos encontrados de homicídios motivados LGBTIfobia vai de encontro com os dados sobre mortes de pessoas LGBTI+ no Brasil, podendo representar tanto a existência de grande percentual de subnotificação, quanto estar associado à data do julgamento da ADO 26, não havendo tempo hábil para o julgamento destes casos que, via de regra, são mais demorados.

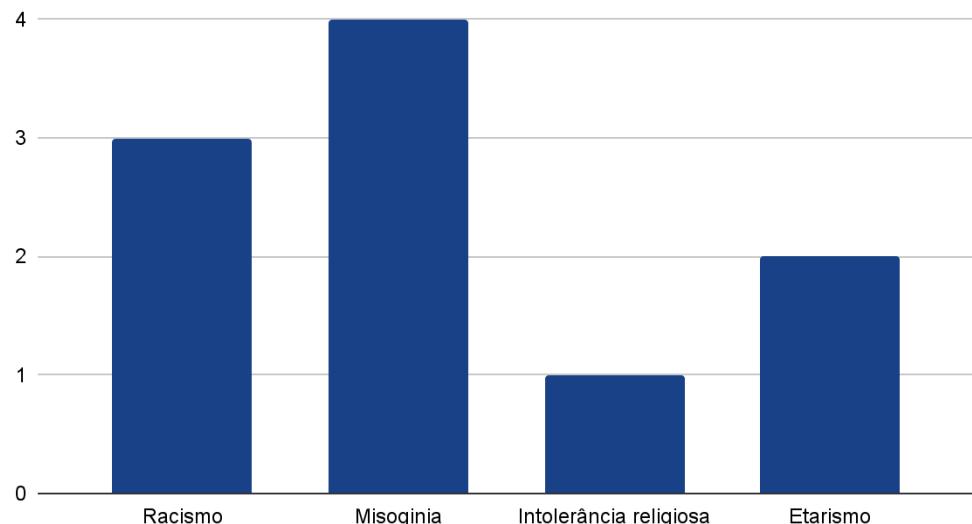
Esta última afirmação se baseia no relatório do Conselho Nacional de Justiça de 2022, que indicou que a justiça do estado de São Paulo demorava, em média, 13 anos para resolver casos de homicídio, enquanto os processos pendentes apresentavam uma média de mais de 8 anos de tramitação. Nestes termos, um estudo como o presente só será possível próximo a 2032, com o intuito de analisar os impactos da criminalização da homotransfobia nos casos de homicídio qualificado por motivação torpe no TJSP.

4.5.2. Presença de demais elementos discriminatórios

Notamos também que em 6 dos casos houve o uso de outros elementos discriminatórios com o objetivo de injuriar as vítimas - nesse caso, tanto as vítimas de injúria racial quanto dos demais crimes.

Os agressores utilizaram-se de discursos de ódio da seguinte forma:

Elementos discriminatórios presentes nos casos



Fonte: autoria própria; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Assinalamos que em dois dos casos os elementos discriminatórios - além da homotransfobia - foram utilizados de forma conjunta.

Um primeiro caso atestou o uso de elementos racistas e misóginos, contando com duas vítimas. O Acórdão reconheceu que a vítima do gênero feminino foi injuriada apenas com expressões misóginas, enquanto a vítima do gênero masculino foi injuriada com termos homofóbicos e racistas. A ofensora, no caso, era também uma mulher.

Um segundo caso contou com o uso de expressões racistas, misóginas, etaristas e de intolerância religiosa por um agressor do gênero masculino. Este foi o único caso que contou com o emprego de arma de fogo, com o seu uso atrelado ao crime de ameaça. Destaca-se, ainda, que na ocasião o réu praticou os crimes contra 4 mulheres, tendo ameaçado todas com emprego de arma de fogo e proferido as injúrias com motivações preconceituosas diferentes a cada uma delas - incluindo homofobia, machismo e intolerância religiosa.

Retomando um olhar mais macro, destacamos que em 3 dos 7 casos existia um elemento grupal envolvido, seja pela presença de mais de um(a) agressor(a) ou de duas ou mais vítimas.

Além disso, como já esperado por motivos óbvios, destaca-se que em apenas um dos casos em que há a presença de xingamentos de cunho misógino, eles foram

reproduzidos unicamente por uma pessoa do gênero feminino. Em uma das ações, os fatos narram ainda que as injúrias partiram conjuntamente de um casal - composto por um homem e uma mulher -, tendo o réu também sugerido a realização de um estupro corretivo contra uma mulher que mantinha relações homoafetivas.¹¹

A respeito dos elementos racistas, como já expressado na metodologia, impossível a obtenção da identificação étnico-racial das vítimas e dos ofensores.

4.5.3. Ambientes

O terceiro aspecto a ser analisado sobre a execução do crime, diz respeito à natureza dos ambientes em que ocorreram as agressões. Neste ponto, escolhemos realizar uma classificação própria, de acordo com aspectos a serem estudados.

A primeira diferenciação que fizemos foi em relação à interação, localização, e existência espacial, referindo-se a espaços físicos ou virtuais.

Sendo assim, foram considerados físicos os ambientes em que houvesse vínculo com localização geográfica; a possibilidade de interação sem ferramentas intermediárias; limitação física de sua existência; e materialidade.

Os espaços virtuais, por sua vez, são aqueles acessados por meio de ferramentas eletrônicas, que intermedeiam a interação; não possuem uma limitação física, mas somente de conexão tecnológica; impossibilitados de serem encontrados por localização geoespacial; e imaterialidade.

A segunda distinção feita foi em relação à publicidade ou privacidade dos espaços.

Nesta diferenciação, não foi levado em conta questões como a acessibilidade universal, função social ou mesmo a natureza pública ou privada da propriedade. Aqui, a distinção se deu sobretudo entre elementos de coletividade e intimidade, com o objetivo de entender se as violências ocorrem em ambientes privativos entre agressor e vítima - similarmente como ocorre em ambientes domésticos nos casos de violência contra a mulher e situações de injúrias em conversas particulares -, ou se estes atos são praticados em ambientes que podem ser acessados por uma

¹¹ Segundo o relatório Violências contra mulheres lésbicas: perfil dos registros de atendimento no Sistema de Informação de Agravos de Notificação - Sinan (2015 a 2022), o estupro é a violência sexual mais comum praticada contra mulheres lésbicas (FIRMINO; MATIAS, 2024).

coletividade maior - a exemplo de postagens virtuais em que pessoas além da vítima e do ofensor têm acesso, estabelecimentos comerciais, praças públicas, etc.

Nesse sentido, a intenção é de observar se pessoas além das vítimas e dos agressores possuem acesso às situações - com exceção de familiares e pessoas próximas em ambientes domésticos -, para entender a possibilidade ainda maior de subnotificação destes crimes, além de nos dar indicativos a respeito da sua reprovação social.

Feitas as considerações necessárias, observemos então a imagem abaixo que melhor apresenta os dados:

Natureza dos locais em que ocorreram os crimes de injúria preconceituosa

	Presencial	Virtual
Público	17	2
Doméstico	3	1

Fonte: autoria própria; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A alta incidência das acusações em espaços coletivos, nos indica a possibilidade de agressores se sentirem menos intimidados a praticar estas violências em público, indicando uma possível baixa reprovação social contra estes atos.

O contexto pode se dar por razão da subnotificação - que teve seus possíveis motivos já tratados ao longo deste trabalho - ou mesmo pela forma em que se deu a criminalização dessas condutas.

A título comparativo, tomemos o exemplo de outras situações similares.

A Lei Maria da Penha, aprovada em 2006, foi uma legislação construída por mais de 20 anos pela ativista que inspirou o seu nome. Maria da Penha foi vítima de uma tentativa de feminicídio por seu companheiro e durante anos levantou a pauta de violência contra a mulher. O caso, inclusive, ganhou repercussão internacional e, consequentemente, uma significativa visibilidade para a pauta (QUEM é Maria da Penha, 2019).

O texto, portanto, foi construído num momento importante de debate público sobre o assunto, de modo que o ocorrido escancarou as portas de uma realidade

muito comum em nosso país - vide os mais de 380 mil casos de violência contra mulher registrados somente entre janeiro e maio de 2024 (SALDANHA, 2024).

Além disso, a organização coletiva do movimento feminista brasileiro acontece ainda do início do séc. XX, com conquistas importantes como o voto feminino em 1932 (CARVALHO, 2016), que demonstra a existência de uma pauta em favor dos direitos das mulheres já há quase 100 anos.

Na mesma direção, está a Lei de Crimes Raciais, que abarca pautas e direitos reivindicados pelo movimento negro há muito em nossa história. As narrativas de resistência da população negra em nosso país datam do período colonial, havendo já uma organização social em torno da questão do abolicionismo, que foi concretizado no ano de 1888 (CARVALHO, 2016).

O debate sobre racismo, portanto, insere-se há mais de século na luta por direitos, tendo resultado inclusive na participação de parlamentares do movimento negro durante a constituinte, a exemplo do próprio Carlos Alberto Caó Oliveira, que propôs o inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal, além de contribuir ativamente para a Lei 7.716/89, que leva o apelido de Lei Caó (RONCOLATO, 2018).

Nesse sentido, apesar de não representarem problemas já solucionados, estes dois casos demonstram o longo caminho a ser percorrido por minorias na conquista de seus direitos e a importância da construção de debate público a respeito da criminalização destas formas de discriminação.

Tratamos deste ponto, porque ambas situações apresentam uma posição mais assegurada de combate institucionalizado, que pode ser comprovada pela simples existência de dados oficiais a seu respeito, além de instrumentos combativos por aparelhos do Estado, como a própria delegacia da mulher e a delegacia de crimes raciais.

E o movimento LGBTI+, diferentemente, tem uma organização coletiva mais tardia, com a presença de movimentos em um período mais recente na luta coletiva por seus direitos (GREEN; QUINALHA, 2018).

Além disso, a falta de um debate legislativo que inclua a sociedade civil, no que tange à criminalização da homotransfobia, pode também significar uma ausência de conhecimento por parte da população a respeito da incriminação desta conduta, diante de sua menor visibilidade. Da mesma forma, a incipienteza deste debate reflete, em certa medida, prioridades da população, que possivelmente não demonstra um alto índice de reprovação LGBTIfobia - tendo em vista que o debate

não é visto como central por representantes eleitos. Não à toa, apenas em 2018 elegemos as primeiras mulheres trans na história do país para o Legislativo (MACHADO, 2018).

Evidentemente que, conforme já expressado, não estamos defendendo o uso trivial do Direito Penal como meio adequado de atingir este fim - qual seja, extinguir qualquer tipo de discriminação de nossa sociedade -, mas tão somente tecemos algumas considerações a respeito do cenário pintado em cada um dos casos.

Superado este ponto, questiona-se também se o baixo número de casos em ambientes privados, tanto público quanto virtual, não representa mais uma evidência de subnotificação. Isto porque a renegação familiar e o abandono são corriqueiros quando tratamos da realidade de pessoas LGBTI+, sobretudo no que diz respeito a pessoas trans e travestis (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2021).

Na mesma linha, indagamos se o baixo número de casos em que as injúrias se deram por meio de ambientes virtuais não pode, também, representar um alto percentual subnotificado, ou mesmo de uma baixa procura do Poder Público a respeito destes casos. Os próprios dados apresentados pela ONG Safernet (2022) indicam um crescimento constante de denúncias de crimes de ódio contra minorias LGBTI+, numa série histórica de 2018 a 2022.

4.5.4. Vítimas e agressores

Para o estudo das características das vítimas, escolhemos focar unicamente naquelas que foram vítimas de injúria LGBTIfóbica.

Tendo isso em vista, iniciamos indicando que apenas 6 das vítimas estavam desacompanhadas ou em local público na ausência de demais pessoas.¹² Concluímos portanto que, via de regra, a prática não se dá de uma maneira predatória, em que os agressores tentariam encurralar suas vítimas nos momentos de vulnerabilidade. Este dado reforça a ideia de baixa reprovação social quanto à LGBTIfobia, tendo em vista que não há receio em realizar o crime em espaços públicos na presença de testemunhas.

Uma informação que nos surpreendeu também a respeito deste dado, foi de que apenas em três dos casos as vítimas estavam acompanhadas de suas parceiras

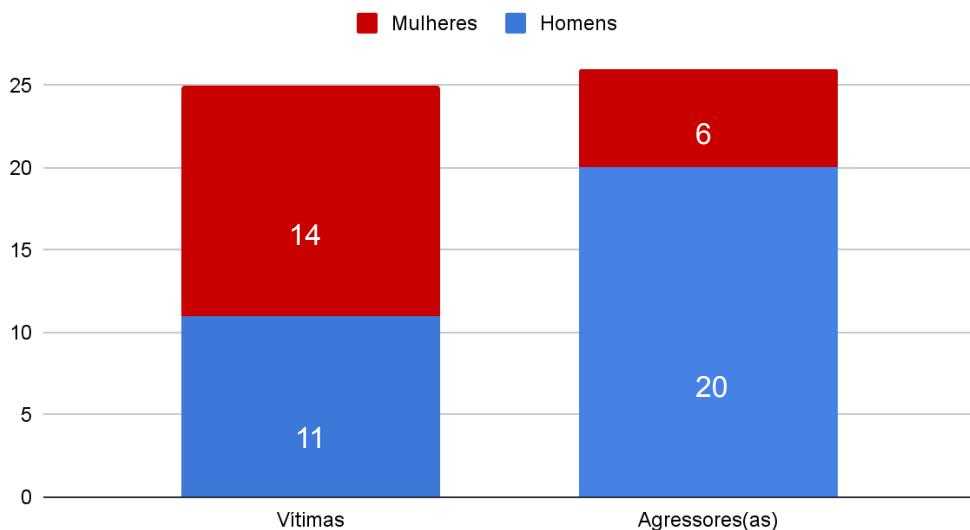
¹² Tendo em mente que, conforme o item 4.5.3, 20 casos ocorreram em ambientes presenciais.

ou seus parceiros, ocasiões em que poderia haver demonstração pública de afeto. No entanto, só em um destes casos a injúria se referiu especificamente a este tipo de demonstração amorosa e ocorreu por meio de postagem em rede social. Nas outras duas ocasiões, apesar de junto de parceiros, os relatos indicam que as agressões não foram motivadas por isso. Nestes dois casos, ainda, ambas as vítimas estavam em um relacionamento LGBTI+, mas heteroafetivo - isso significa que pelo menos um dos parceiros eram pessoas trans.

Quanto à caracterização de gênero e sexualidade, reforçamos o disposto no item de metodologia, de que não é possível identificar com exatidão cada um destes quesitos, devido à inexistência de dados, sendo as informações seguintes baseadas nos parâmetros descritos na metodologia.

Quanto ao gênero das vítimas e dos agressores, encontramos o seguinte quadro:

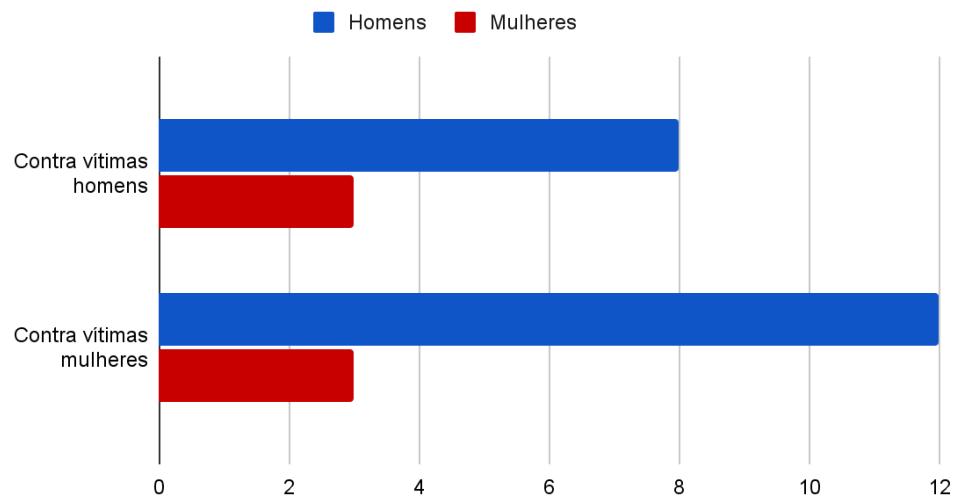
Relação de vítimas e agressores(as) por gênero



Fonte: autoria própria; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Nota-se, portanto, que o crime foi praticado majoritariamente por pessoas supostamente do gênero masculino. Além disso, analisamos os relatos, que nos permitiram concluir o seguinte:

Distribuição de gênero dos agressores nos casos de injúria preconceituosa



Fonte: autoria própria; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

De primeiro, salientamos que a inconsistência numérica se dá porque uma das vítimas foi agredida por um casal heterossexual, composto por um homem e uma mulher.

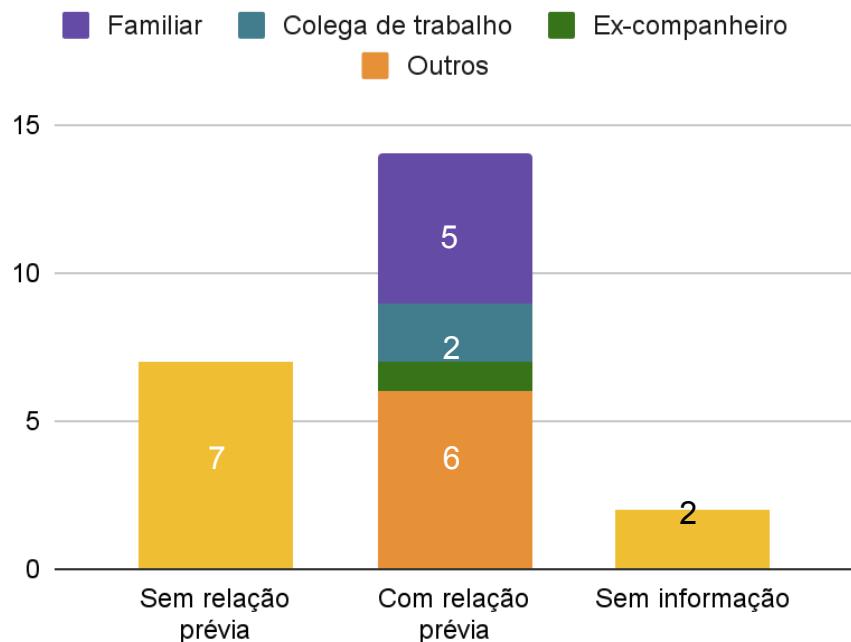
Nos detendo ao quadro, portanto, nota-se que este crime foi praticado também com um significativo aspecto de violência de gênero, tendo em vista que a maior parte das vítimas são mulheres, agredidas por pessoas do gênero masculino.

No que tange à identidade sexual das partes em questão, em apenas um único caso houve menção de uma vítima que se identificaria como travesti, a qual foi inclusive agredida por um homem.

Um último ponto a ser mencionado diz respeito à relação existente entre vítimas e agressores.

As informações quantitativas seguem na figura abaixo:

Existência de relação anterior entre vítimas e agressores



Fonte: autoria própria; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

O gráfico demonstra um contexto variado, com predominância de casos em que já havia uma relação anterior entre ofendido e agressor. Nesse sentido, observa-se uma tendência maior da prática do crime em desfavor de pessoas que integram um ciclo social próximo aos agressores, conforme as distinções apresentadas.

Nos surpreende também a ausência de qualquer injúria contra pessoas públicas, sobretudo diante de um aumento da prática deste crime em contextos virtuais, o que não se reflete nos números trazidos por esta pesquisa até agora.

4.4. Elementos jurisprudenciais

Passemos agora ao estudo dos demais pontos das Decisões.

Aqui, iremos analisar a assertividade na tipificação, a taxa de reforma de decisões, os argumentos apresentados pela defesa e acusação buscando a reforma da sentença, os fundamentos dos Acórdãos, as penas e demais aspectos.

O primeiro ponto a ser resgatado é o da tipificação dos crimes. Conforme já apontado brevemente, notamos que nas Apelações Criminais 1500432-34.2023.8.26.0326 e 1500390-47.2022.8.26.0252 a tipificação nos parece equivocada. Isto porque, a injúria com o uso de elementos de orientação sexual e/ou identidade de gênero foi equiparada ao crime de racismo, devendo seguir o mandamento normativo previsto no art. 2-A da Lei 7.716/89 em vez do art. 140, §3º, do Código Penal. Conforme tratado, a alteração legislativa se deu em 11 de janeiro de 2023, enquanto os processos em questão recorrem a fatos ocorridos nos dias 25/03/2023 e 07/06/2023, respectivamente.

Este fator influenciaria, ainda, na estipulação das penas nos casos, tendo em vista que a nova previsão contém reprimendas maiores. Esta modificação, entretanto, modificaria o cenário de apenas um dos réus, tendo em vista que o réu processado na Apelação Criminal 1500390-47.2022.8.26.0252 teve sua punibilidade extinta por perdão judicial.

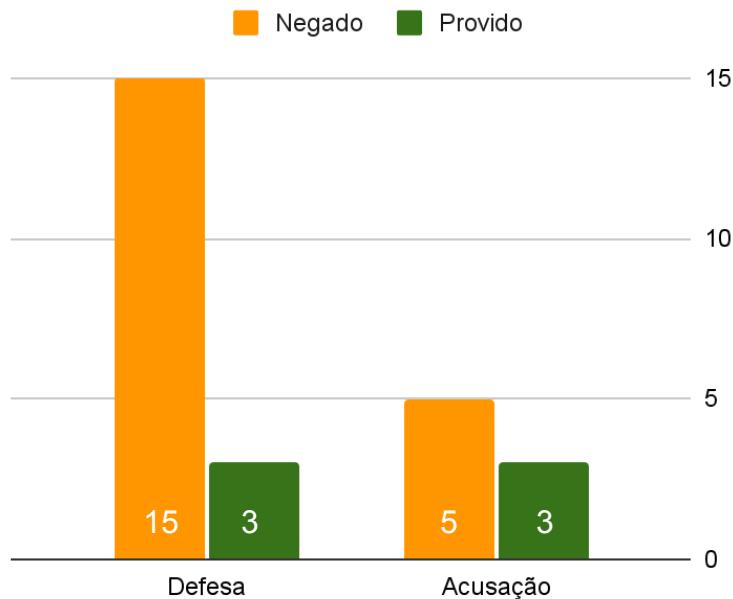
Outros casos que nos chamaram atenção foram os 5 processos em que houve a condenação de crimes ocorridos entre 23/03/2019 e 29/09/2020. Conforme discutido no capítulo a respeito da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, entendemos ser equivocado o enquadramento desses atos ao crime de injúria racial previsto no art. 140, §3º, do Código Penal - em sua redação antiga. Isto porque a situação, excepcional, em que foi incluída uma nova forma discriminatória dentro do núcleo penal, deveria produzir efeitos apenas a partir da publicação do Acórdão, que se deu em 06/10/2020.

Nesse sentido, entendemos que estas condenações foram também inconstitucionais, violando o Princípio da Anterioridade da Lei Penal.

Seguindo a partir de demais dados quantitativos, em 20 dos casos houve condenação por injúria preconceituosa, enquanto somente 5 resultaram em absolvição. 18 casos ensejaram apelação das Defesas e 8 do Ministério Público - sendo que ambos apelaram em 3 processos.

A relação entre o provimento ou denegação das decisões ficou da seguinte maneira:

Relação do provimento e desprovimento de apelações



Fonte: autoria própria; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Os argumentos utilizados pelos recursos defensivos foram, em geral, muito similares. A quase totalidade das Apelações interpostas dizia a respeito de questões de fato, buscando a absolvição dos réus por conta de insuficiência probatória ou por ausência de materialidade.

A alegação de falta de provas voltou-se especificamente à fragilidade da prova testemunhal, ou por suas eventuais contradições. Segundo os Magistrados, contudo, os casos apresentaram testemunhos consistentes em sua maioria, que também nos pareceram suficientes para ensejar as condenações.

Houve apenas um único caso em que a Defesa alegou a atipicidade da conduta prevista no § 3º do art. 140 do Código Penal (na redação anterior à alteração legislativa de 2023), tendo em vista a taxatividade da norma. Ou seja, inexistindo criminalização expressa de injúria preconceituosa por motivação homofóbica, seria necessária a desclassificação do crime para o art. 140, *caput*, do Código Penal.

O Tribunal, contudo, afastou as alegações com base na decisão do Supremo.

As fundamentações decisórias do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, também se mantiveram principalmente nos elementos probatórios coligidos aos

autos. Nas justificativas, observamos o grande valor que a palavra da vítima tomou nestes casos, principalmente por se tratar de um crime que ocorre de maneira pontual, sem necessariamente deixar evidências concretas que não sejam as próprias narrativas testemunhais - com exceção das práticas ocorridas de forma virtual.

As decisões mantiveram as sentenças se embasaram no conjunto probatório, seja no sentido de confirmar a materialidade e autoria do crime, ou na impossibilidade de condenação por insuficiência.

Destacamos um único caso, em que foi mantida a absolvição por observância do *animus jocandi*, não tendo o réu conhecimento da sexualidade da vítima. Neste ponto, observa-se inconsistência jurisprudencial na justificativa, vez que outro Acórdão manteve a decisão condenatória apesar do desconhecimento da sexualidade da vítima por parte do réu.

Já nos casos ocorridos em ambientes virtuais, os argumentos defensivos não tiveram grandes efeitos para o desfecho do processo, tendo em vista que: em um deles foi mantido o perdão judicial já concedido em primeiro grau; em outro, a decisão foi a respeito da anterioridade da Lei Penal, tendo em vista a publicação da decisão do Mandado de Injunção em 11 de setembro de 2023; e o terceiro buscou a conversão do julgamento em diligência, mas teve o pedido negado pelos desembargadores, que mantiveram a condenação. Nesse sentido, a influência da presença de prova documental não pôde ser observada com maior detalhamento.

Outro ponto a ser comentado, é o fato de que 11 das 23 decisões citam a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, enquanto as outras 12 não. Apesar disso, notamos que em nenhuma delas há uma discordância ou não aplicação do entendimento do STF pelos Tribunais de segundo grau.

Consideramos, contudo, importante a menção da decisão vinculante pelos Magistrados, tendo em vista que se trata da criminalização não prevista em lei. Nesse sentido, a justificativa com base no entendimento do STF nos parece demonstrar uma maior legitimidade para ensejar condenações e o enquadramento típico.

A taxa de reforma de decisões foi de menos de um terço, apenas 6 das 23 decisões, sendo 3 benéficas para o réu e 3 agravando o resultado da decisão.

Dentre os primeiros 3, em dois casos observamos a redução das penas, que diminuíram em 2 meses em um, e 15 dias em outro. O terceiro, refere-se a uma

absolvição pelo colegiado, tendo em vista que a prática do suposto crime se deu em 04/08/2020 e:

[...] a inclusão da injúria qualificada por orientação sexual somente passou a ser assim considerada por acórdão majoritário publicado no DJE de 11 de setembro de 2023, referente ao Mandado de Injunção nº 4733, de Relatoria do E. Min. Edson Fachin. (Tribunal de Justiça, SP, Apelação Criminal nº 1500943-44.2022.8.26.0010, 15ª Câmara, Relator: Ricardo Sales Junior, Julgado em 06.08.2024, p. 13-14).

A decisão nos pareceu acertada, mas fundamentada de forma equivocada. A decisão da ADO determinou a produção de efeitos penais a partir da conclusão do julgamento que, segundo nosso entendimento, se deu com a publicação do Acórdão em 6 de outubro de 2020, data anterior àquela citada pelo Magistrado em sua argumentação. De qualquer forma, o desfecho perseguido foi correto, em nossa opinião, resultando na absolvição do réu.

Já nos 3 casos em que houve decisão desfavorável aos réus, dois foram casos de réus absolvidos em primeira instância e condenados pelo Tribunal. As motivações de ambos foram a respeito da autoria e da materialidade do crime, tendo um deles sido absolvido por dissonância na prova testemunhal, a qual foi considerada pouco significativa pelos Desembargadores; enquanto o segundo foi absolvido por alegar não saber, de fato, a sexualidade da vítima. Os magistrados consideraram este ponto também irrelevante na justificativa absolutória.

No terceiro caso, o Acórdão acatou o pleito do Ministério Público para a determinação de regime fechado no cumprimento de pena corporal, que havia sido estipulado como semiaberto pelo Juiz de 1º grau. A gravidade da pena foi motivada porque, na mesma oportunidade em que o réu injuriou a vítima, também praticou o crime de extorsão contra terceiro.

Quanto às penas, nota-se que o *quantum* aplicado para o crime de injúria se manteve, na grande maioria dos casos, próximo à pena base. Conforme mencionado, 22 dos 23 casos foram processados nos termos da redação antiga do art. 140, §3º, do Código Penal, o qual previa uma pena base de 1 ano de reclusão, enquanto um único caso foi processado nos atuais termos do art. 2-A da Lei 7.716/89, que estipula a pena base em 2 anos de reclusão.

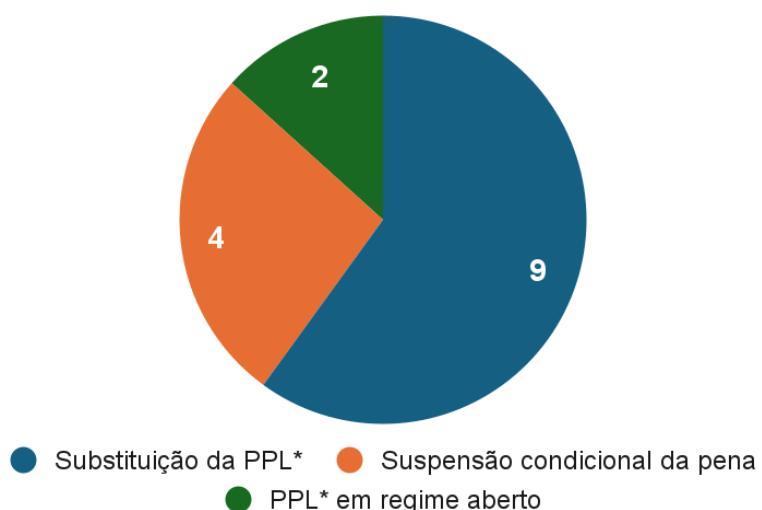
Dentre as causas que ensejaram o aumento das penas, estão: (i) maus antecedentes; (ii) reincidência; (iii) crime praticado em concurso de agentes; e (iv) as majorantes das alíneas “e” e “f” do art. 61, inciso II do Código Penal, que dizem

respeito à prática do crime contra descendentes ou com violência contra a mulher, nos termos da Lei Maria da Penha, respectivamente.

Além disso, somente em 3 casos houve a estipulação de regime semiaberto ou fechado para início de cumprimento de pena corporal. Nestes casos, foram eles condenados às penas de: 6 anos e 3 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática de injúria preconceituosa e extorsão; 9 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática de injúria preconceituosa e roubo em concurso de agentes; e 1 ano e 4 meses de reclusão, fixada em regime inicial semiaberto diante da reincidência.

Dentre as demais condenações, assim ficaram as penas:

Regime de cumprimento de penas



Fonte: autoria própria; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

*PPL: Pena privativa de liberdade

Nos casos de fixação do regime aberto para cumprimento de pena, a justificativa dos magistrados foi de impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, tendo em vista que os crimes foram cometidos mediante violência.

Em relação à substituição da privativa de liberdade, quatro foram substituídas por prestação de serviços à comunidade, duas pela prestação pecuniária e duas por ambas. Ainda, em dois casos os réus foram determinados ao pagamento de indenização por danos morais às vítimas, além das restritivas de direitos.

Salienta-se que a indenização por danos morais também pode ser pleiteada pelas vítimas na esfera cível, conforme art. 953 do Código Civil.¹³ Por isso, a sua inocorrência nos casos em questão, diz respeito apenas à esfera penal.

4.4.1. Análise comparativa

Com o objetivo de trazer uma breve análise comparativa, nos baseamos em um estudo jurisprudencial de crimes de injúria racial e racismo, similarmente ao que nos propusemos neste trabalho (MACHADO, et al., 2016).

Um primeiro ponto que se observa, é a similaridade da disputa trazida entre acusação e defesa. Em ambas pesquisas, a maioria se pauta apenas nos meios de prova atinentes aos autos, sendo a prova testemunhal a mais encontrada. Nesse sentido, os Magistrados enfrentam questões a respeito da insuficiência probatória, ou da fragilidade e inconsistência da prova testemunhal.

Outra semelhança, foi que em ambos os casos, grande parte das situações narradas remontam ao uso de xingamentos que se limitam apenas à menção de identificação da vítima a respeito da sexualidade ou identidade de gênero, assim como as injúrias racistas limitavam-se à menção da própria raça ou cor, fator que pressupõe que esta evocação isolada já carregaria um conteúdo negativo (MACHADO, et al., 2016).

Com exceção de um dos casos de LGBTIfobia, a quase totalidade dos Tribunais reconheceram a tipificação de injúria preconceituosa, enquanto o estudo da injúria racial demonstrou que diversos foram os casos em que foi reconhecida apenas a injúria simples, não obstante o teor nitidamente racista dos xingamentos proferidos.

No caso das injúrias raciais, isso se deu por necessidade de comprovação de elemento intencional específico, além do reconhecimento do *animus jocandi*. Estes argumentos não estiveram presentes de forma significativa em nossa pesquisa. A única inconsistência jurisprudencial que observamos a esse respeito, conforme já mencionado, foi que o desconhecimento da sexualidade da vítima foi motivo para

¹³ Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

absolvição em um caso, enquanto não se mostrou suficiente para afastar a condenação em outro.

Além disso, motivos para absolvição nos casos de injúria racista, como o “calor da discussão” e o intuito de ofender a vítima de forma individualizada, sem intenção discriminatória, não foram observados em nossa pesquisa (MACHADO *et al.*, 2016).

Nota-se, portanto, que no nosso objeto de estudo parece haver um amadurecimento em relação ao posicionamento tomado pela Jurisprudência, no sentido de melhor entender a expressão de atos discriminatórios e diminuindo a abertura de discricionariedades que podem levar ao benefício da dúvida quanto aos elementos verbais.

Não se pode afirmar, contudo, que este cenário aplica-se a todos os atos discriminatórios, já que foi observado de maneira pontual. A conclusão, ainda, pode se mostrar equivocada quando levada para as demais Unidades da Federação ou tratada de maneira mais abrangente. Isso porque o nosso estudo, diante da baixa quantidade de dados, ainda é incipiente.

5. CONCLUSÃO

Feitas as devidas considerações ao longo deste estudo, entendemos que a decisão expressa na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 de 2019 causou inseguranças jurídicas desproporcionais e abriu perigosos precedentes a respeito das garantias penais.

A alegação de subsunção da homotransfobia aos crimes da Lei 7.716/89 não nos pareceu suficiente para justificar a inexistência de violação do Princípio da Legalidade, uma das maiores garantias conquistadas dentro dessa seara.

Na nossa visão, a opinião majoritária do Supremo Tribunal Federal, em que pese a necessidade de combate à LGBTI+fobia em nosso país, operou um claro movimento de expansão penal, que contribui para um processo alimentado pelo Giro Punitivo do século XXI de forma irresponsável e desnecessária, tendo em vista que seu uso como instrumento de repressão social já se mostrou falho.

O uso do aparato do Estado nesse sentido tem, na realidade, contribuído para o aumento de desigualdades sociais e na criminalização de determinados grupos de forma também estrutural, que em muitos casos busca ser mascarado por processos burocráticos e formais.

Um exemplo disso é o próprio uso das expressões homofobia e transfobia de forma única no julgamento, que apaga outras formas de discriminação sofridas pela comunidade LGBTI+, inclusive de maneira institucional, a exemplo do apagamento do preconceito sofrido por pessoas intersexo e bissexuais; e no viés punitivo com que a problemática está sendo tratada, sem que haja movimentações importantes em demais áreas como a educação - que, de fato, atua de forma preventiva.

Ademais, importante ressaltar que a tese de *racismo social* embasa-se por premissas falsas, no sentido de excluir toda e qualquer característica biológica ou fenotípica da prática de racismo, apagando a narrativa opressiva que justificou a escravização de populações nativas e africanas, as quais ainda sofrem as mazelas deste processo.

No que se refere à jurisprudência, a decisão foi aplicada de maneira conforme pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, havendo poucas divergências que pudessem provocar inseguranças jurídicas. Além disso, entendemos que houve uma pacífica aceitação acerca do tema, tendo em vista a quase inexistência de debates a

respeito da legitimidade desta criminalização, em face das fortes discussões que abarcavam apenas em elementos probatórios.

Um ponto a ser observado é a inexistência de doutrina e jurisprudência sólida a respeito da anterioridade do novo tipo. Apesar de expresso no voto do Relator, não é possível entender de forma clara a partir de que momento os atos descritos deveriam ser considerados como prática criminosa. A referência “ao final do julgamento” ainda traz incertezas de sua finalização com publicação de ata, publicação de decisão no Diário de Justiça ou mesmo da finalização do julgamento de demais recursos. Como vimos, esse foi um ponto de atenção, que inclusive pode ter impactado em condenações injustas.

Além disso, o baixo número de agressões e violências contra a população LGBTI+ judicializados na via penal reforça o cenário de subnotificações em relação a estes atos discriminatórios, impossibilitando um diagnóstico acertado.

Quanto aos processos analisados, entendemos que eles não demonstraram uma grande necessidade de criminalização da conduta, tanto é que a média das penas aproximou-se entre 1 e 1 e 6 meses de reclusão, em sua maioria substituídas por penas restritivas de direitos.

Os crimes em grande parte também representam uma violência de gênero, porque um número expressivo foi praticado por homens contra mulheres, além da presença de demais elementos discriminatórios que apontam para um cenário de intolerância múltipla.

No entanto, entendemos que a punição através da via penal se mostra desnecessária quando tratamos de um crime como o de injúria preconceituosa, podendo esta situação ser resolvida através de outra via litigiosa mais adequada, ainda mais quando consideramos o descabimento da pena atualmente aplicada para este tipo, que ultrapassa aquela aplicada ao homicídio culposo, por exemplo.

Sob essa ótica, reforçamos a opinião do Ministro Marco Aurélio, que se detém à interpretação literal do texto constitucional, em seu art. 5º, inciso XLI, de que não há obrigação de punição de práticas discriminatórias a partir de incriminação pelo Poder Legislativo.

A decisão da Suprema Corte muito se embasa numa tentativa de alterar paradigmas sociais, mas, como observamos, sem êxito para resultar nesta prevenção. Claro exemplo disso, foi o formato da prática das injúrias preconceituosas, que buscavam reforçar um estereótipo negativo e ofender a honra

das vítimas ao simplesmente identificá-las com uma expressão de sexualidade de maneira pejorativa, além de terem sido em sua maioria praticados em ambientes públicos contra pessoas desconhecidas.

A via mais adequada para a solução de problemáticas estruturais, portanto, nos parece ser a promoção de mudanças através da educação e ações afirmativas que efetivamente possam integrar grupos marginalizados à sociedade. A conquista por direitos e espaço no debate coletivo sobre essa pauta deve se dar não por uma via punitiva, mas através de um movimento propositivo que, de fato, possibilite uma transformação do imaginário social.

Referências bibliográficas

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

ANTRA. *Mortes e violências contra LGBTI+ no Brasil: Dossiê 2021*. Florianópolis, SC: Acontece Arte e Política LGBTI+, ANTRA, ABGLT, 2022. Disponível em: <https://observatoriomortesviolenciaslgbtibrasil.org/wp-content/uploads/2022/05/Dossie-de-Mortes-e-Violencias-Contra-LGBTI-no-Brasil-2021-ACONTECE-ANTRA-ABGLT-1.pdf>. Acesso em 13 nov. 2024.

ANTRA. *Mortes e violências contra LGBTI+ no Brasil: Dossiê 2022*. Florianópolis: Acontece, ANTRA, ABGLT, 2023. Disponível em: <https://observatoriomortesviolenciaslgbtibrasil.org/wp-content/uploads/2023/05/Dossie-de-Mortes-e-Violencias-Contra-LGBTI-no-Brasil-2022-ACONTECE-ANTRA-ABGLT.pdf>. Acesso em 13 nov. 2024.

ANTRA. *Mortes e violências contra LGBTI+ no Brasil: Dossiê 2023*. Florianópolis, SC: Acontece Arte e Política LGBTI+, ANTRA, ABGLT, 2024. Disponível em: <https://observatoriomortesviolenciaslgbtibrasil.org/wp-content/uploads/2024/05/Dossie-de-Mortes-e-Violencias-Contra-LGBTI-no-Brasil-2023-ACONTECE-ANTRA-ABGLT.pdf>. Acesso em 13 nov. 2024

CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira (coord.). *Atlas da violência 2023*. Brasília: Ipea; FBSP, 2023. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/14031/12/AtlasViolencia2024.pdf>. Acesso em 7 nov. 2024.

CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira (coord.). *Atlas da violência 2023*. Brasília: Ipea; FBSP, 2023. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/9350-223443riatlasdaviolencia2023-final.pdf>. Acesso em 7 nov. 2024.

BARATTA, Alessandro. Defesa dos direitos humanos e política criminal. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, p. 57-69, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BENEVIDES, Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim. *Dossiê: assassinatos e violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2020*. São Paulo: Expressão

Popular, 2021. Disponível em: <https://antrabrasil.org/wp-content/uploads/2021/01/dossie-trans-2021-29jan2021.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2024.

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

BRASIL. Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 16 nov. 2024.

BRASIL. *Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023*. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime Racial), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar como crime de racismo a injúria racial, prever pena de suspensão de direito em caso de racismo praticado no contexto de atividade esportiva ou artística e prever pena para o racismo religioso e recreativo e para o praticado por funcionário público. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14532.htm#art2. Acesso em: 16 nov. 2024.

BRASIL. *Lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989*. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm#:~:text=L7716&text=LEI%20N%C2%BA%207.716%2C%20DE%205%20DE%20JANEIRO%20DE%201989.&text=Define%20os%20crimes%20resultantes%20de%20preconceito%20de%20ra%C3%A7a%20ou%20de%20cor. Acesso em: 16 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF. Relator: Ministro Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2024.

Brasil lidera ranking de mortes de pessoas trans. *Uol*, [S. I.], 27 jan. 2023. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/deutschewelle/2023/01/27/brasil-lidera-ranking-de-mortes-de-pessoas-trans.htm>. Acesso em 15. nov. 2024.

BRASIL registra 257 mortes violentas de pessoas LGBTQIA+ em 2023, uma a mais que 2022, e segue como país mais homotransfóbico do mundo. *G1*, [S. I.], 20 jan. 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2024/01/20/mortes-violentas-de-pessoas-lgbtqi-a-na-ba-2023.ghtml>. Acesso em: 10 nov. 2024.

CASTRO, Miguel Angel Rivera; LOPES, Thiago Henrique Carneiro Rios. Perfil dos conservadores e dos progressistas brasileiros: uma abordagem baseada na teoria dos valores humanos. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 31, p. 1-25, 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/C4xPMhXQv3gmT3vhRnmT5jf/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 nov. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Discriminação e violência contra a população LGBTQIA+*: relatório da pesquisa. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/08/relatorio-pesquisa-discriminacao-e-violencia-contra-lgtqia.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2024.

FIRMINO, Camila Rocha; MATIAS, Kamilla Dantas. *Violências contra mulheres lésbicas: perfil dos registros de atendimento no Sistema de Informação de Agravos de Notificação - Sinan* (2015 a 2022). Parnaíba, 2024. Disponível em: <https://polis.org.br/wp-content/uploads/2024/05/violencia-contra-mulheres-lesbicas-2024.pdf>. Acesso em 16 nov. 2024.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública 2024*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2024. Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/items/f62c4196-561d-452d-a2a8-9d33d1163af0>. Acesso em: 10 nov. 2024.

GASTALDI, Alexandre Bogas Fraga, et al. *Observatório de Mortes Violentas de LGBTI+ no Brasil - 2020*: Relatório da Acontece Arte e Política LGBTI+ e Grupo Gay da Bahia. Florianópolis: Editora Acontece Arte e Política LGBTI+, 2021. Disponível em: https://observatoriomortesviolenciaslgbtibrasil.org/wp-content/uploads/2022/05/Dos_sie_2020_Observatorio_Mortes_Violencias_contra_LGBTI_Brasil-AconteceLGBTI_GGB.pdf.pdf. Acesso em 13 nov. 2024.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GONÇALVES, Alice Calixto, et al. *A violência LGBTQIA+ no Brasil*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2020. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/9b79e7c8-fe15-416f-a213-6b2f43b741db>. Acesso em: 10 nov. 2024.

GREEN, James; QUINALHA, Renan. *História do Movimento LGBT no Brasil*. São Paulo: Alameda, 2018.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Luciana de. 145 pessoas trans foram assassinadas em 2023, segundo associação. *G1*, São Paulo, 29 jan. 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2024/01/29/145-pessoas-trans-foram-assassinadas-em-2023-segundo-associacao.ghtml>. Acesso em: 10 nov. 2024.

IBGE. *Pesquisa Nacional de Saúde 2019: Orientação sexual autoidentificada da população adulta*. Rio de Janeiro: IBGE, 2022. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101934.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2024.

MACHADO, Lívia. SP elege sua primeira deputada transgênera. *G1*, São Paulo, 8 out. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/eleicoes/2018/noticia/2018/10/08/sp-elege-sua-primeira-deputada-estadual-transexual.ghtml>. Acesso em 16 nov. 2024.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; LIMA, Márcia; NERIS, Natália. *Racismo e insulto racial na sociedade brasileira: Dinâmicas de reconhecimento e invisibilização a partir do direito*. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, v. 35, n. 3, p. 11-28, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/SgkXhW6XxfsjYr3XjmwQgYB/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 nov. 2024.

PRECONCEITO: 53% desaprovam demonstração pública de afeto de LGBTQIA+. *Estadão*, São Paulo, 27 set. 2022. Disponível em: <https://expresso.estadao.com.br/naperifa/preconceito-53-desaprovam-demonstracao-publica-de-afeto-de-lgbtqia/>. Acesso em: 11 nov. 2024.

PUTTI, Alexandre. São Paulo elege primeira mulher trans negra como vereadora. *Carta Capital*, São Paulo, 16 nov. 2020. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/sao-paulo-elege-primeira-mulher-trans-negra-como-vereadora/>. Acesso em 16 nov. 2024.

SALDANHA, Rafael. Justiça brasileira recebe 2,5 mil processos de violência contra a mulher por dia, segundo CNJ. CNN, São Paulo, 7 ago. 2024. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/justica-brasileira-recebe-25-mil-processos-de-violencia-contra-a-mulher-por-dia segundo-cnj/>. Acesso em 16 nov. 2024.

QUEM é Maria da Penha. *Instituto Maria da Penha*, Fortaleza, 27 set. 2018. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em: 10 nov. 2024.

RESADORI, Alice Herzog; RIOS, Roger Raupp. Identidades de gênero e o debate étnico-racial no direito brasileiro. *Civitas*, Porto Alegre, v. 18, n. 1, p. 10-25, 2018. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/civitas/article/view/27956/16648>. Acesso em: 7 nov. 2024.

RONCOLATO, Murilo. Quem foi Caó, autor de lei que definiu o crime de racismo no Brasil. *Nexo*, São Paulo, 5 fev. 2018. Disponível em:

<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/02/05/quem-foi-cao-autor-de-lei-que-definiu-o-crime-de-racismo-no-brasil>. Acesso em 9 nov. 2024

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

SOUTO, Astral. Revolta de Stonewall. *Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo*, São Paulo, 28 jun. 2023. Disponível em: <https://www.fflch.usp.br/67216>. Acesso em 14 nov. 2024.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

TENENTE, Luiza. Educação sexual nas escolas: entenda por que Unesco e especialistas dizem que ela deve ser tema na sala de aula. G1, São Paulo, 15 set. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2023/09/15/educacao-sexual-na-escola-pode-evitar-casos-de-abuso-saiba-o-que-as-criancas-devem-aprender.ghtml>. Acesso em 15 nov. 2024

VAINFAS, Ronaldo. *Trópico dos Pecados: Moral, sexualidade e inquisição no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

YONESHIGUE, Bernardo. Erika Hilton e Duda Salabert: primeiras deputadas federais trans são eleitas no Brasil. O Globo, Rio de Janeiro, 2 out. 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/eleicoes-2022/noticia/2022/10/erika-hilton-duda-salabert-e-robeyonce-primeiras-deputadas-federais-trans-sao-eleitas-no-brasil.ghtml>. Acesso em 16 nov. 2024.