



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

THAMIRYS PEREIRA SOARES DA SILVA

**ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO
BRASIL À LUZ DO FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO DE CLAUS ROXIN**

**JOÃO PESSOA
2020**

THAMIRYS PEREIRA SOARES DA SILVA

**ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO
BRASIL À LUZ DO FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO DE CLAUS ROXIN**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito de João
Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba como
requisito parcial da obtenção do grau de
Bacharela em Direito.

Orientador: Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita
Batista

**JOÃO PESSOA
2020**

**Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação**

S586a Silva, Thamirys Pereira Soares da.
Análise da legitimidade da LGBTfobia no Brasil à luz do
funcionalismo teleológico de Claus Roxin / Thamirys
Pereira Soares da Silva. - João Pessoa, 2020.
63 f.

Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Criminalização da LGBTfobia. 2. Legitimidade. 3.
Princípio da subsidiariedade. 4. Claus Roxin. I. Título

UFPB/CCJ

THAMIRYS PEREIRA SOARES DA SILVA

**ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO
BRASIL À LUZ DO FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO DE CLAUS ROXIN**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito de João
Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba como
requisito parcial da obtenção do grau de
Bacharela em Direito.

Orientador: Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita
Batista

DATA DA APROVAÇÃO: 21 DE MARÇO DE 2020

BANCA EXAMINADORA:

**Prof. Dr. GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA
(ORIENTADOR)**

**Prof. Ms. EDUARDO DE ARAÚJO CAVALCANTI
(AVALIADOR)**

**Prof. Dr. RÔMULO RHEMO PALITOT BRAGA
(AVALIADOR)**

AGRADECIMENTOS

Quem conclui um curso de graduação tem todos os motivos do mundo para se sentir orgulhoso de si. Não é fácil. Não entendo justo deixarmo-nos levar pelo discurso ao qual é tão afeito o mercado de trabalho de que, hoje em dia, um diploma de bacharel vale pouco ou quase nada. Claro que vale! É grande coisa, sim! Trata-se de uma superação e dela, como não poderia deixar de ser, convém se orgulhar.

Porém o orgulho próprio (e, no meu caso, tenho muito) não pode servir de empecilho ao reconhecimento de que, em maior ou menor escala, ninguém faz nada sozinho. Certos gestos – grandes ou pequenos; alguns até mesmo mal intencionados e outros despidos de qualquer pretensão – repercutem com tanta intensidade em nosso espírito que passam a fazer parte daquilo que somos. Aos autores desses gestos e, portanto, autores também de mim mesma nesse momento, eu agradeço.

À minha mãe, Zelma, pelo amor incondicional que me deu e continua a dar, pelos incentivos econômicos e morais e pela paciência em escutar monólogos e mais monólogos acerca do tema do presente trabalho, que não existiria sem ela;

Ao melhor chefe que eu poderia ter, Dr. Rodrigo, pelos conselhos carinhosos, por ser um excelente e paciente ouvinte e, principalmente, por ter me tomado como filha durante todo o período em que estagiei na Procuradoria da União na Paraíba;

Aos melhores amigos que poderia fazer na Universidade Federal da Paraíba, Kaio, Larissa e Tássio, dentre outros, com os quais compartilhei os momentos importantes que vivi durante a graduação, bem como pelos ensinamentos jurídicos e de vida;

Aos presentes que a AGU me proporcionou, Gabriela e Vitória, pelas tardes que compartilhamos, pelo apoio que nunca me negaram e por serem, enfim, as amigas excepcionais que são;

A Jéssica, Marielle, Pedro e Stephanie, amigos de já quase uma década, pelas discussões que me proporcionaram e pelos momentos em que estiveram ao meu lado;

Ao professor Gustavo, por despertar em mim a paixão pelo Direito Penal, por ser exemplo de um método humano de ensino, pelas experiências maravilhosas de extensão e monitoria e pelo grande coração em aceitar colaborar comigo na construção do presente trabalho;

Aos todos os professores que influenciaram a minha trajetória acadêmica e especialmente aos que compõem a banca, professores Rômulo e Eduardo;

A todos que, de uma forma ou de outra, são parte de quem sou hoje.

RESUMO

Levando em consideração a recente criminalização das práticas homotransfóbicas no Brasil, promovida pelo Supremo Tribunal Federal, em razão do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4.733, o presente trabalho tem por objetivo analisar se a criminalização da LGBTfobia se reveste de legitimidade à luz da teoria funcionalista teleológica de Claus Roxin, que impõe a proteção subsidiária de bens jurídicos como função do Direito Penal. Nesse intento, aponta-se os fundamentos teóricos dos sistemas penais que antecedem e servem de base ao funcionalismo penal, a fim de determinar as circunstâncias legitimadoras de uma criminalização na perspectiva de Roxin; revisa-se os conceitos elementares de orientação sexual, homofobia, identidade de gênero e transfobia; disserta-se acerca da trajetória histórico-jurídica das tentativas de proibição penal da LGBTfobia no Brasil, evidenciando a lógica argumentativa que culminou em sua criminalização pelo STF; e analisa-se a subsunção da criminalização da homotransfobia ao princípio da igualdade, ao postulado normativo da proporcionalidade e à proteção subsidiária de bens jurídicos. Vale-se, para tanto, de revisão da literatura jurídica e sociológica acerca do tema, bem como do exame de documentos elaborados pelo Senado Federal e da análise das teses jurídicas veiculadas pelas ações constitucionais em questão. Diante disso, verifica-se que as criminalizações se justificam na perspectiva do funcionalismo de Roxin quando visam proteger valores constitucionais essenciais à garantia da convivência social pacífica e harmônica, sempre que isso não se possa ser realizado por intermédio de outros meios menos gravosos aos direitos humanos; que a criminalização da LGBTfobia intenta proteger o valor constitucionalmente previsto da não discriminação, cuja tutela poderia, no entanto, se dar, sem maiores prejuízos, por meios cíveis ou por meios penais menos lesivos, o que impõe a constatação de que a criminalização da LGBTfobia no Brasil não é necessária, não atendendo ao princípio da subsidiariedade, sendo, portanto, ilegítima.

Palavras-chave: Criminalização da LGBTfobia. Legitimidade. Princípio da subsidiariedade. Claus Roxin.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 LEGITIMIDADE DA INTEVENÇÃO PENAL	9
2.1 Por um conceito material de crime	10
2.2 Fundamentos das teorias do crime precedentes	11
2.2.1 <i>Sistema clássico ou naturalista do delito</i>	12
2.2.2 <i>Sistema neokantiano do delito</i>	13
2.2.3 <i>Sistema finalista do delito</i>	15
2.3 Funcionalismo penal	16
2.3.1 <i>Fundamentos do funcionalismo teleológico racional de Claus Roxin</i>	17
2.3.2 <i>A função do Direito Penal como limite da intervenção estatal</i>	19
3 CRIMINALIZAÇÃO DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NO BRASIL	22
3.1 Conceitos elementares	22
3.1.1 <i>Orientação sexual e homofobia</i>	23
3.1.2 <i>Identidade de gênero e transfobia</i>	25
3.2 Trajetória da criminalização das práticas homotransfóbicas no Brasil	27
3.2.1 <i>PLC nº 122/2006</i>	28
3.2.2 <i>ADO nº 26 e MI nº 4.733</i>	31
4 LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL	35
4.1 Criminalizações específicas e princípio da igualdade	35
4.2 (In)existência de mandado constitucional de criminalização da LGBTfobia	38
4.2.1 <i>Tese principal: LGBTfobia como espécie de racismo</i>	38
4.2.2 <i>Teses subsidiárias: mandado de criminalização de todas as formas de discriminação e proibição da proteção deficiente</i>	43
4.3 Análise da legitimidade da criminalização da LGBTfobia no Brasil sob a perspectiva de Claus Roxin	46
4.3.1 <i>Os bens jurídicos protegidos pela criminalização da LGBTfobia</i>	47
4.3.2 <i>A (des)necessidade de criminalização da LGBTfobia</i>	50
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

Em junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e o Mandado de Injunção nº 4.733, tendo reconhecido a mora inconstitucional em criminalizar a LGBTfobia e estendido, até que o Congresso Nacional legisle a respeito, a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

Em razão do meio pelo qual se deu – através do Poder Judiciário –, a criminalização da LGBTfobia gerou um acirrado debate acerca da conformidade da decisão com o ordenamento jurídico brasileiro. A controvérsia perpassa, principalmente, pela possibilidade de o Judiciário criar tipos penais, mas abarca ainda dúvidas acerca da existência ou não de mandado constitucional de criminalização da homotransfobia, da possibilidade de analogia penal *in malam partem*, da dificuldade de criminalização pela via legislativa etc.

Malgrado não se negue a relevância das problemáticas mencionadas, chama a atenção questão que se afigura como anterior a esse debate. Impende saber se a utilização do Direito Penal, pela via da criminalização – seja pelo Judiciário ou pelo Legislativo –, constitui instrumento legítimo para combater a discriminação LGBTfóbica.

De acordo com dados disponibilizados pelo atual Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, somente durante o ano de 2018, o canal Disque 100 recebeu, em todo o país, um total de 1.685 denúncias de casos de violência LGBTfóbicas. Diante de tal contexto, a utilização da tutela penal, por meio da criminalização de práticas homotransfóbicas, como meio de combater essa realidade logo se tornou uma demanda do movimento LGBT.

Não se olvida ou se nega que o enfrentamento da LGBTfobia, enquanto problemática social recorrente no cotidiano brasileiro, requer a adoção de atitudes estatais positivas. É imperioso, no entanto, investigar quais, de fato, são as melhores medidas estatais de enfrentamento. Num cenário de recente criminalização da homotransfobia, convém – antes de tomar o fato como positivo e comemorá-lo – dar alguns passos para trás, como meio de aclarar as visões sobre a questão e determinar em que medida a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal constitui um avanço ou um retrocesso.

O presente trabalho se traduz como um empreendimento em determinar se a criminalização da LGBTfobia no cenário brasileiro atual encontra respaldo perante o ordenamento jurídico pátrio, isto é, se reveste-se de legitimidade.

Orientando-se por essa finalidade, no primeiro capítulo do presente trabalho, intitulado “Legitimidade da intervenção penal”, buscou-se, por meio de revisão da literatura, identificar as qualidades que determinada conduta deve apresentar a fim de que sua criminalização possa ser compreendida como legítima. Para tanto, partiu-se da premissa contratualista iluminista de que a existência do Estado se fundamenta na garantia de convivência harmônica e pacífica entre indivíduos. Procedeu-se, então, uma revisão dos fundamentos teóricos dos mais importantes sistemas penais, com base em autores como Franz von Liszt, Hans Welzel, Luís Greco, Santiago Mir Puig e Claus Roxin. Focou-se, especialmente, no sistema funcionalista teleológico de Claus Roxin e em sua teoria da proteção subsidiária dos bens jurídicos, fundamento teórico de todo o trabalho.

Determinado os critérios legitimadores da intervenção penal, entendeu-se por bem adentrar, no segundo capítulo (Criminalização de práticas homotransfóbicas no Brasil), o mérito específico da LGBTfobia, mediante delimitação de alguns conceitos, que se julgou essenciais à compreensão da problemática discutida: orientação sexual, identidade de gênero, homofobia e transfobia. Isso foi feito com a ajuda da revisão literária especializada, tendo se apoiado em nomes como os das feministas Simone de Beauvoir, Judith Butler e Joan Scott, bem como de balizados autores na seara dos estudos da sexualidade, como Daniel Borrillo, Daniel Welzer-Lang, Peter Fry e Edward McRae.

Ainda no segundo capítulo, remontou-se a trajetória histórico-jurídica da criminalização da LGBTfobia no Brasil. Analisou-se a tramitação, por meio de consulta ao *site* do Senado Federal, do Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 122/2006 até o seu arquivamento, mediante análise dos pareceres emitidos pela Comissão de Assuntos Sociais e pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa. Também nesse capítulo, elencou-se, ainda, os principais argumentos veiculados na ADO nº 26 e no MI nº 4.733, bem como se especificou em que termos decidiu o STF pela criminalização da homofobia e da transfobia.

No terceiro capítulo, “Legitimidade da criminalização da LGBTfobia no Brasil”, por seu turno, procedeu-se a análise da legitimidade da criminalização da homotransfobia, em três momentos. Primeiramente, à luz dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, investigou-se se a criminalização específica da LGBTfobia violaria o princípio da igualdade. Segundamente, analisou-se as teses desenvolvidas por Paulo Iotti no seio das ações constitucionais, cujo julgamento implicou a criminalização da LGBTfobia no Brasil, apontando suas contradições, com esteio na literatura não somente jurídica, mas também sociológica. Por fim, verificou-se a subsunção da criminalização à finalidade de proteção subsidiária de bens

jurídicos do Direito Penal, denunciada por Claus Roxin, tendo sido possível afirmar ou negar sua legitimidade no contexto de um Estado democrático de direito, como se afirma o brasileiro.

2 LEGITIMIDADE DA INTEVENÇÃO PENAL

O Direito Penal é uma das mais rígidas respostas estatais às problemáticas sociais. A imposição da pena (qualquer que seja a sua natureza) constitui uma violência sobre o sujeito entendido como delinquente. A mera instauração do processo (e mesmo dos procedimentos policiais administrativos) afeta a dignidade daquele que a ele se submete, representando, como já advertira Cornelutti¹, uma pena por si só. De igual modo, também a criminalização de determinada conduta exerce papel limitante à liberdade das pessoas, vez que traz consigo a ameaça de resposta penal, ensejando a persecução do crime e possibilitando a aplicação da pena.

Não há de se estranhar que o Estado aja tão violentamente contra sua própria população. Max Weber² já apontava que o Estado somente pode ser definido sociologicamente a partir da ideia de coação física, que é seu traço distintivo. É essencial, contudo, à manutenção da estrutura do Estado que as pessoas se submetam à sua autoridade, o que somente farão quando a coação for entendida como legítima. Com o Direito Penal não é diferente.

Historicamente, recorreu-se ao desejo dos deuses, dos governantes e mesmo do povo como forma de justificar o cerceamento da liberdade em decorrência da utilização do Direito Penal. Num Estado que se pretenda qualificar como “democrático de direito”, contudo, não se pode mais recorrer a tais argumentos de vontade, principalmente em razão dos sérios danos que o sistema penal pode causar³.

Criminalizações representam um ônus a ser suportado pelos indivíduos que compõem a sociedade e, como tal, precisam revestir-se de uma justificativa que as legitimem de acordo com a ótica do Estado de Direito, sob pena de se incorrer em arbítrio. O propósito do presente capítulo é discorrer acerca de quais limites devem ser respeitados a fim de que a criminalização⁴

¹ CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. São Paulo: Pillares, 2015, p. 80.

² WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília, DF: Editora da Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, p. 525-526.

³ JAREBORG, Nils. Criminalization as last resort (*ultima ratio*). **Ohio State Journal of Criminal Law**, vol. 2, n. 2, Spring 2005, p. 521-522.

⁴ Nesse ponto, convém esclarecer que, durante todo o trabalho, fala-se em criminalização no sentido do que a teoria do etiquetamento (ou *labeling approach*) denomina processo primário de criminalização, isto é, a criminalização de condutas por meio do processo legislativo, e não na acepção do processo secundário de criminalização, o que envolveria os órgãos imbuídos da persecução penal, como as polícias, os juízes, os ministérios públicos etc. Sobre a questão disserta Alessandro Baratta, em “Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal”.

de determinada conduta possa ser tida como legítima, isto é, discutir até onde o Estado pode intervir penalmente na sociedade.

2.1 Por um conceito material de crime

O crime pode ser entendido sob os mais diversos pontos de vista. Levando em consideração seu aspecto formal, crime é a conduta legalmente definida como tal. É o resultado de um processo legislativo que seleciona comportamentos e define-os como criminosos, ameaçando os seus eventuais autores com uma sanção penal prevista em lei. O Código Penal vigente, nesse sentido, já em seu artigo primeiro, preleciona que “*não há crime sem lei anterior que o defina*”. O crime seria, então, uma categoria fundada pelo direito.

Nessa acepção encontra-se consubstanciado o princípio da legalidade, de suma importância para os ordenamentos jurídicos modernos. De índole garantista, a legalidade penal é corolário do ideal de segurança jurídica, uma vez que preceitua a existência prévia do entendimento estatal da ação como criminosa. Assim é que nenhum indivíduo pode ser penalmente punido por uma conduta que não lhe fosse possível saber ser criminosa.

A importância da legalidade é muito clara: impede arbítrios governamentais e eventuais perseguições a indivíduos. Não obstante isso, levando-se em consideração tão somente a definição formal de delito, não se vislumbra nenhum limite à ação do legislador de selecionar condutas. Atendo-se meramente à legalidade, qualquer conduta poderia ser criminalizada.

O uso do Direito Penal, no Estado Democrático de Direito, contudo, como já se mencionou, precisa ser legítimo. Daí porque mesmo o senso comum repudia a hipótese de criminalização de certas condutas. Por exemplo, muito dificilmente teria apoio popular a proibição penal de sair às ruas durante determinado período do dia ou da noite.

Isso demonstra que a atividade legislativa de proibir penalmente condutas possui limites que não podem ser inferidos apenas pela acepção formal de delito. Daí porque procurar traçar os contornos que restringem o direito do legislador de criminalizar determinadas condutas implica, inevitavelmente, não se contentar com o conceito formal de crime e querer atribuir-lhe também uma dimensão material, que não guarde total correspondência com aquela outra. Parte-se, então, do pressuposto de que uma definição tautológica de crime, enquanto conduta legalmente tipificada como tal, é insuficiente.

Mais que isso, tomar o crime, também em seu sentido material, como o mero resultado da ameaça legal de sanção penal à prática de determinado fato é, no Estado de Direito, uma

concepção inaceitável⁵. Adotar tal ideia como premissa autorizaria ao legislador um leque infinito e arbitrário de criminalizações, vez que o único entrave com o qual se depararia seria o limite da legalidade. Num plano meramente formal, não haveria que se falar de qualquer discussão acerca da legitimidade de uma dada proibição penal, mas tão somente de seu respeito e adequação às normas referentes ao processo legislativo.

Para além da livre discricionariedade legislativa⁶, o perigo de se conferir livre arbítrio ao Legislativo na seara criminal está, ademais, na tendência ao expansionismo penal desenfreado, que vem se desenhando nos últimos tempos. Na ausência de limites qualitativos para as proibições, todo e qualquer comportamento pode ser elevado à categoria de fato típico⁷.

O risco do expansionismo penal restaria, dentre outros aspectos, na criação significativa de novas tipos penais e agravamento dos já existentes; na reinterpretação das garantias penais e processuais penais; na flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia⁸.

De tudo isso advém a necessidade de se atentar a um conceito material de crime; de identificar “quais as *qualidades* que o comportamento deve assumir para que o legislador se encontre legitimado a submeter a sua realização a sanções criminais”⁹. Tal questão está intimamente ligada com a problemática da justificação, da função e dos limites do Direito Penal, o que se resume na ideia mesma de sua legitimização. Esses são pontos que vão ser discutidos pelos teóricos do funcionalismo penal, especialmente por Claus Roxin.

2.2 Fundamentos das teorias do crime precedentes

Ao buscar identificar as características que tornam determinada conduta passível de punição penal, ao fim e ao cabo, o que está verdadeiramente em discussão é a resposta à questão

⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**: sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 34-35.

⁶ Buscando uma correlação com o tema a ser discorrido nos próximos capítulos, ao observar tão somente o princípio da legalidade, a depender da vontade do legislativo, um mesmo ordenamento jurídico poderia criminalizar tanto a homofobia quanto a homossexualidade. Mesmo no Brasil atual, parece ser inconcebível, porém, a possibilidade de criminalização (ao menos no sentido de processo primário de criminalização) de uma orientação sexual. Isso revela a existência de um conteúdo material de crime e de limites impostos ao legislativo em sua função de realizar proibições penais.

⁷ SALVADOR NETTO, Almiro Velludo. **Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral**, 2008, 297 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 219.

⁸ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2001, p. 20.

⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op cit*, p. 35.

“o que é o crime?”. Ainda que a ideia de crime como fato típico, antijurídico e culpável pare sobre a cabeça de todo estudante e profissional do direito, essas categorias não são estanques, tendo sido disputadas e debatidas sob diversos pontos de vista.

O funcionalismo penal – sobre o qual se assenta, primordialmente, o presente trabalho – é apenas uma das óticas a partir das quais é possível enxergar o fenômeno delituoso. Apesar de ter, na perspectiva de uma análise histórica linear, surgido mais recentemente, o funcionalismo não supera totalmente as teorias precedentes, antes as pressupondo¹⁰. Nisso reside a importância de rememorar sob quais fundamentos basearam-se as acepções anteriores acerca do crime.

2.2.1 Sistema clássico ou naturalista do delito

O sistema clássico (ou naturalista) do delito sofreu fortes influências do positivismo científico, sendo, por isso, muitas vezes, também referido como sistema positivista. Os teóricos clássicos, dentre os quais Liszt e Beling são os principais representantes, buscaram desenvolver um conceito de crime que pudesse ser comprovado por meio de uma análise empírica¹¹. A pretensão era transportar a lógica e as metodologias das ciências naturais, orientadas pelas leis da causalidade, para o direito.

Não por acaso, os adeptos do sistema clássico do delito almejavam se orientar por conceitos despidos de valores – subjetividades que não poderiam ser objeto de conhecimento científico. Outra propriedade que evidencia a influência positivista reside na atitude eminentemente classificatória que é adotada por esse sistema. Os elementares eram distribuídos pelas categorias do delito através de critérios formais, insensíveis ao conteúdo¹².

O conceito de ação tem especial relevância, tendo Liszt concluído que o crime não poderia decorrer de meros acontecimentos, mas somente de ações humanas. A ação, por sua vez, seria a modificação do mundo exterior operada pela vontade humana. Sem vontade não

¹⁰ GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, nº 20, 1º Semestre 2001, 2001, p. 214.

¹¹ AGUIRRE, Eduardo Kupper Pacheco de. **A evolução metafísica da teoria do delito**, 2010, 153 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 27.

¹² GRECO, Luis. *Op cit.*, p. 214.

haveria ação; sem ação não haveria crime, pelo que a transformação do mundo exterior, isto é, o resultado, seria elemento essencial à caracterização do delito¹³.

No sistema clássico não se cogita, no entanto, de uma vontade voltada para a produção do resultado. A vontade é a causa da ação; a ação é a causa do resultado. A configuração do crime depende tão somente de ter o agente produzido fisicamente um resultado legalmente prevista como ilícito penal. Aí reside a famosa afirmação de que, nesse sistema, analisa-se uma mera fotografia do resultado¹⁴.

Outro aspecto relevante desse sistema – também consequência da orientação positivista – reside na intenção de apartar a dogmática jurídico-penal da política criminal, que seriam aspectos distintos do direito penal. Enquanto cabia à política criminal, para Liszt, o combate da criminalidade por meio de métodos racionais, incumbia à dogmática a função de assegurar a aplicação uniforme do direito e a liberdade do indivíduo frente à violência estatal¹⁵. Assim é que o direito penal dogmático não estaria comprometido com o coletivo social, mas com o indivíduo. Constituiriam as leis penais garantia típica do Estado de Direito contra arbitrariedades. Por isso mesmo, deveriam ser despendidos esforços a fim de sistematizar cientificamente o sistema jurídico-penal, sem interferências da política criminal.

2.2.2 *Sistema neokantiano do delito*

O sistema neokantiano ou neoclássico do direito, aqui dissertado a partir da perspectiva de Mir Puig¹⁶, tem por premissa o dualismo gnosiológico de Kant. Compartilham com o filósofo prussiano a ideia de que as coisas em si mesmas (númeno) não são perceptíveis pela razão humana e de que tudo o que conhecemos é tão somente uma representação das coisas em si (fenômeno), construída por intermédio da apreensão pelos sentidos.

O fenômeno oferece apenas a matéria do conhecimento, a qual devem ser acrescidas as “formas *a priori*”, constituídas pelas categorias do conhecimento, ao que resulta o conhecimento da realidade empírica. Esse seria um processo necessário e suficiente para as

¹³ LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Allemão**. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C. Editores, 1899, p. 193. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000147.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

¹⁴ MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado** – parte geral. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 245.

¹⁵ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 2-3.

¹⁶ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2003, p. 211-220.

ciências empíricas. Fora disso, para Kant, não haveria espaço para o conhecimento científico, mas tão somente para a metafísica.

Os juristas neokantianos, no entanto, entendiam que o conceito de ciência deveria ser alargado para comportar também as, assim denominadas, ciências do espírito. Estas se diferenciariam das ciências positivistas não em função do objeto de estudo, mas em virtude do método. Assim é que, se as ciências empíricas requerem a aplicação à matéria empírica das categorias do entendimento, as ciências do espírito supõem a subsunção dessa mesma matéria empírica a outros tipos de categoria *a priori*.

E o método que diferencia as ciências do espírito das ciências naturais é o método referido a valores¹⁷. Essa foi a conclusão a que chegou Rickert, um dos maiores representantes da Escola sul-ocidental alemã¹⁸. O autor entendia que os traços distintivos entre as ciências histórico-culturais e as ciências naturais residia, por um lado, no fato de que as ciências empíricas lidam com generalizações, enquanto as ciências do espírito buscam aspectos individuais. De outra banda, também diferem quanto à relação de seus objetos com os valores.

Levando a construção de Rickert para a seara jurídica, Lask descobriu o caráter teleológico dos valores aos quais o direito se refere. Essa é uma abordagem que se baseia no que Stammller havia assentado. Para o neokantiano da Escola de Marburgo, existiriam dois modos de conhecer cientificamente: o “perceber”, útil às ciências naturais, e o “querer”, relevante para as ciências do espírito, onde se pretende analisar as conexões de meio e fim. As ciências do espírito seriam ciências finais. Fora Lask quem falou da teleologia dos valores no direito.

Passou-se a buscar a fundamentação material das categorias sistemáticas a fim de, só então, construir teleologicamente os conceitos. É dessa forma que o tipo é entendido como uma ação socialmente lesiva; a antijuridicidade, como lesividade social; a culpabilidade, como juízo de reprovação pela prática do ilícito típico¹⁹.

O neokantismo, porém, porque não pode abandonar o dualismo gnosiológico/metodológico – que é seu traço distintivo, afinal –, incorre em um normativismo extremo. Ao reputar apartados o númeno e o fenômeno, a realidade e os valores, o neokantiano

¹⁷ AGUIRRE, Eduardo Kupper Pacheco de. *Op cit*, p. 49.

¹⁸ O pensamento jurídico neokantiano assumiu dois posicionamentos: o da Escola de Marburgo, representado por Stammller, que, embora tenha exercido pouca influência perante a dogmática jurídico-penal, foi importante para a seara da filosofia do direito em geral; e o da Escola sul-ocidental alemã, da qual são expoentes Lask, Radbruch e Sauer, que parte do estudo de Stammller e concede conteúdo valorativo às estruturas formas da dogmática penal. Nesse sentido, explica tanto Eduardo Aguirre, em sua dissertação de mestrado, quanto Santiago Mir Puig, em *Introducción a las bases del derecho penal*.

¹⁹ GRECO, Luis. *Op cit.*, p. 218.

olvida da relação de constante troca entre a realidade e o direito. Isso sem falar na desordem dos pontos de vista valorativos, uma vez que o neokantismo se refere a valores, mas não escolhe entre os diversos valores existentes²⁰.

2.2.3 Sistema finalista do delito

O finalismo não somente surge, historicamente, após o neokantismo, como emerge como uma tentativa de superá-lo. Essa, aliás, é uma tônica encontrada em todos os sistemas penais sobre os quais, até então, dissertou-se. E a tentativa de superação do neokantismo por Welzel – sem dúvidas, o principal representante finalista – se deu mediante a negação do dualismo gnosiológico, base sobre a qual se assenta todo aquele outro sistema.

A melhor compreensão do pensamento de Welzel perpassa pelo entendimento de que a metodologia neokantiana era subjetivista, uma vez que dependia das categorias *a priori* presentes na mente de cada sujeito²¹. Welzel, porém, procurou impor limites ao direito, o que fez ao atribuir à teoria do delito uma metodologia objetiva, ontológica.

Para o finalista, o conhecimento não derivaria, tal qual para o neokantiano, da soma da experiência e das categorias mentais. Isso porque a realidade já teria uma lógica intrínseca²². Haveria uma lógica funcional do mundo, representada pelas estruturas lógico-reais ou lógico-objetivas, que deveria ser respeitada²³. O valor não se encontraria nas categorias *a priori*, mas nas coisas em si. Nesse sentido, ataca-se duramente o subjetivismo metodológico neokantiano e seu consequente relativismo valorativo.

Fora combatida a ideia neokantiana de que as ciências naturais e as ciências do espírito distinguem-se em razão do método. Welzel não aceitava a ideia de que as ciências causais possuíssem um método objetivo e as ciências culturais, um método subjetivo. Para ele, os neokantianos deturpavam Kant, abandonavam o conhecimento da razão pura e adotavam o conhecimento da razão empírica de cada homem²⁴.

O que diferenciaria as ciências da natureza e do espírito, em verdade, seria o objeto e não o método. O objeto, aliás, para Welzel, era sempre o mesmo para todas as ciências, que analisavam apenas aspectos particulares do mesmo objeto. Assim é que a ação – conceito sobre

²⁰ GRECO, Luis. *Op cit.*, p. 237.

²¹ MIR PUIG, Santiago. *Op cit.*, p. 226.

²² GRECO, Luis. *Op cit.*, p. 221.

²³ NOVA FILHO, Fernando Rogerio Pessoa Vila. O ser humano em Hans Welzel: um olhar além do finalismo ontológico. **E-civitas**, v. 10, n. 2, 2017, p. 4.

²⁴ MIR PUIG, Santiago. *Op cit.*, p. 230.

o qual o finalismo se edifica – pode ser objeto de estudo tanto do direito, em seu aspecto final, quanto de outras ciências, em seu aspecto causal. Daí porque Welzel afirma que a ação é um acontecer final e não apenas causal, complementando o conceito de ação, mas não negando seu conteúdo causal (que apenas entende não ser o objeto de estudo da ciência jurídico-penal)²⁵.

O finalismo de Welzel contribuiu em muito para a teoria do delito atualmente adotada no Brasil. Fora o responsável por grandes mudanças paradigmáticas, tais quais o translado do elemento subjetivo do crime (dolo ou culpa) para a conduta – afinal toda ação humana seria dirigida a um fim – e, portanto, para o fato típico. Também ao finalismo se deve a ideia de culpabilidade como juízo de reprovabilidade em razão da possibilidade de poder agir conforme o direito.

As contribuições para a teoria do delito foram, de fato, significativas e grandiosas, mas não se fará muitas digressões a esse respeito. O que se pretendeu até aqui não foi discorrer acerca de como cada um dos sistemas penais comprehende a estrutura do crime, mas evidenciar seus aportes metodológicos e filosóficos, a fim de facilitar o entendimento do que seja o funcionalismo penal – em especial o funcionalismo teleológico racional de Claus Roxin.

2.3 Funcionalismo penal

Ao se discutir funcionalismo penal, antes fosse melhor falar em funcionalismos, dada a vasta gama de teorias funcionalistas existentes. No entanto, é possível identificar três linhas básicas de funcionalismo: na tradição alemã e mais difundida no Brasil, o funcionalismo moderado de Claus Roxin e o funcionalismo radical de Gunther Jakobs; e, na tradição espanhola, o funcionalismo limitado de Santiago Mir Puig, aparentemente menos estudado em terras tupiniquins²⁶.

Os causalistas são assim classificados porque todos eles se baseiam no positivismo científico; os neokantianos são todos aqueles que adotam como premissa o dualismo metodológico kantiano; pode-se dizer finalistas os teóricos que, se opondo ao subjetivismo metodológico, comungam de um ponto de vista ontológico para afirmar que a ação humana só pode ser ação final. Qual é, então, o aporte teórico que sustenta os diversos modelos de funcionalismo sob essa mesma denominação?

²⁵ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**. Buenos Aires: Julio César Faira – Editor, 2004, p. 41.

²⁶ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A terceira velocidade do direito penal**: o ‘direito penal do inimigo’, 2006, 327 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 102.

Necessário saber, logo de pronto, que o funcionalismo não é nem fora, nos anos setenta em que despontou como teoria no direito, uma novidade. Parsons, Luhmann (esses dois influenciaram de modo significativo, respectivamente, as teorias de Roxin e Jakobs) e outros sociólogos já falavam da necessidade de análise do sistema social sob a perspectiva funcional. Buscavam explicar a sociedade a partir das funções desempenhadas pelas instituições sociais. O funcionalismo penal buscava transportar esse marco teórico para o Direito Penal²⁷.

Afora a influência do funcionalismo sociológico, comungam os funcionalismos de um rechaço à premissa ontológica do sistema finalista. Nesse sentido, já advertiu Roxin que os defensores do funcionalismo, nada obstante as muitas discordâncias, partem todos do pressuposto de que o sistema jurídico-penal não poderia se vincular a realidades ontológicas prévias, mas única e exclusivamente pode se guiar pelas finalidades do Direito Penal²⁸.

A problemática que resta reside em definir qual seja a finalidade do Direito Penal. E nesse ponto se vislumbra as maiores diferenças entre os funcionalismos. Para o presente trabalho, importa primordialmente a resposta dada por Claus Roxin em seu funcionalismo teleológico racional.

2.3.1 *Fundamentos do funcionalismo teleológico racional de Claus Roxin*

Quando publica, na década de setenta do século passado, sua monografia intitulada *Política criminal e sistema jurídico penal*, Claus Roxin se depara com um cenário no qual política criminal e dogmática se encontram apartadas, como se dois mundos distintos fossem. Essa era a orientação que perdurava desde os idos do sistema positivista. Para Liszt, à política criminal incumbia se preocupar com a ideia de fim no direito penal, enquanto a dogmática jurídico-penal exercia o papel de garantia individual do indivíduo perante o Estado de Direito. Não se preocupava com a ideia de resolução socialmente vantajosa do caso concreto²⁹. Uma esfera não deveria se imiscuir na outra.

A pretensão de Roxin é de superar tal incomunicabilidade, por meio da orientação do Direito Penal – agora compreendido como um sistema aberto – às valorações da Política

²⁷ SOUZA JR, Carlos Miguel Villar de. Funcionalismo penal: aportes sobre uma teoria axiológica do direito penal. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 62-73, jan./jun. 2011, p. 64.

²⁸ ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general, Tomo I: Fundamentos**. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 203.

²⁹ ROXIN, Claus. *Op cit.*, 2000, p. 3-4.

Criminal, numa tentativa de dar soluções mais coerentes aos problemas práticos³⁰. Para tanto, precisa romper com a ontologia finalista de Welzel.

Se o funcionalismo teleológico concebe uma virada paradigmática que rompe com qualquer fundamentação ontológica do direito, é possível dizer que representa também uma retomada. O próprio Roxin afirmou nesse sentido que o sistema racional-final ou teleológico (funcional) do direito penal buscava “elaborar y desarrollar y hacer avanzar com um nuevo contenido los puntos de partida neokantianos (y neohegelianos) de la época de entreguerras, que en los sistemas neoclásicos sólo habían tenido un desarrollo insuficiente y se vieron conmovidos en la época nazi”³¹.

Assim é que o funcionalismo de Roxin parte da ideia neokantiana de que a ciência jurídica, enquanto ciência do espírito, requer um método que busque compreendê-la em suas finalidades. Aí reside a sua denominação como funcionalismo penal teleológico, haja vista estar preocupado com os fins a que se destina o Direito Penal.

No entanto, enquanto o sistema neokantiano incorria no deslize do subjetivismo metodológico e, consequentemente, no relativismo valorativo – porque apenas reconhecia a existência de múltiplos valores sem, contudo, ser capaz de escolher entre eles –, Roxin não cometeu tal erro. A teoria do delito volta a ser compreendida como um conjunto de valores, mas tais valores estão bem delimitados pelo programa de política-criminal³². O trabalho do dogmático passa a ser o de “identificar que valoração político-criminal subjaz a cada conceito da teoria do delito, e funcionalizá-lo, isto é, construí-lo e desenvolvê-lo de modo a que atenda essa função da melhor maneira possível”³³.

Mas não é só. Roxin não apenas parte da valoração político-criminal para construir os conceitos que integram sua teoria funcionalista do delito, como também se vale do pensamento problemático que remete até mesmo à tópica de Viehweg³⁴. Não se olvidando da importância de pensar o Direito Penal sob uma perspectiva sistemática, também não se relega a importância de observar as problemáticas jurídico-penais sob a ótica particular do estudo de caso. Roxin propõe, então, uma síntese entre o pensamento sistemático e o problemático³⁵.

³⁰ EIBE, Manuel José Arias. Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo *versus* funcionalismo normativo o radical. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 29, p. 439-453, 2006, p. 440.

³¹ ROXIN, Claus. *Op cit.*, 1997, p. 203.

³² SOUZA JR, Carlos Miguel Villar de. *Op cit.*, p. 65.

³³ GRECO, Luis. *Op cit.*, p. 236.

³⁴ GONÇALVES, Marco Frattezi. Fundamentos teóricos do funcionalismo teleológico-racional em Claus Roxin: algumas considerações. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2723, 15 dez. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18041>. Acesso em: 3 fev. 2020.

³⁵ ROXIN, Claus. *Op cit.*, 1997, p. 216.

Compreendidas as bases que orientam o pensamento de Roxin, ainda resta pendente de resposta uma questão: qual é a função do Direito Penal e quais consequências se extraem dela? É sobre o que se discutirá a seguir.

2.3.2 *A função do Direito Penal como limite da intervenção estatal*

Para compreender a ótica do funcionalismo teleológico de Claus Roxin acerca da função do Direito Penal, proceder-se-á a análise de dois importantes escritos: “*Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais*” e “*A proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal?*”.

O pressuposto de Roxin consiste na ideia de que a criminalização de qualquer comportamento precisa se revestir de uma legitimação que encontre origem distinta da mera discricionariedade do legislador³⁶. Equivale a dizer que o crime possui uma instância material e não meramente formal. Não basta o processo legislativo por si só para que uma proibição seja legítima.

Num contexto de um momento histórico imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial, onde horrores foram cometidos sob o manto da legalidade, tornou-se evidente a necessidade de estabelecer limites ao Legislativo no seu poder de intervenção jurídico-penal. A preocupação era de que não fosse possível ao legislador criminalizar com base em suas convicções político-ideológicas, religiosas, morais etc.

Na concepção funcionalista de Roxin (e é isso o que faz dele um autor do funcionalismo penal), as fronteiras intransponíveis da faculdade estatal de punir – e, portanto, de proibir – devem ser buscadas na própria finalidade que possui o Direito Penal. O direito, como é ensinado nas mais elementares lições, tem a coercibilidade como traço que o distingue de outros sistemas normativos; detém o monopólio da violência legítima. A violência do direito, contudo, não obstante apresentar uma razão de ser, não deixa de ser violência, pelo que deve encontrar limites na exata medida de sua necessidade.

A problemática da função do Direito Penal, então, remete a uma questão maior, que é a função do próprio direito em si perante a sociedade. Nesse ponto, Roxin parte de uma ótica liberal, ao passo em que adota a concepção iluminista e contratualista, segundo a qual os

³⁶ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 11.

indivíduos cedem um *quantum* de suas liberdades ao Estado a fim de propiciar uma convivência harmônica.

Não por outra razão, toma como ponto de partida a ideia de que o direito penal tem como finalidade “garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas”³⁷.

Essa é a base da proteção subsidiária de bens jurídicos. Para Roxin, a intervenção jurídico-penal deve ser limitada com esteio na teoria do bem jurídico. O bem jurídico-penal é o único objeto de proteção do Direito Penal e compreende as condições individuais e instituições estatais necessárias para assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos, sempre e quando isto não se possa alcançar de forma menos gravosa por outras vias³⁸.

As consequências limitantes desse fato para o legislador, de acordo com Roxin, são de seis ordens:

- (a) *A descrição da finalidade da lei não basta para fundamentar um bem jurídico*³⁹;
- (b) *Imoralidades, contrariedades à ética e mera reprovabilidade de um comportamento não bastam para legitimar uma proibição penal;*
- (c) *A violação da própria dignidade humana não é razão suficiente para a punição*⁴⁰;
- (d) *A autolesão consciente, bem como possibilítá-la e promove-la, não legitima uma proibição penal;*
- (e) *Tipos penais não podem ser fundados sobre bens jurídicas de abstração impalpável;*
- (f) *Normas jurídico-penais preponderantemente simbólicas devem ser recusadas.*

A subsidiariedade característica do bem jurídico-penal, por seu turno, advém do fato de que quando a convivência harmônica puder ser obtida através de meios menos cerceadores da liberdade do indivíduo, a utilização do Direito Penal não será necessária ou legítima. É esse

³⁷ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 32.

³⁸ ROXIN, Claus. *Op cit.*, 2009, p. 11.

³⁹ Necessário é que o fim pretendido pela lei pertença ao *rol* de pressupostos indispensáveis de uma coexistência pacífica entre os cidadãos. Caso contrário, seria possível, por exemplo, criminalizar tanto a homossexualidade (sob a finalidade de proteger a “estrutura heterossexual”) quanto a heterossexualidade (sob a finalidade oposta).

⁴⁰ A lesão à própria dignidade equivaleria à ideia de reprovabilidade moral.

aspecto – que coincide com a máxima do Direito Penal como *ultima ratio* – que será retomado na discussão desenvolvida no terceiro capítulo do presente trabalho.

3 CRIMINALIZAÇÃO DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NO BRASIL

A discussão acerca da criminalização de práticas discriminatórias contra indivíduos pertencentes à comunidade LGBT, malgrado tenha ganhado novo – e surpreendente – fôlego diante do julgamento da ADO nº 26 e do MI nº 4.733, não é recente. Conquista comemorada pelo Movimento LGBT, a criminalização de práticas homotransfóbicas pelo Supremo Tribunal Federal é resultado de um processo histórico iniciado há tempos.

No país que mais mata homossexuais⁴¹ no mundo e que conviveu – apenas em 2019 – com um homicídio de pessoas transgêneros a cada três dias⁴², não é surpreendente que a criminalização da LGBTfobia tenha se tornado uma demanda social. De acordo com dados disponibilizados no *site* do atual Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, somente durante o ano de 2018, o canal Disque 100 recebeu, em todo o país, um total de 1.685 denúncias de casos de violência LGBTfóbica.

Nada obstante a importância das discussões jurídicas travadas acerca do posicionamento do STF (o que se discutirá melhor no Capítulo 3), a melhor compreensão da problemática em foco perpassa, antes, pela revisitação de conceitos elementares, tais quais orientação sexual e identidade de gênero, e pela retomada da trajetória histórico-jurídica do processo que desembocou na atual criminalização de determinadas práticas homotransfóbicas. Sobre essas questões buscar-se-á debruçar-se no presente capítulo.

3.1 Conceitos elementares

Nesse ponto, convém realizar alguns alertas acerca da escolha dos termos aqui adotados. Em primeiro lugar, não se olvida que, talvez a fim de proporcionar maior inclusão, venha se usando um acrônimo cada vez maior para identificar os movimentos sociais que lutam pelos interesses das pessoas que possuem sexualidades e/ou identidades de gênero divergentes. A comunidade que já foi referida como GLS (para designar gays, lésbicas e simpatizantes) e outras variações, chega, nos dias atuais, a ser denominada como LGBTTQQIAAP⁴³. No Brasil,

⁴¹ BORTONI, Larissa. Brasil é o país onde mais se assassina homossexuais no mundo. **Rádio Senado**, 15 mai. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-homossexuais-no-mundo>. Acesso em: 29 jan 2020.

⁴² BATISTA, Henrique Gomes. Uma pessoa trans foi assassinada a cada três dias no Brasil em 2019. **O Globo**, 29 jan. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/uma-pessoa-trans-foi-assassinada-cada-tres-dias-no-brasil-em-2019-24216457>. Acesso em: 29 jan. 2020.

⁴³ Acrônimo em inglês para *lesbian, gay, bisexual, transgender, transexual, queer, questioning, intersex, ally, asexual e pansexual*.

porém, o acrônimo LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros) parece ter se popularizado, sendo utilizada também por indivíduos não integrantes da comunidade, pelo que – por uma questão também de acessibilidade – adotar-se-á tal sigla como representativa.

Por outro lado, outra escolha merece explicação: a de partir dos conceitos de homofobia e transfobia, mas referir-se sempre que possível a LGBTfobia. Essa parece ser uma forma mais adequada de não negar a existência de práticas discriminatórias contra mulheres lésbicas e indivíduos bissexuais. A transfobia se relaciona a indivíduos transgêneros e a homofobia é, no imaginário popular, associada somente a homossexuais do gênero masculino. A despeito da existência de discursos sobre lesbofobia e bifobia⁴⁴, essas categorias não são ainda consenso na comunidade acadêmica ou no seio dos movimentos sociais. Escapando à polêmica, mas não deixando de reconhecer que lésbicas e bissexuais – e até heterossexuais – também podem ser sujeitos passivos das condutas recentemente criminalizadas, é que se opta pelo termo LGBTfobia.

3.1.1 *Orientação sexual e homofobia*

A orientação sexual está relacionada a como o indivíduo se sente nos âmbitos da afetividade e da sexualidade. Segundo a Associação Americana de Psicologia (APA)⁴⁵, diz respeito a um padrão duradouro de atrações emocional, romântica e/ou sexual por homens, mulheres ou ambos.

Nada obstante estar-se discutindo sexualidade, fala-se em atrações por gêneros específicos e não por sexos. Quando escreveu, no segundo volume de *O Segundo Sexo*, que “ninguém nasce mulher: torna-se”⁴⁶, Simone de Beauvoir já denunciava a existência de uma categoria distinta do sexo (fator biológico: feminino ou masculino) que dele se distanciaria por ser fruto de um processo de construção social. Esse construto social é o gênero (homem ou mulher).

Em estudo sobre o livro de Beauvoir, Judith Butler explica: “*sex* is understood to be the invariant, anatomically distinct, and factic aspects of the female body, whereas *gender* is

⁴⁴ No que concerne às pessoas bissexuais, a instabilidade é ainda maior, havendo quem sustente a existência de bifobia e quem a negue, sob o argumento de que esses indivíduos, na verdade, sofreriam homofobia/lesbofobia.

⁴⁵ AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. **Answers to your questions for a better understanding of sexual orientation & homosexuality.** Disponível em: <https://www.apa.org/topics/lgbt/orientation>. Acesso em: 28 jan. 2020.

⁴⁶ BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**: a experiência vivida. São Paulo: Difusão européia do livro, 1967, p. 9.

the cultural meaning and form that that body acquires, the variable modes of that body's acculturation”⁴⁷. O sexo ocuparia, portanto, uma dimensão biológica, enquanto o gênero ocuparia uma dimensão cultural.

As atrações sexuais e afetivas, desse modo, não se dão em função dos órgãos sexuais do outro, mas em razão da forma como o outro se apresenta socialmente de acordo com este ou aquele gênero. Assim é que homossexuais são indivíduos que se atraem por pessoas pertencentes ao mesmo gênero; heterossexuais são indivíduos que se atraem por pessoas pertencentes a um gênero diferente; bissexuais são indivíduos que se atraem tanto por pessoas pertencentes ao mesmo gênero quanto por pessoas pertencentes a um gênero diferente⁴⁸.

A distinção não é, nem de longe, apenas uma questão de nomenclatura. Dizer que a orientação sexual concerne à atração que o indivíduo sente em relação aos gêneros implica saber que, numa relação gay, por exemplo, não há a necessidade de coincidência de genitais entre os integrantes. Isso assegura que um homem qualquer possa sentir atração por um homem transgênero que não tenha passado por cirurgia de redesignação sexual ou por um homem cisgênero que não possua, por algum motivo, órgãos sexuais masculinos, sem que isso desnature a sua orientação sexual homossexual/bissexual e vice-versa.

Uma vez determinado o que seja orientação sexual e suas diversas modalidades, convém, agora, dissertar sobre homofobia. Em artigo intitulado *Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas*, Rogério Diniz Junqueira problematiza o conceito de homofobia, que afirma não ser estanque, mas disputado até mesmo dentro das fileiras anti-homofobia⁴⁹.

Numa sociedade na qual coexistem tantas opiniões a respeito da própria homossexualidade, não se pode dizer que tal cenário seja surpreendente, sendo antes o esperado⁵⁰. Fenômeno complexo, a homofobia pode ser compreendida a partir de, pelo menos, dois ângulos. Por um lado, se analisada sob uma perspectiva médica e psicológica, assume uma dimensão pessoal, afetiva e se resume na rejeição e aversão a indivíduos homossexuais. Seria tão irracional quanto, por exemplo, a claustrofobia. Mas é possível falar em homofobia para

⁴⁷ BUTLER, Judith. Sex and gender in Simone de Beauvoir's Second Sex. *Yale French Studies*, n. 72, 1986, p. 35-49. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2930225>. Acesso em: 31 jan. 2020, p. 35.

⁴⁸ Estas não seriam as únicas orientações sexuais existentes – embora, certamente, sejam as mais conhecidas. Fala-se, ainda, em indivíduos assexuais e, em contextos mais polêmicos, em indivíduos pansexuais.

⁴⁹ JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas. *Bagoas – Estudos gays: gêneros e sexualidades*, v. 1, n. 01, 27 nov. 2012.

⁵⁰ FRY, Peter; MCRAE, Edward. **O que é homossexualidade**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1991, p. 9.

designar também a rejeição da própria homossexualidade enquanto fenômeno psicológico e social. Nesse caso, a homofobia assume um caráter social⁵¹.

No que concerne à sua dimensão social, a homofobia guarda íntima relação com o sexismo. Se o sexismo e a dominação masculina decorrem da organização de dois grupos de sexo (fêmea e macho) em gêneros (mulher e homem) e de sua subsequente hierarquização, o arquétipo de “homem de verdade” se dá mediante a negação de todo elemento que possa relembrar a figura feminina. A heterossexualidade é imposta como natural e normal e todos aqueles que dela se distanciam correm o risco de serem associados às mulheres e de serem tratados como elas⁵².

Existe, portanto, uma ordem heterossexista⁵³, que, para além de naturalizar a dominação do homem perante a mulher, forja uma hierarquia entre sexualidades, na qual a heterossexualidade ocupa posição de superioridade. Aquele que não se apresenta como heterossexual passa a ser lido como diferente, ignorando-se que as categorias hétero/homo – como também as categorias homem/mulher – não são autônomas, mas só existem “em função da outra e da negação de seu contrário”⁵⁴.

O preconceito e a discriminação homofóbicos são as consequências do heterossexismo. Embora comumente referidos como sinônimos, os dois termos guardam conteúdos distintos. Ao preconceito corresponde a homofobia em sua dimensão afetiva e psicológica. Diz respeito, portanto, às percepções mentais negativas em relação a indivíduos pertencentes à população homossexual ou que a ela possam ser associados. A discriminação, por sua vez, corresponde à materialização do preconceito, que produz violações de direitos⁵⁵. É nesse ponto que a homofobia atrai a atenção do direito.

3.1.2 *Identidade de gênero e transfobia*

⁵¹ BORRILLO, Daniel. **Homofobia**: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010, p. 24.

⁵² WELZER-LANG, Daniel. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia. **Revista Estudos Feministas**, Ano 9, n. 2, p. 460-482. Florianópolis, 2001, p. 468.

⁵³ O termo heterossexismo, trabalhado por autores como Daniel Welzer-Lang, Daniel Borrillo e Roger Raupp Rios, é extremamente interessante porque informa acerca da opressão erigida não somente contra a sexualidade homossexual (como faz o termo “homofobia”), mas contra todas as formas de sexualidade que divergem da norma heterossexual. Nesse sentido, guarda semelhanças com a ideia de heteronormatividade, de que tratou Judith Butler.

⁵⁴ BORRILLHO, Daniel. *Op cit.* p. 33.

⁵⁵ RIOS, Roger Raupp. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. In: POCAHY, Fernando (org.). **Rompendo o silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea. Políticas, teoria e atuação**. Porto Alegre: Nuances, 2007, p. 27-28.

Impende, logo de pronto, distinguir orientação sexual e identidade de gênero, malgrado as duas problemáticas sejam comumente tratadas conjuntamente. Enquanto a orientação sexual diz respeito à forma como o indivíduo se sente e se manifesta nas searas da sexualidade e/ou da afetividade, “as identidades de gênero se referem à maneira como os sujeitos se percebem e se identificam no interior dos pertencimentos de gênero”⁵⁶. Importante, então, é a retomada teórica do conceito de gênero.

A melhor compreensão do que seja identidade de gênero, entretanto, requer não somente o delineamento de seus limites em relação à sexualidade, mas também em vista do fator sexo biológico. O sexo diz respeito aos aspectos biológicos do sujeito, à genitália que apresenta, ao par de cromossomos – por isso denominados – sexuais que possui etc. O gênero, contudo, corresponde à forma como a sociedade espera que cada ser humano se comporte tendo em vista o seu sexo biológico⁵⁷. As imagens da delicadeza feminina e da agressividade masculina são exemplos dessas expectativas sociais.

A compreensão da transexualidade perpassa, necessariamente, pelo entendimento de que o ser homem e o ser mulher são categorias distanciadas do sexo biológico e que decorrem de um processo social e cultural de amoldamento dos corpos. Como já citado no tópico anterior, nesse sentido é a famosa frase de Simone de Beauvoir: “ninguém nasce mulher: torna-se”.

A afirmativa da escritora francesa impõe uma ruptura com a crença de que o gênero é reflexo do sexo e sugere um processo de socialização do gênero, a partir de padrões que seriam socialmente construídos e elaborados. As fêmeas são, então, estimuladas a performarem a “como mulheres” e os machos, a performarem “como homens”. Nesse sentido, o gênero está atrelado a noções socialmente concebidas de masculinidade e feminilidade⁵⁸.

Malgrado o gênero possa ser tomado sob diversas acepções, adota-se aqui aquelas que o utilizam sob o propósito de evidenciar que as diferenças entre homens e mulheres não decorrem do sexo em si, mas têm caráter sociocultural, e de que o gênero é uma construção social, uma categoria social imposta sobre um corpo sexuado⁵⁹.

⁵⁶ MARINHO, Silvana. Diversidade de gênero na sociabilidade capitalista patriarcal: as identidades trans em perspectivas. *Revista Katálysis*, v. 21, n. 3, p. 602-610, set./dez. 2018, p. 603.

⁵⁷ LANZ, Letícia. **O corpo da roupa**: a pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero, 2014, 342 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 39.

⁵⁸ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 102.

⁵⁹ SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*, v. 20, n. 2, p. 71-99, 1995, p. 75.

Uma vez que o gênero diz respeito a uma expectativa social, pode ocorrer de os sujeitos corresponde-la ou não. Alguns indivíduos desafiam os papéis de gênero. Algumas meninas, nada obstante sejam ensinadas que devem sentar com os joelhos colados (“*como mocinhas*”), insistem em sentar com as pernas abertas. Certos meninos, não importando o quanto sejam estimulados a usarem “roupas masculinas”, podem se sentir mais confortáveis trajando vestidos.

Em determinadas situações, a transgressão aos padrões de gênero pode significar mais do que resistência a determinados aspectos e implicar na reivindicação de uma pessoa pelo reconhecimento social de um gênero que não lhe fora atribuído, tendo em vista o sexo que aparecava possuir quando de seu nascimento. Nessa hipótese, estar-se-á diante de um indivíduo com identidade transgênera. Em termos semelhantes, Berenice Bento informa que “a transexualidade é uma experiência identitária, caracterizada pelo conflito com as normas de gênero”⁶⁰. Aquele que se conforma diante das normas de gênero é denominado cisgênero.

A compreensão da transgeneridade enquanto fenômeno social abre caminho para a compreensão da transfobia. Tal como ocorre com a homofobia, o termo transfobia – a despeito das críticas que lhe são direcionadas – é utilizado para designar uma espécie de violência heterossexista dirigido a indivíduos transgêneros⁶¹. Como tal, a despeito da literatura drasticamente mais escassa quando comparada com a problemática da homofobia, é possível concluir que tem como consequência também os fenômenos do preconceito e da discriminação, agora, porém, direcionados ao indivíduo que ousa transgredir as regras de gênero.

3.2 Trajetória da criminalização das práticas homotransfóbicas no Brasil

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26 e o mandado de injunção nº 4.733 – cujos julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal instituíram a LGBTfobia como crime no Brasil – fundamentaram-se também, dentre outros pontos, sob a linha argumentativa de que a Constituição Federal de 1988 prevê um mandado de criminalização da LGBTfobia (quer inscrito no inciso XLI ou no inciso XLII do art. 5º) que não fora respeitado pelo Poder Legislativo.

Em diversas passagens das petições iniciais de ambas as ações, fez-se referência ao PLC nº 122/2006, que buscava, primordialmente, alterar a Lei nº 7.716/89, que define os crimes

⁶⁰ BENTO, Berenice Alves de Melo. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008, p. 18.

⁶¹ WEISS, Jillian Todd. The archaeology of biphobia and transfobia within the U.S. gay and lesbian Community. **Journal of Bisexuality**, v. 3, issue 3-4, p. 25-55, 2003, p. 33.

resultantes de preconceito de raça ou de cor, para definir os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. Muito em razão, dentre outros motivos, da resistência exercida pela Frente Parlamentar Evangélica, contudo, a tramitação do projeto foi não somente prolongada como também conturbada, tendo o Congresso Nacional procedido o seu arquivamento.

Na opinião de Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, advogado que subscreveu tanto a ADO 26 quanto o MI 4.733, os entraves com os quais o PLC 122/2006 se deparou no decorrer de sua tramitação demonstraram o que denominou de pura e simples má vontade do Parlamento Brasileiro no que diz respeito à criminalização específica da homotransfobia. Daí porque os pedidos formulados nas ações guardavam certa correlação com as pretensões que possuía o referido projeto de lei e também porque o STF, por sua vez, deu solução jurídica às demandas em condições muito semelhantes às elencadas originariamente no PLC.

Assim é que à melhor compreensão da legitimidade da criminalização da LGBTfobia, nos termos em que se deu no Brasil, é imprescindível a análise da tramitação do PLC nº 122/2006.

3.2.1 PLC nº 122/2006

Ainda em 2001, a deputada federal Iara Bernardi, do Partido dos Trabalhadores (PT), propôs projeto de lei nº 5003/2001, a fim de determinar sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas. O objetivo era promover uma modificação na Lei nº 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, de modo a incluir crimes resultantes de discriminação e preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

Ao projeto de Iara Bernardi foram apensados vários outros projetos de lei, dentre os quais é possível citar os seguintes: **PL 05/2003**, da própria deputada Iara Bernardi, que se propunha a alterar os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, e o § 3º do art. 140 do Código Penal, para incluir a punição por discriminação ou preconceito de gênero e orientação sexual; **PL 381/2003**, de Maurício Rabelo (PL/TO), visando alterar a redação do art. 1º e do art. 20 da Lei nº 7.716, de 5 de Janeiro de 1989, que ‘Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor’, incluindo a punição por discriminação ou preconceito de “cultura”; **PL 3143/2004**, de Laura Carneiro (PFL/RJ), a fim de alterar a Lei nº 7.716, de 5 de Janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor”, incluindo a punição por discriminação ou preconceito por “sexo ou orientação sexual”; **PL 4243/2004**,

de Edson Duarte, que procurava estabelecer o crime de preconceito por orientação sexual, alterando a Lei nº 7.716, de 5 de Janeiro de 1989.

Conjuntamente, todos esses projetos fundamentaram a criação do PLC 122 que, aprovado na Câmara dos Deputados em 23 de novembro de 2006 na forma do substitutivo proposto pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, fora encaminhado ao Senado Federal.

Já no Senado, o projeto foi encaminhado à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, sob a relatoria da Senadora Fátima Cleide, que realizou diversas audiências públicas com a participação da sociedade civil. Antes que a questão fosse decidida pela referida comissão, no entanto, a requerimento do Senador Gim Argello, o projeto fora encaminhado para apreciação também pela Comissão de Assuntos Sociais.

Quando na Comissão de Assuntos Sociais, também sob a relatoria da Senadora Fátima Cleide, a Presidência da Câmara dos Deputados recebeu manifestações de diversas entidades sobre o projeto, bem como foram realizadas outras audiências públicas. Assim é que, antes da aprovação do relatório da relatora, pela aprovação do projeto na forma do substitutivo, o PLC 122/2006 fora alvo de amplas discussões.

O substitutivo apresentado pela Comissão de Assuntos Sociais, conforme consulta ao site do Senado Federal, partia de quatro pressupostos:

1. Não discriminação: a Constituição Federal em seu art. 3º, IV, estabelece que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Não bastasse, o art. 5º, caput, preordena que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Portanto, nossa Magna Carta não tolera qualquer modalidade de discriminação. Assim, se outras formas de preconceito e discriminação são criminalizadas, por que não a homofobia?

2. Intervenção mínima para um direito penal eficaz: na contramão das correntes conservadoras que pregam um direito penal máximo, um Estado Penal, sustentamos a idéia de que o direito penal, por ser o mais gravoso meio de controle social, deve ser usado sempre em último caso (*ultima ratio*) e visando tão somente ao interesse social. Nesse sentido, as condutas a serem criminalizadas devem ser apenas aquelas tidas como fundamentais. Ademais, os tipos penais (verbos que definem condutas) devem ser fechados e objetivos.

3. Simplicidade e clareza: o Substitutivo faz a nítida opção por uma redação simples, clara e direta, com pequenas modificações na Lei nº 7.716/1989 – e no Código Penal.

4 O Substitutivo amplia o rol dos beneficiários da Lei nº 7.716/1989, que pude os crimes resultantes de preconceito e discriminação. Assim, o texto sugerido visa punir a discriminação ou preconceito de *origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero*.

O mérito maior do substitutivo fora o de ampliar o *rol* de beneficiários para além do proposto inicialmente pelo projeto original, ao passo em que propunha considerar criminosas as condutas já tipificadas pela lei do racismo que fossem praticadas não somente tendo em vista gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero, mas também em razão de origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência⁶². A proposta, contudo, não criava novos tipos penais – e isso fora frisado pela comissão em mais de uma oportunidade.

Com o retorno à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, o projeto foi arquivado em 12/01/2011, em razão do final da legislatura, e desarquivado em 08/02/2011. Ato contínuo, o então presidente da comissão, Senador Paulo Paim, designou a Senadora Marta Suplicy como relatora da matéria, que emitira parecer pela aprovação da matéria, na forma da Emenda (substitutiva) nº 01 da Comissão de Assuntos Sociais, e da subemenda que apresentou.

Na subemenda substitutiva, Marta Suplicy defendia que as práticas de discriminação homofóbica deveriam ser tuteladas penalmente por meio de instrumento legal próprio. Além disso, afirmava-se que deviam ser penalmente proibidas somente as condutas de maior desvalor, abarcando, portanto, discriminações nos âmbitos do mercado de trabalho, das relações de consumo e da prestação de serviços públicos. Propunha-se também a criação do crime de indução à violência e a alteração de dispositivos do Código Penal, para que a discriminação homofóbica pudesse ser contemplada como agravante genérica e específica e como causa especial de aumento de pena.

O substitutivo apresentado pela Senadora Marta Suplicy apresentava, ademais, um ponto muito mais polêmico. Sugeriu-se uma limitação ao alcance da nova lei proposta sob o ponto de vista do direito à liberdade religiosa. Os casos de manifestação pacífica de pensamento fundada na liberdade de consciência, de crença e de religião não configurariam crime de discriminação homofóbica ou incidiria em quaisquer dos dispositivos que se propunha alterar no Código Penal.

Em 17 de dezembro de 2012, o Senador Paulo Paim evoca a relatoria do projeto, em razão da saída de Marta Suplicy do Congresso Nacional. Paim também apresentou pareceres pela aprovação do projeto nos termos do último dos três substitutivos diferentes que apresentou. A quantidade de emendas apresentadas pelo senador reflete o entrave travado no Senado Federal, entre os setores mais conservadores e mais progressistas. Tendo em vista o projeto original e o substitutivo último de Paim, forçoso concluir que muitas concessões foram

⁶² MASIERO, Clara Moura. Criminalização da homofobia e política-criminal brasileira: análise crítica do PLC 122/2006. **Sistema Penal & Violência**, v. 5, n. 2, p. 171-186. Porto Alegre, 2013, p. 180.

realizadas, numa tentativa de corresponder aos anseios da Frente Parlamentar Evangélica em troca da aprovação do projeto.

O esforço negocial de Paim, no entanto, não rendeu bons frutos. Nada obstante ter retirado do projeto a palavra homofobia e ter resguardado os espaços e eventos religiosos do âmbito de aplicação de dispositivos da lei sugerida, a pedido do Senador Eduardo Lopes – evangélico da Igreja Universal do Reino de Deus –, o PLC nº 122/2006 foi anexado ao projeto do novo código penal. Paulo Paim definiu o feito – cujos propósitos são evidentemente protelatórios – como apenas uma tentativa de prolongar ainda mais o debate⁶³. O resultado foi o arquivamento do projeto.

3.2.2 ADO nº 26 e MI nº 4.733

Frente ao entrave que a criminalização da LGBTfobia encontrou pela via do Poder Legislativo, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT, em 2012, impetrou mandado de injunção no STF, a fim de buscar imputação penal às práticas homotransfóbicas. Com o mesmo propósito, o Partido Popular Socialista (PPS) ajuizou, no ano seguinte, ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

As petições iniciais das duas ações são muito semelhantes, assentando-se sob praticamente os mesmos fundamentos. Isso não é por acaso, haja vista ambas terem sido subscritas pelo mesmo advogado, a saber: Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, autor intelectual das teses veiculadas nas demandas. Convém, nesse momento, dissertar acerca de que teses foram essas, que levaram o STF a criminalizar a homotransfobia no Brasil.

Primeiramente, necessário ter em mente que tanto o MI 4.733 quanto a ADO 26 tinham por objetivo a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima.

A tese elaborada partiu do pressuposto de que a homofobia e a transfobia eram espécies de racismo, segundo o conceito que deu o STF ao termo no julgamento do HC nº 82.424/RS. Naquele caso, julgava-se *habeas corpus* impetrado por Siegfried Ellwanger, escritor e sócio da

⁶³ BRITO, Gisele. Senador pede que PL 122 seja apensado a projeto que discute Código Penal. **Rede Brasil Atual**, 08 dez. 2013. Disponível em: <https://www.redebrasiltatual.com.br/cidadania/2013/12/senador-pede-que-pl-122-seja-apensado-a-projeto-que-discute-codigo-penal-7119/>. Acesso em: 02 mar. 2020.

empresa Revisão Editora Ltda., condenado a dois anos de reclusão, com *sursis* pelo prazo de quatro anos pelo crime previsto no art. 20 da Lei do Racismo⁶⁴, por ter editado, distribuído e vendido obras antisemitas de sua autoria e de outros autores.

No HC não se questionava o mérito da condenação, mas a imprescritibilidade do crime a que fora condenado o paciente. Isso porque, segundo a tese defensiva, racismo seria tão somente o preconceito ou a discriminação em razão da raça ou da cor. Assim, muito embora a Lei do Racismo tenha sofrido alterações posteriores à sua edição para abarcar outras espécies discriminatórias – como as relativas à etnia, à religião ou à procedência nacional –, sobre essas criminalizações não incidiria o mandamento constitucional da imprescritibilidade do racismo, insculpido no inciso XLII, do art. 5º constitucional. Uma vez que o grupo dos judeus não seria uma raça, não haveria que se falar em racismo e sua consequente imprescritibilidade.

Os argumentos elencados pela defesa não foram, contudo, suficientes. O STF, por maioria, entendeu pela denegação da ordem de *habeas corpus*. Entre a razões de decidir, colhe-se do voto do Ministro Maurício Correa que “a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens” e que “racismo, longe de basear-se no conceito simplista de raça, reflete, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização, e até de eliminação de pessoas”.

Valendo-se desse conceito de racismo que o STF utilizou para o deslinde do HC 82.424/RS, Paulo Iotti argumentou que a homofobia e a transfobia seriam espécies do gênero racismo. Nesse diapasão, frente ao mandado constitucional de criminalização do racismo, a ausência de aprovação pelo Estado brasileiro de lei que tenha por objetivo a proibição penal da

⁶⁴ Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio;

III - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores.

§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido.

LGBTfobia configuraria omissão inconstitucional – daí o manejo de mandado de injunção e de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Iotti defendeu também que, caso a LGBTfobia não fosse compreendida como espécie de racismo, ainda assim persistiria o mandamento constitucional de instituição de uma punição penal para as práticas homotransfóbicas. Isso porque o inc. XLI, art. 5º da CRFB dispõe que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais – categoria na qual a LGBTfobia definitivamente se inclui – e que, por sua localização geográfica na Constituição, apesar de expressamente não se falar de uma exigência de punição penal, esta seria a melhor interpretação.

Ademais, clamou-se pelo princípio da proporcionalidade na vertente da proibição da proteção deficiente. Afirmou-se que as poucas leis municipais e estaduais de natureza não-criminal que buscaram enfrentar a problemática da LGBTfobia não foram protegeram eficientemente essa parcela da população alvo de discriminação heterossexista. Essa situação demandaria um tratamento penal à questão, como forma de enfrentamento eficiente do que chamou de banalidade do mal homofóbico.

Considerando os argumentos despendidos, o STF, então, julgou procedente o MI nº 4.733, reconhecendo a mora inconstitucional do Congresso Nacional e estendendo, com efeitos prospectivos, até que a mora seja suprimida, a tipificação prevista na Lei nº 7.716/89 (Lei do Racismo) às situações de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. Semelhantemente, a ADO nº 26 foi julgada parcialmente procedente, tendo sido fixada a seguinte tese:

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de

culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu a tese proposta.

Eis a trajetória jurídica que a sociedade brasileira percorreu até desembocar nas decisões do STF que criminalizaram, por referência à Lei do Racismo, a LGBTfobia. Conhecendo tal trajetória, pode-se, finalmente, adentrar-se em discussões específicas acerca da legitimidade da referida criminalização.

4 LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL

Esclareça-se logo de início que a análise de legitimidade que se propõe não está majoritariamente relacionada com o meio pelo qual a criminalização da LGBTfobia se deu no Brasil. A discussão a ser travada no presente capítulo não perpassa – ao menos não como questão principal – pela possibilidade de o Judiciário criar tipos penais, pela possibilidade de analogia penal *in malam partem* – isto se for possível entender a criminalização da LGBTfobia como analogia *in malam partem* – etc.

O intrigante problema que move o debate presente nesse terceiro capítulo é de uma só ordem: saber se a criminalização de condutas discriminatórias em função da orientação sexual e/ou da identidade de gênero encontra respaldo frente à teoria penal funcionalista teleológica, elaborada por Claus Roxin, de acordo com a qual a função – e a legitimidade – do Direito Penal está na proteção subsidiária de bens jurídicos.

Forçoso, portanto, delimitar se a criminalização da LGBTfobia visa a proteção de um bem jurídico (e que bem jurídico seria esse), bem como determinar se a proteção de tal bem não poderia se dar mediante o uso de instrumentos jurídicos menos gravosos aos direitos individuais. Dissertar acerca dessas questões constitui o núcleo central do presente capítulo.

Certos apontamentos, porém, necessitam ser feitos preliminarmente. Assim o é porque a análise da criminalização da LGBTfobia à luz da proteção subsidiária de bens jurídicos – isto é: se a criminalização é legítima – só tem razão de ser se a Constituição da República não impõe um mandado de criminalização da homotransfobia. Nesse ponto, necessária uma análise dialética dos argumentos de que se valeu Paulo Iotti no MI 4.733 e na ADO 26 e que foram acolhidos pelo STF em seus julgamentos.

Além do mais, uma outra dúvida se afigura como anterior a todo o debate. A criminalização da LGBTfobia no Brasil se deu por meio de criminalizações específicas. Impende saber se a existência de criminalizações específicas ofende o princípio da igualdade, como muito se ouve nos círculos conservadores críticos não só à criminalização da LGBTfobia, mas contrários a todas as criminalizações que se dizem benéficas a grupos socialmente minoritários – como também é o caso da agravante do feminicídio para as mulheres. Comecemos por esse ponto.

4.1 Criminalizações específicas e princípio da igualdade

A análise da legitimidade da criminalização da LGBTfobia no Brasil deve ser iniciada por uma questão que é prejudicial a todo o desenrolar da discussão que se propõe realizar no presente capítulo, que é a de determinar se criminalizações voltadas especificamente para determinados grupos são legítimas – problemática que, em verdade, pode ser traduzida pelo enunciado: criminalizações específicas violam o princípio da igualdade?

Em entrevista concedida à Folha de São Paulo, o Presidente do Brasil, Jair Bolsonaro, afirmou que as decisões do STF que culminaram na criminalização da LGBTfobia foram um equívoco porque, dentre outros motivos, a proibição penal aprofunda a divisão de classes⁶⁵. A sugestão é de que a criminalização específica implicaria em uma forma discriminatória de tratamento dos indivíduos na sociedade.

O argumento não é desconhecido e é compartilhado por alguns setores da comunidade jurídica. Quando da alteração do Código Penal, realizada pela Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015, que alterou o art. 121 daquele diploma para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do homicídio, muitas vozes ecoaram nessa mesma direção.

Para alguns, sendo homens e mulheres iguais em direitos e deveres, não haveria sentido na criação de um tipo penal que beneficiaria apenas mulheres. Haveria uma ofensa à isonomia, na medida em que o homicídio cometido em razão da condição da vítima de pertencimento ao gênero feminino passou a ser considerado crime hediondo (uma vez que constitui homicídio qualificado), enquanto o homicídio de um homem motivado pelo seu pertencimento ao gênero masculino seria considerado simples⁶⁶. A lei estaria, para esses autores, criando uma discriminação inconstitucional.

Mas o que vem a ser uma prática discriminatória? Em que situações se pode dizer que o princípio da igualdade (constitucionalmente previsto) foi violado? Seria a hipótese de criminalizações específicas uma dessas situações? Sobre algumas dessas questões se debruçou Celso Antônio Bandeira de Mello em “Conteúdo jurídico do princípio da igualdade”⁶⁷.

A despeito de eventuais argumentos que se encaminhem no sentido de que homens e mulheres, por exemplo, serem iguais em direitos e deveres, isso não significa que o gênero não possa ser tomado como um fator de discriminação entre indivíduos. O mesmo sucede com todas

⁶⁵ FERNANDES, Talita. Bolsonaro diz que STF ‘se equivocou’ ao criminalizar homofobia e volta a defender ministro evangélico. **Folha de São Paulo**, 14 jun 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/06/bolsonaro-diz-que-stf-se-equivocou-ao-criminalizar-homofobia-e-volta-a-defender-ministro-evangelico.shtml>. Acesso em: 03 mar. 2020.

⁶⁶ OLIVEIRA, Leonardo Alves de. A nova lei de feminicídio em face do princípio constitucional da isonomia: avanço ou retrocesso? **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, a. 2, v. 5, p. 863-871, 2016, p. 870.

⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2008.

as outras características pessoais, inclusive com a orientação sexual e a identidade de gênero. Não existe, segundo Celso Antônio, qualquer empecilho à utilização de características pessoais como critério de desequiparação entre indivíduos.

A vedação que impõe o inciso IV do art. 3º da CRFB, ao estabelecer como um dos objetivos do Estado brasileiro a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação, reside, em verdade, na impossibilidade de que esses critérios sejam elegidos como fatores de diferença por si sós. Não significa, a título ilustrativo, que o ordenamento jurídico não possa conferir tratamento distinto a pessoas em razão da idade que possuam, sem que isso constitua violação ao princípio da igualdade.

Mesmo porque quando se levanta a bandeira da igualdade, há de se rememorar que tal princípio comporta duas dimensões. Se o inciso IV, art. 3º da CRFB elenca a isonomia em seu sentido formal, há de se levar em consideração seu caráter material, que já fora denunciado desde a máxima aristotélica de que a igualdade consiste não só tratar igualmente os iguais, mas também está em tratar desigualmente os desiguais.

Não se quer afirmar, no entanto, que a escolha da raça, do gênero, da sexualidade etc. como fatores de diferenciação do tratamento jurídico ao qual as pessoas devem se submeter nunca desrespeitará o mandamento constitucional da igualdade. A legitimidade só se fará presente – leciona Celso Antônio – quando existir um fundamento lógico e compatível com os valores constitucionais entre o fator diferencial escolhido e o tratamento distinto em razão dele conferido pela lei.

Assim é que criminalizações específicas não são ilegítimas ou inconstitucionais em si mesmas, desde que apresentem um fundamento racional adequado aos ditames da ordem constitucional. O questionamento lógico é: a criminalização específica da LGBTfobia possui um fundamento constitucionalmente válido que a legitime perante o princípio da isonomia?

Respondendo negativamente à essa questão, poder-se-ia dizer que os tipos penais até então existentes já davam conta de punir violências homotransfóbicas. Assim é que os homicídios de heterossexuais e de homossexuais/bissexuais, de pessoas transgêneras e cisgêneras, seriam todos igualmente investigados e punidos pelo mesmo art. 121 do Código Penal. A criminalização específica seria desnecessária para aqueles que compartilham dessa visão.

Os tipos penais gerais como o homicídio, a injúria, dentre outros, no entanto, em sua tarefa repressora, não alcançam a dimensão da violência LGBTfóbica. Ao passo em que – de fato – reprimem igualmente os crimes cometidos contra aqueles que divergem ou não da norma social heterossexual e cisgênera, ignoram que quem apresenta orientações sexuais e/ou

identidades de gênero divergentes não se encontram materialmente em posição de igualdade com os demais e padecem de um mal particular: o heterossexismo.

O heterossexismo, como se debateu no capítulo anterior, é a origem do preconceito e da discriminação homofóbicos e transfóbicos e conflita – isso sim – com a ordem constitucional de não discriminação. Daí se verificar uma situação particular que atinge os integrantes da comunidade LGBT que demanda tratamento por meio de política específica, a fim de que se concretize os próprios ditames constitucionais.

4.2 (In)existência de mandado constitucional de criminalização da LGBTfobia

O fato de a criminalização da LGBTfobia não ser ilegítima apenas por ser específica, haja vista inexistir correlação lógica necessária entre a especificidade do tipo e ofensa à isonomia, não encerra a discussão do presente capítulo. Questões outras precisam ser discutidas, como a existência ou não de mandado constitucional de criminalização da problemática – o que inegavelmente computaria, respectivamente, a favor ou contra a sua legitimidade.

4.2.1 Tese principal: LGBTfobia como espécie de racismo

A tese principal de que se utilizaram o MI nº 4.733 e a ADO nº 26 para afirmar que o Congresso Nacional estava em mora inconstitucional foi a de que homofobia e transfobia constituem espécies de racismo. Frente ao que dispõe o inciso XLII, art. 5º, CF/88 (“a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”), o Estado brasileiro estaria, consequentemente, obrigado a criminalizar a homofobia e a transfobia.

Para defender que a LGBTfobia é espécie de racismo, valeu-se do que restou decidido no julgamento do paradigmático caso do *Habeas Corpus* nº 82.424/RS. Ali, como já mencionado no capítulo antecedente, discutia-se sobre a situação de Siegfried Ellwanger, escritor e sócio da empresa Revisão Editora Ltda., condenado a dois anos de reclusão, com *sursis* pelo prazo de quatro anos pelo crime previsto no art. 20 da Lei do Racismo, por ter editado, distribuído e vendido obras antisemitas de sua autoria e de outros autores.

Questionava-se, em sede de HC, a imprescritibilidade do delito praticado por Ellwanger, sob o argumento de que a discriminação ou preconceito em questão não constituiria racismo, uma vez que a classe dos judeus não configuraria uma raça. Nada obstante o esforço argumentativo despendido, o acórdão de julgamento foi assim ementado:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. **4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.** 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. **Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo.** Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamofobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuam rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norteamericana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com

grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravio revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada⁶⁸. (g.n.)

O tratamento jurídico que deu o tribunal ao tema não se distancia do que afirmam os cientistas sociais que trabalham a questão. Para o professor moçambicano Carlos Serra, o racismo, ao lado do etnicismo e do xenofobismo, seria uma das várias modalidades de construção social negativa do Outro. De todas as outras se distanciaria, no entanto, porque o racismo se dá em vistas de marcadores físicos, daquilo que é fisicamente visível, notadamente a cor, a pigmentação da pele. O racismo reside na ideia de superioridade sócio-genética de uma "raça" perante outra⁶⁹.

⁶⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 82.424**, Relator(a): Min. Moreira Alves, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19/03/2004 PP-00024 EMENT VOL-02144-03 PP-00524.

⁶⁹ SERRA, Carlos. Introdução: construção social negativa do Outro. In: JESUS, Jaqueline de; CARVALHO, Paulo de; DIOGO, Rosália; GRANJO, Paulo. **O que é racismo?** Lisboa: Escolar Editora, 2014, p. 7-8.

Nesse mesmo sentido, o sociólogo angolano Paulo de Carvalho informa que o racismo reside na convicção da existência de raças humanas que se distinguem em virtude de critérios somáticos (cor de pele, cor dos olhos, textura de cabelo etc.) e na hierarquização dessas “raças”, em razão da associação das diferenças físicas a diferenças de ordem psicológica, cultural ou social⁷⁰.

Raça, em verdade, não é uma categoria biológica existente entre humanos, conforme citado pelo próprio STF. Entre nós, contudo, existe uma categoria racial socialmente produzida em razão de determinadas características físicas apresentadas por determinados grupos humanos. Assim, a psicóloga social brasileira Jaqueline de Jesus explica que “o termo “raça” adquire valor semântico apenas de acordo com o seu uso entre sociedades que tendem a estratificar suas classes com base em características físicas dos grupos sociais que nelas vivem, determinando o grau de sua cidadania ou humanização”⁷¹.

É sabido que, em termos biológicos, não existe uma raça judia – assim como também não existe uma raça negra. O que restou consignado no acórdão proferido em decorrência do julgamento do HC nº 82.424/RS foi que o antissemitismo se funda exatamente na ideia de que a “raça ariana” é superior à “raça judia”. Tal proposição se enquadra nos exatos termos do que é racismo. É nesse sentido que a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social.

É bem verdade que a homofobia e a transfobia – tal como se dá no fenômeno racista – se fundam na ideia de hierarquia. É assim também com o sexismo que hierarquiza homens em posição de superioridade em relação às mulheres. Mas o processo político-social que culmina no racismo se dá com base na aparência física do outro, especialmente em relação à cor de pele, isto é, da “raça”, enquanto na LGBTfobia, a hierarquização se funda em identidades de gênero e orientações sexuais.

LGBTfobia não é, portanto, espécie de racismo, muito embora ambos os fenômenos guardem similitudes. Constituem, antes, duas espécies de construção negativa do Outro, que culminam em preconceitos e discriminações específicos, com mecanismos de ação e origens sociais também distintos.

⁷⁰ CARVALHO, Paulo de. Racismo enquanto teoria e prática social. In: JESUS, Jaqueline de; CARVALHO, Paulo de; DIOGO, Rosália; GRANJO, Paulo. **O que é racismo?** Lisboa: Escolar Editora, 2014, p. 39-40.

⁷¹ JESUS, Jaqueline de. Racismo: processos psicossociais de exclusão. In: JESUS, Jaqueline de; CARVALHO, Paulo de; DIOGO, Rosália; GRANJO, Paulo. **O que é racismo?** Lisboa: Escolar Editora, 2014, p. 32.

Não se negue, por exemplo, que o negro não pode escapar à negritude, que lhe está impregnada fisicamente, e que será, inevitavelmente, lido como negro. Enquanto isso, uma lésbica – e usa-se esse exemplo também porque mulheres lésbicas padecem de invisibilidade social – pode não ser compreendida como tal, porquanto não traz a lesbiandade estampada no corpo. Não se quer, com isso, medir opressões, porque a impossibilidade de livre manifestação e expressão da sexualidade traz também seu sofrimento correspondente, mas demonstrar como o racismo se distingue da LGBTfobia.

Também não se olvide que, no Brasil, sujeitos homossexuais, bissexuais e transgêneros negros ou pertencentes a outra raça entendida como inferior sofrem preconceitos e discriminações não sofridas por homossexuais, bissexuais e transgêneros brancos. Cuida-se de uma dimensão distinta de opressão, que em nada abarca a problemática da sexualidade ou da identidade de gênero, como haveria de ser acaso racismo e LGBTfobia estabelecessem relação de gênero e espécie.

Aliás, se LGBTfobia fosse mesmo espécie de racismo, como argumentou-se no MI 4.733 e na ADO 26, o enfrentamento do racismo englobaria o enfrentamento da homotransfobia, porque o gênero comporta a espécie. Se se aceita a premissa de Iotti, homossexualidade, bissexualidade e transgeneridade seriam espécies de raça. E, em já tendo sido o racismo e os crimes decorrentes de preconceito e discriminação por raça tipificados desde 1989, qual seria a omissão inconstitucional a ensejar o manejo de mandado de injunção e de ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, mais que isso, apta a fundamentar ordem ao Congresso Nacional para que edite lei criminalizando o que já estaria criminalizado desde o século passado? Em se conferindo interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça da Lei nº 7.716/89, para nele incluir a homofobia e a transfobia, já não estaria satisfeito o alegado mandado de criminalização da LGBTfobia?

O que se vislumbrou fora uma causa de pedir contraditória. Nesse ponto, ou a LGBTfobia é racismo e, portanto, já se encontrava criminalizada; ou existia mora do Congresso Nacional em criminalizar a LGBTfobia, pelo que ela não poderia ser entendida como racismo (uma vez que este já fora criminalizado desde 1989).

A fundamentação das ações também contradiz a literatura na qual se apoiou – e que fora, inclusive, utilizada no segundo capítulo do presente trabalho, como Daniel Borrillo. Isso porque o que se aponta é que se há alguma opressão de qual a LGBTfobia possa constituir espécie, essa é o sexism. Não à toa se fala em heterossexismo como a origem do preconceito e da discriminação homofóbicos e transfóbicos.

Tendo em vista a tão intrincada relação entre LGBTfobia e machismo, é inevitável se levantar o questionamento do porque as tentativas de tratamento legislativo das práticas homotransfóbicas no Brasil nunca buscaram inspiração na Lei nº 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, que produziu bem menos danos no que diz respeito à expansão do sistema penal (de cujos efeitos problemáticos se dissertou já no primeiro capítulo) do que a Lei do Racismo.

De toda forma, resta evidenciada as contradições das quais está revestido o discurso de que a LGBTfobia representaria espécie de racismo social – como se todo racismo não fosse necessariamente social – e de que, consequentemente, existiria um mandado constitucional de criminalização específica das práticas homotransfóbicas.

4.2.2 Teses subsidiárias: mandado de criminalização de todas as formas de discriminação e proibição da proteção deficiente

De forma subsidiária, alegou-se que o Congresso Nacional incorria em mora inconstitucional na criminalização da LGBTfobia também porque, a despeito de o inciso XLI do art. 5º não prever expressamente punição de natureza penal às discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais, essa seria uma interpretação possível ao se considerar a localização geográfica do dispositivo na Constituição.

Fato é que, independentemente de onde esteja localizado o dispositivo, só se poderia falar em mandado de criminalização implícito, uma vez que não há menção expressa à punição penal ou a caracterização das discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais como crimes. É por essa razão que, ao lado do frágil argumento geográfico, elencou-se a proibição da proteção deficiente.

Lênio Streck, um dos primeiros a tratar do disciplinamento da proibição da proteção deficiente no Brasil, explica que na Alemanha se começou a falar em um dever estatal de proteção de direitos, que pode se apresentar de dois modos distintos: a proibição de excesso (*Übermaßverbot*) e a proibição de proteção deficiente (*Untermaßverbot*)⁷², ambos decorrências do princípio da proporcionalidade.

A proibição de proteção deficiente está intrinsecamente relacionada à teoria dos mandados constitucionais implícitos de criminalização. Toma-se como pressuposto que o

⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Qual a semelhança entre o furto privilegiado e o tráfico de drogas?** 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-jul-10/qual_semelhanca_entre_furto_privilegiado_trafico_drogas. Acesso em: 06 mar. 2020.

Estado hodierno não se alicerça apenas na abstenção, mas também se dirige à proteção de bens jurídicos por meio de posturas ativas. Esses bens jurídicos, certamente, devem ser protegidos de modo eficiente. Assim, mesmo quando a Constituição não prevê expressamente um mandado de criminalização, é possível argumentar que a proteção eficiente de um bem jurídico só se torna possível mediante a utilização do Direito Penal. Estar-se-ia, então, diante de um mandado constitucional implícito de criminalização⁷³.

Fora exatamente esse o argumento utilizado por Paulo Iotti, tanto no MI 4.733 quanto na ADO 26, ao mencionar que a discriminação LGBTfóbica atenta não somente contra os direitos fundamentais à liberdade e à igualdade dos integrantes da comunidade LGBT, mas também viola o direito fundamental à segurança, uma vez que a legislação não-criminal punitiva não tem se mostrado apta a coibir a homofobia e a transfobia nos (poucos) Estados e Municípios que possuem leis administrativas para tanto, evidenciando uma proteção deficiente.

Tal como a teoria da proteção subsidiária de bens jurídicos, a teoria da proibição da proteção deficiente limita o legislador, que ficaria adstrito a essa face do princípio da proporcionalidade. Assim é que, não somente a criminalização só seria legítima quando se visasse a proteção de um bem jurídico que não pudesse ser tutelado por meios mais gravosos, mas também seria ilegítima a não criminalização desse mesmo bem jurídico quando a proteção ofertada pelas outras searas do direito fosse deficiente. A ilegitimidade da intervenção penal passaria a ser aferível por ação e por omissão.

A proporcionalidade, então, englobaria, para além da já tradicional proibição do excesso, também a proibição da proteção insuficiente, que seria habitualmente traduzida por uma omissão do Poder Público em relação ao cumprimento de um mandamento constitucional. Essa, porém, não seria a única modalidade de proteção insuficiente/deficiente. Também as descriminalizações e as *novatio legis in mellius* poderiam afrontar a proporcionalidade, nessa sua mais recentemente descoberta versão⁷⁴.

O postulado da proporcionalidade (de onde se alega partir a proibição da proteção deficiente) é aplicável a situações em que seja possível aferir uma relação de causalidade entre um meio e um fim. Somente nesse contexto é possível proceder aos três exames verificadores da proporcionalidade. Ei-los: se o meio é adequado a promover o fim que se propõe; se o meio

⁷³ SCALCON, Raquel Lima. Crítica à teoria dos mandados constitucionais implícitos de criminalização: podemos manter o legislador ordinário penal na prisão? **Revista Res Severa Verum Gaudium**, v. 1, n. 1, p. 167-184, Porto Alegre, 2009, p. 175.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 10, p. 303-354. Madrid, 2006, p. 335.

é necessário ao alcance do fim, em razão da falta de outros meios menos dispendiosos; se as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio, ao que corresponderia a ideia proporcionalidade em sentido estrito⁷⁵.

Scalcon, porém, alerta para algumas inconsistências da teoria da existência de mandados constitucionais implícitos de criminalização em razão da proibição da proteção deficiente. Dentre elas, a mais relevante nesta altura do presente trabalho se dá no âmbito da aplicação do postulado normativo da proporcionalidade, no que concerne à adequação do meio à promoção do fim⁷⁶.

É que nada garante que a criminalização seja meio adequado para promover a proteção suficiente de determinado bem jurídico. Em determinados contextos, outros meios, advindos de outros ramos do direito, são muito mais propícios a proteger adequadamente e suficientemente um bem que a intervenção penal. E a falibilidade de legislação não criminal em proteger suficientemente nem sempre implica em inutilidade daquele ramo do direito ao fim perseguido. Antes que se recorra ao Direito Penal, há de se considerar outras alternativas não criminais que busquem a proteção suficiente.

Mais que isso, há de se verificar se o Direito Penal tem, de fato, a aptidão de proteger de modo suficiente dado bem jurídico. Têm-se, comumente, a ideia de que o Direito Penal dá conta de tudo, de que pode solucionar todos os problemas. Não são todas as problemáticas sociais, porém, que pode o sistema jurídico-penal resolver. Se assim fosse, bastaria que todas as condutas indesejadas pela sociedade fossem criminalizadas.

Aqui se faça a mesma ressalva que fizera Scalcon: não se está discutindo se somente há legitimidade em criminalizações que apresentam grande eficácia preventiva – esse é outro debate. O ponto reside em evidenciar que não se pode – ao menos, não sem se incorrer em um discurso altamente contraditório – partir da ideia de proibição da proteção deficiente para pugnar abstratamente pela intervenção penal, quando não há sequer indícios de que a criminalização possa oferecer uma proteção suficiente.

Os indícios, aliás, na seara das criminalizações dos preconceitos e discriminações, apontam em sentido diverso, de que a utilização do Direito Penal como forma de proteção de tais bens jurídicos é também deficiente. Apegue-se ao exemplo do feminicídio. Num cenário

⁷⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 112-113.

⁷⁶ SCALCON, Raquel Lima. *Op cit.* p. 177.

no qual uma mulher morre no Brasil a cada sete horas, apenas por ser mulher⁷⁷, quem ousaria defender que a criminalização ofereceu proteção suficiente à vida das mulheres?

Quando se advoga pela criminalização à sombra da proibição da proteção deficiente, parte-se da ideia de que o Direito Penal oferecerá necessariamente uma proteção mais eficiente. Esse pressuposto, contudo, nem sempre encontra correspondência na prática. Ainda mais em casos nos quais se busca enfrentar a construção negativa do outro, como se dá com o sexismo, o racismo e a LGBTfobia.

Em verdade, o Direito Penal, por sua própria natureza, não tem a aptidão de enfrentar eficientemente as problemáticas sociais que culminam em práticas discriminatórias. Maíra Cardoso Zapater já denunciara que porque a lei penal, naturalmente, somente produz responsabilização individual, quando se criminaliza preconceitos (racismo, machismo, LGBTfobia) escamoteia-se as origens históricas do problema e a problemática da naturalização da conduta pela sociedade⁷⁸.

Assim é que a proibição penal pouco (ou em nada) contribui para frear a reprodução da discriminação e do preconceito homofóbicos, representando ela mesma uma proteção insuficiente à comunidade LGBT – o que certamente se ratificará pela passagem do tempo, tal como ocorreu nos casos das criminalizações do racismo e, mais recentemente, do feminicídio.

Scalcon também aponta inconsistências no que diz respeito ao segundo exame de verificação do postulado normativo da proporcionalidade, isto é, quanto à necessidade da criminalização. Essa questão é objeto de discussão do próximo tópico, no qual se investiga a subsunção da criminalização da LGBTfobia no Brasil à teoria funcionalista de Claus Roxin, que impõe a proteção subsidiária de bens jurídicos como função e fator de legitimação do Direito Penal.

4.3 Análise da legitimidade da criminalização da LGBTfobia no Brasil sob a perspectiva de Claus Roxin

Discutidas as inconsistências que permeiam o argumento da existência de mandado constitucional de criminalização da LGBTfobia, pode-se, agora, adentrar ao problema central

⁷⁷ VALESCO, Clara; CAESAR, Gabriela; REIS, Thiago. Mesmo com queda recorde de morte de mulheres, Brasil tem alta no número de feminicídios em 2019. **G1**, 05 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/03/05/mesmo-com-queda-recorde-de-mortes-de-mulheres-brasil-tem-alta-no-numero-de-feminicidios-em-2019.ghtml>. Acesso em: 08 mar. 2020.

⁷⁸ ZAPATER, Maíra Cardoso. O Haiti ainda é aqui: a Lei 7.716/89 e o “racismo à brasileira”. **Aracê, Direitos Humanos em Revista**, a. 2, n. 2, p. 156-173, 2015, p. 171.

do presente trabalho, que reside em determinar se, com base no funcionalismo teleológico de Claus Roxin, a criminalização da LGBTfobia no Brasil se reveste de legitimidade à luz da proteção subsidiária de bens jurídicos, função de que é dotado o Direito Penal.

Para tanto, retome-se o conceito que Roxin atribuiu a bem jurídico. Para o funcionalista, “los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarollo em el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”⁷⁹. Também pode ser compreendido como as condições individuais e instituições estatais necessárias para assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos⁸⁰.

É verdade que muitos outros teóricos apresentaram diversos entendimentos acerca do que seria o bem jurídico, sendo esse um aspecto controvertido até os dias atuais. Uma vez, porém, que o bem jurídico limita a atividade do legislador, seu conteúdo somente pode derivar dos princípios constitucionais, pois é a Constituição o único instrumento que restringe previamente o Poder Legislativo⁸¹.

Deve, então, o legislador penal ordinário buscar na Constituição os bens jurídicos, cuja ofensa afetaria a convivência social harmônica e pacífica. Isso não somente porque é o Texto Maior que disciplina os bens, valores e interesses imprescindíveis à preservação da sociedade e ao adequado desenvolvimento pessoal de seus integrantes, mas também porque criminalizações implicam restrições à liberdade e/ou à propriedade, que são direitos constitucionalmente garantidos. Tendo isso em perspectiva, o sacrifício desses direitos só se mostra legítimo quando para proteger um outro bem que também goze de relevância e *status constitucional*⁸².

Cumpre, agora, investigar se a criminalização da LGBTfobia se preocupa em proteger bens jurídicos e, em caso afirmativo, que bens jurídicos seriam esses.

4.3.1 Os bens jurídicos protegidos pela criminalização da LGBTfobia

⁷⁹ ROXIN, Claus, 1997. *Op cit.*, p. 56.

⁸⁰ ROXIN, Claus, 2009. *Op cit.*, p. 11.

⁸¹ ROXIN, Claus, 1997. *Op cit.*, p. 55-56

⁸² SILVA, Cristiano da Fonseca Tavares da. **A relegitimação da teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos na sociedade de risco.** 2014. Monografia (Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal) – Escola Paulista de Direito, São Paulo, 2014, p. 30-31.

Em sua dimensão afetiva, conforme discutido no capítulo anterior, a LGBTfobia certamente pode ser entendida sob a perspectiva de uma convicção ideológica – na acepção de ideologia como um ideário histórico, social e político que oculta a realidade⁸³. A hierarquização das orientações sexuais, isto é, o heterossexismo, pode representar, talvez, um aspecto da fé desta ou daquela comunidade religiosa.

No caso dessas hipóteses, não há dúvidas de que a intervenção criminal não seria legítima. Conforme apontado no primeiro capítulo, a atividade legislativa no âmbito penal não deve se voltar ao combate de imoralidades ou ideologias. Mesmo porque o Direito Penal não se interessa pelas questões de foro psicológico, garantindo-se a cada um dos sujeitos o direito à perversão. O direito deve estar comprometido tão somente com a proteção e a promoção de direitos fundamentais.

Quando, no entanto, a LGBTfobia se manifesta não somente como preconceito, mas materializa-o na forma de discriminação LGBTfóbica, passa a se revestir de importância jurídica. Em verdade, a construção de uma sociedade livre de quaisquer formas de discriminação é meta que fora elevada à categoria de objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, de acordo com o art. 3º, IV, da CRFB.

O postulado da não discriminação é corolário lógico do princípio da igualdade. O comando normativo exarado pela igualdade não implica tratar a todos, inexoravelmente, de forma igualitária, mas – rememore-se o debate realizado no início do presente capítulo – que só se façam distinções com base em critérios objetivos e racionais que se prestem ao alcance do fim pretendido⁸⁴. Assim é que a discriminação pode ser compreendida juridicamente como diferenciação que, por ser arbitrária, atenta contra o princípio da igualdade. A não discriminação seria a vertente negativa da igualdade⁸⁵.

O tratamento discriminatório constitui tentativa de anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais de determinada parcela da população. Essa é a conclusão que pode ser extraída de diversos documentos internacionais, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as

⁸³ CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. São Paulo: Brasiliense, 2008, p. 7.

⁸⁴ NOTARI, Márcio Bonini. Criminalização da discriminação em razão da diversidade de gênero. **Revista Ius Gentium**, v. 10, n. 1, p. 65-89, Curitiba, 2019, p. 77.

⁸⁵ OLIVEIRA, Luciana Estevan Cruz de. Os princípios da igualdade e da não discriminação diante da autonomia privada: o problema das ações afirmativas. **Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, a. 11, n. 37, p. 141-168. Brasília, 2012, p. 152.

Formas de Discriminação Racial⁸⁶ e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher⁸⁷. Nesse aspecto é que reside a importância da não discriminação enquanto valor e objetivo constitucional e, portanto, como bem jurídico a ser protegido.

A discriminação tem a aptidão de se imiscuir nos mais diversos aspectos da vida do indivíduo, podendo afetar o reconhecimento, gozo e exercício de direitos relacionados a política, educação, emprego, serviços sociais e de saúde, moradia, sistema penitenciário etc⁸⁸. No que diz respeito à parcela da população que integra a comunidade LGBT, essa não é uma afirmação de difícil constatação prática.

Resultados de pesquisa sobre o atendimento vivenciado por travestis no Sistema Único de Saúde, dirigida por Magnor Ido Muller e Daniela Riva Knauth, evidenciaram vários eventos discriminatórios que, sendo frequentes no cotidiano das travestis, afetam o pleno exercício do direito à saúde constitucionalmente garantido a todos. São situações de recusa, por parte dos profissionais de saúde e de apoio, da utilização do nome social, de recusa de atendimento em si mesmo de associação imediata da travestilidade com o HIV/aids, que acabam desestimulando o uso dos serviços de saúde⁸⁹.

Cenário semelhante é encontrado na esfera do direito à educação. O trato com o público LGBT nas escolas envolve, não raramente, a atribuição de apelidos e o uso de expressões com conotação de inferioridade, agressões físicas e verbais, piadas de escárnio etc. Tudo isso leva a consequências desastrosas para o aluno LGBT, que, para além de ter o seu bem-estar subjetivo afetado (causando-lhe problemas de ordem psicológica), passa a enfrentar problemas de rendimento, o que pode culminar em desinteresse pela escola e em evasão escolar⁹⁰.

⁸⁶ BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html Acesso em: 14 mar. 2020.

⁸⁷ BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm Acesso em: 14 mar. 2020.

⁸⁸ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (IBA). O direito a igualdade e não-discriminação na administração da justiça. In: **Direitos humanos na administração da justiça**: Manual de direitos humanos para juízes, promotores e advogados, p. 4. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/manual-de-direitos-humanos/>. Acesso em: 9 de mar. 2020.

⁸⁹ MULLER, Magnor Ido; KNAUTH, Daniela Riva. Desigualdades no SUS: o caso do atendimento às travestis é 'babado'!. **Cad. EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 01-14, 2008, p. 6.

⁹⁰ SOUSA, Karol Jefesson Alves de. As diversas manifestações homofóbicas e suas consequências no cotidiano das minorias LGBT. **Revista Clóvis Moura de humanidades**, v. 2, n. 1, p. 27-44, 2016, p. 34.

Isso tudo sem falar nos casos de violência LGBTfóbica, quando homossexuais, bissexuais e transgêneros são literalmente mortos, lesionados, têm sua honra agredida etc. apenas por possuírem orientação sexual e/ou identidade de gênero não conforme a norma socialmente imposta pelo heterossexismo.

Inegável que a discriminação LGBTfóbica viola bens jurídicos constitucionalmente previstos e que deve, portanto, ser combatida pelo Estado. Mas que determinado bem se encontre constitucionalmente previsto não é suficiente para que se diga legítima uma lei que pretenda, por meio de uma criminalização, protege-lo. É preciso, para além disso, que haja necessidade de que o bem jurídico seja protegido criminalmente. Trata-se do caráter subsidiário da proteção de bens jurídicos pelo Direito Penal.

4.3.2 A (des)necessidade de criminalização da LGBTfobia

Conforme ressaltado desde os primeiros momentos deste trabalho, o Direito Penal, por ser naturalmente capaz de suprimir direitos tão importantes, carece de uma legitimação. Essa é uma problemática que, ao fim e ao cabo, pode ser traduzida como uma questão de proporcionalidade. No fundo, o que se discute é de quanto Direito Penal pode o Estado dispor na tarefa de proteção de bens jurídicos. Porque a intervenção penal também “ofende” direitos, busca-se compreender qual a medida exata de sua utilização, de modo que seu uso faça mais bem do que mal.

Segundo Humberto Ávila, o exame do cumprimento do princípio da proporcionalidade, conforme já discutido, perpassa pela análise da adequação, da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. No que diz respeito às proibições penais, o juízo da necessidade está relacionado à comparação entre a criminalização e outros meios jurídicos alternativos, no que diz respeito à finalidade de proteção do bem jurídico e à menor lesividade aos direitos fundamentais afetados pela intervenção⁹¹.

Em havendo outro meio menos gravoso que possilite a proteção de bens jurídicos, a criminalização de condutas deve ser evitada. É isso precisamente o que quer dizer Claus Roxin quando fala em subsidiariedade. O Direito Penal deve ser encarado como *ultima ratio*. Já advertira Ferrajoli que, em sendo a intervenção penal a técnica de controle social mais gravosa à liberdade e à dignidade da pessoa humana, somente a ela se deve recorrer em situações

⁹¹ FLACH, Michael Schneider. O princípio da proporcionalidade como limite penal. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, n. 68, p. 157-186, Porto Alegre, 2011, p. 172.

extremas. Daí o terceiro axioma do garantismo penal (*nulla poena sine necessitate*) se desdobrar na tese T20: *nullum crimen sine necessitate*⁹².

No caso sob análise, isto é, quando se fala de proteger o princípio da igualdade por meio do combate à discriminação LGBTfóbica, há de se ponderar acerca da possibilidade de existência de meios não penais aptos a proteger tal bem jurídico de forma menos gravosa aos direitos fundamentais que a criminalização que se obteve. Nessa altura, convém explicitar mais uma vez que as condutas LGBTfóbicas criminalizadas foram aquelas previstas nos preceitos primários da Lei do Racismo. De tal modo, o que se cogita é da possibilidade ou não de se proibir tais condutas por outros meios jurídicos que não o penal.

É sabido que um dos argumentos elencados na ADO 26 e no MI 4.733 fora o de que a “legislação não-criminal punitiva não tem se mostrado apta a coibir a homofobia e a transfobia nos (poucos) Estados e Municípios que possuem leis administrativas para tanto”. Só pela análise do argumento apresentado, é possível inferir que os esforços de combate à homotransfobia na seara cível e administrativa foram mínimos e, para além disso, contaram com a adesão de poucos Estados-membros e Municípios. Isso, por si só, já demonstra que a suposta falibilidade das medidas até então existentes pode estar relacionada não à sua inaptidão para proteger o postulado da não discriminação, mas à sua não uniformidade ou a diversos outros fatores, como não aplicação prática ou não fiscalização.

Muito embora alguns estados possuam regramentos sobre a questão, fato é que nunca existiu sequer lei nacional de natureza cível disciplinando a ilegalidade da LGBTfobia, impondo punições como multas administrativas, cassação de alvarás de funcionamento, impeditivos de acesso ao crédito, impossibilidade de contratar com a Administração Pública etc. Em vista da ideia do Direito Penal como *ultima ratio*, do princípio da subsidiariedade e da necessidade de tutela penal, a exigência de uma legislação cível em âmbito nacional seria, se não a *prima ratio*, ao menos, um segundo meio a se recorrer antes de se pensar em criminalizações.

Com a criminalização da LGBTfobia procedida pelo STF, parece ter havido um grande salto entre os meios de que disporia o Estado para coibir a homotransfobia, o que implica, inevitavelmente, em sua ilegitimidade no que concerne à ideia de proteção subsidiária. Mais uma vez – tal como se explicitou no tópico referente ao argumento da proibição da proteção deficiente –, a proibição penal da homotransfobia partiu da assunção de um mero pressuposto

⁹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 372.

(em favor do qual não fora tecido argumento algum) de que, porque as medidas até então existentes não foram bem sucedidas em controlar a discriminação LGBTfóbica, somente o Direito Penal (e nenhum outro meio) poderia atingir tal finalidade.

Torna-se possível falar, então, em não adequação da criminalização da LGBTfobia no Brasil à teoria funcionalista de Roxin, por não atendimento ao caráter subsidiário do Direito Penal, na medida em que se ignorou um amplo espectro de medidas cíveis e administrativas que poderiam ser tomadas em antecedência a uma política criminalizadora.

Mas não é só. Ainda que restasse evidenciada a impossibilidade de proteção da igualdade e da não discriminação por outros meios que não o Direito Penal, cumpriria observar a possibilidade de utilização de medidas penais menos gravosas aos direitos fundamentais. Também isso não fora levado em consideração quando o Supremo Tribunal Federal decidiu pela criminalização da LGBTfobia.

Nessa direção se encaminha a crítica de Salo de Carvalho à via eleita para a criminalização da LGBTfobia, a partir da Lei nº 7.716/89. Para o autor, aos propósitos simbólicos que se presta a criminalização da homotransfobia, muito menos gravoso seria seguir o caminho da Lei Maria da Penha, pela nominação de crimes já existentes como LGBTfóbicos, tal como se fez com a nominação de violências já criminalmente previstas como domésticas, aliada à criação de mecanismos cíveis de enfrentamento da questão⁹³. Fora a mesma conclusão a que chegou Clara Masiero⁹⁴.

De toda sorte, o que se observa é que, nada obstante a LGBTfobia ofenda importante bem jurídico e, portanto, seu combate mereça política estatal de enfrentamento, a sua criminalização esbarra no limite que impõe o princípio da subsidiariedade. Em podendo ser juridicamente enfrentada por meios menos gravosos aos direitos individuais, à criminalização da LGBTfobia, ao menos por hora, não se pode atribuir o *status* de legítima à luz da função de proteção subsidiária de bens jurídicos que propõe o funcionalismo teleológico de Claus Roxin.

⁹³ CARVALHO, Salo. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia *queer*. In: MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; SCHWARTZ, Germano André Doederlein (org.). **O direito da sociedade**: anuário, vol. 1. Canoas: Editora Unilasalle, 2014, p. 270.

⁹⁴ MASIERO, Clara Moura. *Op cit.*, p. 185.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado e nenhum de seus agentes é livre para fazer o que bem entende. Essa lição, muito mais consolidada no âmbito do Direito Administrativo, nem sempre parece estar clara para os entusiastas do Direito Penal. Mas não se encontra o legislador penal ordinário, nem mesmo como decorrência de sua função de representação democrática, totalmente desrido de amarras. A intervenção penal por meio de criminalizações esbarra em diversas fronteiras intransponíveis.

Se se aceita que o Estado (e, consequentemente, o Direito) existe como forma de garantir a convivência harmônica entre os indivíduos, que em troca cederam-lhe parcelas de suas liberdades, a sua atuação só é legítima quando assentada nesse mesmo propósito. A ação estatal não mais pode ser compreendida como ilimitada. Essa é a base de um Estado democrático de direito e é também de onde parte a ideia de proteção subsidiária de bens jurídicos, defendida por Claus Roxin.

O Direito Penal é apenas um dos muitos meios de que dispõe o Estado para atingir os seus objetivos constitucionais, sempre orientados à persecução da paz e da harmonia social. Convém rememorar também que é o mais violento desses meios, porque atua por meio de uma lógica de cerceamento de direitos que são muito caros aos indivíduos, como é o caso da liberdade – quase sempre o alvo de normas penais incriminadoras. Assim é que, se o Direito Penal funcionasse tal como idealizado, ainda assim, seria um meio altamente violento, uma vez que é de sua própria natureza o cerceamento, a restrição e a privação de direitos.

Não fosse isso o bastante, a realidade prática já de há muito evidenciara, por intermédio das ciências criminológicas, que o sistema jurídico-penal está longe de atuar perfeitamente. Entre as cifras de impunidade e, o que é muito pior, de injustiça, há ainda a questão da seletividade penal. O Direito Penal tem uma clientela, para a qual direciona seus esforços repressivos. A vigilância policial, a atuação dos órgãos ministeriais e do Judiciário não incidem com a mesma intensidade sobre todos os públicos.

Escapando-se à discussão de ser essa uma característica inata ou de ser um defeito de atuação, o fato é que as criminalizações, os processos e as penas impactam com maior magnitude os setores marginalizados da população, donde se incluem os pobres e miseráveis, os negros, as mulheres, os membros da Comunidade LGBT etc. Prezar pelo respeito aos limites da atividade penal e pela não inflação do Direito Penal é também, portanto, um ato de resistência. Assim é que a notícia da criminalização da LGBTfobia pelo Supremo Tribunal Federal não pode deixar de ser recebida com certo receio.

Que a criminalização tenha se tornado um pleito do movimento LGBT e que tenha sido atendido pelo Judiciário, contudo, não é tanto de se estranhar. Há quem argumente que a demanda por proibições penais é, na sociedade de risco em que vivemos, muitas vezes motivada por uma falsa sensação de insegurança, alimentada não raramente pela mídia sensacionalista. Esse, porém, definitivamente, não parece ser o caso.

Os indivíduos que apresentam orientação sexual e/ou identidade de gênero divergentes têm todos os motivos para se sentirem inseguros. Não é difícil encontrar dados estatísticos que evidenciem o quanto violento o Brasil é para homossexuais, bissexuais e transgêneros e, a essa altura, quase toda gente já ouviu falar, em alguma oportunidade, que somos o país que mais mata pessoas LGBTs no mundo.

O Direito Penal, esse herói ao qual se credita as soluções de todos os problemas, então, fora chamado a atuar. A criminalização das práticas homotransfóbicas passou a ser uma reivindicação, uma luta política – ainda mais porque o racismo e o feminicídio já se encontravam criminalizados – e fora encarada como conquista.

Mesmo dentre os setores menos críticos ao Direito Penal, no entanto, a criminalização da LGBTfobia não se sustenta. É o caso do funcionalismo teleológico de Claus Roxin, que vincula a legitimidade da intervenção penal à função de proteção subsidiária de bens jurídicos. Tal teoria nada tem de revolucionária porque não propõe ruptura alguma com as estruturas atuais do Estado. Muito pelo contrário, parte de uma acepção liberal, iluminista e contratualista e o que implica é a possibilidade de existência de um Direito Penal correto, justo e, portanto, legítimo. Ainda assim, a criminalização em questão não atende aos seus pressupostos.

Sequer a sofisticada linha argumentativa traçada por Paulo Iotti, autor intelectual das teses veiculadas na ADO nº 26 e no MI nº 4.733, é suficiente para escapar ao fato de que a criminalização da LGBTfobia não se coaduna aos ditames da proteção subsidiária de bens jurídicos. É, aliás, interessante notar como se tentou direcionar o debate no STF para a discussão da existência ou não de mandados constitucionais de criminalização, que seriam, afinal de contas, uma ordem de excepcional desconsideração do princípio da subsidiariedade. E, ainda assim, os argumentos se mostraram marcados por várias inconsistências.

Tome-se por exemplo a afirmação de que a homofobia e a transfobia seriam espécies de racismo e, portanto, existiria um mandado constitucional de criminalização da LGBTfobia a ser cumprido. O conceito de racismo, para a antropologia, a sociologia e outras ciências sociais, é claramente distinto do de LGBTfobia. Poder-se-ia argumentar que os conceitos jurídicos nem sempre correspondem totalmente aos fornecidos por outras ciências, o que é fato. Entretanto, também é verdade que o direito não é uma abstração desconexa da realidade e a

construção de seus institutos não é incondicionada ao conhecimento científico, sob pena de ser arbitrária.

Acrescente-se a isso o fato de que, acaso fosse aceitável um conceito de racismo que englobasse homofobia e transfobia, o conceito de raça também englobaria homossexualidade e transgeneridade. A Lei do Racismo, consequentemente, já teria cumprido o mandado constitucional de criminalização, bastando tão somente que o STF oferecesse interpretação conforme à Constituição Federal, de modo a vincular o Poder Judiciário e a Administração Pública, mas sem a necessidade de cobrar do Congresso Nacional a edição de uma lei específica. Até porque a Constituição manda criminalizar o racismo e não especificamente cada uma de suas modalidades.

O que se objetiva com o levantamento das contradições argumentativas, não é, contudo, afirmar que o STF errou ou acertou em sua decisão, mas evidenciar a possibilidade de uma interpretação distinta, menos gravosa aos direitos humanos. Mesmo porque a jurisprudência do STF não é estanque (rememore-se a recente polêmica acerca da possibilidade de execução antecipada da pena após condenação em segunda instância). Nem poderia deixar de ser diferente, afinal, a sociedade está em constante transformação. Nesse sentido é que reside a importância de ressaltar tais inconsistências.

Outra incongruência de grande importância reside no fato de que a criminalização procedida não atentou ao princípio da proporcionalidade em nenhum de seus aspectos: adequação, necessidade ou proporcionalidade em sentido estrito.

Não se quer aqui incorrer no discurso falacioso de que os tipos penais existentes antes da criminalização da LGBTfobia dariam conta do entrave social que é a discriminação homotransfóbica. Mas também não é possível defender que a problemática se resolverá agora que existe uma criminalização específica. É que certos remédios não curam certas doenças, independentemente da dose de que se valha. Assim também sucede com o Direito Penal, que não possui a habilidade de solucionar todos as enfermidades sociais, não importando quão rigoroso seja.

Quando se fala que o Direito Penal não é meio adequado ao combate da homotransfobia, ou que não é eficaz ao propósito que se propõe, isto é, à defesa da não discriminação, o que se quer dizer não é que os órgãos do sistema jurídico-penal não se movimentarão com fundamento na nova criminalização. Saber se pessoas serão investigadas, denunciadas, processadas e punidas por LGBTfobia é questão que somente o futuro e, talvez, as pesquisas sociológicas sobre a questão nos revelarão. O que se aponta é que a LGBTfobia é uma problemática estrutural que se funda na ideologia social heterossexualista e que o Direito

Penal, por sua própria natureza, incide apenas sobre o indivíduo. Assim é que, valendo-se de outra metáfora emprestada da medicina, o Direito Penal pode até tratar os sintomas, mas não atua sobre a causa.

Aí também reside a impropriedade de se defender a criminalização da LGBTfobia sob a perspectiva da proibição da proteção deficiente, haja vista não existir nenhuma comprovação empírica ou científica de que o Direito Penal possa ofertar uma proteção suficiente ao postulado da não discriminação. Ainda mais quando as já vivenciadas experiências de combate penal à discriminação, como é o caso do racismo e do feminicídio, indicam exatamente o contrário.

Poder-se-ia, então, afirmar – e esses é um dos argumentos facilmente encontrados no seio da comunidade LGBT – que a criminalização não visa efetivamente combater a LGBTfobia enquanto fenômeno social, mas ganha importância na medida em que informa um posicionamento estatal contrário à homotransfobia, exercendo um efeito simbólico.

Escapando mais uma vez a debates paralelos, dessa vez concernente à possibilidade ou não de criminalizações simbólicas, também esse argumento é refutável. A uma, porque soa até mesmo jocoso supor que a criminalização da LGBTfobia – que sequer partiu do órgão que detinha atribuição constitucional para tanto – possa significar um compromisso estatal contra a discriminação, quando, ao mesmo tempo, cancela-se ou ameaça-se cancelar políticas públicas voltadas ao público LGBT; quando a lógica heterossexista é reproduzida, muitas vezes, pelos próprios agentes de Estado etc [questão da doação do sangue](#). A duas, porque o efeito simbólico da criminalização da LGBTfobia poderia ser alcançado por meios menos gravosos aos direitos dos indivíduos, tanto no âmbito cível quanto no âmbito penal.

De fato, antes de cogitar a criminalização da LGBTfobia, incumbiria demandar pela criação e cumprimento de políticas legislativas não penais, como é o caso de uma lei nacional de natureza cível, que disciplinasse a ilegalidade da discriminação LGBTfóbica, impondo punições como multas administrativas, cassação de alvarás de funcionamento, impedimentos de acesso ao crédito, impossibilidade de contratar com a Administração Pública etc. É dizer, o efeito da criminalização poderia ser obtido por meio de outras áreas do direito, pelo que é seguro dizer que se violou o princípio da subsidiariedade, haja vista a desnecessidade da tutela penal.

A importância de se observar a subsidiariedade reside também na satisfação da proporcionalidade em sentido estrito, que está relacionada à relação de custo-benefício da aplicação de determinado meio no alcance de certa finalidade. Nesse sentido, também falhou a criminalização das práticas homotransfóbicas.

Apesar de não ser adequada à superação da LGBTfobia, nem necessária à proteção da não discriminação, não deixou a criminalização de trazer consigo os prejuízos naturais das

proibições penais em geral, a troco de um efeito meramente simbólico. A criminalização, como já se disse, vem acompanhada da seletividade penal, que se traduz em uma maior incidência do Direito Penal sobre as minorias sociais, dentre as quais está inclusa a comunidade LGBT. Esse, contudo, parece-nos não ser sequer o maior dos prejuízos.

Ocorre que o uso do Direito Penal é entendido sob a perspectiva da *ultima ratio*. A criminalização é o último meio ao qual se recorre na tentativa de solucionar uma problemática social. Assim, em já tendo o Estado criminalizado a LGBTfobia, o que mais lhe poderia ser exigido como política de enfrentamento? A criminalização das práticas homotransfóbicas tem a aptidão de isentar o Estado de formular e aplicar políticas públicas de combate à discriminação em razão de orientação sexual e/ou identidade de gênero.

A conclusão a que se chega é de que a criminalização da LGBTfobia não apenas desrespeita a proteção subsidiária de bens jurídicos proposta por Claus Roxin, porque não observa a subsidiariedade. Para além disso, é contraproducente aos anseios da Comunidade LGBT, demonstrando-se ser uma medida com propósitos meramente políticos e populistas. Assim é que o presente trabalho se encerra – porque o conhecimento científico é movido, em última instância, por perguntas – não com afirmações, mas com um questionamento que dá vida a uma persistente inquietação: a quem, realmente, interessa a criminalização da LGBTfobia?

REFERÊNCIAS

AGUIRRE, Eduardo Kupper Pacheco de. **A evolução metafísica da teoria do delito**, 2010, 153 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. **Answers to your questions for a better understanding of sexual orientation & homossexuality**. Disponível em: <https://www.apa.org/topics/lgbt/orientation>. Acesso em: 28 jan. 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BATISTA, Henrique Gomes. Uma pessoa trans foi assassinada a cada três dias no Brasil em 2019. **O Globo**, 29 jan. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/uma-pessoa-trans-foi-assassinada-cada-tres-dias-no-brasil-em-2019-24216457>. Acesso em: 29 jan. 2020.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**: a experiência vivida. São Paulo: Difusão européia do livro, 1967.

BENTO, Berenice Alves de Melo. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

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

BORTONI, Larissa. Brasil é o país onde mais se assassina homossexuais no mundo. **Rádio Senado**, 15 mai. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-homossexuais-no-mundo>. Acesso em: 29 jan 2020.

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça e de cor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 21 mar. 2020.

BRITO, Gisele. Senador pede que PL 122 seja apensado a projeto que discute Código Penal. **Rede Brasil Atual**, 08 dez. 2013. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2013/12/senador-pede-que-pl-122-seja-apensado-a-projeto-que-discute-codigo-penal-7119/>. Acesso em: 02 mar. 2020.

BUTLER, Judith. Sex and gender in Simone de Beauvoir's Second Sex. **Yale French Studies**, n. 72, 1986, p. 35-49. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2930225>. Acesso em: 31 jan. 2020.

CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. São Paulo: Pillares, 2015.

CARVALHO, Paulo de. Racismo enquanto teoria e prática social. In: JESUS, Jaqueline de; CARVALHO, Paulo de; DIOGO, Rosália; GRANJO, Paulo. **O que é racismo?** Lisboa: Escolar Editora, 2014.

CARVALHO, Salo. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. In: MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; SCHWARTZ, Germano André Doederlein (org.). **O direito da sociedade**: anuário, vol. 1. Canoas: Editora Unilasalle, 2014.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**: sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

EIBE, Manuel José Arias. Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo *versus* funcionalismo normativo o radical. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 29, p. 439-453, 2006.

FERNANDES, Talita. Bolsonaro diz que STF 'se equivocou' ao criminalizar homofobia e volta a defender ministro evangélico. **Folha de São Paulo**, 14 jun 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/06/bolsonaro-diz-que-stf-se-equivocou-ao-criminalizar-homofobia-e-volta-a-defender-ministro-evangelico.shtml>. Acesso em: 03 mar. 2020

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FLACH, Michael Schneider. O princípio da proporcionalidade como limite penal. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, n. 68, p. 157-186, Porto Alegre, 2011.

FRY, Peter; MCRAE, Edward. **O que é homossexualidade**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1991.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GONÇALVES, Marco Frattezi. Fundamentos teóricos do funcionalismo teleológico-racional em Claus Roxin: algumas considerações. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2723, 15 dez. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18041>. Acesso em: 3 fev. 2020.

GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. Em comemoração aos trinta anos de "Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal", de Roxin. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n° 20, 2001.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (IBA). O direito a igualdade e não-discriminação na administração da justiça. In: **Direitos humanos na administração da justiça**: Manual de

direitos humanos para juízes, promotores e advogados, p. 4. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/manual-de-direitos-humanos/>. Acesso em: 9 de mar. 2020.

JAREBORG, Nils. Criminalization as last resort (*ultima ratio*). **Ohio State Journal of Criminal Law**, vol. 2, n. 2, Spring 2005.

JESUS, Jaqueline de. Racismo: processos psicossociais de exclusão. In: JESUS, Jaqueline de; CARVALHO, Paulo de; DIOGO, Rosália; GRANJO, Paulo. **O que é racismo?** Lisboa: Escolar Editora, 2014.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas. **Bagoas – Estudos gays: gêneros e sexualidades**, v. 1, n. 01, 27 nov. 2012.

LANZ, Letícia. **O corpo da roupa**: a pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero, 2014, 342 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Allemão**. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C. Editores, 1899. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000147.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

MARINHO, Silvana. Diversidade de gênero na sociabilidade capitalista patriarcal: as identidades trans em perspectivas. **Revista Katálysis**, v. 21, n. 3, p. 602-610, set./dez. 2018.

MASIERO, Clara Moura. Criminalização da homofobia e política-criminal brasileira: análise crítica do PLC 122/2006. **Sistema Penal & Violência**, v. 5, n. 2, p. 171-186. Porto Alegre, 2013.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado** – parte geral. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2003.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A terceira velocidade do direito penal**: o ‘direito penal do inimigo’, 2006, 327 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

MULLER, Magnor Ido; KNAUTH, Daniela Riva. Desigualdades no SUS: o caso do atendimento às travestis é 'babado'!. **Cad. EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 01-14, 2008.

NOTARI, Márcio Bonini. Criminalização da discriminação em razão da diversidade de gênero. **Revista Ius Gentium**, v. 10, n. 1, p. 65-89, Curitiba, 2019.

NOVA FILHO, Fernando Rogerio Pessoa Vila. O ser humano em Hans Welzel: um olhar além do finalismo ontológico. **E-civitas**, v. 10, n. 2, 2017.

OLIVEIRA, Leonardo Alves de. A nova lei de feminicídio em face do princípio constitucional da isonomia: avanço ou retrocesso? **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, a. 2, v. 5, p. 863-871, 2016.

OLIVEIRA, Luciana Estevan Cruz de. Os princípios da igualdade e da não discriminação diante da autonomia privada: o problema das ações afirmativas. **Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, a. 11, n. 37, p. 141-168. Brasília, 2012.

RIOS, Roger Raupp. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. In: POCAHY, Fernando (org.).

Rompendo o silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea. Políticas, teoria e atuação. Porto Alegre: Nuances, 2007.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general, Tomo I:** Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral**, 2008, 297 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **La expansión del derecho penal:** aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 10, p. 303-354. Madrid, 2006.

SCALCON, Raquel Lima. Crítica à teoria dos mandados constitucionais implícitos de criminalização: podemos manter o legislador ordinário penal na prisão? **Revista Res Severa Verum Gaudium**, v. 1, n. 1, p. 167-184, Porto Alegre, 2009.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação & Realidade**, v. 20, n. 2, p. 71-99, 1995.

SERRA, Carlos. Introdução: construção social negativa do Outro. In: JESUS, Jaqueline de; CARVALHO, Paulo de; DIOGO, Rosália; GRANJO, Paulo. **O que é racismo?** Lisboa: Escolar Editora, 2014.

SILVA, Cristiano da Fonseca Tavares da. **A relegitimação da teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos na sociedade de risco**. 2014. Monografia (Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal) – Escola Paulista de Direito, São Paulo, 2014.

SOUZA, Karol Jefesson Alves de. As diversas manifestações homofóbicas e suas consequências no cotidiano das minorias LGBT. **Revista Clóvis Moura de humanidades**, v. 2, n. 1, p. 27-44, 2016.

SOUZA JR, Carlos Miguel Villar de. Funcionalismo penal: aportes sobre uma teoria axiológica do direito penal. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 62-73, jan./jun. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Qual a semelhança entre o furto privilegiado e o tráfico de drogas?** 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-jul-10/qual_semelhanca_entre_furto_privilegiado_trafico_drogas. Acesso em: 06 mar. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 82.424**, Relator(a): Min. Moreira Alves, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19/03/2004 PP-00024 EMENT VOL-02144-03 PP-00524.

VALESCO, Clara; CAESAR, Gabriela; REIS, Thiago. Mesmo com queda recorde de morte de mulheres, Brasil tem alta no número de feminicídios em 2019. **G1**, 05 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/03/05/mesmo-com-queda-recorde-de-mortes-de-mulheres-brasil-tem-alta-no-numero-de-feminicidios-em-2019.ghtml>. Acesso em: 08 mar. 2020.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília, DF: Editora da Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

WEISS, Jillian Todd. The archaeology of biphobia and transfobia within the U.S. gay and lesbian Community. **Journal of Bisexuality**, v. 3, issue 3-4, p. 25-55, 2003.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**. Buenos Aires: Julio César Faira – Editor, 2004.

WELZER-LANG, Daniel. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia. **Revista Estudos Feministas**, Ano 9, n. 2, p. 460-482. Florianópolis, 2001.

ZAPATER, Maíra Cardoso. O Haiti ainda é aqui: a Lei 7.716/89 e o “racismo à brasileira”. **Aracê, Direitos Humanos em Revista**, a. 2, n. 2, p. 156-173, 2015.