UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD

JORGE RENAN DIAS SILVA

**A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE CRIMINALIZAR A
HOMOTRANSFOBIA NO BRASIL E SUA CONCORDÂNCIA COM OS
PRINCÍPIOS PENAIIS CONSTITUCIONAIS**

Maceió/AL
2022

JORGE RENAN DIAS SILVA

**A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE CRIMINALIZAR A
HOMOTRANSFOBIA NO BRASIL E SUA CONCORDÂNCIA COM OS
PRINCÍPIOS PENAIIS CONSTITUCIONAIS**

Dissertação em Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação de Direito Público, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Público.

Linha de Pesquisa 4: Crimes, punições e direitos violados: das normas penais e processuais às políticas criminais.

Orientador: Elaine Pimentel

Maceió/AL
2022

**Catálogo na fonte Universidade
Federal de Alagoas Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico**

Bibliotecária: Taciana Sousa dos Santos – CRB-4 – 2062

S586d Silva, Jorge Renan Dias.

A decisão do Supremo Tribunal Federal de criminalizar a homotransfobia no Brasil e sua concordância com os princípios penais constitucionais / Jorge Renan Dias Silva. – 2022.

109 f.

Orientadora: Elaine Cristina Pimentel Costa.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2022.

Bibliografia: f. 100-109.

1. Homotransfobia. 2. População LGBT. 3. LGBTfobia. 4. Discriminação. 5. Direito penal. I. Título.

CDU: 343.6

Dedico este trabalho a todos os LGBTI+ vítimas de qualquer violência por ser quem são. Nosso amor é maior do que eles. A gente nunca está só. Ninguém solta a mão de ninguém.

AGRADECIMENTOS

A conclusão, tanto deste trabalho quanto desta graduação se deve não apenas a esforço pessoal, mas também a uma pluralidade de pessoas, sem as quais eu, sem dúvida, não teria conseguido chegar tão longe.

Primeiramente, agradeço a Deus, por ter me dado luz e forças para suportar as cargas pesadas dos últimos dois anos enquanto esse trabalho tomava forma. Escrevê-lo sob o constante estresse, medo e nervosismo agravados por uma pandemia certamente não foi fácil, mas ao fim, Ele não me desamparou, como nunca desampara.

Agradeço aos meus pais Marinalva Ângelo Dias Silva e Jorge Ribeiro da Silva, pelo apoio, por me ensinarem a importância do caráter e de ter coragem para buscar o que se sonha, além de seu incentivo e amor incondicionais através de incontáveis horas por telefone, em todos os momentos de desespero e desabafos angustiados dos últimos anos. Sem eles, este objetivo nunca teria sido possível e para sempre os amarei. O mesmo agradecimento estendo à minha família na Bahia, que vibrou sempre pelas minhas vitórias.

Um agradecimento sincero aos amigos que este mestrado me trouxe e que tornaram não apenas possível toda essa nova realidade de ensino em forma remota em razão da pandemia, mas que fizeram as etapas mais desafiadoras se tornarem mais leves, mais sustentáveis enquanto dividimos a carga dos prazos desesperadores e das centenas e mais centenas de páginas para ler. Falo, é claro, dos integrantes da Linha 4 dessa Turma XV – o eterno Galinheiro, afinal “mesmo que ela não voe, ninguém cisca como a galinha” (pausa para piada interna). Ter iniciado o mestrado como colegas e poder encerrá-lo os tendo como amigos é certamente um dos melhores presentes que esta jornada me trouxe e por vocês, eu agradeço.

Devo tirar ainda um momento para agradecer à uma pessoa de suma importância para mim. Aquele que tem sido meu companheiro, aguentando minhas variações de humor, estresse e impaciência, não apenas na conclusão deste trabalho, mas em todos os dias desde que o conheci. Jonathan Alisson dos Santos Souza, este trabalho fiz por mim, por você, por nós e por tantos outros como nós. Eu te agradeço por sua presença e apoio constante tanto nos dias bons como nos ruins, em seu talento e leveza para me fazer rir de situações impossíveis e me estressar com coisas ridiculamente simples, em seus puxões de orelha nada sutis para me puxar de volta para o caminho certo e por sua capacidade única de me tornar uma pessoa melhor e indiscutivelmente mais feliz – sim, está no contrato, eu sei. A você meu eterno amor e gratidão.

Agradeço também à minha orientadora incrível, a Prof^a Elaine Pimentel, por ter abraçado a ideia deste projeto, me encorajado a continuá-lo até o fim e me incentivado no estudo da matéria e o indiscutível apoio, suporte e encorajamento, para almejar sempre mais, tanto no mestrado como fora dele. Obrigado pela paciência com minha empolgação, pseudo-desespero, idealismo e por vezes, cabeça-dura. Seus altos níveis de competência e energia positiva, são algo que sempre admirei e que buscarei sempre espelhar para minha própria atuação acadêmica e profissional.

Também deixo minha gratidão, a todos aqueles que direta ou indiretamente, contribuíram para que eu chegasse a este momento, o clímax da minha vida acadêmica até então, sejam professores, orientadores, amigos e colegas de trabalho. Saibam que mesmo que seus nomes não constem aqui, estarão gravados com carinho para sempre em minha memória.

Por fim, agradeço ao Jorge Renan de 2020-2021 por não ter desistido mesmo nos momentos onde estive mais perdido e tudo parecia prestes a desabar, naqueles momentos onde as vozes na cabeça te empurravam para a vontade de jogar tudo para cima. Por não ter ouvido essas vozes e ter encerrado mais este ciclo, minha mais sincera gratidão.

**“No matter gay, straight, or bi', lesbian, transgender life
I'm on the right track, baby, I was born to survive
No matter black, white or beige, chola, or orient' made
I'm on the right track, baby, I was born to be brave”**

Born This Way – Lady Gaga

“Love is a temple, love is the higher law”

One – U2

RESUMO

O tema proposto da “A decisão do Supremo Tribunal Federal de criminalizar a homotransfobia no Brasil e sua concordância com os princípios penais constitucionais” visa contribuir com a fundamentação de argumentos em defesas de um grupo em situação de indiscutível risco e vulnerabilidade, tanto social como jurídica, qual seja, a comunidade LGBT+. Faz-se mister pontuar que o Brasil é o país com maior violência registrada contra LGBT+ e que o Poder Legislativo até então insiste em silenciar sobre a matéria enquanto os números de vítimas continuam a subir. Diante desta realidade, denota-se movimentação do Poder Judiciário em defesa de tais minorias sexuais e de gênero, mesmo em face da manifesta reprovação em diversos seguimentos sociais e jurídicos. Desta forma, esta pesquisa tem por objetivo demonstrar *à priori* que o direito à vida, à integridade, à liberdade sexual e de gênero e à dignidade humana daqueles em postura e conduta heterodiscordantes, vem sendo historicamente violados no Brasil, transformando a ação lgbtfóbica em uma violência legitimada social e institucionalmente, que precisa da tutela penal conferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADO 26. *À posteriori*, este trabalho visa deixar claro que tal criminalização não afronta os princípios basilares do Direito Penal nem configura o exercício exacerbado da *ultima ratio* estatal, além de analisar o julgamento do Supremo Tribunal Federal que criminalizou a homofobia e a transfobia no Brasil, interpretando tais condutas como formas de racismo pontuando sua concordância com os princípios penais constitucionais que delineiam o *jus puniendi* estatal bem como frisar a não configuração da expansão penal neste caso.

Palavras-chave: LGBTI+; LGBTfobia; Homotransfobia; discriminação; criminalização; Direito Penal.

ABSTRACT

The proposed theme of “The decision of the Supreme Federal Court in criminalize the homotransphobia on Brazil and its agreement with the constitutional criminal principles” aims to contribute with the foundation of arguments in defense of a group in situation of indisputable risk and vulnerability, as social as legal, that is, the LGBT+ community. It’s crucial to point that the Brazil it’s the country with the greatest violence registered against LGBT+ and the Legislative Power until now insists in keep silence about the subject while the numbers of victims continues to grow. In front of that, denotes the movement of the judiciary in defense of such sexual and gender minorities, even in the face of manifest disapproval in various social and legal segments. Thus, this research goals to show at first, that the right to life, integrity, sexual liberty, and human dignity of the ones with discordant straight attitudes and postures, have been historically violated in Brazil, transforming the LGBTphobic action in an institutional and social legitimated violence that needs the criminal guardianship conferred by the Supreme Court in the trial of ADO 26. Posteriorly, this paper wants to make it clear that such criminalization does not go against the basic principles of Criminal Law, also they do not configure the unproportional exercise of the last resource of the State, beyond do analyze the judgment of the Federal Supreme Court that had criminalized the homophobia and transphobia in Brazil, equating such acts as racism, punctuating its agreement with the constitutional criminal principles that outline the state *jus puniendi* as well as stressing the non-configuration of criminal expansion in this case.

Keywords: LGBTI+; LGBTphobia; Homotransphobia; Discrimination; Criminalization; Criminal Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CF	Constituição Federal
CFP	Conselho Federal de Psicologia
CDH	Comissão de Direitos Humanos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPP	Código de Processo Penal
DF	Distrito Federal
GGB	Grupo Gay da Bahia
HC	Habeas Corpus
LGBTI+	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgênero, Intersexual e +
MI	Mandado de Injunção
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PDC	Projeto de Decreto Legislativo
PDL	Projeto de Decreto Legislativo
PL	Projeto de Lei
PLC	Projeto de Lei da Câmara
RJ	Rio de Janeiro
STF	Supremo Tribunal Federal
SUG	Sugestão

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	11
2.	EXPOSIÇÕES INICIAIS.....	16
2.1	Fixação de Bases Conceituais.....	16
2.2	Normatização da Constitucionalidade da Questão: O Direito Fundamental à Diversidade de Orientação Sexual e Identidade de Gênero e as Consequências do Desamparo Legal à Comunidade LGBTI+.....	20
2.3	Movimentação e/ou Inércia Estatal quanto à Condutas Homotransfóbicas Estruturais e Pseudolegitimadas: A Terapia de Conversão Sexual ou “ Cura Gay” e o Tabu da Sexualidade enquanto Pecado Cristão ou Mal Mental ".....	24
2.4	Homoafetividade e Cidadania: A Busca Histórica por Visibilidade Social.....	35
3.	OS PRINCÍPIOS PENAIIS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO PENAL APLICÁVEL PARA A TUTELA DO DIREITO À DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO.....	43
3.1.	Os Princípios da Intervenção Mínima e da Ofensividade.....	46
3.2.	Os Princípios da Culpabilidade e da Humanidade.....	53
3.3.	O Princípio da Legalidade e a Delimitação de Condutas Criminalizáveis.....	61
3.4.	O Direito Penal de Emergência e a Não-qualificação da Lgbtfobia no Contexto da Expansão Penal no Brasil.....	68
3.5.	O Dolo, a Prova e a Instrumentalidade da Aplicação do Tipo Penal em Casos de Homotransfobia: O Desafio da Criação Probatória em Delitos que Figuram o Âmbito dos Elementos Subjetivos.....	74
4	O JULGAMENTO DA ADO26/DF E SUA CONSTITUCIONALIDADE.....	80
4.1	O Julgado em Questão e suas Respectivas Justificativas e a Constitucionalidade da Atuação do Poder Judiciário.....	81
4.2	A Ausência de Consenso Judicial quanto à Tutela do Direito a Diversidade Sexual e de Gênero: Paralelos entre a União Homoafetiva e a Criminalização da Homotransfobia pelo Supremo Tribunal Federal.....	87
5	CONSIDERAÇÕES.....	97

6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	100
----------	--	------------

1. INTRODUÇÃO

Em 13 de junho de 2019 chegou ao fim o julgamento da ADO 26, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, que julgou a omissão do Poder Legislativo em criar texto legal que criminalizasse a conduta caracterizada como homofóbica ou transfóbica (para fins deste estudo e para maior cobertura do tema, tratemos como *lgbtfóbica ou lgbtfobia*), culminando em decisão que estabeleceu a equiparação de tal conduta àquela contida no tipo penal da Lei do Racismo (Lei n 7.716/89) até que fosse elaborada lei específica para a criminalização da lgbtfobia.

Em 2018, segundo dados divulgados pela Grupo Gay da Bahia (GGB), organização não-governamental que realiza monitoramento da violência cometida contra a comunidade LGBTI+ há cerca de 40 anos, houve 420 mortes naquele ano em razão de preconceito contra identidade de gênero ou orientação sexual, o que caracterizaria a morte de uma pessoa da comunidade a cada 20 horas, colocando o Brasil como um dos países que mais mata LGBTI+ no mundo.¹

Não obstante à decisão do Supremo, em mais de 30 anos desde que se fazem valer os ditames da Constituição Federal de 1988, houve diversos Projetos de Lei que visavam à criminalização da lgbtfobia, dentre os quais podemos destacar o PL 7582/2014, que em sua ementa visava a tipificação dos chamados crimes de ódio e discriminação; o PLC 122/2006, a chamada “Lei Anti-homofobia” que definia a conduta como crime, determinando punição para a sua prática e a sugestão (SUG) nº 5 de 2006, cuja ementa propunha a criminalização da discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, equiparando o crime ao racismo. O PLC 122 foi arquivado enquanto a SUG nº 5 – de iniciativa do cidadão Gustavo Don, de São Paulo – aguardava análise da Comissão de Direitos Humanos (CDH), tendo, todavia, perdido o objeto em razão da decisão do STF, em 13 de junho de 2019.

Nesse contexto, um conjunto de questionamentos capazes de integrar distintas áreas do conhecimento jurídico, como os direitos humanos e as liberdades individuais, será proposto, visando apontar, não apenas a necessidade da criminalização da lgbtfobia, mas ainda elucidar o porquê de esta conduta ocorrer de forma tão frequente e desconstruir alguns dos principais

¹ GRUPO GAY DA BAHIA (GGB). Relatório 2018: população LGBT morta no Brasil. **Tribuna**. Disponível em: <<https://tribunahoje.com/wp-content/uploads/2019/01/Popula%C3%A7%C3%A3o-LGBT-morta-no-Brasil-relat%C3%B3rio-GGB-2018.pdf?x69597>>. Acesso em: 12 de mar. 2022.

argumentos em desfavor de tal tipificação, além de analisar a existência ou não da constitucionalidade da decisão do STF a este respeito, apreciando se subsiste consonância com os princípios norteadores do direito penal constitucional, bem como se teria ocorrido a caracterização do fenômeno jurídico do Direito Penal de emergência, que pode ser compreendida conforme Chuokr² e coadunado por Mendes e Campelo³, como “algo que de forma repentina, surge de modo a desestabilizar o *‘status quo ante’*, colocando em xeque os padrões normais de comportamento e a conseqüente possibilidade de manutenção das estruturas”. Frisa-se que se faz mister o debate a este respeito, colocando como opostos a intervenção mínima e o fenômeno da expansão no direito penal, pois este trabalho não visa defender o emergencialismo da tipificação penal de condutas.

Fora essas, ainda é objetivo elucidar se houve legitimidade na atuação do Supremo Tribunal Federal, se teria havido criação de lei penal pelo Poder Judiciário, incorrendo em violação do princípio da separação dos três poderes, se a criminalização em comento respeitou os princípios da matéria penal constitucional relevante ao tema e ainda se a aplicação da Lei Antirracismo no caso concreto não configuraria analogia *in malam partem*.

Além disso, será proposta uma apresentação de fatores e estudos sociais de caráter científico que objetivam demonstrar que a homossexualidade, bem como a identidade de gênero, é uma característica intrínseca à *persona* humana, não se justificando de maneira alguma a sua supressão obrigatória por nenhum meio, inclusive falsamente apoiado em lei, como ocorreu com o Projeto de Decreto Legislativo que autorizava a chamada “Terapia de Reorientação Sexual ou de Conversão” conhecida popularmente como “Cura Gay”, projeto esse que agredia diretamente direitos humanos e fundamentais garantidos constitucionalmente, o que corrobora, inclusive, a legitimidade do STF, defensor da Carta Magna, a agir em decorrência da inércia dos demais poderes.

Neste toar, salutar que se aprecie a dogmática penal constitucional que embasa o ordenamento jurídico pátrio, destrinchando os princípios penais que limitam o poder de criação de condutas tipificadas como crimes, bem como a capacidade do Estado de tutelar os bens jurídicos lesados pela homofobia e transfobia além de punir condutas que os violem ou ameacem de lesão, coibi-las e conscientizar sobre a sua proibição e o porquê. Vez que grande parte da crítica à criminalização da conduta lgbtfóbica teria sido a violação ao princípio da

² CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.p. 72-73.

³ MENDES, Eloísa Morgana dos Santos. CAMPELO, Raíssa Braga. **Legislação Penal de Emergência: Crise de intervenção mínima no direito penal**. Vertentes do Direito. Vol. 5, n. 1, 2018. p. 82-109.

legalidade, há de ser entender do que trata tal norma direcionadora e se de fato teria restado ignorada pelo STF. Quanto aos princípios em apreço, Gomes os conceitua da seguinte forma:

Acham-se ancorados no princípio-síntese do Estado Constitucional e Democrático de Direito, que é o da dignidade humana. A força imperativa do princípio da dignidade humana (CF, art. 1.º, III) é incontestável. Nenhuma ordem jurídica pode contrariá-lo. A dignidade humana, sem sombra de dúvida, é a base ou o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana. O homem (o ser humano) não é coisa, não é só cidadão, é antes de tudo, pessoa (dotada de direitos, sobretudo perante o poder punitivo do Estado)⁴

Ademais, se faz necessária uma análise da ausência de tutela de direitos por parte do Estado à essa comunidade, seus reflexos e ainda, a busca de sua legitimação, neste caso, não do Supremo Tribunal Federal que criminalizou a lgbtfobia, mas sim de que a conduta *per si*, precisa ser criminalizada asseverando que tal movimentação legal é constitucional e não coaduna com o expansionismo penal, fenômeno que tem se tornado perceptível no ordenamento brasileiro ou ainda com o chamado “Direito Penal de Emergência”.

Imperioso, logicamente, fazer ainda uma análise do julgamento da ADO26/DF propriamente dito, como um todo, colocando sob análise mais aprofundada os argumentos defendidos pelos ministros do STF e suas respectivas fundamentações jurídico-sociais, de forma a firmar a convicção da legitimidade e constitucionalidade da decisão, além de a premente necessidade de sua efetivação, para apreciar e contrarrazoar as críticas levantadas tanto quanto à premente urgência em se criminalizar a homotransfobia no Brasil, como quanto à legitimidade da Corte Maior para fazê-lo em face da negligência e comodismo estatal, colocando-a, inclusive, em comparativo com outro momento em que o Supremo atuou na defesa de garantias fundamentais em prol da comunidade LGBTI+, qual seja, assegurando o direito à união/casamento homoafetivo.

Nesta pesquisa será usado o método indutivo-dedutivo e a pesquisa documental, objetivando a “produção de conhecimento crítico”, através de textos acadêmicos que demonstrem a descoberta e desconstrução do homossexual como cidadão e membro de uma comunidade, sob o ponto de vista social e científico, bem como a necessidade de políticas públicas e criminais, com objetivo de assegurar a eficácia da decisão relativa ao julgamento da ADO 26/DF, requerendo a participação de diversos órgãos da justiça, tais como as Defensorias Públicas e o Ministério Público, de forma a estabelecer uma cultura que combata a própria ideia de preconceito contra LGBTI+ no Brasil, que retire a pseudolegitimidade

⁴ GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal. 3ª ed., São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006, p. 229.

social ainda existente na sociedade brasileira para agir com violência contra os membros desta comunidade.

Ainda nesta vertente, busca-se a realização de uma análise crítica dos princípios penais constitucionais, de modo a firmar a fundamentação de que cabe a utilização do direito penal para a criminalizar a lgbtfobia, vez tratar-se de conduta lesiva violadora de garantias imprescindíveis e impossível de coadunar-se a qualquer forma de amoldamento em sociedade que perpetue tais práticas discriminatórias em conformidade, inclusive, com a lição de Luiz Regis Prado no tocante à atipicidade de uma conduta que viesse a enquadrar-se no princípio da adequação social.⁵

Vale frisar ainda que a tutela penal da homotransfobia tem como fundamento de validade a defesa do princípio máximo da Constituição Federal de 1988, qual seja o princípio da dignidade humana, haja vista ser concebido, nas palavras de Canotilho como “referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais”⁶.

Por fim, se faz necessário o estabelecimento de um contraponto que leve em consideração os projetos de lei citados e a fundamentação dos ministros do STF que culminaram na decisão de equiparar a lgbtfobia ao racismo até que projeto de lei posterior ministre a matéria de forma que reste realizada a devida análise crítica do direito penal na questão em debate e a cobertura constitucional para a manifestação do Supremo Tribunal Federal neste tocante, não se configurando aqui usurpação de competência do Poder Legislativo ou violação ao princípio da separação dos três poderes ou de quaisquer outros, inclusive aqueles mais caros e basilares à lei penal pátria.

Deste modo, a primeira seção deste trabalho visa fixar termos conceituais importantes à compreensão da comunidade LGBTI+, bem como algumas de suas especificidades, lançando um olhar criminológico sobre sua jornada até o reconhecimento jurídico na contemporaneidade, os entraves sociojurídicos que passou e passa mesmo com a ocorrência da criminalização da homotransfobia pelo Supremo, inclusive com propostas legislativas de cunho discriminatório que almejam a diminuição e patologia da orientação sexual e de gênero heterocisdiscordante, bem como dados que demonstram os altos índices de violência contra LGBTI+ no Brasil e que salientam a necessidade da tutela penal sobre o direito à diversidade.

⁵ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4ª edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 60

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1984. v. 1. p. 183.

A seção seguinte aborda as críticas que alegam o desrespeito da criminalização por força do julgamento da ADO 26/DF à matéria penal constitucional, que rege à atuação do Estado no poder de cercear as liberdades individuais, discriminando os princípios penais constitucionais e demonstrando como todos eles, sobretudo o princípio da legalidade, restaram devidamente resguardados quando da decisão que determinou a aplicação da Lei. 7.116/89 (Lei Antirracismo) em casos de discriminação motivada por orientação sexual ou identidade de gênero da vítima. Ademais, adentra também a questão do fenômeno da expansão penal no Brasil, bem como o direito penal de emergência, salientando que o reconhecimento jurídico da conduta homotransfóbica como crime não se enquadra em nenhum dos dois espectros, ainda uma apreciação do esforço hercúleo a se exercer para enquadrar a tipificação referente ao racismo homotransfóbico no caso concreto, diante da grande margem de subjetividade na interpretação e aplicação da lei penal referente a tal crime.

A terceira seção visa à apreciação do julgamento da ADO 26/DF em si, sua legalidade, as teses dos ministros que votaram a favor, bem como daqueles que votaram contra, a sua concordância com os ditames do ordenamento jurídico pátrio, acepção e encaixe na realidade histórica e social vivenciada pela comunidade LGBTI+ no Brasil, estabelecendo paralelo com outro momento em que a Corte Maior julgou ação em favor da defesa do direito à diversidade sexual e de gênero, qual seja no julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, que trataram do direito ao reconhecimento jurídico da família homoafetiva. Neste toar, visa demonstrar as semelhanças em ambos os casos, bem como a atividade reacionária dos demais Poderes, que só parecem sair da inércia em matéria de direitos LGBTI+ quando o Supremo se movimenta para atuar em seu favor.

Finalmente, na conclusão, resta pontuado se de fato há existência de constitucionalidade da criminalização da homotransfobia por força do julgamento da ADO/26, bem como se há de se falar em ausência de legitimidade e de legalidade, se foram respeitados os princípios norteadores da matéria penal constitucional, ou usurpada a competência dos demais Poderes. Ademais, imperioso dizer que tal debate não esgota a matéria, mas apresenta aspectos importantes da tutela jurídica da dignidade humana da população LGBTI+, além de pontuar que um Estado que se diga Democrático de Direito, não coaduna com condutas de disseminação de ódio, discriminação e violência gratuita contra seus tutelados.

2. EXPOSIÇÕES INICIAIS

Antes de se adentrar no tema propriamente dito, se faz imperiosa a fixação das bases conceituais que terão relevância para o trabalho. Especificamente, é preciso delimitar o conceito do que vêm a ser homotransfobia, quando tal conduta cruza um limite jurídico, tornando-se passível de tutela judicial e quando não podem assim ser consideradas.

Para tanto, importa que se proceda à análise de alguns termos não tão conhecidos na seara específica do direito à liberdade sexual e de identidade de gênero. Isso porque não há como se conceituar homotransfobia dentro de um âmbito jurídico, sem antes tecer algumas considerações acerca de outras terminologias relevantes a esta mesma conceituação.

Ademais, se faz mister elaborar um perpasso inicial à própria definição do direito ora debatido. Afinal, do que se trata o chamado “direito à diversidade sexual e de gênero”? Qual o seu papel, base legal para existência e por qual razão o Supremo Tribunal Federal julgou necessária a ampliação da tutela penal para abarcar também tal direito, suprimindo condutas que objetivem a lesão ou ameaça a esta garantia específica?

2.1 Fixação de Bases Conceituais

A homotransfobia – ou lgbtfobia⁷ – tem sido conduta característica na sociedade brasileira por um longo tempo, incorporando negativamente à cultura e as tratativas sociais, além de as próprias instituições do Estado, por meio de uma relativização e normalização de hábitos e formas de agir que diminuam, limitem e cerceiem direitos de cunho fundamental de uma parcela minoritária de indivíduos cuja orientação sexual ou identidade de gênero seja *heterodiscordante* e não se encaixasse no padrão familiar considerado o correto e defendido por uma parcela mais tradicional da sociedade.

Tal recusa ou repulsa à homossexualidade ou transexualidade, baseada no que Delcio Monteiro de Lima pontuou como “Bifrontismo” – qual seja, a ideia binária de gênero e sexualidade – permanece presidindo toda a postura brasileira em relação à sexualidades apontadas como discrepantes do pregado pelos mais conservadores e isto se perpetua não

⁷ Como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADO 26 em comentário neste trabalho, os termos “homotransfobia” e “lgbtfobia” tem, conforme a tese defendida por Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, um caráter guarda-chuva de modo que, como será a explanado mais a frente, serão utilizados para fazer referência à quaisquer formas de discriminação em razão da orientação sexual ou expressões e identidade de gênero da vítima.

apenas no meio social pelo senso comum, mas em todas as demais esferas da sociedade, tais como política, jurídica, institucional e, em uma triste tradição milenar que aos poucos vem sendo superada, religiosa.⁸

Todavia, antes de adentrar mais profundamente nas questões sociojurídicas em face da criminalização da conduta discriminatória ora debatida, salutar trazer à baila o significado de alguns termos para que sejam superadas quaisquer incongruências que ora ocorram quanto à sua utilização no decorrer desta pesquisa.

Primeiramente, se faz mister a conceituação de “orientação sexual”. Por este termo, pode-se entender como a atração afetiva e/ou sexual que uma pessoa manifesta em relação à outra, para quem se direciona, involuntariamente, o seu desejo. Assim, em que pese a existência de grupos sexuais específicos dentro deste termo, quais sejam, heterossexuais, homossexuais e bissexuais, imperioso salientar a importância da utilização da terminologia correta, vez que falar em “opção sexual” dá vazão à interpretação de que a sexualidade é uma escolha do indivíduo, o que não procede como verdadeiro.⁹

A seguir, há a “identidade de gênero”, sendo este um termo que visa conceituar a percepção íntima que uma pessoa tem de si como pertencente ao gênero masculino, feminino ou de alguma combinação dos dois, independente do sexo biológico (como pessoas de gênero fluido que não necessariamente se percebem inteiramente em alguma das opções binárias de gênero concebidas socialmente). A identidade traduz o entendimento que a pessoa tem sobre ela mesma, como ela se descreve e deseja ser reconhecida. Aqui encontram-se contempladas as pessoas cisgênero – aquelas que se identificam com o gênero que lhes foi designado no momento do nascimento em razão de sua genitália – e as pessoas transgênero – ou pessoas *trans*, aquelas que se identificam com o gênero diverso daquele que lhe foi conferido ao nascer.¹⁰ Ainda sob esta mesma alçada, abarcam-se as travestis.

Já a homotransfobia trata-se de neologismo juridicamente acatado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADO 26, ao que deve ser entendida para fins deste estudo como termo guarda-chuva que referencie quaisquer formas de opressão motivadas na orientação sexual ou identidade de gênero, real ou presumida, da vítima, restando assim

⁸ LIMA, Delcio Monteiro de. **Os Homoeróticos**. Rio de Janeiro. Francisco Alves, 1983. p. 74.

⁹ SÃO PAULO. Governo do Estado. **Diversidade sexual e a cidadania LGBT**. São Paulo: 2014. Disponível em: < [cartilha_diversidade.pdf \(recursos humanos.sp.gov.br\)](#) >. Acesso em: 18 de out. 2021.

¹⁰ LIMA, Delcio Monteiro de. **Os Homoeróticos**. Rio de Janeiro. Francisco Alves, 1983. p. 23.

contempladas por esta terminologia os termos “homofobia” e “transfobia” – violência e discriminação em virtude da orientação sexual e identidade de gênero respectivamente.¹¹

Vale frisar ainda o conceito dado à expressão “ideologia de gênero”, como termo pejorativamente usado para definir formas de “ensino” de condutas contrárias ao papel binário e heterocisnormativo¹² defendido por parcelas mais conservadoras da sociedade. Sobre o tema, versa Vecchiatti

(...) Não existe “ideologia de gênero” nesse sentido, o que existe é uma ideologia de gênero heteronormativa, cisnormativa e machista, ou seja, uma ideologia social que prega a superioridade da heterossexualidade sobre as demais orientações sexuais, da cisgeneralidade sobre as demais identidades de gênero e da masculinidade sobre a feminilidade. (...) a ideologia de gênero que existe é a heteronormativa e cisnormativa que prega heteronormatividade e cisnormatividade, enquanto ideologias que pregam uma suposta “obrigação” de se adotar uma identidade heterossexual e cisgênera (respectivamente), punindo simbolicamente e por vezes fisicamente quem “ousa” viver sua vida de outra forma.

Ademais, quanto a notoriedade atual percebida no combate a lgbtfobia e na busca constante da comunidade LGBTI+ por visibilidade, aceitação e direitos já previstos constitucionalmente pelo ordenamento pátrio, percebe-se que no plano fático, tais facetas do sistema jurídico não alcançam essa parcela discriminada da população, de modo que é importante frisar que tal procura por igualdade por parte dos LGBTI+ não é necessariamente recente e o próprio conceito moderno da homossexualidade e transexualidade precisou progredir muito até ser o que é hoje.

Afirmam Prado e Machado sobre o tema que

A transformação dos discursos sobre a sexualidade, associados a uma série de transformações sociais [...] tornou possível uma resignificação da sexualidade humana, na medida em que estes discursos contribuíram lentamente para a desessencialização ou desnaturalização da sexualidade. Assim, os elementos fundamentais da sustentação do preconceito social e da legitimação de uma subcidadania para mulheres e não-heterossexuais passaram a sofrer questionamento.¹³

Deve-se ter em mente que houve uma construção histórica da pessoa homoafetiva, tanto enquanto indivíduo, como na qualidade de membro de uma comunidade estruturada, representada e com capacidade de debater e se manifestar visando a efetivação de direitos, tal

¹¹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **O STF, a Homotransfobia e o seu Reconhecimento como Crime de Racismo**: Análise e defesa da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a Homotransfobia como crime de Racismo. 1ª Ed. São Paulo. Editora Spessotto, 2020. p. 6.

¹² Cisgênero é o oposto de transgênero, ou seja, pessoas cuja identidade de gênero coincidem com o sexo biológico. Heteronormativo, é palavra derivada de “heteronormatividade”, qual seja a prática e instituições que legitimam e privilegiam a heterossexualidade e os relacionamentos heterossexuais como fundamentais, sendo a forma natural dentro da sociedade. (COHEN, 2005).

¹³ PRADO, M. A. M.; MACHADO, F. V. **Preconceito contra homossexualidades**: a hierarquia da invisibilidade. São Paulo: Cortez, 2008, p. 39-40

como quaisquer outras camadas sociais. Além disso, a inferiorização do homossexual remonta a uma cultura machista que se vê presente progressivamente na história, ao que se denota que não apenas a ideia da atração sexual e afetiva entre pessoas do mesmo gênero afrontavam diretamente a concepção de pecado incrustada por séculos pela religião, mas também era visto como algo “não natural”, ou “anormal” transcendendo a vergonha do pecado propriamente dito.¹⁴

Tal inferiorização, pode-se perceber, se dá em razão de que o homem homossexual era tido como alguém que visava subverter o tido como natural, não apenas em um contexto biológico ou religioso, mas também em uma vertente essencialmente social, pois diante da sociedade, estaria buscando assumir o papel de uma mulher na relação afetiva e consequentemente sexual e familiar, abrindo mão, portanto, do seu divino privilégio de nascimento de “chefe da família”, ao passar do polo ativo da relação, para o passivo, tido aqui como submisso e ocupado pela mulher, desistindo, portanto, do seu papel social a cumprir. Tal possibilidade, em face da constante peleja para a manutenção da ordem conservadora aqui discutida, era inaceitável, e relaciona-se diretamente com o conceito deturpado de “ideologia de gênero”¹⁵. O oposto também sempre foi uma constante pois à mulher era negada a prerrogativa de assumir o papel masculino ao relacionar-se com alguém do mesmo gênero, ao que tal ato configurar-se-ia como uma afronta a “ordem natural das coisas”.

Quanto ao direito a diversidade, preliminarmente e em um nível *micro* de apreciação voltado tão somente à lei brasileira, é possível apontá-lo como garantia constitucional assegurada na Carta Constitucional de 1988 como um dos objetivos da República, mais especificamente seu Art. 3º, inciso IV *in verbis* “Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” bem como em seu art. 5º, o qual preconiza que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”

Assim, partindo deste pressuposto, em se tratando de matéria constitucional, o direito em questão tem posse de dimensão substancial no ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo assim, denota-se carência de ação estatal para assegurá-lo, existindo inclusive ação

¹⁴ TURNER, Bryan S. **El cuerpo y la sociedad**: exploraciones en teoria social. México, Fondo de Cultura Económica, 1989. P. 48

¹⁵ ANJOS, Gabriele dos. **Identidade sexual e identidade de gênero**: subversões e permanências. Sociologias, Porto Alegre, ano 2, nº 4, jul/dez 2000, p. 274-305;

reacionária de diversos estratos sociais demandando a repressão de tal garantia ao invés de sua guarda, conforme será demonstrado à frente.

Deste modo, restam lançadas as bases iniciais para que, progressivamente, seja adentrada a questão da criminalização da conduta homotransfóbica, objeto deste estudo.

2.2 Normatização da Constitucionalidade da Questão: O Direito Fundamental à Diversidade de Orientação Sexual e Identidade de Gênero e as Consequências do Desamparo Legal à Comunidade LGBTI+

Ab initio, frisa-se que é juridicamente incoerente ignorar a necessidade, ou ao menos a possibilidade da aplicação da tutela penal quanto aos casos de lgbtfobia, quando há dados que demonstram os altos índices de violência contra a comunidade LGBTI+ no Brasil. Tramitou em 2019 o PL 672, de autoria do senador Weverton Rocha, que objetivava transformar em lei o conteúdo da decisão do julgamento da ADO 26/DF tendo, todavia, sido retirado pelo próprio autor e arquivado em 27 de junho de 2021.

Em sua justificativa à necessidade de tal criminalização o autor do Projeto de Lei se valeu de dados de entidades como da Organização das Nações Unidas – ONU, que à época, afirmou que de todos os atentados contra LGBTI+ no mundo, 54% deles ocorriam no Brasil, elevando o país ao que mais violenta direitos à vida e integridade de gays, lésbicas, bissexuais, pessoas *trans* e demais inclusos na comunidade, por seis anos, com estimativa de um assassinato há cada 26 horas.¹⁶

Assim, coadunando com tais fatos, e em vista da inércia dos demais Poderes em agir em defesa de uma minoria historicamente violentada no país, a ação do Supremo Tribunal Federal parece acertada, ou ao menos, bem intencionada. Inobstante a isso, tendo em vista que o trâmite para a criminalização não correu pelo modo tradicional, advindo das casas legislativas, há de se pontuar uma dificuldade não só no reconhecimento de sua legitimidade, conforme acentuado, mas ainda da eficácia da medida no mundo dos fatos, da realidade do sistema penal e processual penal do Brasil.

¹⁶ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 672, de 2019**. Altera a Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para incluir na referida legislação os crimes de discriminação ou preconceito de orientação sexual e/ou identidade de gênero. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135191>>. Acesso em: 20 de jan. 2022.

Natural se faz a argumentação de que o crime de lgbtfobia, dentro do direito penal brasileiro, estaria incluso no mínimo como qualificadora – como a decisão do STF determinou, nos casos de homicídio, qualificando o crime contra a vida em razão de homotransfobia como motivo torpe – e ainda nos chamados crimes de ódio, havendo inclusive a tentativa de sua tipificação nesta categoria, dentre outras condutas em 2014, no PL 7582 que visava justamente a tipificação dos crimes de ódio, estabelecendo um rol taxativo bem como medidas para coibi-los. Já naquele momento, inclusive, a autora do projeto, a deputada Maria do Rosário, frisou como justificativa ao cabimento do Projeto de Lei, que

Em 2012, foram registradas pelo poder público federal, 3.084 denúncias de 9.982 violações relacionadas à população LGBT, envolvendo 4.851 vítimas e 4.784 suspeitos. Em setembro de 2012, ocorreu o maior número de registros, 342 denúncias. Em relação, a 2011 houve um aumento de 166,09% de denúncias e 46,6% de violações, quando foram notificadas 1.159 denúncias de 6.809 violações de direitos humanos contra LGBTs, envolvendo 1.713 vítimas e 2.275 suspeitos. (...) Em 2012, foram divulgadas nos principais canais midiáticos brasileiros 511 violações contra a população LGBT, envolvendo 511 vítimas e 474 suspeitos. Entre as violações noticiadas encontram-se 310 homicídios, um aumento de 11,51% em relação a 2011 quando o número de homicídios motivados por ódio a LGBT foi de 278. Estes são apenas os homicídios veiculados na mídia, não há registro do número real de ocorrências. A violência contra LGBT é ignorada nos registros oficiais.¹⁷

Desta forma, encontra-se evidenciada a importância da efetivação de garantias fundamentais à comunidade LGBTI+, visto que a mera previsão expressa e implícita nos dizeres constitucionais não se mostra suficiente para salvaguardar as vítimas de homotransfobia no país. Entretanto, salienta-se aqui que mesmo à luz dessa suposta tutela estatal para punir penalmente o desrespeito a direitos fundamentais voltados à liberdade de orientação sexual e identidade de gênero, existe como constante uma inércia – quiçá uma omissão – por parte do Estado em combater o desamparo legal à comunidade.

Neste toar, como já demonstrado, a existência no Brasil de um altíssimo índice de violência desta natureza não é novidade – conforme dados utilizados no PL 7582/2014 – de modo que se faz mais do que justificada a necessidade de que o Estado tutele penalmente a questão, não apenas como forma de assegurar à comunidade LGBTI+ direitos fundamentais constitucionalmente expressos, como para mitigar o risco de autotutela por parte das vítimas diante da ineficiência do aparelho estatal.

Porém, ainda há empecilhos à concreção de medidas coibidoras de condutas ilícitas cuja natureza se enquadre nos chamados “crimes de ódio”, como nos casos de

¹⁷ BRASIL. **Projeto de Lei. N. 7582, de 2014** (do Congresso Nacional). Define os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos para coibi-los, nos termos do inciso III do art. 1º e caput do art. 5º da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, 20 de mai. 2014.

homotransfobia, mesmo após a criminalização ocorrida em 2019, que se fazem presentes cotidianamente, inclusive dentro dos órgãos estatais responsáveis pela aplicação da lei penal. Casos de despreparo para a concreção de direitos LGBTI+ não são inconstantes no Brasil. A título de exemplo, é possível citar, em seara legislativa em nível *micro*, o Projeto de Lei 001/2020 aprovado – e reprovado à *posteriori* em um momento de sensatez – na Câmara de Vereadores de Feira de Santana, na Bahia, que proibia o casamento homoafetivo em qualquer instância da Administração Pública do Município¹⁸, apesar de o Supremo Tribunal Federal já ter se pronunciado favoravelmente à união de pessoas do mesmo gênero no julgamento conjunto da ADI nº. 4.227 e a ADPF nº 132, além de ter, menos de um ano antes da propositura deste projeto de lei, julgado a lgbtfobia como crime no Brasil em junho de 2019.

No meio policial é possível apontar, mesmo que a título de dúvida, o caso do influenciador digital Guigo Kieras, que foi gratuitamente agredido por policiais até ficar inconsciente em um bloco de carnaval, tendo a ação sido flagrada por câmeras de pessoas que assistiram à ação truculenta da polícia.¹⁹

Tal violência, especialmente a partida do corpo policial, encontra abrigo na ideia do conjunto de princípios e regras morais que tem servido há muito tempo de referência para a convivência em grupo de seus membros, tendo sido absorvida a visão do Exército – especialmente no tocante à Polícia Militar – do ideal necessário de virilidade.²⁰ Tal ideal é erroneamente associado de forma intrínseca à heterossexualidade, de modo que nasce desta clara demonstração de ignorância, uma pseudolegitimidade aos agentes da segurança pública, primeiros aplicadores da lei penal no sistema brasileiro, a diminuir e violentar aqueles de comportamento heterodiscordante.

Em paralelo a tal situação, interessante se fazem as observações de Sofia Becker, no tocante à ligação para fins de aplicação e interpretação da lei em defesa de uma classe social minoritária, ao abordar a concreção da Lei Maria da Penha no Brasil, e em como sua interpretação dificilmente abarca toda a expectativa contida no corpo do ideal normativo da

¹⁸ PROJETO que proíbe a união entre homossexuais no casamento coletivo e em templos religiosos é reprovado. **Acorda Cidade**. Disponível em: <<https://www.acordacidade.com.br/noticias/226146/projeto-que-proibe-uniao-entre-homossexuais-no-casamento-coletivo-e-templos-religiosos-e-reprovado.html>>. Acesso em: 20 de jan. 2022.

¹⁹ ESPANCADO por policiais em bloco de carnaval, youtuber gay Guigo Kieras chegou a desmaiar. **Redação Lado A**, 12 de mar. 2019. Disponível em: <<https://revistaladoa.com.br/2019/03/noticias/espancado-por-policiais-em-bloco-de-carnaval-youtuber-gay-guigo-kieras-chegou-a-desmaiar/>>. Acesso em: 20 de jan. 2022.

²⁰ FRANÇA, Fábio Gomes de. “Hierarquia da Invisibilidade”: preconceito e homofobia na formação militar. **Revista Fórum de Segurança Pública**, p 154-172. Disponível em: <<https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/700/244>>. Acesso em: 20 de jan. 2022.

lei, pontuando a necessidade de uma interpretação *macro* para assegurar tutela estatal à todas as mulheres em risco, inclusive para aquelas que não tenham biologicamente nascido como indivíduo do sexo feminino, como no caso das mulheres *trans*.²¹

Ademais, o silêncio dos demais poderes não é uma novidade quando se trata de questões a respeito da concreção de direitos LGBTI+. Nestes casos, historicamente os Poderes – o Poder Legislativo em especial – tem agido de forma reacionária ao Supremo Tribunal Federal, depois de anos de inércia mesmo após provocado, como ocorreu no caso da legalização do direito à união homoafetiva, iniciada com o julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF que equipararam a união estável homoafetiva à heteroafetiva em setembro de 2011, seguida pela Resolução nº 175 do CNJ em 2013, que proibiu o serviço de registro civil de se recusar a celebrar o casamento civil e a conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Mesmo ali, no âmbito da lei cível, houve ampla resistência pelo Poder Legislativo à essa legitimação, de forma que até hoje não há lei firmando a matéria, contrariando a interpretação constitucional à garantia fundamental em questão dada pelo Supremo.

Debatida a questão da dificuldade na conquista e realização de direitos LGBTI+ por parte do Estado, importa pontuar ainda que, indo na marcha oposta ao progresso em tentativa grotesca de violação à vedação institucional ao retrocesso social, houve tentativas legislativas objetivando firmar com força de lei, o cerceamento de direitos e garantias em virtude da orientação sexual e identidade de gênero apontadas como destoantes pela camada mais conservadora, qual seja o PL 234/2011 ou o PDL 933/2013, que visavam a permissividade estatal para aplicação da infame “Terapia de Reversão ou Reorientação Sexual”, popularmente conhecida como “Cura Gay”, ignorando o posicionamento da Organização Mundial da Saúde – OMS, em ter descaracterizado a homossexualidade como patologia desde 1990 e atropelando a Resolução 01/99²² do Conselho Federal de Psicologia que veda a promoção e propaganda de tratamentos para a homossexualidade como doença, distúrbio ou mal de natureza mental.

Desta forma, resta perceptível que não somente é um desafio a conquista de direitos basilares à comunidade LGBTI+, como há ainda a necessidade de combater propostas que

²¹ AMANCIO, Lígia. **Gênero e Ciências Sociais. Ex aequo**, Vila Franca de Xira, n. 28, p. 121-122, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602013000200010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 26 de jan. 2021.

²² CONSELHO NACIONAL DE PSICOLOGIA. **Resolução CFP N.º 01/1999**. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf>. Acesso em: 04 de jan. 2022.

visem sua diminuição, mesmo no meio político legislativo do país. Tal cenário abre uma janela para a pseudolegitimidade existente no senso comum em se diminuir o LGBTI+ ou todo aquele que apresente comportamento tido como heterodiscordante, mesmo que o indivíduo em questão seja heterossexual, mas apresente trejeitos condenáveis pela parcela machista e misógina da sociedade no qual, na maioria das vezes, é onde se encontram os agressores homotransfóbicos.²³ Essa falsa legitimidade coaduna indiscutivelmente com momentos de vergonhosa discriminação e infelizmente ainda cotidiana no Brasil.

2.3 Movimentação e/ou Inércia Estatal quanto à Condutas Homotransfóbicas Estruturais e Pseudolegitimadas: A Terapia de Conversão Sexual ou “ Cura Gay” e o Tabu da Sexualidade enquanto Pecado Cristão ou Mal Mental

Precipuamente se faz necessário o seguinte questionamento para a abordagem da tratativa a seguir: Como mudar – ou mesmo eliminar – um aspecto tão basilar e fundamental de alguém como a sua sexualidade e sua capacidade de relacionar-se afetivamente, sem destruir o próprio indivíduo no processo?

A obra *Boy Erased: Uma verdade anulada*, de Garrard Conley, por meio da qual o autor narra as lembranças que tem de ter se submetido à chamada Terapia de Reorientação ou Reconversão Sexual, no interior do Arkansas, nos Estados Unidos em 2004, mostra com uma clareza vívida, mas sensível, como tais procedimentos têm o potencial de obliterar a sanidade física e mental daqueles que “optam” por esse tipo de tratamento, bem como que o papel milenar da religião nessas questões permanece forte e irascível. Conforme demonstra o livro, a busca por uma “cura para a homossexualidade” nem sempre é coercitiva ou compulsória – ao menos não por parte do Estado – mas a existência de terapias que mantem essa falsa promessa, guia toda uma sorte de pessoas a buscá-la desesperados pela aceitação social e familiar, especialmente se inseridas em um meio religioso. Mesmo assim, a lição que o autor tenta trazer é clara: “*A verdade não pode ser convertida*”.²⁴

Ao se abordar o tema da sexualidade e o modo como tal matéria foi tratada tanto no meio social, como o cultural e jurídico, frisa-se a importância do fato de que o preconceito

²³ RAMOS, Jeferson. “**Mata-se por nada**”: violência, masculinidades e homofobia. Florianópolis, UFSC. 2017. Disponível em: <https://www.academia.edu/38634751/Mata_se_por_nada_viol%C3%Aancia_masculinidades_e_homofobia> Acesso em: 21 de jan. 2022.

²⁴ CONLEY, Garrard. **Boy Erased**: uma verdade anulada. Tradução de Carolina Selvatici, 1ª edição. Rio de Janeiro. Editora Intrínseca, 2019.

àquela cuja orientação sexual ou identidade de gênero fosse heterodiscordante ou não cisgênero, aludem a um momento histórico muito anterior a contemporaneidade.

Remontando à um período anterior ao séc. XVII, o tema da sexualidade e, portanto, do sexo, já era um tabu que vinha sendo reprimido, amparado inclusive por questões de cunho econômico e religioso. Sob tal análise nasce o que Foucault chamou de “repressão dos discursos do sexo” em sua Hipótese Repressiva, frisando que a imposição de uma conotação “perversa” nos discursos sobre a sexualidade já existia na Europa deste período.²⁵ Deste modo, já neste momento histórico, percebe-se uma pretensão à importância de uma intervenção estatal e judiciária, para regular os chamados “perversos”, quais sejam aqueles que se enquadravam nos rótulos que passaram a nascer para as condutas sexuais e afetivas discordantes da heterossexual (como a homossexualidade, sodomia, incestos, etc).

Sob esse espectro de condenação religiosa, nasceu a necessidade de um estudo de caráter mais científico dessas condutas tidas como desviantes, de modo que o aspecto de pecado, se não lhe fora arrancado, ao menos dividiu espaço com a análise de tais urgências ou desejos “pervertidos” como desordem mental. Importa pontuar que, como demonstra Foucault, já neste período havia a criação e organização de mecanismos de controle pedagógicos e sobretudo de tratamentos médicos em que “em torno das mínimas fantasias, os moralistas e, também e sobretudo, os médicos, trouxeram à baila todo o vocabulário enfático da abominação (...).”²⁶

Assim, é perceptível que o aspecto estigmatizante analisado por Foucault e reservado àqueles praticantes de condutas sexuais tidas como desviantes, se reflete na atualidade em um preconceito estrutural, tendo por cerne a sexualidade heterodiscordante e se reproduzido em diversas esferas, inclusive a jurídica. Mesmo que o aludido autor tenha por objeto de análise a Europa do Séc. XVII e não o Brasil ou mesmo a América do Sul, não há como não se ater às similaridades do tratamento social dispensado à comunidade LGBTI+ neste país e as expectativas de tratamento dispensada a esta mesma comunidade pelos países europeus há quatro séculos atrás, inclusive amparado pelo discurso médico e judicial, algo que também já teve abrigo no ordenamento brasileiro.

²⁵ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: A vontade de saber**, tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988. p.17-18.

²⁶ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: A vontade de saber**, tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988. p. 36.

Ainda sob esta análise, importa salientar que a construção pseudo-legitimada socialmente de se abominar a orientação sexual e identidade de gênero destoante da heterossexual e cisgênero, sempre esteve de mãos dadas ao discurso do pecado pregado pela religião, até que o discurso médico veio se juntar a este. Enquanto um visava a salvação da alma do pecador pervertido que poderia ser lançada ao Inferno se não buscasse a redenção, o outro almejava a salvação da mente, concebendo que o comportamento desviante seria um mal mental, integrando portanto o homossexual e a pessoa *trans* no corpo da massa de supostos doentes mentais, mendigos, “criminosos natos” e hereges compulsoriamente segregados em hospitais psiquiátricos no período concebido por Foucault como *Grande Internação*, qual seja, “o momento em que a loucura é percebida no horizonte social da pobreza, da incapacidade para o trabalho, da impossibilidade de integrar-se no grupo; o momento em que começa a inserir-se no texto dos problemas da cidade”²⁷. Assim, nota-se já a associação da homossexualidade à loucura – ou “desatino”, como diz o autor –, de modo que se legitimou o tratamento médico-psiquiátrico desta condição, reflexo sentido em nível global até os dias de hoje e indiscutivelmente com muita força no senso comum brasileiro.

Tal manifestação social existe desde a “Nau dos Loucos” de Foucault e a análise do autor, de que todo aquele que não fosse capaz de se submeter a regras sociais estabelecidas por um poder dominante deveria ser afastado, há muito é uma constante de cunho atual²⁸. Assim a ideia de incluir LGBTI+ em projetos de higienização social por sua impossibilidade de adequar-se à ditames heteronormativos nascidos de uma moral religiosa cristã, conforme demonstrado, não é exatamente uma novidade. Faz-se mister estabelecer que *impossibilidade* se liga aqui ao sentido de *incapacidade*, pois neste caso, por um suposto mal mental, os “desatinados” não tinham condições psíquicas de entender e seguir os moldes que lhes exigia a sociedade, devendo, portanto, ser salvos pela intervenção estatal, judicial e – é claro – religiosa.

Longe ainda estava, desde período a compreensão da sexualidade e da identidade, de gênero como característica intrínseca à *persona* do indivíduo e menos ainda à firmação de tal característica como um direito dentro de um ordenamento jurídico de viés democrático como o brasileiro. Estas marcas e impressões a este tema, tal como ocorre na questão do preconceito

²⁷ FOUCAULT, Michel. **História da Loucura**. Tradução: José Teixeira Coelho Netto. São Paulo. Editora Perspectiva, 1978. p. 89.

²⁸ FOUCAULT, Michel. **História da Loucura**. Tradução: José Teixeira Coelho Netto. São Paulo. Editora Perspectiva, 1978. p. 13.

racial, reverbera historicamente e deixa ainda indiscutíveis marcas na sociedade contemporânea.

O concebimento da sexualidade como doença mental encontrou abrigo também em estudos voltados ao Brasil. É possível analisarmos o paralelo existente nos estudos de Raimundo Nina Rodrigues²⁹, que visava ao mesmo passo que Lombroso, um método médico que justificasse o comportamento do criminoso e potencialmente o antecipasse, buscando a legitimação da medicina como método “coordenador” do Estado, tendo o Judiciário como seu assessor. Nina Rodrigues acreditava em uma fórmula de cunho matemático desenvolvida por meio de observação e baseada em pareceres estereotipados e preconceituosos de que a pessoa negra ou mestiça, tornar-se-ia degenerada (adjetivo de cunho negativo também voltado àqueles acusados de práticas sexuais desviantes) e tal degenerescência evoluiria à uma doença mental que por fim levaria o indivíduo à criminalidade.³⁰³¹

Seria impossível traçar o mesmo raciocínio para os casos de indivíduos cujas condutas fossem consideradas pervertidas ou sexualmente desviantes? Analisando o tratamento dado tanto pelo meio médico como pelo meio jurídico à homossexualidade através da história como demonstrou Foucault, não é possível notar uma similaridade? Se em vez de negros ou mestiços, o objeto de análise fosse os “de comportamento sexual desviante”, não parece plausível a percepção de que o mesmo tratamento foi dado aos LGBTI+ historicamente falando? De pervertido à degenerado, de degenerado a doente mental e por fim a criminoso, haja vista o mesmo “tratamento para males mentais” ter sido aplicado em vários casos aos acusados não apenas de homossexualidade, mas também de pedofilia, pederastia, incesto e condutas de natureza semelhante?

Não se deve ignorar os efeitos que tais posicionamentos refletem culturalmente em uma sociedade. O estudo antropológico de Gayle Rubin, ao estabelecer o que chamou de “pirâmide da hierarquia erótica”, elencou indivíduos seguidores da heteronormatividade como situados no topo da pirâmide, tendo portanto o poder de determinar o comportamento social tido como correto, enquanto nas partes mais baixas da pirâmide encontram-se travestis, transsexuais, sadomasoquistas, fetichistas, profissionais do sexo entre outros, ou seja, mais distantes do modelo tradicional de sexualidade há eras estabelecido pelos integrantes do “topo

²⁹ RODRIGUES, Raymundo Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. Bahia: Editora Guanabara, 1895. p. 41-44.

³⁰ RODRIGUES, Raymundo Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. Bahia: Editora Guanabara, 1895. p. 41-44.

³¹ CASTELO BRANCO, Thayara. **A (des)legitimação das medidas de segurança no Brasil. 2ª Edição**. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2019. p. 74.

da pirâmide”.³² Percebe-se, portanto, que a própria sociedade esperava – e talvez ainda espere em alguns lugares – que o homossexual ou pessoa *trans* e quaisquer condições de sexualidade entre estes extremos, sejam minorizados e reduzidos à condição de patologia em virtude de sua *estranheza* em comparação ao comportamento sexual tido como normal, desde o séc. XVII como pontuou Foucault.

Não obstante essa afirmativa como uma realidade social, quando se fala em tratamento de males mentais e por consequência em internação – tópico diretamente conectado a questão da “Cura-Gay” a ser abordada adiante – deve-se enxergar a ligação existente entre tal discurso médico e a sua utilização como instrumento do poder punitivo estatal, ou ao menos a sua utilização fora do aspecto penal propriamente dito, ficando o julgamento a critério da ideologia do aplicador, por se assim dizer, porém ligando-se indiscutivelmente ao discurso da higienização social e à docilização daqueles que tem pesado sobre si a internação como meio de recuperação ou reparação da periculosidade que sua condição mental pode vir a causar à sociedade.³³

Remonta-se aqui, no contexto da internação por sexualidade como risco social, a própria aplicação das medidas de segurança, que conforme demonstra Aníbal Bruno, levaria em consideração a periculosidade e não a culpabilidade para fins de aferição e aplicação da lei criminal, não se tratando de pena, ou seja, não visando a punição, mas sim a emenda ou correção do indivíduo.³⁴ O LGBTI+ era, portanto, tratado como risco social.

Sua segregação, por meio do direito penal já era legitimada, pois a homossexualidade, como já demonstrado, era associada a toda uma sorte de comportamentos desviantes. A periculosidade – ou perigosidade criminal, nas palavras de Aníbal Bruno³⁵ - restava demonstrada em defesa da moral e bons costumes de forma que, tanto o discurso médico como o jurídico legitimavam a ação estatal do *jus puniendi* contra esse grupo da mesma forma que o faria com quaisquer outros que não se inserisse em um padrão normativo X estabelecido como regra. O Direito pressupõe isto.

³² RUBIN, Gayle. **Pensando sexo: Notas para uma política radical da sexualidade.** Tradução de Felipe Bruno Martins Fernandes Revisão de Miriam Pillar Grossi. Universidade Federal de Santa Catarina, 2012. p.14.

³³ GENELHU, Ricardo. **O médico e o direito penal, v.1: introdução histórico-criminológica.** Rio de Janeiro. Revan, 2012. p. 160.

³⁴ BRUNO, Aníbal. **Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança.** Rio de Janeiro. Editora Rio – Sociedade Cultural Ltda, 1977. p. 120-121.

³⁵ BRUNO, Aníbal. **Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança.** Rio de Janeiro. Editora Rio – Sociedade Cultural Ltda, 1977, p. 126.

Voltando ao meio médico, apesar de o Brasil não ser conhecido essencialmente pela existência de estabelecimentos para internamento específico em razão da homossexualidade – sem ignorar, é claro, a coroa infame que carrega como um dos países com maiores índices de violência contra LGBTI+ no mundo –, tampouco deve-se ignorar a majoritária opinião médica a respeito da homoafetividade como um problema a ser tratado pela medicina, o que foi uma constante no século passado.

A partir de 1920, diversas opiniões médicas rasgaram o país, indo de encontro a comunidade LGBTI+ e vendo o “homossexualismo”³⁶ como o enfraquecimento da moral do país e como perversão sexual que atentaria violentamente contra as normas sociais. Seria, portanto, papel dos médicos, “especialistas no assunto”, tratar do mal psíquico que perturbava esses indivíduos. Não se almejava uma punição, pois esta não seria justa haja, vista a conclusão médica da época de que os homossexuais, assim o eram, por distúrbios de ordem biológica, não lhes sendo atribuída a culpa por sua condição. A doença deixava o âmbito tão somente mental para algo mais sistêmico e não apenas comportamental, mas que legitimaria a ação compulsória estatal para cercear tal grupo da sociedade sadia.³⁷

Não obstante, mesmo na realidade dos anos 20 do século passado, alhures pontuada, chegou a ser debatida a possibilidade da criação de um estabelecimento voltado para o tratamento da homossexualidade, nos moldes de uma patologia criminosa, pois não seria possível tratá-los, caso fossem segregados em penitenciárias. Quanto ao uso de estabelecimentos psiquiátricos, temiam que a homossexualidade se espalhasse e contagiasse os demais enfermos mentais. Sob esses moldes demonstra Trevisan

Daí por que o mesmo dr. Fernandes propunha, ainda na década de 1920, a criação de um estabelecimento próprio para a reclusão de homossexuais, “garantindo a sociedade com a segurança do seu afastamento e devolvendo ao criminoso a assistência médica de que carece.”³⁸

Urge lembrar ainda a problemática da dificuldade da compreensão do aspecto intrínseco subjetivo da sexualidade do indivíduo. Diversas críticas são levantadas já à própria legitimidade da internação em razão de um espectro médico-tecnista, no qual percebe-se uma busca mais árdua pela higienização e segregação menos traumática do suposto doente

³⁶O termo “homossexualismo” caiu em desuso após sua retirada da Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1990, após reconhecimento de que a homoafetividade não se tratava de condição patológica ou mal mental, de modo que o presente termo não deve ser utilizado ao se referir a pessoas LGBTI+ face sua natureza estigmatizante.

³⁷TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso**. A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 4ª edição, revista atualizada e ampliada. Rio de Janeiro. Editora Objetiva, 2020. p. 181.

³⁸ TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso**. A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 4ª edição, revista atualizada e ampliada. Rio de Janeiro. Editora Objetiva, 2020. p. 184.

mental em relação à sociedade que antes integrava, do que a compreensão e posterior cura do mal que porventura aflija o paciente que se encontra em tutela destas instituições reparadoras, o que certamente se dá tendo por meta uma menor repulsa reacional empática que uma ação mais violenta tende a causar, conforme leciona Basaglia.³⁹ Tal posicionamento viria a afluir no que mais tarde se consolidou como o Movimento Antimanicomial. Esta falta de compreensão e a ausência de sua busca, leva por vezes a um tratamento errôneo, com potencial para lesar o paciente mais gravemente do que a própria aplicação de uma pena criminal. E isto é perceptível de forma cristalina na proposta da “milagrosa” cura à homossexualidade.

Claro que a época era outra. Tal parecer foi levantado pela comunidade médica há um século, e a mudança ocorrida na interpretação da homossexualidade até a atualidade não pode ser ignorada. Porém, também não é plausível se escusar o fato de que após todo o suposto progresso, tanto no discurso médico como no jurídico e mesmo na aceitação sociocultural – se não aceitação, ao menos a abertura do diálogo para com a comunidade LGBTI+ sem condenar seus integrantes ao Inferno cristão ou a deficiência mental – até recentemente foi debatido uma vez mais a proposta que legitimaria juridicamente a infame terapia de reconversão sexual no Brasil ou, como ficou popularmente conhecida a “Cura-Gay”, assunto a ser tratado a seguir.

Portanto, não se pode negar o avanço no diálogo das questões desde o séc. XVII, com a condenação dos discursos do sexo na Europa ou em 1920 e a imperícia preconceituosa do discurso médico brasileiro à época, mas faz-se consistente à crítica de que, após todo esse tempo, o debate sobre sexualidade ainda soa como tabu para grande parte do senso comum, em especial quando se discute condutas heterodiscordantes, que – importa frisar com algum grau de absurdo – já foram consideradas doenças mentais indutoras ao crime e ameaçadoras à “sociedade sadia” do Brasil⁴⁰, sendo inclusive mais uma justificativa ensejadora da criminalização da conduta homotransfóbica discutida neste trabalho.

Alvo de muita discussão há alguns anos no Brasil, tratamentos dessa natureza foram publicamente debatidos após suscitado o PDC 234/2011, de autoria do Deputado João Campos – que visava sustar a aplicação dos arts. 3º e 4º da Resolução 01/1999 do Conselho Federal de Psicologia (CFP), nos quais se encontram as vedações aos profissionais da área de

³⁹ BASAGLIA, Franco. **A instituição negada**. Relato de um hospital psiquiátrico. Tradução de Heloísa Jahn. Rio de Janeiro. Editora Graal, 1985 p. 105.

⁴⁰ TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso**. A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 4ª edição, revista atualizada e ampliada. Rio de Janeiro. Editora Objetiva, 2020. p. 187.

exercer ações que favoreçam a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas. Caso tivesse conseguido a aprovação necessária, esta sustação resultaria na possibilidade e instigação da propaganda de tratamento da homossexualidade como patologia ou doença mental por parte de profissionais da psicologia. Sem ignorar a possibilidade assustadora de que o reconhecimento da homotranssexualidade como doença mental poderia resultar na aferição de incapacidade para a vida civil por parte dos LGBTI+ assim “diagnosticados”, resta ainda a questão de que não obstante, o tratamento ofertado à tais indivíduos pouco parece diferir da tortura, induzindo o paciente à depressão, ansiedade e suicídio, por vezes como métodos bárbaros, como choques elétricos e submersão em água com gelo⁴¹, encontrando ainda abrigo – tal como no relato de Conley – no fundamentalismo religioso.

Arquivada em 2013, a proposta da licença do Judiciário para que os profissionais da psicologia no Brasil viessem a ofertar a “Cura Gay” voltou a voga em setembro de 2017, em razão de uma liminar à uma ação popular, conferida pelo então juiz federal Waldemar Cláudio de Carvalho da 14ª Vara do Distrito Federal, permitindo deste modo que psicólogos ofertassem a aludida terapia de reversão sexual, alegando que a profundidade do tema exigia estudo científico. Posteriormente mudou a sentença, permitindo que pessoas homoafetivas que buscassem tratamento psicológico visando uma “reorientação sexual”, deveriam ter este direito, todavia, profissionais da psicologia não poderiam ofertar tais serviços ou fazer propaganda deles.⁴² Apenas dois anos depois, em abril de 2019, a Ministra Carmen Lúcia caçou a referida liminar, fazendo valer novamente os dizeres do Conselho Federal de Psicologia em todo o território nacional.⁴³

Isso exemplifica de forma evidente a carência de segurança jurídica no Brasil quando se trata de assegurar direitos à comunidade LGBTI+ haja vista que, independentemente do que esteja normativamente expresso, mesmo em textos legais, os próprios operadores do

⁴¹ MÉTODOS de “Curas Gay” utilizam choque elétrico, estupro e submersão. **Jusbrasil**. 20 de fev. 2016. Disponível em: <<https://pragmatismo.jusbrasil.com.br/noticias/307354037/metodos-de-curas-gay-utilizam-choque-eletrico-estupro-e-submersao>>. Acesso em: 10 de jan. 2022.

⁴² RODRIGUES, Mateus; MORAIS, Raquel. Juiz Federal do DF altera decisão que liberou 'cura gay' e reafirma normas do Conselho de Psicologia. Por Matheus Rodrigues e Raquel Moraes. **G1**. 15 de dez. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/juiz-federal-do-df-altera-decisao-que-liberou-cura-gay-e-restabelece-normas-do-conselho-de-psicologia.ghtml>> Acesso em: 10 de jan. 2021.

⁴³ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na reclamação 31.818** Distrito Federal. Medida Cautelar na Reclamação. Constitucional. Ação Popular. Resolução N. 1/1999 Do Conselho Federal de Psicologia. Usurpação de Competência do Supremo Tribunal Federal. Controle de Constitucionalidade. Medida Cautelar Deferida para Suspender a Tramitação da Ação Popular e Suspender os Efeitos das Decisões Judiciais nela adotadas. Eficácia do Ato Administrativo Questionado. Providências Processuais. Reclamante: Conselho Nacional de Psicologia. Reclamado: Juiz federal da 14ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal. *Lex*: Supremo Tribunal Federal, Distrito Federal, Brasília, 9 de abril de 2019.

Judiciário – e dos demais poderes também, pois urge salientar a posição Anti-LGBTI+ da atual liderança do Poder Executivo e a ineficácia do Poder Legislativo em firmar entendimento legal sobre o tema – não se encontram em harmonia quanto à legitimidade ou não de tais tratamentos por profissionais da saúde, apesar de relatos assombrosos sobre os cerceamentos de direitos a que homossexuais e pessoas *trans* são submetidos em virtude de sua “cura”, *vide* a obra de Conley⁴⁴, citada no início deste tópico.

Ademais, não há de se negar que no meio LGBTI+, no Brasil, conforme diz Delcio Monteiro de Lima em investigação com profissionais da psicologia, a afirmativa de que segundo estes, o perfil genérico do homossexual brasileiro não procura o tratamento terapêutico tão somente por problemas voltados a sua sexualidade, de modo que a desestabilização psíquica sofrida por eles ocorre em razão da pressão social sofrida, seja nos meios familiar, de trabalho ou quaisquer outros e não pela homossexualidade *per si*.⁴⁵ Isso importa para a desconstrução e, por consequência, desmistificação do fator patológico, tanto da homossexualidade como da transexualidade.

Em outras palavras, se fossem deixados em paz pela sociedade que os condena diariamente, não buscariam apoio psicológico, mais do que qualquer outra pessoa, pois os males que porventura os afligem têm a sua sexualidade como fator acessório. A busca por ajuda nasce da necessidade de aceitação, não de cura da sexualidade destoante da estabelecida socialmente como correta.⁴⁶

Urge salientar uma vez mais, portanto, que a discriminação em questão deve ser interpretada em nível *macro*, por meio de uma leitura constitucional, de modo que legitimar juridicamente a possibilidade do tratamento terapêutico da sexualidade e identidade de gênero como patologia ou mal mental, violaria indiscutivelmente este objetivo, além do direito fundamental a personalidade.

Além disso, não se pode ignorar o fator religioso encrustado na defesa de tais terapias de reconversão sexual, de modo que a anuência estatal quanto a tal conduta levantaria – e deve levantar – indiscutivelmente, a questão da natureza laica do Estado, analisando a característica da homossexualidade do indivíduo de um ponto de vista subliminarmente

⁴⁴ CONLEY, Garrard. **Boy Erased**: uma verdade anulada. Tradução de Carolina Selvatici, 1ª edição. Rio de Janeiro. Editora Intrínseca, 2019.

⁴⁵ LIMA, Delcio Monteiro de. **Os homoeróticos**. Os gays e as lésbicas na sociedade brasileira. Rio de Janeiro. Editora Francisco Alves, 1983. p. 34-35.

⁴⁶ LIMA, Delcio Monteiro de. **Os homoeróticos**. Os gays e as lésbicas na sociedade brasileira. Rio de Janeiro. Editora Francisco Alves, 1983. p. 36.

religioso, e não de uma perspectiva que vise a preservação de direitos humanos de uma minoria historicamente discriminada no país.⁴⁷

Na última década, o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado favorável à efetivação de direitos à comunidade LGBTI+, conforme é possível ter, por exemplo, a legitimação da união homoafetiva em setembro de 2011, a mudança e reconhecimento do nome social em março de 2018 e a criminalização da lgbtfobia em junho de 2019. Deste modo, não se faz coerente a um ordenamento jurídico que se diz harmônico assegurar direitos de tal natureza a homossexuais e pessoas *trans* e ao mesmo passo permitir – ou permanecer passivo quanto à necessidade de combater – tais propostas ou procedimentos dessa chamada reconversão sexual, haja vista sua indiscutível característica de lesa-humanidade e violadora de direitos fundamentais basilares, tendo sido rejeitada inclusive pela própria Organização das Nações Unidas (ONU) em relatório elaborado em junho de 2020, que alertou para a natureza degradante e cruel da ideologia que defende a homotranssexualidade como distúrbio a ser corrigido, além de o risco de tortura advinda de tais iniciativas promotoras da “Cura Gay”.⁴⁸

Além disso, não se pode ignorar o fato de que propostas dessa natureza, neste país, vem atropelando o próprio posicionamento do Conselho Federal de Psicologia, visando a retirada da legitimidade de um conselho profissional da classe e ignorando o que a Organização Mundial da Saúde já declarou em 1990 e em 2018, qual seja, o fato de que nem a homossexualidade nem a transexualidade são patologias e, portanto, não devem ser tratadas como tal em hipótese alguma.

Ainda no seio do direito internacional, é possível elencar os Princípios de Yogyakarta, publicado em novembro de 2006 e atualizado em 2017, tratando-se de documento cujo conteúdo objetiva servir de bússola norteadora à aplicação de padrões na lei internacional voltada à vedação da violação aos direitos humanos de LGBTI+. Dentre seus vários princípios, urge fixar a importância do Princípio 10, o qual determina o “Direito de não sofrer tortura e tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante” em razão da sexualidade ou identidade de gênero, apontando o papel dos Estados de impedir que tais violações à LGBTI+ ocorram, identificar e cuidar de vítimas de tais condutas degradantes e preparar, educar e

⁴⁷ BARRETO, Rafael Câmara. PDC 234/2011 – A “cura gay” e a interferência do legislativo na liberdade científica no contexto da preservação das minorias dentro da sociedade democrática. 2015. TCC (Monografia em Direito). Faculdade de Direito. Universidade de Brasília. Distrito Federal, 2015.

⁴⁸ CHADE, Jamil. ONU propõe banir "cura gay" no mundo e alerta para "risco de tortura. Por Jamil Chade. *Uol*. 14 de jun. 2020. Disponível em: < <https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/06/14/onu-propoe-banir-cura-gay-no-mundo-e-alerta-para-risco-de-tortura.htm>>. Acesso em: 10 de jan. 2021.

conscientizar todos os setores públicos para a não perpetuação deste preconceito estrutural, enfatizando a polícia e o setor prisional.⁴⁹

Coadunando com os efeitos negativos de um Estado que não combata a lgbtfobia – mesmo quando disfarçada em propostas legislativas como a PDC 234/2011 - em um país com o histórico de violência tão presente, o Grupo Gay da Bahia em seu acompanhamento da violência contra LGBTI+ no Brasil, mostra em seus dados como a violência motivada por esta discriminação continua alta. O relatório de 2019 mostrou que 329 LGBT+ foram as vítimas de morte violenta no Brasil em 2019. Destes, 297 homicídios (90,3%) e 32 suicídios (9,8%). Traduzindo em termos absolutos predominaram as mortes de 174 Gays (52,8%), seguidos de 118 Travestis e Transexuais (35,8%), 32 Lésbicas (9,7%) e 5 bissexuais (1,5%). As faixas etárias são variadas, sendo a mais jovem uma estudante de 14 anos encontrada morta com sinais de tortura em Paulista/PE e o mais velho um senhor aposentado de 69 anos, morto a facadas e tiros em Madaguaçu/PR.⁵⁰

Tais resultados, apesar de parecerem talvez pequenos em relação à grande população do Brasil, devem ser lidos tendo o leitor em mente o fato de que a injustificada morte violenta destas pessoas – inclusive as que cometeram suicídio em razão da não aceitação no meio familiar ou incapacidade de encontrar a tão debatida “cura” – foi resultado direto de um preconceito social e histórico por terem uma característica em sua sexualidade que é tão natural como a pregada pela heteronormatividade e – conforme defende a OMS – tão incapaz de mudar quanto ela. Tal violência é fruto direto de um medo de algo que as pessoas são educadas desde jovens a entenderem como algo estranho e anormal e, portanto, sucessível de tratamento.

Com acerto, não se deve interpretar em momento algum que a lgbtfobia está para o homotransfóbico como a claustrofobia está para lugares fechados. A proposta do tratamento mental deveria voltar-se para a aceitação do indivíduo homossexual ou pessoa *trans* e não para a sua destruição, tratando-se de uma fobia que externaliza-se por meio de discriminação

⁴⁹ CORRÊA, S. O. E MUNTARBHORN, V. (orgs.). **Princípios de Yogyakarta**. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em: <<http://www.yogyakartaprinciples.org>>. Acesso em: 10 de jan. 2021.

⁵⁰ GRUPO GAY DA BAHIA (GGB). **Relatório 2019**: população LGBT morta no Brasil. Tribuna. Disponível em: <<https://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-lgbti/>>. Acesso em: 10 de abr. 2022.

atentatória contra as vítimas e interioriza-se potencializando a própria vítima a fazer mal a si mesma.⁵¹

Não obstante esta realidade, importa pontuar que a associação patológica – assim como da pedofilia e práticas pecaminosas – a homossexualidade não ficou presa nos séculos passados como já abordado, mas tem sua constância nos debates legislativos do Brasil, como à época da propositura da PDC 234/2011. Enquanto opositores levantaram questões de direito como a laicidade estatal e a despatologização da homossexualidade por órgãos de saúde à nível nacional e internacional, além da defesa da dignidade da pessoa humana e direito à não discriminação, os defensores da proposta não somente associaram a homossexualidade à diversas condutas voltadas à perversão e crimes, sobretudo de natureza sexual, como indiscutivelmente restou evidente em seus discursos o espectro religioso de suas opiniões.⁵²

Desta forma, percebe-se que, no tocante à pacificação deste tema, por mais que o próprio Supremo Tribunal Federal tenha firmado um posicionamento pela não patologização da sexualidade discordante da heteronormativa no Brasil, conseqüentemente inibindo a permissividade para a aplicação de tais terapias de reorientação sexual no território nacional, a segurança jurídica de tal manifestação não é tão firme quanto desejável. Ademais, segue o conflito fantasma de direitos à não discriminação dos LGBTI+ e a absurda hipótese de lesividade da liberdade religiosa, como foi arguida inclusive pela Advocacia Geral da União ante a decisão que tornou crime lgbtfobia no Brasil.

Sem ignorar o importante papel de instituições religiosas na propagação das falsas promessas de “curas-gay”, e da destruição psicológica que estes procedimentos muitas vezes trazem a seus pacientes, a ausência de texto legal ou mesmo de interpretação de normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas, indiscutivelmente corroboram com os altos índices de violência contra a comunidade LGBTI+ no país.

2.4 Homotransafetividade e Cidadania: A Busca Histórica por Visibilidade Social

⁵¹ LANDO, Ildo Luiz Junior. **Homofobia no direito penal: Um Breve Estudo Sobre a Criminalização da Discriminação por Orientação Sexual e por Identidade de Gênero.** Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito. Porto Alegre: UFRGS, 2012, p. 20.

⁵² GAMA, Maria Clara Brito da. Cura Gay? Debates parlamentares sobre a (des)patologização da homossexualidade. **Sex., Salud Soc. (Rio J.)**, Rio de Janeiro, n. 31, pág. 4-27, abril de 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S198464872019000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 de jan. de 2021.

A não-aceitação da homossexualidade através da história, como salientado, encontrou amparo no meio religioso e, uma vez superada essa ideia, teve seu conceito reelaborado, de modo a ser reconhecido como uma enfermidade, se fundando na suposta natureza dissociativa para homens e mulheres, que neste contexto, estariam buscando subverter as posições ocupadas pelos gêneros nas relações afetivas, pois associava-se o homem homoafetivo à natureza feminina e, no caso das mulheres, tornava-se também inadmissível à sua negação a submeter-se ao homem em todos os aspectos, sobretudo no sexual.⁵³ Navarro-Swain toca num importante ponto em relação a progressão histórica da homoafetividade, ao dizer que

A Grécia Antiga, mais precisamente a Atenas dos séculos VI-V a C., é ponto de referência obrigatório para a cultura ocidental, que se reclama sua herdeira e cita sem cessar seus filósofos como marco, divisor de águas entre os caminhos da razão e dos mitos que ordenavam o mundo. Entretanto, curiosamente, as práticas sexuais dos gregos não foram incorporadas a seus discursos de saber, pois viviam uma homossexualidade aberta e institucionalizada, e os sentimentos mais profundos nas histórias de amor eram eventos entre homens.⁵⁴

Uma vez percebidos esses fatores, nasce a estigmatização, a discriminação e invisibilização do LGBTI+. Como forma de repressão ao que desconhece como nada mais do que algo para se envergonhar ou como uma espécie de doença, o LGBTI+ torna-se marginalizado, diminuído, um indivíduo socialmente menor. Diante de tal pressão social, a homossexualidade passava a ser uma prática proibida, algo que devia acontecer em segredo e de forma envergonhada.⁵⁵

É interessante apontar que apesar do homossexual masculino ser associado à feminilidade e vice-versa, estudiosos como Pollak (*Os Homossexuais e a AIDS: Sociologia de uma Epidemia, 1990*)⁵⁶ e Perlongher (*O Negócio do Michê: A Prostituição Viril em São Paulo, 1987*), já realizavam estudos que demonstravam que, o modo de se expressar dos homossexuais era influenciado por uma série de fatores, tais como idade ou posição social, não se ligando necessariamente à atração sexual enquanto fator determinante. Deste modo, a ideia de que o homossexual masculino terá por característica marcante um modo mais feminino de ser e se expressar torna-se defasado, uma vez que, progressivamente, ele passou a ser rotulado inclusive dentro da própria comunidade LGBTI+ por títulos diversos, baseando-se nas expressões linguísticas e corporais que apresenta, porém infelizmente, ainda não de um modo necessariamente igualitário. Nascem nesse contexto histórico-social termos como *bicha*

⁵³ ANJOS, Gabriele dos. **Identidade sexual e identidade de gênero**: subversões e permanências. Sociologias, Porto Alegre, ano 2, nº 4, jul/dez 2000, p. 274-305.

⁵⁴ NAVARRO-SWAIN, Tania. **O que é lesbianismo**. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 18-19.

⁵⁵ BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 1999, p 32-36.

⁵⁶ POLLAK, Michael. **Os homossexuais e a AIDS**: sociologia de uma epidemia. São Paulo, Estação Liberdade, 1990, p.25-56.

para definir o homossexual periférico e afeminado, vítima de um maior preconceito social por ter seu comportamento explicitado de forma mais clara, e o *gay*, o homossexual que traz características mais masculinas como o corpo, o modo de se vestir e agir e em razão disso, mais aceito tanto na sociedade como um todo, inclusive no próprio meio LGBTI+.

É fundamental ainda salientar que, historicamente falando, a construção do conhecimento e da descoberta da homossexualidade até o seu conceito contemporâneo, ocorreu por muito tempo nas camadas sociais mais vulneráveis, economicamente e socialmente. Os chamados “guetos”, tidos pela sociedade repressora como um meio perigoso e associado ao crime e à miséria, no meio *gay*, tornou-se um espaço seguro para a descoberta da própria sexualidade, longe dos olhares julgadores, das ações violentas e discriminatórias, tendo neste meio um espaço de aceitação mútua entre LGBTI+ e não-LGBTI+, permitindo o desdobramento da descoberta para além da atração e orientação sexual, mas ainda para a identidade e expressão de gênero.⁵⁷

Quanto à homossexualidade feminina, essa teve – e ainda tem – a rejeição social tão intensa quanto a sofrida pelos homens, entretanto vê-se historicamente uma menor representatividade. Para além da demonização religiosa sofrida, tal qual a homossexualidade de modo geral, houve uma sexualização machista no decorrer da história, tornando-se palatável a ideia da relação entre duas mulheres, desde que para satisfazer a lascívia do homem.⁵⁸ Nesse contexto, o homem manteria ainda sua posição de poder como indivíduo social superior, estabelecendo ainda que a mulher lésbica necessariamente viria a adotar características mais masculinas – “imitar o masculino”, conforme demonstra Navarro-Swain

Existe uma tipologia do lesbianismo, ancorada no imaginário social, com algumas variações espaço-temporais: o tipo mais característico seria o da mulher-macho, paraíba, sapata, fanchona, caminhoneira, *butch*, *dyke*, identificada por mimetismo das atitudes e maneiras masculinas. É possível que a rigidez da divisão binária da sexualidade humana faça com que a atração por outras mulheres crie a necessidade de adotar características masculinas, físicas e comportamentais, tosca forma de encenar a sedução (Barret, 199:257). Dessa forma, as mulheres em geral, “femininas” poderiam sentir-se atraídas por esses tipos masculinizados. Temos aí o esquema da ordem heterossexual em corpos biologicamente femininos, o casal *butch/Femme*.

Ainda sobre a opressão sofrida pelas mulheres lésbicas, Navarro-Swain (2000) pontua também que mesmo no meio LGBT+, a mulher está passível de discriminação em razão da condição de seu gênero pois a sociedade imprimiu características machistas que

⁵⁷ ESCOFFIER, Jeffrey. Culture wars and identity politics. **Radical Democracy**: identity, citizenship and the state. New York, Routledge, 1996. p.165-178.

⁵⁸ NAVARRO-SWAIN, Tania. **O que é lesbianismo**. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 76-78.

desconsideram em muitos níveis a mulher, apenas por sua condição feminina. Diz a autora que

A não ser como meio de pressão, a junção de homossexuais mulheres e homens traz problema: que teriam em comum, além da exclusão e rejeição social? Num mundo dividido entre homens e mulheres, os pederastas pretendem um lugar no mundo dominante por homens, ao qual pertencem. Seus problemas de inserção e aceitação social não integra a realidade vivida pelas mulheres lesbianas, duplamente discriminadas. (2000, p. 67-68)

As pessoas *trans* e as travestis, por sua vez, desde a sua identificação pessoal até a sua identificação social, habitam a linha da marginalidade, não apenas da sociedade que rejeita a ideia da homossexualidade e da expressão de gênero heterocisdiscordante, mas também da própria comunidade, pois muitas vezes não encontram identidade tanto de si próprios como integrantes de uma comunidade minoritária e vulnerável, como também não são identificados e compreendidos pelo meio homossexual em si, uma vez que aqui não há de se falar de orientação sexual e sim de expressão de gênero. A travesti, desde a sua existência, assumiu um papel de maior estranheza social.⁵⁹ Frisa-se aqui que para fins deste estudo, deve-se entender que a travesti é um termo voltado para a identidade de gênero, ou seja, independe da orientação sexual, por isso o uso do artigo “a”, tratando-se assim de “pessoa que nasce com sexo masculino e tem identidade de gênero feminina, assumindo papéis de gênero diferentes daqueles impostos pela sociedade”⁶⁰.

Além disso, se fazia difícil a compreensão do que é a travesti em razão da confusão feita entre o conceito de travesti e *drag queen* (e também *drag king*)⁶¹ que a título de conquista social, atualmente tem representatividade, relativa influência junto à mídia e a grupos sociais, especialmente no meio artístico, inclusive brasileiros (as) como Pabllo Vittar, Gloria Groove, Lorelay Fox, entre outros, o que é uma conquista de suma importância em termos de representatividade.

Nesta alçada, quanto ao *transgênero* – ou pessoa *trans* – este, além de enfrentar a oposição social por divergir do papel pré-estabelecido para homens e mulheres, tinha até poucos anos atrás seu direito à existência negada até em aspectos básicos, como o da retificação do nome e do gênero nos documentos de identidade. Para além disso, há a falta de compreensão da complexidade da pessoa *trans* pela sociedade, isto em contexto global, não

⁵⁹ SILVA, Hélio R. S. **Travesti**: a invenção do feminino. Rio de Janeiro, RelumeDumará: ISER, 1993, p. 22-26.

⁶⁰ SÃO PAULO. Governo do Estado. **Diversidade sexual e a cidadania LGBT**. São Paulo: 2014. Disponível em. Acesso em: 26 de junho de 2019, p. 13.

⁶¹ SÃO PAULO. Governo do Estado. **Diversidade sexual e a cidadania LGBT**. São Paulo: 2014. Disponível em. Acesso em: 26 de junho de 2019p. 15.

apenas nacional, uma vez que até recentemente ainda se associava a transexualidade à patologia sendo classificada pela Classificação Internacional de Doenças 10^a Rev. (CID 10) da Organização Mundial de Saúde – OMS, como *Transexualismo*. Segue o texto constante do CID 10, *in verbis*:

F64.0 Transexualismo: Trata-se de um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado. (OMS, 1997).

Todavia, em 18 de junho de 2018, em decisão histórica para a progressão dos direitos da comunidade *trans*, a OMS publicou posterior edição do manual de Classificação Internacional de Doenças (agora CID – 11)⁶², tendo retirado a transexualidade da lista de transtornos mentais, onde figuram doenças como pedofilia e cleptomania, passando a figurar no manual como “condição relativa à saúde sexual”, uma maneira encontrada pela agência de incentivar à oferta de políticas públicas de saúde para essa população em específico.

Vale ressaltar ainda que se associando a pessoa *trans* à uma patologia, legitima-se o tratamento médico para tal condição, aqui tida como intrínseca à *persona* de alguém, como se fosse uma enfermidade, situação essa superada à duras penas pela homossexualidade em 1990, antes tida como “homossexualismo”⁶³, conforme delineado anteriormente. Desta forma, a única possibilidade de aceitação de pessoas *trans* seria através do seu reconhecimento como “doente mental”, para o qual a única saída seria a intervenção médica que adequasse seu corpo ao seu estado mental, o que começa a ser superado, encontrando, como afirmado acima, apoio na decisão da OMS e no novo CID – 11. Mesmo assim, é importante frisar que a decisão é recente e há ainda um longo processo de desconstrução da estigmatização da ideia da existência dessa minoria específica.

Sobre o tema, Raquel Macedo Rocha ressalta que

Isso significa considerar que a identidade sexual não é uma livre escolha ou uma livre construção do sujeito; assim, uma nova identidade sexual só é admitida como

⁶² OMS divulga nova Classificação Internacional de Doenças (CID 11). **OPAS Brasil**, 18 de jun. 2018. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5702:omsdivulga-nova-classificacao-internacional-de-doencas-cid-11&Itemid=875>. Acesso em: 21 de mar. 2022.

⁶³ Termo em desuso que costumava definir a relação afetiva e amorosa entre pessoas de mesmo sexo como uma doença (através do sufixo "ismo"). Hoje em dia o termo correto é homoafetividade ou homossexualidade.

uma contingência – o transtorno psíquico do transexualismo – para a qual a medicina deve viabilizar a ‘cura’, a qual o direito deve assegurar.⁶⁴

No tocante à visibilidade da parcela *trans*⁶⁵, se faz oportuno, aqui, citar a título de exemplo a situação ocorrida na 19ª Parada do Orgulho LGBTI+, em 2015, quando a modelo *trans* Viviany Belebony desfilou em um dos trios do evento, realizando uma apresentação que remontava a crucificação de Cristo e no alto da cruz estava uma placa onde estava escrito “Basta de Homofobia LGBT”, repercutindo fervorosamente nas redes sociais da época e sendo duramente criticada pela classe mais conservadora da sociedade, que viu a apresentação como uma ofensa aberta ao Cristianismo, quando a interpretação correta longe estava de ser ofensiva, mas sim reafirmava a mensagem de Cristo que é símbolo na própria religião e fora dela, de luta e defesa das classes mais oprimidas de seu tempo, adaptando apenas sua mensagem para os grupos minoritários atuais.⁶⁶ Aí nota-se o problema que mais afronta a parcela LGBTfóbica, socialmente falando. O que assusta é a imagem do que lhes é estranho. A força visual ultrapassa o sentido e a interpretação do ato e do direito de existir dos LGBTI+, porque são diferentes do que é conhecido e aceito pela sociedade cisgênero e heteronormativa.⁶⁷

Sobre este episódio analisou Lemos:

(...) politicamente, Jesus representou sim na cruz, a minoria social perseguida, torturada e morta. Uma minoria que hoje pode perfeitamente ser identificada com aquela das mulheres trans, premidas num misto de invisibilidade, marginalização e perseguição. Nada mais coerente, portanto, que tal minoria, neste momento, reivindique essa simbologia para lembrar aos religiosos, seus principais perseguidores, assim como os fariseus eram de Cristo, que elas de alguma forma também estão sofrendo a brutalização da maldade dos homens. No lugar de heresia ou sacrilégio, há na realidade, reafirmação crítica do Cristianismo. Numa sociedade virulentamente transfóbica, todavia, tal compreensão é inaceitável. Prefere-se o ódio, em nada diverso da cólera farisaica da elite judaica de dois mil anos atrás.⁶⁸

⁶⁴ ROCHA, Raquel Macedo. Ser e não ser: As identidades de gênero e a disputa da legitimidade do discurso jurídico. Seminário Internacional Fazendo Gênero 10. **Anais...**, Florianópolis: UFSC. 2013. p. 10. ISSN 2179-510X.

⁶⁵ Forma abreviada para transexual ou transgênero.

⁶⁶ LEMOS, Diego. Da LGBT à cristofobia: entre o reconhecimento prometido e o simbolismo prisioneiro. In: OLIVEIRA, Luciano; ROSENBLATT, Fernanda Fonseca; DE MELLO, Marília Montenegro Pessoa (org.). **Para além do Código de Hamurabi: estudos sociojurídicos**. Recife: Alidi, 2015, p 288-290.

⁶⁷ Cisgênero é o oposto de transgênero, ou seja, pessoas cuja identidade de gênero coincidem com o sexo biológico. Heteronormativo, é palavra derivada de “heteronormatividade”, qual seja a prática e instituições que legitimam e privilegiam a heterossexualidade e os relacionamentos heterossexuais como fundamentais, sendo a forma natural dentro da sociedade. COHEN, Cathy J. **Punks, bulldaggers, and welfare queen: The radical potential of queer politics?** in "Black Queer Studies". E. Patrick Johnson e Mae G. Henderson, eds. Duke UP, 2005. p.24.

⁶⁸ LEMOS, Diego. Da LGBT à cristofobia: entre o reconhecimento prometido e o simbolismo prisioneiro. In: OLIVEIRA, Luciano; ROSENBLATT, Fernanda Fonseca; DE MELLO, Marília Montenegro Pessoa (org.). **Para além do Código de Hamurabi: estudos sociojurídicos**. Recife: Alidi, 2015, p. 292.

Já no tocante à percepção social da violência sofrida pelos homoafetivos e pessoas *trans* no Brasil, nota-se que tal agressão tornou-se – e de certa forma ainda é – tida como comum, cotidianamente. Tornou-se normal e até esperado desprezar a pessoa LGBTI+, sentimento esse inspirado e disseminado inclusive na mídia. Como afirma Lemos, não se faz preciso um estudo aprofundado ou análise crítica baseada em um estudo de caso se ter percepção da agressão que a comunidade tende a receber no dia a dia. Basta prestar atenção aos estádios de futebol, às salas de aula, aos programas de televisão, especialmente os de humor, às reuniões de trabalho ou aos bares e botecos das cidades, para que se perceba a profusão de expressões de humilhação, ofensa e xingamento destinadas a pessoas LGBTI+, na construção da transexualidade e da homossexualidade como lugar social marcado pela injúria, desonra e humilhação.⁶⁹

Neste toar, frisam os autores Lacerda e Viana que

Vive-se na realidade brasileira um agudo problema de violência LGBTfóbica. Não é preciso nem mesmo se recorrer aos Relatórios sobre Violência Homofóbica no Brasil, os quais revelam que se morre praticamente uma pessoa LGBT por dia (BRASIL 2011 e 2012), vítimas fatais da trans-les-bo-bi-homofobia, para que se saiba que esse é um grave problema em nossa sociedade.⁷⁰

Frisa-se que, o direito de existência pacífica em sociedade deveria restar assegurada no Brasil, como preconiza a Constituição Federal em seu Art. 3º, inciso IV e o Art. 5º, *caput*, *in verbis*:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República do Brasil:

[...]

IV – Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e **quaisquer outras formas de discriminação.**

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, **garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].** (Grifo nosso).

Logo, percebe-se claramente que a violência sofrida pelas minorias sexuais, assim como o seu desamparo legal, existe essencialmente em razão de um preconceito enraizado na cultura social do Brasil e na inércia estatal em manifestar-se a esse respeito, uma vez que não há legislação específica que determine diretrizes para a proibição e punição da conduta *lgbtfóbica*.

⁶⁹ VIANNA, A. & LACERDA, P. **Direitos e Políticas Sexuais no Brasil**: o panorama atual. Rio de Janeiro: Cepesc, 2004, p. 5-12.

⁷⁰ VIANNA, A. & LACERDA, P. **Direitos e Políticas Sexuais no Brasil**: o panorama atual. Rio de Janeiro: Cepesc, 2004, p. 13.

Apesar de tudo, hoje há uma consciência maior da existência do LGBTI+, do grupo que este integra, da sua vulnerabilidade e da sua existência *per si*. A comunidade continua a crescer progressivamente, as pessoas cada vez mais livres para viver sua sexualidade e identidade de gênero e para pleitear um direito intrínseco a sua condição enquanto titulares de direitos. Todavia, cresce ainda em patamares alarmantes no país o número de crimes cometidos contra LGBTI+. Tal como alhures delineado, os casos de violência motivados por discriminação por orientação sexual e de gênero no Brasil se mantem em níveis alarmantes, de forma que se faz imperioso o debate e a solução do problema em seara governamental.

O fato é que hoje é indiscutível que a homossexualidade, tal como a comunidade LGBTI+, está presente na vida cotidiana, na cultura e no modo de ser do país. Existe ainda uma inegável insegurança jurídica e vulnerabilidade social, mas é possível apontar que a comunidade em comento avançou, sobreviveu e resistiu até a contemporaneidade, passando por um longo e por muitas vezes penoso processo de construção. Tais fatores devem ser considerados como diferenciais importantes na justificativa da criminalização da homotransfobia, conforme ocorreu.

3. OS PRINCÍPIOS PENAIIS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO PENAL APLICÁVEL PARA A TUTELA DO DIREITO À DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO

Uma das mais fortes críticas levantadas em face da decisão do Supremo no julgamento da ADO 26/DF foi a tese de que tornar crime uma conduta antes não punida pelo direito penal, sem que tal tutela fosse aplicada por força de lei advinda do Poder Legislativo que a previsse, teria ferido o princípio da legalidade, fundamental à segurança jurídica do ordenamento como um todo e um dos pontos norteadores da aplicação justa do direito penal, junto a demais princípios concebidos doutrinariamente como princípios penais constitucionais.

Primeiramente, salutar fixar uma conceituação para o papel dos princípios dentro do sistema jurídico, em especial aqueles de cunho constitucional, o qual podemos designar como pontos irradiadores de preceitos que estruturam o conteúdo normativo de demais ideias ou regras firmadas por texto legal que dela venham a derivar. Nesta senda, princípios constitucionais podem ser entendidos como aqueles que “guardam valores fundamentais para a ordem jurídica”, vez que convergem para a confluência de bens e valores tutelados já pelos preceitos mais básicos da organização constitucional.⁷¹ Ainda nesta linha de raciocínio, Carla Fernanda de Marco prossegue

(...) Os princípios constitucionais merecem menção especial. São o ápice do sistema jurídico, tudo que lhes segue têm que estar em perfeita harmonia e conformidade com seus preceitos. Tais princípios valores que servirão de critérios para as futuras normas e serão concretizados à medida que forem sendo editadas normas para sua efetivação.⁷²

Ademais, imperioso fixar a compreensão de que um ordenamento jurídico regido por princípios objetiva uma rede harmônica na qual nenhum princípio irá imperar absoluto todo o tempo, havendo preponderância entre sua aplicação, de forma que um ao mesmo tempo que justifique regras, abaixo na hierarquia constitucional, integrará o sentido dos demais, caminhando para um coerente sistema normativo, coeso e cujo significado será traduzido na forma dos textos legais.⁷³ Todavia, não há de se confundir tais normas com o texto, pois

⁷¹MARCO, Carla Fernanda de. **Dos princípios constitucionais**. 2008, p 4-5. Disponível em: <<https://www.mundojuridico.adv.br/>>. Acesso em: 30 de mar. 2022.

⁷²MARCO, Carla Fernanda de. **Dos princípios constitucionais**. 2008, p 4-5. Disponível em: <<https://www.mundojuridico.adv.br/>>. Acesso em: 30 de mar. 2022. p. 6.

⁷³SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 180-184.

conforme pontua Ávila, a norma configura o sentido o qual se objetiva concretizar a partir da interpretação do texto que verse sobre ela.⁷⁴

Assim, em face da volatilidade da noção de bem jurídico tutelável, a Carta Constitucional é a fonte legítima, dentro de um Estado que se denomina Democrático de Direito, para impor limitação objetiva ao direito penal, principalmente no aspecto material.⁷⁵

Ainda neste sentido, preciosa se faz a apreciação da evolução interpretativa do Supremo ao conteúdo da Carta Magna que deu ensejo à criminalização em comento, vez que tal movimento evolutivo possibilitou a compreensão do direito à diversidade sexual e de gênero como garantia fundamental contemplada implicitamente, inclusive, em seus arts. 3º, inciso IV, 4º, inciso VIII e 5º, *caput*, os quais firmam o interesse da República em assegurar direitos iguais sem preconceitos de qualquer natureza e repudia o racismo (o qual foi entendido pelo STF como forma gênero do qual a homotransfobia configura espécie). A esse mesmo desenvolvimento, no interpretar das normas constitucionais, é possível relacionar a chamada mutação constitucional.

Pode-se conceituar como mutação constitucional o processo por meio do qual dá-se entendimento e aplicação diversa ao texto constitucional, de modo a alterá-lo sem a necessidade do percurso normativamente previsto de emenda à Constituição, ao que utiliza-se dos costumes e tratativas da sociedade em contemporaneidade com a aplicação da referida norma, de modo que a modificação – ou mutação no caso – ocorre para que a eficácia do conteúdo da Carta Magna alcance a sociedade em constante mudança. Neste sentido, José Afonso da Silva preceituou que tais mutações seriam mudanças às quais toda Constituição estaria apta a sofrer no decorrer de sua história conforme a sociedade a que rege se desenvolve, sem, contudo, alterar a escrita do texto legal.⁷⁶

Assim, tal mutação pode ocorrer por via da interpretação judicial diversa daquela dada anteriormente ao conteúdo da Constituição Federal. Neste caso, será perceptível a existência de mutação quando, nas palavras de Barroso, “o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela

⁷⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 20-22.

⁷⁵ D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Teoria do crime e ofensividade**. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Ofensividade em Direito penal. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 67.

⁷⁶ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2009.

mudança da realidade social ou por uma nova percepção do direito”.⁷⁷ Nesta senda, versa Phillip Heck, quando diz que “o direito legislado realmente importante para a vida é aquele que se realiza na sentença judicial”, uma vez que “o direito legislado não logra o poder autoritário que dá ao direito seu valor a não ser por meio da sentença do juiz”⁷⁸

Adriano Sant’Ana Pedra, frisa, à título de exemplo da referida mutação no ordenamento brasileiro advindo de construção jurisprudencial, a chamada “doutrina brasileira do habeas corpus”, referenciando interpretação jurisprudencial criativa do conteúdo da Carta Magna, no que diz respeito a concessão de referido remédio constitucional face a qualquer abuso de autoridade e não apenas aquele que ofenda o direito de ir e vir, ao que ressalta que “a aplicação do direito é um processo de contínua adaptação de normas de sua realidade e aos seus conflitos”.⁷⁹

Ademais, inobstante a possibilidade da mutação constitucional como meio de adequar a interpretação do texto à realidade social, se faz imperioso pontuar ainda, a necessidade de limites a essa mesma possibilidade pois, conforme versa o autor, é importante não se cair em estado de anomia⁸⁰, frisando que em que pese texto e norma não serem a mesma coisa, não se pode dar absolutamente qualquer sentido ao texto, conforme Lenio Luiz Streck⁸¹.

Assim, denota-se importante paralelo entre a criminalização em comento e a mutação constitucional, uma vez que o Supremo Tribunal Federal fundamentou com acerto que o debate da tutela de direitos à comunidade LGBTIA+ não encontrava abrigo expresso quando da feitura da CF\88, porém, não lhe poderiam ser negados os mesmos direitos fundamentais conferidos ao resto da sociedade por falta de uma evolução interpretativa com ótica voltada à segurança dos direitos humanos.

Voltando-se à aplicação de tais princípios à seara penal, Bittencourt os concebe como “princípios reguladores do controle penal, princípios constitucionais fundamentais de garantia

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130.

⁷⁸ “El derecho realmente importante para la vida es aquel que se realiza en la sentencia judicial” e “El derecho legal no consigue el poder autoritario que da al derecho su valor sino por medio de la sentencia del juez”. Traduções livres. (HECK, Phillip. **El problema de la creación del derecho**. Granada: Comares, 1999, p. 26).

⁷⁹ PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Teoria da Mutação Constitucional**: Limites e possibilidades das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização / Adriano Sant’Ana Pedra – São Paulo: O Autor, 2009. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 175-176.

⁸⁰ PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Teoria da Mutação Constitucional**: Limites e possibilidades das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização / Adriano Sant’Ana Pedra – São Paulo: O Autor, 2009. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 191.

⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do “ontological turn”. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 89, p. 121-160., jan/jun, 2004, p. 122.

do cidadão, ou simplesmente de Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito”, tendo dentre outros objetivos, o papel de orientar as normas infraconstitucionais em matéria penal, aplacando o *jus puniendi* estatal, tendo por máxima a dignidade humana, vez que

Nesse sentido, também podemos afirmar que entre os princípios norteadores das relações internacionais estabelecidos no art. 4º da Constituição, a prevalência dos direitos humanos representa um inquestionável limite para o exercício do poder punitivo estatal, inclusive contra aqueles delitos que possuem um caráter transfronteiriço e, especialmente, para o cumprimento das medidas de cooperação internacional em matéria penal. Mas é no art. 5º da nossa Carta Magna onde encontramos princípios constitucionais específicos em matéria penal, cuja função consiste em orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista, como veremos nas seguintes epígrafes.⁸²

Deste modo, pode-se compreender que o papel dos princípios ditos penais constitucionais tem o importante papel de legitimar e racionalizar o Direito Penal, impedindo seu uso abusivo pelo Estado, configurando, portanto, limites que “estreitam e condicionam tanto as possibilidades de formulações legislativas penais referentes à privação da liberdade e da vida humana, direitos fundamentais”⁸³ bem como refreiam e direcionam a “atuação judicial concernente à interpretação das regras criminais existentes”⁸⁴.

Uma vez fixadas as bases para a compreensão do conceito de princípios e seu papel delimitador e norteador em seara criminal, paralelamente questiona-se: Se tais princípios versam sobre as possibilidades de criação e aplicação da *ultima ratio* do Estado, estaria a criminalização da homotransfobia resultante da ADO 26/DF em concordância com a matéria penal constitucional em questão? Princípios aqui pontuados como basilares, quais sejam, o da intervenção mínima, da ofensividade, da culpabilidade, da humanidade e, sobretudo, o da legalidade – bem como os corolários que deles advém – teriam sido respeitados quando da decisão do STF?

3.1 Os Princípios da Intervenção Mínima e da Ofensividade

⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1 – 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 32.

⁸³ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 52-53.

⁸⁴ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 53.

Ab initio, ao adentrar na matéria dos princípios penais constitucionais, parece acertado iniciar tratando de um aspecto ao mesmo tempo básico e indiscutivelmente indispensável do Direito Penal no tocante aos bens que tutela. Trata-se, no caso, do princípio da intervenção mínima.

Beccaria pontuou, em seu manifesto, que a finalidade da aplicação da pena não é torturar nem afligir o ser sensível – neste caso, o apenado – nem tampouco desfazer o crime já praticado, devendo o Estado usar de meios que provoquem no espírito público a imagem de ação mais eficaz ao mesmo tempo que seja menos cruel possível ao apenado em questão.⁸⁵ Ademais, pontuou o autor, que “proibir grande quantidade de ações diferentes não é prevenir delitos que delas possam nascer, mas criar novos”.⁸⁶

Portanto, resta firmada a intelecção básica deste princípio: O direito penal só deve ocupar-se dos bens jurídicos tidos como mais caros, importantes e necessários à vida em sociedade.

Sobre este princípio preceitua Francisco Muñoz Conde que

O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do direito. Isso quer dizer que o Direito Penal tem caráter “subsidiário” frente aos demais ramos do ordenamento jurídico.⁸⁷

Logo, a intervenção mínima atua como princípio implícito – cuja interpretação é retirada do texto constitucional – de modo que é fundamentalmente delimitador do *jus puniendi* do Estado, uma vez que determina que as políticas criminais, além de buscar melhores métodos de modo a demarcar e combater a criminalidade de modo geral, deve agir dentro de limites constitucionalmente estabelecidos, tendo como delimitador de atuação o princípio da intervenção mínima, que apontará a aplicação do direito penal apenas *em ultima ratio*, quando nenhuma outra área do Direito seja capaz de resolver a demanda ou assegurar a defesa do bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão.⁸⁸

Basilar, neste caso, que para uma atuação da tutela penal que não banalize a própria aplicação desta seara e assegure um direito penal que caminhe para o mínimo, ele deve

⁸⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2006, p. 49.

⁸⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2006. p. 92.

⁸⁷ CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al derecho penal**. 2ª Edición. Montevideo, Buenos Aires. BdeF, 2001, p. 107.

⁸⁸ ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Trad. Luzón Peña, Dias y García Conlledo e Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 224.

intervir o menos possível na sociedade, atuando apenas quando, justificadamente, as demais áreas do direito sejam inaptas a tutelar os bens compreendidos como de maior importância.

Deste princípio depreendem-se corolários, ou “subprincípios”, os quais, juntos corroboram com o objetivo da intervenção mínima do direito penal. São eles o princípio da subsidiariedade e da fragmentariedade.

A subsidiariedade, na linha de Francisco Muñoz Conde, versa sobre o aspecto subsidiário que deve ter o direito penal em face dos demais ramos do direito, agindo apenas quanto a esses sejam incapazes de proteger de lesão ou ameaça os bens jurídicos de maior importância. Zaffaroni ecoa tal compreensão, ao que aprofunda dizendo que

Ante a constatação de que em toda a sociedade existe o fenômeno dual ‘hegemonia-marginalização’, e que o sistema penal tende, geralmente, a torná-lo mais agudo, impõe-se buscar uma *aplicação das soluções punitivas da maneira mais limitada possível*. Igualmente, a constatação de que a solução punitiva sempre importa num grau considerável de violência, ou seja, de irracionalidade, além da limitação de seu uso, impõe-se, *na hipótese em que se deva lançar mão dela, a redução, ao mínimo, dos níveis de sua irracionalidade*⁸⁹

Em harmonia à subsidiariedade, o princípio da fragmentariedade, porém, tem interpretações diversas. Nilo Batista o compreende como corolário característico da própria intervenção mínima, porém é interessante considerar o apontado por Rogério Greco de que, em verdade, tratar-se-ia de uma consequência advinda dos princípios da lesividade e da adequação social, além de o anterior mencionado. Entretanto, ambos os pontos de vista convergem para que, “uma vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, originando-se, assim, a sua natureza fragmentária”.⁹⁰ Nessa vertente, salutar a compreensão advinda de Muñoz Conde, de que de “toda a gama de ações proibidas e bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, o Direito Penal só se ocupa de uma parte, fragmentos, se bem que da maior importância.”⁹¹

Relacionados ainda ao princípio da intervenção mínima, é de interesse dessa análise a apreciação ainda do princípio da adequação social e ainda o da insignificância, vez que pontuam importantes noções para avaliar uma conduta como criminalizável, dentro do objetivo de limitar a atuação penal.

⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 8 ed. São Paulo: Editora **Revista dos Tribunais**, 2010, p. 74-76.

⁹⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal I** - 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 109-110.

⁹¹ CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al derecho penal**. 2ª Edición. Montevideo, Buenos Aires. BdeF, 2001. p. 71-72.

O princípio da adequação social, conforme preciosa lição de Luis Regis Prado, em apontamento à teoria da adequação social concebida por Hans Welzel, preceitua que a conduta praticada tal qual a previsão legal dada a ela pelo direito penal, não será considerada típica se for socialmente reconhecida e aceita no momento histórico e meio social em que se encontra inserida a sua prática.⁹²

Imperiosa ainda a concepção frisada por Rogério Greco de que a atenção ao princípio da adequação social não apenas restringe a seara de abrangência do direito penal – principal causa de ser da intervenção mínima – como ainda, ao limitar o número de condutas penalmente condenáveis, guia à atenção do legislador à tutela dos bens jurídicos mais importantes, cuja proteção da *ultima ratio* estatal é fundamental.⁹³

Neste sentido, o princípio da insignificância, tal qual seu próprio nome preconiza, corrobora com o aspecto limitador já abordado, pois impedirá a aplicação penal quando, mesmo que a conduta praticada seja típica, ilícita e culpável, a lesão provocada seja irrisória ou o bem jurídico de menor importância. Conforme leciona Guilherme Nucci, o estado de “defesa social” reconhece a necessidade de prisão, mesmo enquanto mal necessário, todavia incentiva a descriminalização de condutas consideradas “crimes de bagatela” de forma a conter, ou mesmo evitar, o encarceramento desmedido.⁹⁴

Salutar ainda, as considerações de Diomar Ackel Filho, conforme pontua que

O princípio da insignificância se ajusta à equidade e correta interpretação do Direito. Por aquela acolhe-se um sentimento de justiça, inspirado nos valores vigentes em uma sociedade, liberando-se o agente, cuja ação, por sua inexpressividade, não chega a atentar contra os valores tutelados pelo Direito Penal. Por esta, se exige uma hermenêutica mais condizente do Direito, que não pode se ater a critérios inflexíveis de exegese, sob pena de se desvirtuar o sentido da própria norma e conduzir a graves injustiças.⁹⁵

Assim, é possível afirmar que os principais aspectos do primeiro dos princípios tratados nesta análise, qual seja, o da intervenção mínima, de modo que se adentra agora no princípio constitucional penal da ofensividade.

O princípio da ofensividade ou da lesividade, também é implícito e leva em consideração a diferença entre direito e moral. Em linhas gerais, preconiza que o

⁹² PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro - Parte geral, ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2000 p. 83.

⁹³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal I** - 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 105-106.

⁹⁴ NUCCI, Guilherme. **Manual de direito penal**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 58.

⁹⁵ ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no direito penal. **Revista de jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**, v. 94, p. 72-77, abr-jun. 1988 apud Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Princípio da Insignificância no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

comportamento tido como imoral por uma parcela social não torna justificável a tutela da conduta pelo direito penal. Portanto, a conduta em tela deve necessariamente lesar ou ameaçar de lesão bem jurídico de considerável relevância. Nas palavras de Ferrajoli

(...) nosso princípio de lesividade, tal como resulta dos critérios já comentados, atua como uma afiada navalha descriminalizadora, idônea para excluir, por injustificados, muitos tipos penais consolidados, ou para restringir sua extensão por meio de mudanças estruturais profundas.⁹⁶

Nessa mesma senda, o princípio da ofensividade tem vertentes que visam justamente o cumprimento de seu objetivo primeiro, o firmamento da ideia de o quê deve compor uma conduta para torná-la apta a ser suprimida pelo direito penal, sendo inclusive um limite não apenas ao legislador, mas também ao aplicador da norma incriminadora, “que deverá observar, diante da ocorrência de um fato tido como criminoso, se houve efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido”⁹⁷.

Tais vertentes se traduzem como limitadores ao legislador, negando-lhe a possibilidade de criminalizar inclinações interiores por exemplo, ou condutas tidas como meramente “desviantes” ou “imorais”, condutas que não ultrapassem o âmbito do autor – como fazer uma tatuagem por exemplo – ou ainda, a criminalização de aspectos essencialmente existenciais, segundo doutrina de Nilo Batista.⁹⁸

Discriminando estas vertentes, pode-se pontuar que a proibição a criminalizar inclinações interiores visa a proteção à liberdade de pensar e sentir. Logo, aproximando tal limitação ao objeto aqui tratado, não é crime *ser homotransfóbico*, desaprovar a união afetiva entre pessoas do mesmo gênero ou aquelas que não se encaixem nos espectros binário e cisgênero, que são a praxe social. Nesse mesmo sentido, não se pode punir práticas que não ultrapassem o âmbito do autor, vez que não lesariam bem jurídico alheio (como no caso da tatuagem consentida, que tipicamente falando poderia se enquadrar no tipo da lesão corporal previsto no Código Penal).⁹⁹ Todavia, o que acertadamente segue como conduta típica é a exteriorização de tais preconceitos para além do âmbito do autor. Se ser homotransfóbico em seu interior não é criminalizável, certamente será crime exteriorizar tal conduta, vez que tem o

⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora **Revista dos Tribunais**, 2002. p. 382.

⁹⁷ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral** (arts. 1º ao 120). 8. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 114.

⁹⁸ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, 12. Ed. Imprensa: Rio de Janeiro, Revan, 2015.p. 92-94.

⁹⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal I** - 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016., p. 101/102.

potencial de ferir diversos bens jurídicos da pessoa que dela seja alvo, desde a honra até a integridade física, dignidade humana e mesmo a vida.

Salutar que se frise, porém, que o oposto não é juridicamente possível ou mesmo coerente. Não se pode, em um Estado Democrático de Direito, regido por um ordenamento como o brasileiro criminalizar a homossexualidade ou a transexualidade. Isso em total conformidade ainda com o princípio da lesividade em suas demais funções, quais sejam, proibir a criminalização de condutas desviantes e de aspectos existências, o “ser” do indivíduo. Portanto, não é penalizável a conduta ou agir considerado meramente “imoral” do ponto de vista de parcela social, assim como qualquer característica intrínseca à persona.¹⁰⁰

Finalmente, há de se tratar da concordância da criminalização da homotransfobia em face dos princípios até então trabalhados. Frise-se que o princípio da intervenção mínima preconiza que somente os bens jurídicos mais relevantes devem ser tutelados pelo direito penal, ao passo em que não há de se criminalizar condutas que se adequem à sociedade em que integre ou que lese de maneira ínfima o bem jurídico objeto da ofensa.

Partindo, portanto, do pressuposto de que, conforme demonstrado anteriormente, o Brasil tem altíssimos índices de violência com cunho homotransfóbico, pouquíssimo preparo para reconhecimento de situações de discriminação por identidade de gênero ou orientação sexual por parte das instituições e ainda baixa atenção governamental na criação de políticas públicas voltadas à proteção da comunidade LGBTI+, e que os bens jurídicos que se almejam tutelar com essa criminalização advinda do julgamento da ADO 26/DF são diversos e elencados como fundamentais, quais sejam, vida, saúde, integridade, honra, liberdade sexual e de gênero e dignidade humana – para citar alguns – inegável se faz a constatação de que restou devidamente respeitado o princípio da intervenção penal mínima, pois as lesões a tais bens não são ordinários ou insignificantes e indubitavelmente não se pode pontuar tais atos de violência como “socialmente adequados”, muito pelo contrário.

Sobre este tópico, interessante ressaltar que, em que pese o espectro indiscutivelmente discriminatório constante na sociedade brasileira, confirmado pelos números de vítimas de homotransfobia já apresentados nesse estudo, é inadmissível sequer cogitar que isso configuraria uma “concordância” com o princípio da adequação social que desse aval a tornar tais atos contra LGBTI+ impassíveis de punição penal. Imperioso rememorar que os bens atingidos por tal conduta são inegociáveis e de máxima importância na Carta Constitucional,

¹⁰⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal I** - 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 103.

ao que vale relembrar, tem como uma de suas maiores diretrizes a vedação ao retrocesso social, que tem por base primeira o próprio princípio da dignidade humana, além do princípio da confiança, do Estado Social de Direito e da própria segurança jurídica, conforme pontua Ingo Wolfgang Sarlet.¹⁰¹

Assevera ainda o autor que

A problemática da proibição de retrocesso guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica. (...) a idéia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada também à própria noção de dignidade da pessoa humana. Com efeito, a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.¹⁰²

Deste modo, entende-se que restou contemplado o princípio da intervenção mínima quando da criminalização em apreço firmada pelo STF.

Quanto ao princípio da ofensividade, de forma talvez ainda mais cristalina, há de se pontuar que tornar crime a conduta discriminatória contra LGBTI+ atende a todos os seus requisitos. Frisa-se uma vez mais: *Ser homotransfóbico* em seu interior é uma faculdade legalmente permitida. *Exercer e/ou exteriorizar homotransfobia* já não integra a mesma esfera de liberdade, pois tal agir inegavelmente ultrapassa o âmbito do autor da conduta, lesando ou ameaçando de lesão bem jurídico alheio.

No mesmo toar, se o próprio Estado reconhece a proibição de se punir condições existenciais ou ainda tidas como meramente imorais, certamente não há poder no particular para infringir tais punições, muito embora estas ocorram com aspecto corretivo do comportamento heterodiscordante tido como “imoral” por fatias sociais mais conservadoras. Reconhecendo-se a sexualidade e identidade como aspecto intrínseco, bem como atrelado ao exercício do direito à liberdade sexual e de gênero, a tutela penal não apenas se justifica, como se faz premente enquanto papel do Estado. Como pontuam Freire e Cardinali

Assim, a criminalização da homofobia seria uma declaração da ordem jurídica de que a discriminação em função da orientação sexual não pode ser tolerada e que a liberdade sexual constitui bem jurídico essencial. A mudança, como se vê, não é meramente técnico-legislativa, mas representa a legitimação de uma série de demandas dos movimentos homossexuais, como já abordado em tópico anterior. A positivação dos direitos gays numa lei criminalizadora da discriminação de cunho

¹⁰¹ SALET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 434.

¹⁰² SALET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 436.

homofóbico oficializaria o compromisso do Estado e da ordem jurídica brasileira na defesa da liberdade sexual.¹⁰³

Assim, entende-se restar devidamente resguardado também o princípio da ofensividade no tocante à tipificação penal da conduta homotransfóbica, vez que versa sobre bens jurídicos caros ao direito penal, com proteção constitucional e, em contramão ao preconceito ainda enraizado socialmente no país, absolutamente compatível com a realidade fática e histórica do direito brasileiro.

3.2 Os Princípios da Culpabilidade e da Humanidade

Prosseguindo com a apreciação dos princípios penais constitucionais que delimitam a criação e aplicação da lei em seara criminal, passa-se ao importante princípio da culpabilidade, de modo que, *ab initio*, parece acertado apontar a polissemia da palavra “culpabilidade” dentro do Direito Penal, a qual podemos atribuir ao menos três significados.

Um deles diz respeito ao elemento constante na teoria do crime de Welsel, enquanto terceira categoria dogmática que comporiam uma conduta como crime, ao lado da tipicidade e da ilicitude. Trata-se, em linhas breves do juízo de reprovação que se faz ao indivíduo que, podendo agir de forma diversa do ato tido como criminoso, não o fez. Sobre isso, salienta Damásio de Jesus que

O juízo de reprovabilidade (culpabilidade), elaborado pelo juiz, recai sobre o sujeito imputável que, podendo agir de maneira diversa, tinha condições de alcançar o conhecimento da ilicitude do fato (potencial consciência da antijuridicidade). O juízo de culpabilidade, que serve de fundamento e medida da pena, repudia a responsabilidade penal objetiva (aplicação de pena sem dolo, culpa e culpabilidade).¹⁰⁴

Seguindo adiante, o segundo significado dado à culpabilidade pode ser pontuado na individualização da pena daquele determinado autor, baseado na proporção de sua “culpa” aferida pelo processo penal via investigação e construção probatória, podendo ainda ser considerado um significado paralelo a esse, qual seja a culpabilidade como elemento a ser

¹⁰³ FREIRE, Lucas; CARDINALI, Daniel. O ódio atrás das grades: da construção social da discriminação por orientação sexual à criminalização da homofobia. In: **Sexualidad, Salud Sociedad** (Rio J.) no.12, Rio de Janeiro, dez. 2012, p. 50.

¹⁰⁴ JESUS, Damásio E. Parte geral / atualização André Estefam. – **Direito penal vol. 1-** 37. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 57.

apreciado quando da fixação da pena¹⁰⁵, enquanto critério mediador previsto no art. 59 do Código Penal Brasileiro *in verbis*:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”

Finalmente, o terceiro significado diz respeito ao princípio ora em comento, o qual versa sobre uma imposição restritiva material ao legislador e aplicador da lei penal, pontuando a responsabilidade subjetiva do agente como algo necessário à incidência do *jus puniendi*. Logo, “os resultados imprevisíveis, fruto de atos reflexos, aqueles advindos do acaso e mesmo, para alguns, os que não incrementem o risco, não poderão ser imputados a quem quer que seja.”¹⁰⁶

Neste toar, salienta ainda Bitencourt (*apud* Muñoz Conde) que

Dessa forma, não há uma culpabilidade em si, individualmente concebida, mas uma culpabilidade em relação aos demais membros da sociedade, propugnando-se, atualmente, por um fundamento social, em vez de psicológico, para o conceito de culpabilidade. Ainda, segundo Muñoz Conde, a culpabilidade “não é uma categoria abstrata ou a-histórica, à margem, ou contrária às finalidades preventivas do Direito Penal, mas a culminação de todo um processo de elaboração conceitual, destinado a explicar por quê, e para quê, em um determinado momento histórico, recorre-se a um meio defensivo da sociedade tão grave como a pena, e em que medida se deve fazer uso desse meio.”¹⁰⁷

Damásio de Jesus pontua ainda que a pena só deverá ser imposta a quem, agindo com dolo ou culpa, além de ser a conduta merecedora de juízo de reprovação pelo ordenamento, terá cometido fato típico e antijurídico.¹⁰⁸ Deste modo, o princípio da culpabilidade pode ser compreendido como limitador que determinará que não há crime se não houver reprovabilidade do fato. Visa coibir a responsabilidade objetiva e a responsabilização pela simples produção do resultado e a aplicação da pena, pelo fato e não pelo autor do fato, devendo necessariamente ser possível aferir dolo ou culpa na conduta imputada. Trata-se, neste caso, de princípio implícito, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, inciso III da Carta Magna.

¹⁰⁵ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 85.

¹⁰⁶ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 84.

¹⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1 – 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 41.

¹⁰⁸ JESUS, Damásio E. Parte geral / atualização André Estefam. – **Direito penal vol. 1**- 37. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 58.

Assim, delimita-se que, em que pese a existência de significados diversos ao termo “culpabilidade” no ordenamento jurídico, aquele que é caro à análise ora proposta é o princípio penal delimitador, o qual objetiva, tal qual os anteriormente discutidos, estabelecer critérios rígidos ao legislador e ao aplicador, para que não se banalize o *jus puniendi*, nem lhe permita o exacerbado expansionismo penal, duramente criticado por Silva Sanchez.¹⁰⁹ Isso impede a utilização de direito penal de caráter puramente simbólico, e excessivamente punitivista, criando a falsa ideia de um sistema harmônico e eficaz de políticas criminais, que não apenas corrobora com a morosidade da aplicação penal do direito, mas ainda sabota a busca por soluções de caráter menos gravoso e de maior eficiência.

Uma vez delineado o significado do princípio, sua aplicação, papel dentro de um sistema que caminhe para um direito penal menos punitivo e que objetive apenas a repressão de condutas verdadeiramente lesivas, não há sentido algum pontuar que a criminalização da homotransfobia ocorrida em 2019 tenha, em qualquer aspecto, ignorado o princípio da culpabilidade, vez que, pautado na aferição necessária de responsabilidade subjetiva da conduta, é impossível a prática de atitudes discriminatórias e de violência motivada por homofobia e transfobia, sem que tais comportamentos sejam dolosos ou culposos.

Enfrentando a realidade fática de que, mesmo com os avanços na esfera de direitos LGBTI+ nos últimos anos, a sociedade brasileira ainda tem normalizado em seu cotidiano o preconceito contra gays, lésbicas, bissexuais e sobretudo contra pessoas *trans*, um comentário de cunho homotransfóbico pode até se passar por culposos. Entretanto, tal fato não isenta o autor de responsabilidade, em face do caráter pedagógico da lei, que não deve visar a aniquilação do agente, mas sua educação quanto aos ditames da vida em sociedade regida por um estado democrático.¹¹⁰ Todavia, jamais toda a violência, agressões, difamações, injúrias, ameaças, lesões corporais e homicídios, todos previstos no Código Penal pátrio, poderiam deixar de ser interpretadas como indiscutivelmente dolosas. Todavia, essa repulsa social, repisa-se, é aprendida, não intrínseca ao indivíduo agressor e, portanto, injustificável e necessariamente deve ser reprimida, pois o mero estranhamento social não é suficiente à legitimação da violência ou ainda a sua realização inimputável por ausência de dolo ou culpa.

Versam sobre o tema, Roses e Lemus

¹⁰⁹SILVA, Jesús-María Sánchez. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2.ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 41.

¹¹⁰ BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia a luz do direito penal e da vitimologia**. Editora Universidade de Brasília - tradução de Candido Furtado Maia Neto. Brasília, 2000, p.154.

A homossexualidade é sempre uma conduta ou uma condição anômala e que contraria as normas legais e morais. Consideramos que esta apreciação tão intensa será o apoio da naturalização da violência nos casos que analisaremos. Se um sujeito ou um grupo contraria de maneira sistemática a ordem social, desviando-se das formas legítimas de sexualidade e afeto, utilizando seus corpos de maneira insana, atuando com modos grotescos: não é esperado que sofram todo tipo de violência? Tudo isso não faz parte de seu destino? Não é explicável e em muitos sentidos razoável, a violência que experimentam? De algum modo, essa violência será resposta a uma violência prévia que os homossexuais, e com maior intensidade as pessoas trans, exercem contra a sociedade e a natureza (tradução livre).¹¹¹

Deste modo, resta demonstrado que a criminalização da homotransfobia pelo STF não fere este princípio, pois as condutas ora salientadas, como evidenciado, não são passíveis de existência sem dolo ou culpa do agente.

Assim, parte-se ao princípio da humanidade, talvez um dos mais caros ao direito penal, em razão da acuidade de seu papel face ao legislador e ao aplicador da lei em seara criminal.

Em linhas simples, preceituando Damasio de Jesus, o princípio em tela estabelece que “o réu deve ser tratado como pessoa humana”. Francisco Muñoz Conde, em paráfrase à Jeschek, por sua vez, o admite como meio através da qual “todas as relações humanas que do direito penal em seu sentido mais amplo surgirem, devem ser regulamentados com base na ajuda mútua” e que é necessária a “responsabilidade social dos criminosos, na disponibilidade para socorrer, na assistência social e na vontade determinada de reabilitar os criminosos já condenados”.¹¹² Greco, por sua vez, o caracteriza como princípio da limitação das penas, ao apontar seu objetivo como o de impedir a aplicação do *jus puniendi* estatal por meio de penas que afastem, diminuam ou aniquilem a dignidade humana do réu ou condenado, pontuando a ideologia de Ferrajoli e Zaffaroni de que a pena não deve ser um instrumento de vingança,

¹¹¹ La homosexualidad es siempre una conducta o una condición anómala y que contraviene las normas legales y morales. Consideramos que esta apreciación, tan intensa, será el sostén de la naturalización de la violencia en las notas que analizaremos. Si un sujeto o un colectivo contraviene de manera sistemática el orden social, desviando las formas legítimas de sexualidad y afecto, utilizando sus cuerpos de manera insana, actuando con modos grotescos: ¿no es esperable que sufran todo tipo de violencias?, ¿todo eso no augura su destino?, ¿no es explicable, y en muchos sentidos razonable, la violencia que experimentan? De algún modo, esa violencia será respuesta a una violencia previa que los homosexuales, y con mayor intensidad los sujetos trans, ejercen contra la sociedad y la naturaliza. ROSES, Rodrigo Parrini. LEMUS. Alejandro Brito. **Crímenes de odio por homofobia**: un concepto en construcción. México, Indesol. 2012, p. 20.

¹¹² CONDE, Francisco Muñoz. *Op. Cit.* p. 132 *apud* JESCHECK, Lehrbuch, cit., p. 17. Sobre este principio ver también WURTENBERGER, Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat, Stuttgart, 1970, ps. 1 a 9; y RADBI-UCII, **Introducción a La filosofía del derecho**, 4ª ed., México, 1974, p. 153 (tradução livre).

mas sim um pacificador social face à quebra de norma jurídica socialmente reconhecida.¹¹³ Sobre o tema, o referenciado autor cita ainda, Elder Lisboa Ferreira de Costa¹¹⁴ que pontua

Vige no Brasil o princípio da humanidade, segundo o qual as penas degradantes e cruéis não podem ser aplicadas no ordenamento jurídico nacional. Assim, as penas de amputação, castração e torturas que recaiam sobre o corpo dos indivíduos contrariam os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, não sendo compatíveis com os dispositivos legais em vigor no território brasileiro

Ademais, este é um princípio expresso, amplamente reconhecido na Carta Constitucional em vários dispositivos, como os arts. 1º, III, 5º, III, XLVI e XLVII. Salutar que seja observado já antes da fase processual (art. 5º, LXI, LXII, LXIII e LXIV), durante esta (art. 5º, LIII, LIV, LV, LVI e LVII) e na execução da pena (proibição de penas degradantes, cruéis, de trabalhos forçados, de banimento e da sanção capital – art. 5º, XLVII, XLVIII, XLIX e L).

Sobre este último ponto, salutar um breve perpasso às específicas proibições criminalizatórias contidas em alguns dos incisos constitucionais mencionados, de modo a apreender a real importância do princípio em voga, qual seja, o respeito a dignidade humana do agente delituoso, bem como às limitações à imposição punitiva sob sua pessoa, ressaltando ainda que, conforme lição de Bitencourt amplamente acatada pela doutrina nacional, “a Constituição Federal de 1988 assegura aos presos ‘o respeito à integridade física e moral’ (art. 5º, XLIX), vedando a aplicação de pena de natureza cruel e degradante.” Neste toar, resta compreensível que não apenas existem condutas as quais não cabem a tutela penal em sua repressão, como também existem penas das quais o Estado jamais poderá se valer quando decidir pela punição de um indivíduo sob sua guarda.¹¹⁵

Inicialmente, vale apontar a proibição de penas de morte. Miguel Reale aponta a morte como algo qual todas as pessoas passarão, ao que o Direito Penal estaria apenas antecipando esta etapa inevitável, encerrando o indivíduo e impedindo-o de efetivamente cumprir uma pena pelo delito que venha a ter cometido.¹¹⁶ Ademais, salutar a compreensão sociojurídica de que em seu caráter mais intenso, a pena pode cercear o direito de ir e vir, mas jamais o direito à vida, vez que seu caráter é punitivo e pedagógico. Logo, via de regra, o Estado não tem direito sobre a vida humana – ressalvadas severas exceções em tempos de guerra declarada

¹¹³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal I** - 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 138/139.

¹¹⁴ FERREIRA DA COSTA, Elder Usbôa. **Direito criminal constitucional**- uma visão sociológica e humanista. Parte geral. Paka-Tatu, Belém, 2011. p. 307

¹¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1 – 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo : Saraiva, 2012.. p. 44.

¹¹⁶ REALE, Miguel. **O Direito como Experiência**. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992. P. 285.

pelo Presidente da República, com a aprovação ou o referendo do Congresso Nacional, limita-se, exclusivamente, a certos crimes militares, assim previstos no Livro II do Código Penal Militar (Decreto-Lei n. 1.001, de 21-10-1969), aparentemente, a única interpretação alinhada ao texto constitucional¹¹⁷. Portanto, a Constituição veda objetivamente a instituição da pena de morte para a punição da massiva maioria dos delitos previstos na lei penal.

O próximo limite objetivo a ser observado é a proibição de penas perpétuas. Esta tem por objetivo resguardar a capacidade de exercitar a “esperança” enquanto ser humano, traço intrínseco ao próprio princípio da dignidade. A pena perpétua tem um caráter definitivo, de modo que fere demais os objetivos da pena, tais como a reinserção do indivíduo em sociedade e sua recuperação pedagógica, após a punição pela conduta criminosa. A aplicação de tal pena destrói o alvo do *jus puniendi*, o que é objetivamente impedido, tal como a punição de pena capital, pois, de forma diversa, encerra a expectativa de futuro do condenado, o que destoaria do conteúdo constitucional previsto na Carta Magna. Versa Bitencourt:

Efetivamente, um Estado que se quer democrático de Direito é incompatível com um Direito Penal funcional, que ignore as liberdades e garantias fundamentais do cidadão. Aliás, a própria Constituição Federal adota a responsabilidade penal subjetiva, a presunção de inocência, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, preservando, inclusive, a dignidade humana (art. 5º, III, CF) Ademais, a Carta Magna brasileira proíbe expressamente as sanções perpétuas, capitais, cruéis e degradantes e elevou essas garantias à condição de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inc. IV, CF) Em outros termos, referidas garantias não podem ser suprimidas ou revistas nem mesmo por meio de emendas constitucionais.¹¹⁸

Seguindo adiante, passa-se à proibição de penas de trabalhos forçados. Há aqui uma interessante controvérsia quanto ao que significaria “forçados” neste contexto. *Ab initio* pontua-se que a Constituição Federal veda trabalhos de natureza obrigatória, por exemplo, para que o próprio preso custeasse o período que permanece obrigatoriamente em cárcere. Isso difere do conteúdo previsto na Lei de Execuções Penais, que permite ao preso o trabalho de natureza voluntária (ou com remuneração diferenciada) para que possa remir a pena e exercitar a chamada “laborterapia”, pois foi decisão da Assembleia Nacional Constituinte à época que o Poder Público fosse o provedor da pessoa humana encarcerada, de forma que tal disposição constitucional foi adequada no rol dos direitos e garantias fundamentais. Deste

¹¹⁷ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012. 95-96.

¹¹⁸ BITENCOURT, Cezare Roberto. Tribunal Penal Internacional – Pena de Prisão Perpétua. **Revista CEJ**, 2000. Disponível em: <
https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_mai2001/convidados/A%20PENNA%20DE%20PRIS%C3%83O%20PERP%C3%89TUA.dot>. Acesso em: 20 abr. 2022.

modo, configura-se cláusula pétrea, matéria assim intocável pelo legislador derivado.¹¹⁹ Há ainda a interpretação de que a proibição de pena de trabalhos forçados impede que o Brasil se remeta ao período da escravidão, coadunando com a criação de uma realidade em que pessoas, mesmo que detentas, seriam obrigadas a trabalhar, para seus “donos”, sem o recebimento de nenhum salário ou provento.

Todavia, não se deve erroneamente considerar que aqueles cuja liberdade se encontrar cerceada no sistema prisional não exercem labor. A sua obrigatoriedade é vedada, mas o seu não cumprimento gera represália na forma de limitação de benesses constantes no direito penitenciário, tais como direito a visitas, recebimento de feiras, entre outros. Isso difere do que se elencaria como “trabalhos forçados” pois esses têm por objetivo a destruição ou esgotamento físico e psicológico do reeducando, levando-o a exaustão extrema. Nesta vertente, Muñoz Conde diz

Durante a execução da pena, uma ideia exagerada de prevenção especial pode fazer do delinquente uma espécie de “cobaia”, aplicando medidas ou tratamentos que vão contra a sua vontade ou contra a sua dignidade de pessoa, como, por exemplo, trabalhos forçados ou tratamento esterilizante, ou mediando a concessão de certos benefícios, como liberdade condicional, com critérios muito especiais.¹²⁰

Portanto, tal proibição não apenas delimita a impossibilidade de trabalhos forçados, como também, objetivamente, os diferencia daqueles inclusos dentre os deveres do reeducando em cumprimento de pena.

Quanto à proibição às penas de banimento, em linhas breves serve para impedir o legislador de punir o indivíduo forçando-o a deixar permanentemente o território pátrio. Consiste, portanto, em retirada forçada de um nacional de seu país, em virtude da prática de determinado fato no território nacional.¹²¹

Beccaria já se pronunciou sobre o banimento em seu famoso manifesto, inclusive defendendo-o vez que “quem perturba a tranquilidade pública, quem não obedece às leis, quem viola as condições sob as quais os homens se mantêm e se defendem mutuamente deve ser posto para fora da sociedade, isto é banido”.¹²² Salienta porém, que deve ser dado o direito ao indivíduo banido para, a qualquer tempo, provar sua inocência e reaver seus direitos, vez

¹¹⁹ AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. A Constituição Federal proíbe pena de trabalhos forçados. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4609, 13 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42699>>. Acesso em: 22 abr. 2022.

¹²⁰ CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al derecho penal**. 2ª Edición. Montevideo, Buenos Aires. BdeF, 2001. p.76.

¹²¹ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 332.

¹²² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2006, p. 59.

que pontua que tal pena só faria sentido quando se houvesse uma maior verossimilhança da autoria de delito atroz, porém ainda não um inteiro grau de certeza, *vide*

Em casos idênticos, seria preciso que uma lei, a menos arbitrária e mais exata possível, decretasse o banimento daquele que colocasse a nação na alternativa extrema de cometer uma injustiça ou de temer um acusado. Seria preciso, do mesmo modo, que tal lei deixasse ao banido o direito sagrado de poder, a qualquer momento, provar sua inocência e reaver seus direitos. Seria preciso finalmente, que existissem razões poderosas para banir um cidadão acusado pela vez primeira do que para condenar a essa pena um estrangeiro ou um home que já tivesse sido chamado à justiça.¹²³

Todavia, tal como preconizou o legislador, trata-se de proibição imperativa ao *jus puniendi*, não havendo de se falar da permissividade de tal reprimenda penal.

Finalmente, convém tratar ainda da proibição de aplicar-se penas cruéis. Estas podem ser entendidas como meios punitivos, cujo objetivo é deliberadamente infligir sofrimento direcionado ao indivíduo. Conforme versa Lima

Por penas cruéis não se deve conceber somente aquelas relacionadas no inventário histórico do Direito Penal, tais quais o afogamento, a asfixia na lama, a roda, a grelha, o empalamento, a fogueira, entre outras que a imaginação humana levou a cabo, mas também a esterilização, os tratamentos “psicocirúrgicos”, a castração química, as quais trazem ainda mais repugnância, em face dos horrores evocados pelos regimes totalitários, onde foram experimentadas, e a desumanidade que se insinua asséptica, sem dor nem sofrimento.¹²⁴

Imperioso ressaltar que, essa forma de punir vai de encontro direto ao constante no art. V da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, e que preconiza expressamente que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”, de modo que, o legislador originário, ao formular o rol de garantias fundamentais constitucionalmente previstas, visou harmonizar a Constituição com valores democráticos, sob uma ótica voltada aos direitos humanos, inibindo a possibilidade desta forma de punição.

Assim, em arremate, pode-se pontuar que as proibições advindas do princípio penal constitucional da humanidade objetivam inibir qualquer criação ou aplicação normativa voltada ao direito penal que vise a destruição da pessoa sob o qual o *jus puniendi* recaia. Ao proibir a aplicação de penas de morte, perpétuas, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis, objetiva-se o resguardo a demais direitos do indivíduo não atingidos pela limitação do seu poder de ir e vir, mantendo a possibilidade de que seja reinserido socialmente, após cumprimento da pena em sua natureza punitiva, mas também educativa.

¹²³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2006, p. 59.

¹²⁴ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97.

Trazendo tal perspectiva em paralelo ao objeto desta pesquisa, bem como a apreciação realizada quando ao princípio da culpabilidade, a criminalização da homotransfobia firmada pelo STF em virtude da ADO/26, tal como no caso dos princípios anteriormente vistos, não fere de forma alguma tais limitadores impositivos da lei penal brasileira.

A criminalização em comento, vale repisar, trata-se de uma interpretação constitucional dada a conduta homotransfóbica, a qual se insere no conceito jurídico de racismo, já pacificado anteriormente na Corte Maior do país, de modo que, em tais condutas-crime, incidiria o constante na Lei n 7.716/89, a qual prescreve punições a crimes motivados por discriminação racial em diversas possibilidades. Entretanto, é de livre conhecimento que nenhuma das penas impostas no texto legal da referida lei, é desumana, capital, cruel, de banimento ou perpétua. Logo, não há como alegar desrespeito ao princípio da humanidade pelo ato de tornar crime a discriminação por orientação sexual e de gênero no Brasil.

Desta forma, em conclusão, uma vez que a conduta se enquadra como passível de atribuir-se dolo ou culpa e que um agressor é condenado com base no texto legal da Lei Antirracismo alhures citada, não há de se falar em aplicação de penas absurdas ou incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro e seus respectivos limitadores punitivos, espraçados pelo texto constitucional.

Deste modo, passa-se agora ao último princípio, talvez o mais polêmico dentro da presente temática, qual seja, o princípio penal constitucional da legalidade.

3.3 O Princípio da Legalidade e a Delimitação de Condutas Criminalizáveis

Após análise dos princípios anteriormente discutidos, sua apreciação e interpretação parecem inegavelmente confluir na direção do último dos norteadores do direito penal aplicável ora em apreciação, qual seja, o princípio da legalidade, talvez o mais objetivo dos limites ao *jus puniendi* até então trabalhados e maior óbice levantado pelos críticos da atuação do STF no julgamento da ADO 29/DF, quanto à possibilidade e conformidade da criminalização da homotransfobia por aquela via, bem como a sua alegada incompatibilidade com o ordenamento jurídico vigente.

Inicialmente, imperioso se faz a compreensão do princípio em questão, de modo a elucidar essa alegada incompatibilidade da criminalização em apreço face a capacidade ou não, de o STF tornar crime alguma conduta e impor a aplicação penal sobre ela.

Expressamente previsto no texto da Constituição Federal em ser art. 5º, inciso XXXIX, *ipsis litteris*: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” - *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Logo, tal princípio constitui verdadeiro limite objetivo a possibilidade punitiva estatal, bem como sua capacidade de interferência nas liberdades individuais, sendo conhecido também como princípio da reserva legal.¹²⁵

Sobre o tema, versa Rogerio Sanches Cunha¹²⁶

Já o princípio da reserva legal pressupõe lei em sentido estrito, ou seja, nenhuma conduta será tipificada como crime ou contravenção e nenhuma pena será cominada a não ser por meio de dispositivo cujo conteúdo tenha sido devidamente debatido e votado por cada uma das Casas parlamentares em forma de lei ordinária (mais comum) ou de lei complementar (não tão usual porque reservada às hipóteses em que a Constituição exige a regulamentação por esta espécie legislativa)

Logo, depreende-se que em linhas de base, a reserva legal objetiva a prévia reprovação estatal em face da uma conduta, para que posteriormente, dentro de um processo constitucionalmente previsto, ela venha a tornar-se penalizável, de modo a impedir, portanto, a livre punição arbitrária contra os indivíduos, os quais mantem a guarda.

Francesco Carrara, ao versar sobre o direito penal, já pontuava, em síntese, elementos que considerava fundamentais para a caracterização de conduta que ensejasse a ação do *jus puniendi*, pautado ainda no direito natural, quais sejam, a concepção do crime como um ente jurídico – o crime não é uma ação, é um infração, existindo no plano do direito, não dos fatos – o livre-arbítrio como embasamento da ação punitiva – considerava indispensável a existência de volição livre e consciente do agente – a pena como ferramenta de tutela jurídica e retribuição da culpa moral – o punir estatal visaria a reparação da ordem social infringida pela conduta do agente, agindo como retribuição ao causador do delito, apaziguando a sociedade lesada pelo crime – e o próprio princípio da reserva legal, o qual, conforme lhe interpretou Bitencourt, “a função da lei é tutelar bens jurídicos selecionados pela sociedade, quem infringe a tutela social infringirá, claro, também a lei. Mas uma ação converte-se em crime somente quando se choca com uma lei”¹²⁷¹²⁸

¹²⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 21.

¹²⁶ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral* (arts. 1º ao 120). 8. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 62.

¹²⁷ CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*, v.1, Bogotá, Temis, 1971. p.43-46.

¹²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral* 1. 17ª Ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2012. p. 65.

Esse princípio comporta algumas funções ou subprincípios, os quais corroboram com seu objetivo final, quais sejam a proibição à criminalização de costumes, a proibição de analogia *in malam partem* e ainda a proibição da utilização de termos vagos quando na feitura do texto penal.

A proibição à criminalização dos costumes tem por objetivo limitar a possibilidade criminalizadora do legislador, coadunando com os princípios da intervenção mínima e da ofensividade, impedindo-o de levar em consideração os costumes sociais quando da criação e aplicação da lei penal, vedando, portanto, a utilização penal do chamado direito consuetudinário ou direito costumeiro. Contudo, interessante grifo, ressalta Assis Toledo, ao frisar que o direito costumeiro não se ausenta totalmente da criação da lei penal, a exemplo de casos em que se configura causa supralegal de excludente de ilicitude, sendo, portanto, fonte do Direito Penal, que não fere o princípio da legalidade por não piorar, senão melhorar, em alguns casos, a situação do agente causador do delito.¹²⁹

Sobre o tema, versa Lima¹³⁰

A reserva legal impede, é certo, a criação de crimes e de penas, além das medidas de segurança sem lei prévia. Não é correto afirmar, entretanto, que a única fonte do Direito Penal é a lei formal, escrita. A univocidade de fonte restringe-se à incriminação de condutas, ou ao agravamento da situação do agente. O juiz, operando segundo a análise do caso concreto, pode se valer dos costumes, fonte mediata, para, por exemplo, descriminalizar uma conduta, sem que esteja com isso ferindo a legalidade penal.

Quanto a vedação ao uso de analogia *in malam partem*, trata-se da proibição de que o direito penal seja aplicado analogicamente para prejudicar o acusado ou recrudescer sua punição caso já condenado, tendo por parâmetro situações não necessariamente tipificadas penalmente, mas que no plano fático se aproximem da conduta tida como crime cometida pelo agente. O oposto, porém, é permitido, de modo que tanto na aplicação da lei como de decisão jurisprudencial, a analogia em favor do acusado é permitida, desde que de fato lhe beneficie, atenuando sua punição.¹³¹ Rogério Greco reforça

O princípio da legalidade veda, também, o recurso à analogia *in malam partem* para criar hipóteses que, de alguma forma, venham a prejudicar o agente, seja criando crimes, seja incluindo novas causas de aumento de pena, de circunstâncias agravantes etc. Se o fato não foi previsto expressamente pelo legislador, não pode o

¹²⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 25.

¹³⁰ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 79.

¹³¹ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal v.1**. Introdução e Parte Geral. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 74.

intérprete socorrer-se da analogia a fim de tentar abranger fatos similares aos legislados em prejuízo do agente (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*).¹³²

Por fim, é também vedado, por força do princípio da legalidade, a utilização pelo legislador de termos ou palavras de demasiada vagueza, quando da feitura do texto legal em matéria penal, sendo necessariamente obrigatória a utilização de definição precisa e coesa da conduta a ser imposta ou proibida. Sobre isso, versa Paulo Queiroz que “o princípio da reserva legal implica a máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, impondo-se ao Poder Legislativo, na elaboração das leis, que redija tipos penais com a máxima precisão de seus elementos, bem como ao Judiciário que as interprete restritivamente, de modo a preservar a efetividade do princípio”¹³³

Inclusive, sobre a importância da técnica no texto legal, afirma Ripollés que a inobservância a tal aspecto corrobora com uma possível “crise na lei”, haja vista que o juiz assume um papel deveras ativo, ao passo que os juristas e operadores do direito apenas cumprem a lei, de modo que a produção legislativa passou a ser realizada por um corpo político, que por diversas vezes tem pouca, ou nenhuma capacidade técnica ou jurídica para tal.¹³⁴ Logo, a clareza do texto legal também é de máxima importância.

Portanto, abrange-se até então do princípio penal constitucional em comento, que ele se compõe de limitadores para a criação e aplicação de matéria penal, em forma mais incisiva, determinando que o cerceamento das liberdades e criminalização de condutas deve partir da criação antecipada de texto legal que ministre a matéria, não sendo possível a criminalização por força de costumes – mas passível da descriminalização de condutas por força deles - e que o texto legal deve ser devidamente claro e descritivo, dando o mínimo de margem a dúvida quanto à sua incidência.

Aqui é possível a percepção inicial da problemática da criminalização de uma conduta – no caso a homotransfobia – que tenha alcançado a tutela penal por força de uma decisão do Supremo Tribunal Federal. *Ab initio*, inegável que estritamente falando, a imagem que se tem é a de um atropelamento do princípio da legalidade, bem como de outros como o da separação dos poderes por exemplo, pois a conduta passou a vigorar como crime, sem o devido crivo de apreciação do Poder Legislativo ou sem a criação de texto legal novo, que discriminasse tanto sua incidência como sua aplicação e penalidade.

¹³² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal I** - 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p.146/147.

¹³³ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal** – Introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 23-24.

¹³⁴ RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais**: teoria e prática. Trad. Luiz Regis Prado. 2. Ed. São Paulo: RT, 2016. p. 209.

Ademais, a crítica levantada sob este aspecto, em paralelo à atividade judicial, nos casos em análise, se firma pontuando a existência de funções atípicas de ordem administrativa e legiferante que podem recair sobre o Judiciário, além de seu papel primordial de julgar os casos concretos trazidos à sua apreciação.

Todavia, apesar dessas aludidas funções atípicas, se faz necessária a cautela de manter a sua coexistência harmônica com os demais poderes, resguardando sua independência, um perante o outro, sendo essa uma premissa básica de um Estado Democrático de Direito, com o objetivo de evitar conflito entre os poderes e resultante crise institucional.¹³⁵ Tal tese repousa ainda ao lado do argumento de que a tutela da lei penal no ordenamento jurídico deve ser último recurso para coibição e punição de condutas inadequadas em virtude do princípio da intervenção mínima, já discutido.¹³⁶

Por fim, há ainda a intelecção de que a decisão da ADO 26/DF teria equiparado a homotransfobia ao racismo, o que teria configurado a analogia *in malam partem*, vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, tornando ilegal a aplicação da criminalização nos moldes como foi definida pelos ministros do Supremo.

Neste toar, denota-se imperioso rememorar a lição de Robert Alexy¹³⁷, de que existem direitos positivos de que o Estado é responsável e, portanto, tem por obrigação protegê-los e fazê-los valer, neste caso, o direito a igualdade de garantias à uma parcela social historicamente marginalizada. Logo, a interpretação do STF em face da ADO 26/DF, foi a de dar à questão da violência homotransfóbica constante no Brasil uma proteção penal embasada em uma leitura constitucional dos direitos fundamentais, que por décadas teriam restado violados, sem que o Poder Legislativo, titular da capacidade de criar a Lei, se manifestasse a este respeito, mesmo quando provocado.

Quanto a alegação de que a decisão em comento configuraria analogia *in malam partem*, versa Paulo Iotti Vecchiatti

Com efeito, a partir da *tese* do julgamento (cf. item 3.15, supra), fica claro que nenhuma das críticas se digna a enfrentar esse conceito de racismo. Aparentemente por puro senso comum, quando muito dizem que os termos “raça” e “racismo” não abarcaria a população LGBTI+ e a homotransfobia, sem se dignarem a dizer o que entendem por uma coisa ou outra. Pregam uma diferenciação, mas não explicam sua pertinência lógico-racional, como exige o princípio da isonomia, ao impor o

¹³⁵ SANTIAGO, Alex; JÚNIOR, Antônio Jorge Pereira (org.); BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (org.). **Supremos Erros**. Decisão inconstitucionais do STF. Porto Alegre. Editora Fundação Fênix, 2020. p. 214.

¹³⁶ SANTIAGO, Alex; JÚNIOR, Antônio Jorge Pereira (org.); BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (org.). **Supremos Erros**. Decisão inconstitucionais do STF. Porto Alegre. Editora Fundação Fênix, 2020. p. 215.

¹³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008. p. 263/264.

ônus da argumentação a quem defende o tratamento diferenciado (cf. Alexy, Teoria dos Direitos Fundamentais).¹³⁸

Além disso, o fato de que a Constituição Federal ou mesmo a Lei Antirracismo a qual passou a incidir não elenque expressamente a liberdade à orientação sexual e de gênero com bem jurídico a ser tutelado pelo direito penal, não parecem sólidos, vez que a o art. 5º inciso XLI da CF88 já prevê a repressão à quaisquer atos que atentem contra direitos e liberdades fundamentais, ao passo que a Lei Antirracismo se faz adequada a ministrar a matéria em tela, por força de interpretação anteriormente firmada e pacífica, dada pela Corte Maior, de que “racismo” em seu conceito jurídico e antropológico ultrapassa a esfera do elemento fenotípico ou étnico.

Tal concepção coadunou com a *ratio decidendi* do célere HC 82.424/RS – Caso Ellwanger –, que foi uma das bases da tese que defendeu a criminalização da lgbtfobia no STF, no qual o agente foi processado pelo crime de racismo, vindo a impetrar posteriormente o *Habeas Corpus* em comento, perante o Supremo Tribunal Federal, alegando que não havia praticado o crime de racismo, pelo fato de que os judeus não constituíam raça, mas sim um povo e portanto não seria possível o enquadramento fático nas espécies de racismo tipificadas no art. 1º da lei 7716/89. O HC foi rejeitado por 8 votos a 3, com base na definição já mencionada de que o racismo não se resume à cor ou etnia, sendo entendida em seu conceito jurídico-antropológico como a discriminação que vise segregar, menosprezar, diminuir o valor de determinado grupo em detrimento de outro.¹³⁹

Portanto, é de se frisar que, ao contrário do que parece profundamente difundido entre os críticos da decisão, não houve uma inovação legislativa que partiu do Poder Judiciário, visando deste modo atravessar a competência do Legislativo e ferir o princípio da separação dos poderes. A Lei 7.716/89 já vigorava em seu inteiro teor, não tendo o Supremo criado nenhuma lei nova, mas somente interpretado o citado dispositivo legal à luz da Constituição, baseado em jurisprudência já pacífica no ordenamento. Faz-se mister trazer à baila a questão de que se tratou de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão, logo, reconhecida a omissão dos demais poderes em tratar a matéria em questão, agiu conforme o texto constitucional, tutelando com a *ultima ratio* estatal bens sobremaneira relevantes.

¹³⁸VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais ao Legislativo, A Eficácia Jurídica Positiva das Ordens Constitucionais em Legislar em geral e dos Mandados de Criminalização em Particular**, 2ªEd., Bauru: Ed. Spessotto, 2019. p. 138.

¹³⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação direta de inconstitucionalidade número 26**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01/07/2019. Voto Min. Celso de Mello, p.2.

Sobre esta interpretação, valiosa a lição de Sicca

O princípio dá ao juiz a função de guardião da Constituição. Deve aquele atentar para o modelo normativo construído pelo legislador constitucional, não sendo possível a livre discricionariedade no momento do julgamento. Está o julgador submetido a um conjunto de princípios e regras contido na Constituição, o que mostra as opções políticas adotadas pelos legisladores que atuaram em nome de um poder constituinte.¹⁴⁰

Desta forma, despidiendas as críticas levantadas em face do resultado do julgamento da ADO 26/DF, as quais alegam sua desconformidade com os dizeres constitucionais e com o direito penal em si, pois tal como nos demais princípios, o da legalidade não restou violado, vez que não foi criminalizada conduta sem lei anterior que a ministre pois, a Lei Antirracismo já existia.

Na mesma senda, não há de se falar em analogia *in malem partem*, pois não se trata de interpretação analógica, mas sim aplicação do conceito jurídico-antropológico ou ainda, político-social¹⁴¹ de racismo, o qual já restava pacífico, antes do referido julgamento, de que racismo seria quaisquer condutas discriminatórias que visassem a inferiorização de um grupo social em detrimento de outro. Logo, em ambos os casos acima citados, o que houve foi uma evolução da compreensão do tipo penal constante na Lei. 7.716/89, bem como os limiares de sua aplicação.

Por fim, tal como se percebe, a escrita do texto legal restou suficiente para a compreensão jurídica de que a homofobia e a transfobia caberiam no tipo do racismo, vez que se trata do texto legal que versa sobre a coibição e penalização de condutas motivadas por preconceito e discriminação.

Deste modo, parece claro que não apenas o princípio da legalidade restou resguardado, ao contrário do que se levantam as críticas à criminalização, por força da ADO 26, mas também os demais princípios que visam justamente limitar a capacidade punitiva estatal. Respeitados tais princípios, não há de falar em decisão ilegal, usurpação de competência ou desrespeito ao direito penal. Ademais, vale lembrar que a decisão chama o Legislativo a atuar de modo a elaborar texto legal que ministre a matéria, mantendo efeitos até lá. Inclusive, parte do dispositivo da decisão constou da seguinte maneira, *in verbis*

¹⁴⁰ SICCA, Gerson dos Santos. A interpretação conforme à Constituição – Verfassungskonforme Auslegung – no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 143 jul./set. 1999. p. 21.

¹⁴¹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais ao Legislativo, A Eficácia Jurídica Positiva das Ordens Constitucionais em Legislar em geral e dos Mandados de Criminalização em Particular**, 2ªEd., Bauru: Ed. Spessotto, 2019. p. 292.

(...)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”) (...)¹⁴²

Compreende-se por fim, que restou ainda resguardada a competência do Poder Legislativo para que ministre a matéria em texto legal de sua criação, mas em nada voga a crítica ao Supremo quanto ao desrespeito a qualquer norteador do direito penal, quanto à criação ou aplicação de texto voltado ao *jus puniendi*, pois tal qual demonstrado, mesmo a reserva legal restou preservada e respeitada, bem como os demais princípios penais constitucionais, não configurando, inclusive, expansão exacerbada da interpretação da lei penal, conforme será abordado a seguir.

3.4. O Direito Penal de Emergência e a Não-Qualificação da LGBTfobia no Contexto da Expansão no Brasil

Não ignorando as demais questões causadoras de debate sobre a legitimidade ou não da criminalização realizada pelo STF e da inclusão da conduta homotransfóbica ao tipo penal previsto na Lei 7.716/89, urge ainda tratar de outra vertente do problema em matéria criminal, qual seja, a eficácia da medida, além de assegurar que ela não integra o espectro do fenômeno negativo da expansão penal no Brasil, bem como que não se trata do aludido “Direito Penal de Emergência”.

Em primeiro lugar, faz-se mister pontuar do que se trata a expansão penal aqui em comento, haja vista à polissemia do termo. Por análise lógica, a tratativa penal da lgbtfobia expande o alcance do *jus puniendi* estatal a uma conduta a mais, o que poderia ser interpretado como uma forma de “expansão”. Todavia, para fins da crítica analítica aqui objetivada, falar-se-á da expansão punitiva como fenômeno que pressupõe o crescimento exacerbado do Direito Penal, por meio de uma tipificação desmedida e pouco cuidadosa de condutas, cuja lesão ou ameaça de lesão a direitos poderiam ser resolvidas em searas do Direito distintas da penal, respeitando-se o princípio penal constitucional da intervenção

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO 26/DF**. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: < [<Supremo Tribunal Federal \(stf.jus.br\)>](http://SupremoTribunalFederal(stf.jus.br))>. Acesso em: 17 de mai. 2022.

mínima, já discutido, que decorre diretamente do princípio da dignidade humana, qual seja, um impedimento à excessiva limitação de direitos por força do *jus puniendi* estatal.¹⁴³

Ademais, sob esse espectro, e em atenção à um estado de temor advindo de um sistema penal cada vez mais em crise, nasce também o chamado “Direito Penal de Emergência”. A ideia da existência desse “emergencialismo”, não é novidade, mas no Direito Penal tende a configurar como resultado a tipificação desmedida de condutas, sem a devida apreciação, não apenas da legitimidade da seara penal para tutelar a conduta em si, mas da possibilidade de sua instrumentalidade, inclusive no âmbito do processo penal, para fazer eficaz a medida criminalizadora.

Sobre isso, discorre Silva Sanchez

A solução para a insegurança, ademais, não se busca em seu, digamos, “lugar natural” clássico – o direito de polícia -, senão no Direito Penal. Assim, pode-se afirmar que, ante os movimentos sociais clássicos de restrição do Direito Penal, aparecem cada vez com maior claridade demandas de uma ampliação da proteção penal que ponha fim ao menos nominalmente, a angústia derivada da insegurança. Ao questionar-se essa demanda, nem sequer importa que seja preciso modificar as garantias clássicas do Estado de Direito: ao contrário, elas se veem às vezes tachadas de excessivamente “rígidas” e se apregoa sua “flexibilização”.¹⁴⁴

Assim, resta atribuído ao Direito Penal um caráter puramente simbólico a falsa ideia de um sistema harmônico e eficaz de políticas criminais, que não apenas corrobora com a morosidade da aplicação penal do direito, mas ainda sabota a busca por soluções de caráter menos gravoso e de maior eficiência.¹⁴⁵ Tal urgência na resolução de problemas, especialmente em face ao clamor social, se configura em uma crise de hipertrofia do sistema penal, essencialmente consequência, nas palavras de Leonardo Sica, de “emocionalismo e pela opção política equivocada em fundamentar o sistema sobre tendências autoritárias, demagógicas e expansivas”¹⁴⁶.

Em face de tal cenário de insegurança social, portanto, a demanda por maior repressão advinda do Direito Penal cresce de forma exponencial. Daí a noção de que o aumento da criminalidade importa também na expansão do Direito Penal. Sobre o tema, versa Gomes:

É disso que decorre, em grande parte, o aumento da criminalidade (tradicional) que gera (cada vez mais) insegurança; mais insegurança gera mais medo; mais medo

¹⁴³ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012., p. 46.

¹⁴⁴ SILVA, Jesús-María Sánchez. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2.ed. Madrid: Civitas, 2001, p.41.

¹⁴⁵ MOCCIA, Sergio. Emergência e Defesa dos Direitos Fundamentais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 7, n. 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 58.

¹⁴⁶ SICA, Leonardo. Direito Penal de Emergência e Alternativas à prisão. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002. p. 82.

(manipulado pela mídia) gera mais demanda punitivista; mais demanda punitivista gera mais populismo penal, ou seja, mais exploração da emotividade popular decorrente do delito, com postulação de mais penas, mais rigor punitivo etc.¹⁴⁷

Logo, entende-se aqui que a aplicação deste caráter emergencial ao Direito Penal tem conotação negativa e torna a aplicação do mesmo imprecisa e perigosa, pois pode levar à tipificação de condutas que não cabem tutela ao Direito Penal, causando a inflação desmedida do penalismo no país.

Importa frisar a necessidade de cautela na tipificação de uma nova conduta como crime, em consequência do estado de crise advindo da expansão penal no país, pois consequentemente enxerga-se a criação de leis novas para interpretação de leis antigas – um paralelo possível ao caso da lgbtfobia, apesar de sua criminalização não ter ocorrido por criação de lei – o que pode vir a causar uma negativa expansão legislativa e simbolista de pouca eficácia, enrijecendo o direito penal e tornando-o mais severo e punitivista, porém desacreditado em sua função.¹⁴⁸

Guimarães diz sobre o tema que

Atualmente, o que se percebe no quadro das políticas criminais do Brasil é o desvirtuamento do direito penal de suas bases principiológicas de intervenção mínima, demonstrado através de uma desnecessária criminalização de condutas consideradas inadequadas socialmente e sem relevância para o direito penal, que acabam sendo objeto de discussões acerca de sua constitucionalidade, além de intensos debates na dogmática e objeto de reformas pela jurisprudência.¹⁴⁹

Imperioso se faz frisar que, o fenômeno da expansão penal não apenas cria toda uma nova gama de novos tipos, mas recrudescer em demasia o tratamento da lei aos tipos penais já existentes, além de tornar mais rigoroso o tratamento penal dado, inclusive em matéria processual. O Brasil vive tal fenômeno ativamente, a título de exemplo, com o advento da Lei nº 13.964/2019, a Lei Anticrime. Com efeito, conforme preconiza Silva Sánchez, tal problemática não apenas embrutece o tratamento penal em sua aplicação fática, mas tende a relativizar e flexibilizar princípios político-criminais de garantia e tal postura, especialmente diante da realidade penal e carcerária do Brasil, deve ser continuamente combatida.¹⁵⁰

¹⁴⁷GOMES, L. F. Tucanato e lulismo: menos desigualdade e mais crimes. In: HIRECHE, G. F. E.; SCARPA, A. O. (Org.). **Temas de direito penal e processual penal**: estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto. Salvador: JusPodivin, 2013. p. 390.

¹⁴⁸MENDES, Eloísa Morgana dos Santos. CAMPELO, Raíssa Braga. **Legislação Penal de Emergência**: Crise de intervenção mínima no direito penal. *Vertentes do Direito*. Vol. 5, n. 1, 2018. p. 82-109.

¹⁴⁹ GUIMARÃES, Allisson Gomes. O direito penal de emergência e suas implicações nas políticas criminais contemporâneas do Brasil. In: **VI Jornada Internacional de Políticas Públicas**. 2013. São Luís. **Anais...**São Luís: UFMA, 2013. p. 5.

¹⁵⁰ SILVA, Jesús-María Sánchez. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2.ed. Madrid: Civitas, 2001, p.20.

Uma vez estabelecido o que é o fenômeno da expansão penal e o emergencialismo no direito penal, importa frisar que a criminalização da lgbtfobia não parece integrar este espectro. A tutela penal de direitos fundamentais de uma comunidade marginalizada e agredida historicamente no Brasil não encontra proporcionalidade de tratamento em outras searas do direito que não a penal, e não seria coerente que encontrasse. A violência de cunho homotransfóbica, seja física, verbal ou psicológica, trata-se de um cerceamento ao direito basilar de *existência* da vítima em face do agressor, pois se justifica no senso comum em razão de uma característica intrínseca à *persona* humana, porém característica esta que a maioria dos agressores *aprendeu* a odiar.

Nesta senda, a tutela penal da conduta homotransfóbica parece acertada, mas vale frisar que, à luz do fenômeno da expansão penal, tão constante no Brasil, importa a análise devida da instrumentalidade de seu conteúdo normativo, para que de fato gere efeitos práticos no mundo dos fatos e colabore com a coibição – não apenas social e cultural, mas ainda institucional – da lgbtfobia e, quando necessária, aplique a punição devida aos agressores.

Importante se faz a compreensão de que o direito à existência LGBTI+, bem como a aceitação e respeito ao fato de que seu modo e estilo de vida são garantidos pelo mesmo direito que assegura a segurança e liberdades individuais de uma sociedade cisheteronormativa, ampara-se no fato de que a igualdade e a equidade de direitos não são a mesma coisa. É comum, no discurso daqueles que desaprovam a criminalização da lgbtfobia, ouvir-se a máxima de que sua efetivação elevaria a minoria em questão a um grau de privilégio do qual os demais estratos da sociedade não fariam parte. Todavia, há aqui uma discrepância que parece fugir a esta interpretação, qual seja, a vulnerabilidade que os heterossexuais em nossa sociedade não enfrentam em razão de sua orientação sexual e de identidade de gênero, já existindo aqui, portanto, uma desigualdade de condições. Mészáros afirma que “a condição prévia essencial da verdadeira igualdade é enfrentar com uma crítica radical a questão do modo inevitável de funcionamento do sistema estabelecido” e que, portanto, “sua correspondente estrutura de comando, que *a priori* exclui quaisquer expectativas de uma verdadeira igualdade.”¹⁵¹

Logo, em nada impede a existência de legislação visando a igualdade social em todos os seus aspectos, a todos os cidadãos que compõe uma sociedade democrática, como é a brasileira, se não houver o enfrentamento necessário a este sistema por parte dos estratos mais

¹⁵¹ MÉSZÁROS, István. **Para além do capital**: rumo a uma teoria da transição. tradução Paulo Cezar Castanheira e Sérgio Lessa. São Paulo: Boitempo, 2002. p. 289.

vulneráveis da população, quando aquele não funcione. Versa Roger Raupp Rios (2001, 385-386) que “tendo presente a natureza principiológica do direito de igualdade, impende sublinhar a necessidade de concretização deste princípio diante das diversas situações fáticas e jurídicas.”¹⁵² Desta forma, é absolutamente necessário que o intérprete abarque o conteúdo desta norma de direito fundamental situado no contexto histórico concreto, considerando a realidade fática e o estágio de conhecimento atinente à realidade problematizada. Diz ainda o autor que, “este esforço concretizador, com efeito, revela-se tanto mais exigente e desafiador quanto maiores forem os preconceitos disseminados diante de um determinado problema jurídico”¹⁵³.

Desta forma, ainda segundo a linha de raciocínio do autor, visa-se a aplicação de fato de um princípio geral de não-discriminação por orientação sexual, de modo a realizar uma concretização do princípio jurídico da igualdade, sem, todavia, confundi-lo com uma “exposição sistemática dos direitos homossexuais.”¹⁵⁴

Neste contexto, há de se distinguir claramente a igualdade formal, ou igualdade perante a lei, da igualdade material, ou igualdade na lei. Sobre o princípio constitucional da igualdade, parece oportuno apontar o pensamento de Hesse que diz

Igualdade jurídica formal é igualdade diante da lei (artigo 3º, alínea 1, da Lei Fundamental). Ela pede a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa: cada um é, em forma igual, obrigado e autorizado pelas normalizações do direito, e, ao contrário, é proibido a todas as autoridades estatais, não aplicar direito existente em favor ou à custa de algumas pessoas. Nesse ponto, o mandamento da igualdade jurídica deixa-se fixar, sem dificuldades, como postulado fundamental do estado de direito. Igualdade jurídica material não consiste em um tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações. Senão só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual. A questão é, quais fatos são iguais e, por isso, não devem ser regulados desigualmente.¹⁵⁵

Assim, a criminalização em apreço objetiva tão somente assegurar um mínimo de segurança jurídica a uma comunidade historicamente marginalizada no país, e cujo Poder

¹⁵² RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro**. In: *Direito e Democracia*. n. 2. vol. 2. 2001. Disponível em: <<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2410/1645>>. Acesso em: 18 de mai. 2021, p. 385-386

¹⁵³ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro**. In: *Direito e Democracia*. n. 2. vol. 2. 2001. Disponível em: <<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2410/1645>>. Acesso em: 18 de mai. 2021, p. 387.

¹⁵⁴ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro**. In: *Direito e Democracia*. n. 2. vol. 2. 2001. Disponível em: <<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2410/1645>>. Acesso em: 18 de mai. 2021, p. 388-389.

¹⁵⁵ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 330.

Legislativo se recusa a lhe oferecer o devido amparo legal, já conferido a todo aquele que possui o estereótipo que se encaixa no padrão cisheteronormativo, dominante na cultura brasileira e por é ela imposta há décadas. Válida se faz a lição de Foucault, que acertadamente pontuou que as leis são feitas por e para alguns e aplicadas a outros, arranjando-se de forma à manutenção dos privilégios e subterfúgios à classe dominante para mover-se de acordo com seus interesses, servindo como método de isolar e – por que não dizer – neutralizar as classes dominadas¹⁵⁶. E tal assertiva certamente descreve com clareza a realidade jurídico-social da comunidade LGBTI+ no país.

Não se deve jamais ser ignorado que, tal como salientado diversas vezes neste estudo, trata-se aqui de matéria de direitos humanos, liberdades individuais e garantias fundamentais asseguradas constitucionalmente, frisando-se que no sistema jurídico brasileiro as normas constitucionais têm efeito expansivo, irradiando-se por todo o sistema jurídico, de modo que o desrespeito ou a negação aos direitos LGBTI+ não se justifica sem afrontar diretamente princípios advindos do próprio texto constitucional, inclusos os próprios princípios penais limitadores do *jus puniendi* anteriormente discutidos. Sobre isso, diz Luís Roberto Barroso que

(...) a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar **todos os ramos do Direito**. Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.¹⁵⁷ (grifo nosso).

Em face da fundamentação explanada, não é coerente a alegação de que, ao pontuar a conduta homotransfóbica como crime, integre o espectro do expansionismo penal ou do direito penal de emergência, pois a tutela penal sobre os bens jurídicos em questão versa sobre direitos previstos constitucionalmente e que, portanto, devem ser protegidos em todas as searas do Direito, inclusive – e sobremaneira – a criminal. Com a aplicação de lei penal sobre a conduta lgbtfóbica não é diferente, pois trata-se a relevância do bem em questão – direito à diversidade sexual e de gênero intrinsecamente atrelado à existência, personalidade e dignidade humana do indivíduo – é assegurado como fundamental, de modo que, ao defendê-

¹⁵⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento na prisão. Trad. de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 16.

¹⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 19 mai. 2022.

lo, faz-se valer também princípios basilares expressos na própria Carta Magna de 1988, sejam de cunho penal ou constitucional.

3.5 O Dolo, a Prova e a Instrumentalidade da Aplicação do Tipo Penal em Casos de Homotransfobia: O Desafio da Criação Probatória em Delitos que Figuram o Âmbito dos Elementos Subjetivos

Notadamente, o crime de lgbtfobia aqui em comento, encontra obstáculos consideráveis em vários pontos do percurso da concretude legal para sua coibição – e punição quando necessária – e não apenas os de legitimidade ou mesmo existência, como abordado no capítulo anterior, mas ainda nos elementos que identifiquem a conduta desabonadora para o Direito como homotransfóbica, haja vista que o dolo, neste caso, teria indiscutível grau de subjetividade, tornando mais desafiadora a justa interpretação legal.

Importa frisar que, o sistema acusatório que rege o direito processual penal brasileiro, tem o importante objetivo de assegurar garantias processuais fundamentais ao acusado – apesar de uma aproximação com o modelo inquisitorial, haja vista a permissão dada ao juiz para produção de prova *ex officio* durante a fase processual para dirimir ou elucidar dúvida de relevante importância – de modo que as partes possam ser regidas pelo princípio da paridade de armas e que seja assegurado e respeitado o contraditório no âmbito do processo penal, configurando inclusive, condição *sine qua non* dentro do valor do devido processo legal. Trata-se, portanto, da aplicação de um direito processual voltado – acertadamente – ao garantismo penal.¹⁵⁸

Em decorrência disto, em nível *macro*, se faz deveras importante a defesa de um sistema processual penal garantista, que impeça o uso do aparelho estatal como instrumento de vingança, além de lhe impor limites que respeitem a dignidade humana do acusado de conduta delituosa. Entretanto, especificamente em casos onde o que se está sendo aferido são crimes de lgbtfobia, tais como nos crimes de abuso de autoridade, se faz necessário o esforço hercúleo de provar o dolo da conduta. Por esta razão, importa um olhar sobre o dolo em paralelo com a conduta em questão.

¹⁵⁸ ROBERTO, Welton. **A paridade de armas no processo penal brasileiro**: uma concepção do justo processo / Welton Roberto. – Recife: O Autor, 2011. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCI. Direito, 2013.

O dolo como elemento subjetivo geral, pode ser concebido como, nas palavras de Welzel, “a vontade de ação orientada à do tipo de um delito”.¹⁵⁹ Frisa-se que aqui se tem em voga, a vontade consciente do agente. No tocante ao tipo subjetivo, podemos concebê-lo, conforme Cezar Roberto Bitencourt, como constituído de um elemento geral, qual seja, o dolo, a vontade de agir – ou *animus agendi* –, acompanhado de elementos especiais, caracterizados como intenções ou tendências de agir, tidos como acidentais e concebidos como elementos subjetivos especiais do injusto ou do tipo penal.¹⁶⁰ É neste espectro que encontraremos as condutas homotransfóbicas.

Importa salientar que o crime motivado por orientação sexual ou identidade de gênero, por sua própria natureza estará suscetível à confusão ou substituição, pela aplicação de outro tipo penal, tendo em vista que, objetivamente, integraria o tipo penal como elemento subjetivo – ou acidental – de modo que sua comprovação, por vezes em razão de uma lógica simplista usada em busca de uma eficiência mais veloz pelos aplicadores do Direito no âmbito do Poder Judiciário, se perde no processo penal probatório, quando já configurada a lesão objetiva ao direito da vítima que iniciou o processo em algum outro tipo penal. A título de exemplo: como se comprova que um homicídio foi motivado por lgbtfobia? Especialmente em um caso em que não houve flagrante delito?

Há casos emblemáticos, é claro, como o caso da travesti Dandara dos Santos, morta em 2017 vítima de homotransfobia, barbaramente torturada e executada com um tiro na face em um episódio nauseante – e porque não dizer, medieval – de violência no qual os agressores se sentiram confortáveis, inclusive, para divulgar em redes sociais imagens chocantes da tortura a que submeteram a vítima. Na época ainda não havia sido criminalizada a lgbtfobia no Brasil, mas a motivação do crime ficou evidente até ao mais leigo dos observadores. Ou no caso de Plínio Lima, esfaqueado em São Paulo por dois agressores em 2018, após ser alvo de insultos homofóbicos, por ter sido visto andando de mãos dadas com o marido pela Avenida Paulista.¹⁶¹

A ofensa verbal seguida imediatamente da ofensa física, de fato não deixa margem para interpretação diversa da lgbtfobia para o órgão julgador. Mas e em casos como o do

¹⁵⁹ WELZEL, **Derecho Penal alemán**, cit., p. 95; Basileu Garcia, Instituições de Direito Penal, São Paulo, Max Limonad, 1982, v. 1, p. 277.

¹⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral 1. 17ª Ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2012. p. 236.

¹⁶¹ GRUPO GAY DA BAHIA (GGB). Relatório 2018: população LGBT morta no Brasil. **Tribuna**. Disponível em: < <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2019/01/relat%C3%B3rio-de-crimes-contra-lgbt-brasil-2018-grupo-gay-da-bahia.pdf> >. Acesso em: 21 de jan. 2021.

médico Lourinaldo Ribeiro e seu companheiro, torturados e mortos a facadas em sua residência, em Penedo/AL em 2018, sem provas visuais ou testemunhas?¹⁶² Como provar penalmente que a lgbtfobia, dentre outros elementos de ordem subjetiva, teria integrado o *animus agendi* dos agressores?

Complexa, portanto, se faz a análise da problemática da interpretação penal da lgbtfobia, mesmo antes de o STF ter firmado posição quanto à sua criminalização – em contraponto ao sistema penal e processual penal e sua inclinação positivista percebida sobremaneira na atualidade. Não que seja o caso da criminalização da conduta homostransfóbica, pois conforme demonstrado, sua fixação e aplicação se fazem urgentes no cenário brasileiro, mas o papel por vezes deveras ativo do Poder Judiciário em tratar questões, especialmente de âmbito criminal, dão margem à integração do julgamento da ADO 26/DF, bem como da tipificação da lgbtfobia em si, a um grupo de posicionamentos que porventura não devessem ser crivo deste Poder, sob o risco inclusive de uma incoerência jurídica dentro de um ordenamento teoricamente harmônico. Voltado ao tema das nulidades processuais, mas em paralelo à ação judicial sobre o processo penal em si, Rosmar Rodrigues Alencar pontua com acerto que

No contexto de uma crescente atividade de produção de enunciados pelo Poder Judiciário, com pretensão de complementar ou mesmo de suplantar o direito legislado, calha opor limites à *autopoiesis* das nulidades processuais penais. A afirmação seria redundante se não fosse a verificação de intensa formulação de disposições, sumulares ou contidas em precedentes judiciais, que representam inovações de fato no ordenamento jurídico.¹⁶³ (retirar as aspas)

Deste modo, ao passo que o sistema jurídico é linguístico, de forma que o próprio legislador deve ser coeso e preciso na criação do texto legal, por força de corolário do princípio da legalidade, a fim de que seja operativamente fechado, o próprio sistema guarda aberturas que tornam possível, por acoplamento estrutural, elementos externos a ele. Assim a inovação do ordenamento se torna possível, desde que não se afrontem as suas bases¹⁶⁴. Muito desta interpretação é levantada até hoje quanto à criminalização em comento.

Pontuada a problemática da dificuldade de se interpretar o crime de lgbtfobia para fins penais, seja no âmbito policial ou judicial, em virtude da natureza subjetiva do tipo para

¹⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 17ª Ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2012. p. 236.

¹⁶³ ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da Nulidade no Processo Penal**. São Paulo: Noeses, 2016. p. 267.

¹⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 17ª Ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2012. p. 272-273.

aferição de sua tipicidade, voltemos à análise do dolo e seu elemento subjetivo dentro da Teoria do Crime, vigente no direito penal brasileiro.

Sob sua ótica, a análise doutrinária da tipicidade, ilicitude e culpabilidade em aplicação à conduta tida como lgbtfóbica, parece indiscutivelmente aplicável à luz da decisão resultante do julgamento da ADO 26/DF. Tal interpretação coaduna-se, inclusive, com as lições de Rogério Greco, ecoando a doutrina de Welzel.¹⁶⁵ A conduta encontra tipicidade, atualmente na interpretação da Lei Antirracismo; é indiscutivelmente ilícita, tendo em vista que não encontra abrigo em nenhuma excludente de ilicitude prevista na lei penal e afronta diretamente bem jurídico tutelado, qual seja, o direito à personalidade e a própria dignidade humana; e quanto à culpabilidade, é incoerente a ideia de se defender juridicamente comportamento diverso ao da não propagação de discursos de ódio e de violência contra a comunidade LGBTI+, por discriminação à uma característica intrínseca à *persona* do indivíduo.

Porém, no tocante à prova e sua importância no processo penal para os casos de lgbtfobia, bem como sua construção, importa sua devida apreciação dentro do segmento dogmático que analisa a prova no processo, seus efeitos, meios de produção, receptores e objetivos – a Teoria da Prova. Entendendo prova como tudo aquilo que contribui para o entendimento do juiz, seu destinatário direto, importa ainda sua inserção dentro do princípio do livre convencimento motivado do juiz previsto no art. 155 do CPP, o qual determina que o juiz “formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Logo, tal princípio assegura a possibilidade de construção probatória em juízo, algo fundamental aos casos de lgbtfobia, já que dificilmente tal hipótese surgiria tão somente na investigação policial, tanto pelo aspecto subjetivo e por vezes de difícil percepção deste elemento, quanto pelo despreparo da própria instituição para lidar com casos de lesão de direitos motivados por homotransfobia.

Ademais a produção probatória deve respeitar como limite os direitos fundamentais da parte adversa, seja para provas adquiridas via investigação, como aquelas produzidas pelas partes. Ou seja, via de regra, não há de se falar em uma prova conseguida indiscriminadamente, apesar de que tal limitação poderá ser violada em casos específicos

¹⁶⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte geral. Vol 1. 18ª Ed. Editora Impetus, Niterói, 2016. p. 191.

como em casos de intervenção corporal, qual seja, o procedimento investigatório realizado com base no corpo do acusado, com ou sem seu consentimento, levantando a questão quanto ao suposto embate entre direito fundamental à intimidade *versus* o benefício da sociedade. Todavia, tal caso em crime de lgbtfobia dificilmente seria de alguma ajuda, pois as marcas do crime tendem a ficar na vítima, e não do agressor.¹⁶⁶

Assim, no tipo penal em que a elementar da lgbtfobia esteja interligada, existirá um grande, porém importante, muro em defesa do acusado, qual seja o princípio *in dubio pro reo* – em dúvida, a favor do réu – em razão do constante aspecto subjetivo que integra a referida conduta. Neste toar, como pontua Malatesta, em crítica aos tratadistas, “a dúvida é um estado complexo”, nascendo quando uma asserção se apresenta com motivos afirmativos e negativos e, portanto, a prevalência de um ou de outro – ou sua equivalência –, determinará o que seria improvável, crível ou provável, de modo que o que moverá a convicção do espectro da probabilidade para o da certeza consistiria no “repúdio racional dos motivos divergentes de acreditar”¹⁶⁷.

Assim, a análise que parece restar é a de que, apesar de a conduta tipificada como lgbtfobia pelo STF, encontrar abrigo no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo diante das críticas levantadas à sua criminalização, parece sofrer normativamente tanto em matéria penal como processual penal com um estrutural despreparo do sistema jurídico criminal do país, que à luz da decisão advinda da ADO 26/DF não parece ter instrumentalidade processual para assegurar às vítimas a tutela penal adequada, pois, ao passo que acertadamente assegura garantias que defendam direitos fundamentais do acusado, não parece conseguir realizar o mesmo para com as vítimas em virtude do aspecto intrinsecamente subjetivo do tipo penal em questão que, apesar de previsto nas teorias vigentes no ordenamento, tais como a Teoria do Crime e a Teoria da Prova, sofre com uma demasiada e hercúlea dificuldade de construção probatória, tanto por parte de agentes estatais responsáveis pelas investigações, como por parte da própria vítima, que por vezes encontra-se reduzida à tentativa de prova verbal tão somente.

Por fim, importa frisar que a crítica aqui estabelecida versa sobre a identificação e efetiva coibição por meio da lei penal da lgbtfobia, enquanto elemento integrativo de condutas delituosas que a contenham, não se ignorando que por muitas vezes a aferição e punição das

¹⁶⁶ FERNANDES, Rafael da Silva Gonçalves. **Intervenções corporais e identificação criminal**. Dissertação (Mestrado). Universidade de Lisboa, 2017.

¹⁶⁷ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução: Paolo Capitanio. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2004. p. 59.

violências tipificadas dentro do espectro objetivo do tipo penal – como em casos de homicídios, ameaças ou lesões corporais – de fato ocorrem, restando, porém, a impunidade para com o *animus agendi* relativo à violência nascida da homotransfobia.

4. O JULGAMENTO DA ADO 26/DF E SUA CONSTITUCIONALIDADE

Para completar o percurso de análise do tema pesquisado, mister se faz a apreciação da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADO 26/DF e do MI 4733, finalizado em 13 de junho de 2019, o qual assegurou que, para tanto, a violência e discriminação motivada pela orientação sexual ou identidade de gênero da vítima estaria inclusa em uma

interpretação mais ampla do tipo penal constante no art. 20 da Lei nº 7.716/89, a Lei Antirracismo.

Tal decisão, certamente, foi histórica, em virtude da carência de tutela legal em defesa de garantias fundamentais voltadas à comunidade LGBTI+ no país. Todavia, encontra ainda barreiras quanto à sua aceitação, tendo sua legitimidade constantemente questionada em razão do argumento de que se trataria de criação de tipo penal – e portando de lei – papel este pertencente ao Poder Legislativo, de forma que tal papel não caberia ao STF, além de levantar o debate quanto aos riscos de um Poder Judiciário deveras ativo e até onde isso estaria de acordo com os dizeres constantes no texto da Constituição Federal, além de suscitar o debate quanto à forma de decidir deste Poder e se estaria ou não se fazendo de uma hermenêutica constitucional adequada.

Não obstante a problemática da legitimidade, há ainda outros entraves que tornam desafiadora a concreção fática do direito discutido na decisão em questão, como abordado e já desmistificado na seção anterior – se tal criminalização teria desrespeitado o basilar princípio penal constitucional da legalidade –, coadunando deste modo com o Direito Penal Moderno, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, ou seja, “não há crime e não há pena sem lei anterior”. Somente havendo o tipo penal anteriormente previsto, poder-se-á falar em crime ou pena¹⁶⁸ e como se daria a instrumentalidade do conteúdo da decisão no tocante à sua aplicação no mundo dos fatos, bem como se tal conteúdo normativo restaria harmonizado no ordenamento jurídico pois, em tese defendida pelos críticos à decisão da ADO 26/DF, teria havido sua inovação e “criação de direito novo”, portanto.¹⁶⁹

Tal desafio de conquista e de direitos LGBT+ no Brasil, entretanto, tem se perpetuado não apenas em seara penal. É possível e plausível o estabelecimento de paralelo com a resistência percebida pelos Poderes Legislativo e Executivo quando, em 2011, o Poder Judiciário decidiu sobre a ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF, firmando entendimento que equiparou a união homoafetiva à heteroafetiva, corroborado posteriormente pela Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça, em 2013, que proibiu o serviço de registro civil de se

¹⁶⁸ VALAREZO TREJO, Ermer Efrén; VALAREZO TREJO, Ricardo Lenin; DURAN OCAMPO, Armando Rogelio. **Algunas consideraciones sobre la tipicidad en la teoría del delito.** *Universidad y Sociedad*, Cienfuegos, v. 11, n. 1, p. 331-338, março, 2019. Disponível em: <http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202019000100331&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 15 de out. 2021.

¹⁶⁹ SILVA, Jorge Renan Dias. **A Proteção Contra Discriminação Atentatória Dos Direitos E Liberdades Fundamentais Como Embasamento Para Criminalização Da Lgbtfobia:** Uma análise dos aspectos sócio-jurídicos do PL 7.582/2014. 2019. TCC (Monografia em Direito). Faculdade de Direito de Alagoas. Universidade Federal de Alagoas. Maceió. 2019. p. 35-36.

recusar a celebrar o casamento civil e a conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo gênero.

Apesar de ter ocorrido críticas por parte da suposta usurpação de competência dos demais Poderes por parte do Judiciário – mesmo após diversas provocações ao Legislativo para que criasse lei sobre a matéria em questão, tal qual ocorreu no caso da criminalização realizada em virtude da ADO 26/DF e da MI 4733, sem que ele, todavia, saísse da inércia – restou figurado o posicionamento do STF, vez que trataram a questão sob uma ótica de ampliação e segurança de direitos fundamentais.

Tal posicionamento dos Poderes, portanto, parece ter se tornado uma constante, de modo que importa a análise do papel do Judiciário de forma mais ampla, estudando criticamente, até onde é possível, sua ação em tomar a frente em alguns casos, em especial quando se trata da efetivação de garantias fundamentais constitucionalmente expressas, sem, contudo, ignorar quais direitos estão sendo tutelados por sua ação, como no caso da criminalização da homotransfobia. Mas, afinal, sob quais bases o julgamento da ADO 26/DF ocorreu, qual a fundamentação que ensejou seu resultado final e como esta imposição advinda do Judiciário encontra conformidade com o ordenamento pátrio?

4.1. O Julgado em Questão e suas Respectivas Justificativas e a Constitucionalidade da Atuação do Poder Judiciário

Parece basilar, para o início do debate aqui objeto de análise, a fixação do conceito de homotransfobia, o impacto que tal conduta discriminatória tem na sociedade brasileira, o que levou à sua criminalização por meio do Poder Judiciário e qual a importância de que tal agir esteja sujeito a abrangência da tutela penal.

A criminalização da lgbtfobia no Brasil, ocorrida em 13 de junho de 2019, foi resultado do julgamento da ADO 26/DF pelo Supremo Tribunal Federal, culminando em uma conquista de direitos, histórica para a comunidade LGBTI+ no país. Tal decisão, em linhas gerais, determinou que enquanto não sobreviesse lei advinda do Congresso Nacional, destinada a implementar a criminalização prevista nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição Federal, – cuja previsão determina a punição à discriminação atentatória à direitos e garantias fundamentais e recrudesce a penalidade ao racismo, determinando-o imprescritível e inafiançável – condutas homotransfóbicas passariam a ser passíveis da

aplicação dos tipos penais constantes na Lei nº 7.716/89, conhecida como “Lei Antirracismo”, além de a incorporação na hipótese de homicídio doloso por lgbtfobia, a qualificadora de “motivo torpe”, prevista no art. 121, §2º, I do Código Penal Brasileiro.¹⁷⁰

Neste ponto, já é perceptível a vazão que resulta em um dos principais discursos que deslegitimam a ação do STF em criminalizar a conduta homotransfóbica. A inclusão de um suposto novo tipo penal em uma legislação já existente, qual seja a Lei nº 7.716/89. Em tese, segundo os opositores da decisão, tratar-se-ia, portanto, de inovação na lei penal existente, além de uma tipificação que ampliaria a ação do direito penal – à luz da interpretação da expansão penal exacerbada¹⁷¹ – deste modo, tomando para si a competência constitucional do Poder Legislativo de “criar o Direito”, ferindo conseqüentemente o basilar princípio da tripartição dos poderes, constante do constitucionalismo moderno, o qual divide o poder estatal em três, cada um com uma função de sua específica competência.¹⁷²

Apesar da máxima constantemente levantada no tocante ao resultado do julgamento em questão de que tal criminalização fere, portanto, o funcionamento harmônico entre os Poderes, importa pugnar que, em análise da decisão fruto do julgamento da ADO 26/DF, não parece ser este o caso, apesar da impressão passada à primeira vista.

A interpretação dada pelo STF sobre à aplicação da Lei Antirracismo aos casos de homotransfobia, configurou-se sob a ótica do entendimento de que o racismo teria sido compreendido em sua dimensão social, transcendendo aspectos puramente fenotípicos e biológicos, pois a discriminação contra LGBT+ seria resultado da manifestação de um poder sob uma índole histórico-cultural cujo objetivo seria a dominação política, o controle ideológico e a subjugação social da comunidade LGBTI+, além da negação de sua alteridade, dignidade e humanidade. À luz desta leitura e de um método hermenêutico que se traduz na defesa, efetivação de direitos e garantias fundamentais, a homotransfobia consiste, portanto, em uma expressão do “racismo social”.¹⁷³

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 26/DF**. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 13 de mai. 2022.

¹⁷¹ Neste caso, expansão penal seria a ampliação desproporcional do *jus puniendi* estatal, coadunando com a criação de um Estado Punitivista que ao passo que limita direitos dos cidadãos flexibiliza direitos fundamentais ao recrudescer a aplicação da lei penal. SILVA, Jesús-María Sánchez. *Op. Cit.* p.21.

¹⁷² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das leis**. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987. p.75.

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 26/DF**. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 19 de mai. 2022.

Tal tese, como lembrou Paulo Iotti, um dos responsáveis pelas ações acolhidas pelo STF que culminaram da criminalização aqui em comento, já havia sido firmada pela Corte Maior na decisão quanto ao HC 82.424/RS – caso Ellwanger anteriormente mencionado –, no tocante à acepção político social do racismo, enquanto “qualquer inferiorização de um grupo social relativamente a outro” ainda que sob diversas nomenclaturas trabalhadas e difundidas por inegável discriminação estrutural na sociedade, constante em relações de poder entre um grupo hegemônico e aqueles que ele vise diminuir e dominar. Assim, segundo o autor, a homotransfobia, indiscutivelmente, se enquadraria no conceito constitucional e legal de racismo.¹⁷⁴ Tal mecanismo de poder, intrincadamente desenvolvido pela classe dominante heterocisgênero, coaduna com uma discriminação estrutural e sistemática além de, institucional e histórica, com objetivo de “estigmatizar, desqualificar moralmente, expulsar do convívio familiar ou até internar em hospitais psiquiátricos as minorias sexuais e de gênero (população LGBTI+), em prol de opressoras ideologias normalizadoras, mediante alterocídio discriminatório.”¹⁷⁵

O julgamento que culminou no resultado do deferimento parcial do MI 4733 e da ADO 26/DF, teve oito votos à favor – dos ministros Celso de Melo, Luiz Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luis Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes – prevalecendo sobre três contra – dos ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Dias Toffoli.

Algumas das teses favoráveis em defesa da necessidade de se criminalizar a homotransfobia giraram ao redor de discursos sobre a defesa de direitos fundamentais e a exposição da comunidade LGBTI++ à discriminação social e política consequente da ausência de uma adequada proteção estatal, como declarou o ministro Celso de Melo em seu voto, pontuando ainda que a controvérsia gerada pela chamada “ideologia de gênero”¹⁷⁶

¹⁷⁴ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **O STF, a Homotransfobia e o seu Reconhecimento como Crime de Racismo**: Análise e defesa da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a Homotransfobia como crime de Racismo. 1ª Ed. São Paulo. Editora Spessotto, 2020. p. 32.

¹⁷⁵ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Supremo não legislou nem fez analogia ao racismo**. Conjur. 19 de ago. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/paulo-iotti-stf-nao-legislou-equipararhomofobia-racismo>>. Acesso em: 11 de out. 2021.

¹⁷⁶ Aqui entende-se “ideologia de gênero” como expressão utilizada pejorativamente para propagar uma falsa disseminação de uma “educação sexual e de gênero” voltada para a homossexualidade ou transexualidade. Corroborando com o que diz Paulo Iotti, “é utilizada por fundamentalistas religiosos (as) e reacionários (as) morais para defender supostos papéis inatos a homens e mulheres e que seria ‘contrário à uma realidade objetiva’ (ao ‘mundo real’) afirmar algo distinto, especialmente para contestarem papéis diferentes, as identidades LGBTI+ e o reconhecimento de direito a elas, mas também para discordarem da igualdade de mulheres relativamente a homens”. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **O STF, a Homotransfobia e o seu Reconhecimento como Crime de Racismo**: Análise e defesa da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a Homotransfobia como crime de Racismo. 1ª Ed. São Paulo. Editora Spessotto, 2020. p. 10.

coadunaria com ações segregacionistas com inequívoca intenção homofóbica, objetivando a diminuição e supressão de prerrogativas essenciais à LGBT+.¹⁷⁷ Frisou, ainda:

Para esse fim, determinados grupos políticos e sociais, inclusive confessionais, motivados por profundo preconceito, vêm estimulando o desprezo, promovendo o repúdio e disseminando o ódio contra a comunidade LGBT, recusando-se a admitir, até mesmo, as noções de gênero e de orientação sexual como aspectos inerentes à condição humana, buscando embaraçar, quando não impedir, o debate público em torno da transsexualidade e da homossexualidade, por meio da arbitrária desqualificação dos estudos e da inconcebível negação da consciência de gênero, reduzindo-os à condição subalterna de mera teoria social (a denominada “ideologia de gênero”).¹⁷⁸

Em uma interpretação semelhante e talvez ainda mais firmemente fundamentada, o ministro Edson Fachin pontuou o dever do Estado em fazer cumprir o disposto no art. 5º, XLI da Constituição Federal, o qual dispõe que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” levantando ainda o Relatório de Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersex nas Américas e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que pontuaram que o Brasil era o país com mais relatos de violência contra a população LGBT+.¹⁷⁹ Desta forma, não apenas seria cabível o pedido – tendo sua causa de pedir fundamento no próprio texto constitucional – como se fazia premente que o Estado agisse.

Interessante frisar que o Ministro Fachin se baseou em um relatório de organização internacional, o que robustece a compreensão de que há poucos mapeamentos nacionais que objetivem a obtenção de tais dados. Isso, somado à inobservância da mora constitucional em atender aos direitos pleiteados pela comunidade LGBTI+, traz a ideia simbólica de que para o Estado há uma relevância menor dessa discussão, não merecedora, portanto, da atenção do Direito Penal, ou mesmo de debate, no que poderia configurar uma omissão estatal consciente.

A ministra Carmen Lúcia firmou em seu voto a interpretação de que houve indiscutivelmente uma mora injustificada do legislador, pontuando que a reiterada violência contra a comunidade LGBTI++, sustentada por dados comprobatórios de tal realidade, se

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO nº 26**. Voto do Ministro Celso de Melo, 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em 11 out. 2021 p. 13-14.

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO nº 26**. Voto do Ministro Celso de Melo, 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em 11 out. 2021 p. 13-14

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO nº 26**. Voto do Ministro Edson Fachin, 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em 11 out. 2021 p. 05-06.

tratariam de um estado de barbárie. Em suas palavras, “Vale a força, nega-se o direito, prevalece a brutalidade, degradam-se os valores constitucionalmente afirmados”, e tal situação se mostrava insustentável.¹⁸⁰

Já o ministro Gilmar Mendes abordou com maior incisividade a questão da atuação do Judiciário na questão controvertida, ao que frisou que a atuação do STF, neste caso, existiu apenas em razão de uma injustificada mora do legislativo para tratar o tema, enquanto as minorias integrantes do grupo LGBTI+ seguiram tendo seus direitos negados ou violados por mais de três décadas, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O dever jurídico de legislar sobre o tema decorreria, como afirmado, de normas constitucionais que expressamente determinam ao Parlamento a punição de atos de discriminação, de acordo com a imposição legiferante contida no art. 5º, XLI e XLII, da Carta Maior. A constatação de que se está diante de uma inação congressual apta a viabilizar o controle abstrato de constitucionalidade por omissão é, portanto, imprescindível ao deslinde desta demanda. É a partir desse reconhecimento que se abre a possibilidade de colmatação de tal lacuna pela via judicial, respeitados os limites jurisdicionais. (...) **Daí a configuração de uma justa causa legitimadora da intervenção do Poder Judiciário.**¹⁸¹ (grifei)

Apontou, ainda, com acerto, que a tramitação de projetos de lei voltados ao preenchimento da legislativa atacada pela ADO 26 e que teriam o condão de dirimir a questão e ministrar a matéria, estaria sendo “tumultuada por todos os gêneros de embaraços típicos do processo legislativo”.¹⁸²

Já o ministro Alexandre de Moraes, com acerto pontuou algo a ser observado com atenção. Não há de se falar em defesa estatal do direito pleiteado pela criminalização da lgbtfobia, apenas pela existência de alguma política pública ou tentativa legislativa de tratar o tema, pois isso não afasta a omissão estatal em assegurar tais direitos à comunidade LGBTI+. Assim, não pode o Estado Democrático escolher fechar os olhos para a violação de garantia fundamental de um grupo minoritário comprovadamente vulnerável no cenário legal e especialmente político do país neste momento histórico. Sobre este teor, frisou:

As práticas homofóbicas e transfóbicas constituem terrível histórico em nosso país, com constante e determinado padrão de acentuado desrespeito cruel ao rol de direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT, caracterizando a necessidade de efetivação da proteção constitucional (...). A existência de poucas e

¹⁸⁰ **HOMOFOBIA** e transfobia são finalmente criminalizados pelo stf. Justificando. 13 de jun. 2019. Disponível em <<http://www.justificando.com/2019/06/14/homofobia-e-transfobia-sao-finalmente-criminalizadas-pelo-stf/>> Acesso em: 14 de out. 2021.

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO nº 26**. Voto do Ministro Gilmar Mendes, 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em 11 out. 2021, p. 07-08.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO nº 26**. Voto do Ministro Gilmar Mendes, 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em 11 out. 2021. P. 07-08

esparsas políticas públicas e, principalmente, legislações estaduais para combater as práticas homofóbicas e transfóbicas não afasta a omissão constitucional, em face da exigência de proteção legal satisfatória contra atentados discriminatórios aos direitos e liberdades fundamentais praticados em virtude de orientação sexual e identidade de gênero.¹⁸³

Quanto ao debate suscitado pelos próprios ministros durante a votação, no julgamento em questão, posteriormente o ministro Luís Roberto Barroso se manifestou no tocante à criminalização, dizendo que via de regra, a criação primária de leis é competência do Congresso Nacional, mas, em casos de omissão legislativa, especialmente no que diz respeito a direitos fundamentais, cabe sim ao Supremo Tribunal Federal, legitimamente, agir para fazer valer a Constituição, haja vista o seu papel como guardião último da Carta Constitucional, num “diálogo respeitoso com o Congresso e com a sociedade”.¹⁸⁴

Em contraponto aos votos favoráveis à criminalização, o ministro Ricardo Lewandowski reconheceu a mora inconstitucional do Congresso Nacional no tocante à criminalizar a homotransfobia, frisando a importância do reconhecimento de direitos a esta minoria social, mas recusando-se a votar pela aplicação da Lei Antirracismo para punir tais situações, até que venha lei formal advinda do Congresso Nacional, declarando ser necessário o zelo pelo princípio da reserva legal penal, qual seja não haver crime sem lei anterior que a defina.¹⁸⁵ Tal posição foi acompanhada pelo voto do ministro Dias Toffoli.

Em concordância com o posicionamento voltado ao indeferimento da ação, como o ministro Lewandowski, o ministro Marco Aurélio, em seu voto, pareceu buscar a utilização de uma hermenêutica deveras inflexível do modo de interpretar o texto da CF88, pugnando pelo papel do Legislativo em tratar de tal questão e afirmando que, ao passo que o inciso XLI do art. 5º da Constituição Federal diz que “a lei punirá atos atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais”, não se deve literalmente interpretar como “a lei criminalizará” tais atos, ademais condenando o uso de uma interpretação expansiva do direito penal ao não compreender que o tipo penal do racismo contido na Lei n 7.716/89 alcançaria as condutas

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO nº 26**. Voto do Ministro Alexandre de Moraes, 2019. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em 11 out. 2021, p. 20-21

¹⁸⁴ **JULGAMENTO DA ADO 26 e da MI 4733** – omissão legislativa em criminalizar a homofobia e a transfobia. Luís Roberto Barroso. Disponível em: < <https://luisrobertobarroso.com.br/2019/02/25/julgamento-da-ado26-e-do-mi-4733-omissao-na-criminalizacao-da-homofobia-e-da-transfobia/>>. Acesso em: 14 de out. de 2021.

¹⁸⁵ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais ao Legislativo, A Eficácia Jurídica Positiva das Ordens Constitucionais em Legislar em geral e dos Mandados de Criminalização em Particular**, 2ªEd., Bauru: Ed. Spessotto, 2019. p. 120-121.

homotransfóbicas.¹⁸⁶ Aqui resta perceptível a defesa de um dos principais argumentos que atacam a legitimidade da criminalização até os dias de hoje.

Assim, ao fim do julgamento, restou procedente parcialmente o pedido constante na ADO 26/DF e no MI 4733, qual seja, a aplicação da Lei Antirracismo às condutas homotransfóbicas, até que lei posterior advinda do Congresso Nacional ministre a matéria. Conforme demonstrado, mesmo dentro do Poder Judiciário, as opiniões se divergem quanto à legitimidade ou não do STF em agir no caso em análise, de forma que em razão da complexidade do tema, não parece haver ainda entendimento pacífico, mesmo na doutrina. Todavia, foi unânime em todos os votos o reconhecimento da situação de violência em que se encontra a comunidade LGBTI+ no Brasil e que cabe, sim, ao Estado – por obrigação constitucionalmente expressa – assegurar a segurança desta minoria e coibir atos que atentem contra sua dignidade e direitos fundamentais.

4.2 A Ausência de Consenso Judicial quanto à Tutela do Direito a Diversidade Sexual e de Gênero: Paralelos entre o Direito à União Homoafetiva e a Criminalização da Homotransfobia pelo Supremo Tribunal Federal

Em paralelo ao direito firmado pelo Poder Judiciário, discutido anteriormente, parece relevante trazer à baila um olhar sobre a conquista do direito à família homoafetiva e o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo gênero, bem como sua equiparação à união heteroafetiva, de modo a estabelecer um comparativo à outra situação em que a atividade do Judiciário em prol de direitos da comunidade LGBTI+ repercutiram socio-juridicamente no Brasil.

Ocorrida em setembro de 2011, o julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF, equipararam para fins de direito a união estável homoafetiva à heteroafetiva, uma grande realização em defesa da direito à diversidade e talvez uma das mais importantes para o movimento LGBTI+ no Brasil. Importa salientar, em aquiescência ao explanado anteriormente, que a negativa da tutela estatal a direitos fundamentais a essa parcela social minoritária coaduna com a própria lgbtfobia, não sendo ela configurada apenas por violência física ou psicológica sofrida em virtude da sexualidade ou identidade de gênero

¹⁸⁶ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais ao Legislativo, A Eficácia Jurídica Positiva das Ordens Constitucionais em Legislar em geral e dos Mandados de Criminalização em Particular**, 2ªEd., Bauru: Ed. Spessotto, 2019. P. 125-127.

heterodiscordante, mas ainda a uma discriminação nascida de um preconceito embrenhado nas instituições, no seio sociopolítico e, para fins de análise das decisões judiciais em comento, jurídico.

Urge pontuar que, assim como no caso da criminalização da homotransfobia, o Legislativo e o Executivo também foram provocados a firmar posicionamento sobre o direito a união homoafetiva ou, para fins de maior amplitude dos direitos pleiteados, à *família homoafetiva*. Ao passo que o STF se mostrou favorável à interpretação voltada ao reconhecimento da união afetivo-conjugal de pessoas do mesmo gênero em 2011, não foi por decisão unânime de seus ministros e mesmo a doutrina se rechaçou em dois lados, quanto a esta questão.

Por um lado, existem aqueles defensores do que Lúcia Golçalves Buzolin chamou de “conceito restrito e conceito amplo de família”¹⁸⁷, podendo o primeiro ser traduzido no conceito clássico que deu o pontapé inicial, por se assim dizer, no conflito pelo direito ao reconhecimento da família homoafetiva. Trata-se da defesa da ideia de que a família é uma estrutura que necessariamente deve ser composta por homem e mulher, com o objetivo da reprodução, ligados por consanguinidade ou parentesco civil, sob uma ótica exclusivamente heteronormativa e monogâmica, existindo ainda um aspecto *econômico* na família.

Tais características representam o básico do conceito clássico de família (ou estrito) e foram defendidas por autores como Beviláqua¹⁸⁸, além de Pontes de Miranda e Maria Helena Diniz. Alguns são ainda mais radicais como Carlos Roberto Gonçalves que afirma a necessidade da diversidade de sexos como requisito para o casamento, chegando à máxima de declarar inexistente o casamento homossexual¹⁸⁹.

Em contraponto aos defensores dessa interpretação, há aqueles que defendem o chamado “conceito amplo de família”, no qual a família teria como requisito precípua a ligação afetiva entre os indivíduos, bem como seu objetivo comum na construção de uma entidade familiar. Sob esta vertente, temos diversos doutrinadores que militam tal posicionamento como Daniel Sarmento, Paulo Luiz Netto Lobo e ainda Rodrigo da Cunha Ferreira que versa:

¹⁸⁷ BUZOLIN, Lúcia Gonçalves. *Direito Homoafetivo: Criação e Discussão nos Poderes Judiciário e Legislativo*. São Paulo. **Revista dos Tribunais**, 2020.

¹⁸⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**. 2ª Ed. Recife, Ramiro M. Costa & Filhos, 1903.

¹⁸⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. VI: Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2005.

Cidadania significa não-exclusão. É, portanto, a inserção das várias representações sociais da família, da valorização do Sujeito de Direito em seu sentido mais profundo e ético. É a inclusão e a consideração das diferenças como imperativo da democracia.¹⁹⁰

Deste modo, imperiosa se faz a análise do que diz a doutrina, tanto sob a ótica dos que são contra, como dos que são a favor do reconhecimento do direito à família homoafetiva, de modo a compreender os óbices à sua edição em forma de lei, que vale pontuar, ainda não aconteceu, apesar de o primeiro posicionamento do STF sobre esta questão ter acontecido há uma década. A homotransfobia, na mesma senda, foi criminalizada em 2019 e até então não consta lei penal específica que trate de seu conteúdo, vez que até que isto ocorra, a Lei Antirracismo deve ser interpretada de modo a abarcar as situações de discriminação relativas à LGBTI+.

Ademais, importa, para fins de aferição quanto à existência ou não de competência da Corte Maior do país para tratar da tutela de tais direitos, levar em consideração as competências do Judiciário, quais sejam, o controle de constitucionalidade, a resolução de conflitos e o controle administrativo exercido pelo CNJ, frisando a importância de cada papel, o regime “híbrido” constante no controle de constitucionalidade e a previsão constitucional no art. 5^a, XXXV, da CF88, de que o Judiciário *deve* apreciar e se manifestar em casos de lesão ou ameaça de lesão à direitos, de modo que torna-se mais simples vislumbrar o porquê de tais direitos sociais aqui em enfoque encontrarem sua via mais “rápida” pelo Poder Judiciário, haja vista ser o Superior Tribunal Federal o guardião máximo da Constituição Federal e deve, portanto, assegurar o cumprimento do seu conteúdo.

Inobstante a isto, importa a percepção de que, no tocante aos direitos LGBTI+, fazendo um recorte para o direito de família em debate, mas ainda em paralelo ao direito penal discutido quando do julgamento da ADO 26/DF, o Poder Legislativo se manteve inerte por um longo período, até o resultado do julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF, quando então passou a movimentar-se mais intensamente com a criação de projetos contra e a favor do pedido constante nas presentes ações, caracterizando o que parece um movimento puramente reacionário de um Legislativo inerte em face de um Judiciário, em tese, ultra ativo.

Assim, percebe-se que uma forte atuação do Poder Judiciário “na vertente do proativismo tem provocado reacionismo, mesmo que velado, dos demais Poderes

¹⁹⁰PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e Psicanálise**: rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 155

constituídos”¹⁹¹, de modo que a impressão passada é que o Legislativo apenas busca para si a responsabilidade de tratar do tema do direito à família homoafetiva – e porque não dizer, dos direitos LGBTI++ como um todo –, quando, para responder ao Poder Judiciário, e não por interesse em firmar entendimento sobre a matéria, dando a entender que ambos os Poderes estão em um embaraçoso e interminável cabo-de-guerra.

Além disso, não se pode ignorar a presença – e predominância, diga-se de passagem – da orientação ideológica constante na Câmara de Deputados e do papel dos atores evangélicos em reação à projetos dessa natureza que em seu comportamento reacionário “já não se restringem à inversão dos argumentos apresentados pelos gays”. Afinal, a mobilização desses sujeitos religiosos revela também a tentativa de construção de uma minoria, “os ex-gays”, como pontua Maria das Dores Campos Machado¹⁹².

Sob esta ótica, essa “minoría” poderia pleitear direitos da mesma forma que os LGBTI+, tendo este sido um discurso para tornar ilegítima a busca pela comunidade por direitos como o à família e à criminalização da homotransfobia. Nesta última, inclusive, oportuno se faz pontuar a movimentação da Advocacia Geral da União em questionar o Supremo Tribunal Federal quanto à decisão relativa à ADO 26/DF, baseando grande parte de seu argumento disparatado na suposta ofensa à liberdade religiosa.¹⁹³

Faz-se mister a reflexão sobre todas estas questões à luz do fato de que o Estado laico não pode admitir limitação de direitos, em virtude de dogmas pregados a uma ou outra religião, pois, por interpretação lógica, se uma religião declara que seu direito à expressão é ferido pelo direito à incolumidade física e mental de qualquer outro indivíduo por característica intrínseca à sua persona, está assumindo que *necessariamente* precisa lesar o direito alheio para continuar a existir, o que é inadmissível. Sobre o tema, valiosa a contribuição de Roseli Fishmann

Assim, o caráter laico do Estado, que lhe permite separar-se e distinguir-se das religiões, oferece à esfera pública e à ordem social a possibilidade de convivência da

¹⁹¹ SANTOS, Fábio Ricardo Rodrigues dos. **O Ativismo Congressual: O Poder Legislativo Reacionário No Resgate Democrático**. 2016 f. (Dissertação de Mestrado) Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica. Universidade Estadual do Norte do Paraná – UFPN. Jacarezinho, 2016.

¹⁹² MACHADO, Maria das Dores Campos. Pentecostais, sexualidade e família no Congresso Nacional. **Horiz. antropol.**, Porto Alegre, v. 23, n. 47, p. 351-380, abr. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832017000100351&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 15 de out. 2021.

¹⁹³ ROCHA, Marcelo. AGU pede que STF esclareça se criminalização da homofobia atinge liberdade religiosa. **Folha de S. Paulo**. 14 de out. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/10/agu-pede-que-stf-esclareca-se-criminalizacao-da-homofobia-atinge-liberdade-religiosa.shtml>>. Acesso em: 15 de out. 2021.

diversidade e da pluralidade humana. Permite, também, a cada um dos seus, individualmente, a perspectiva da escolha de ser ou não crente, de associar-se ou não a uma ou outra instituição religiosa. E, decidindo por crer, ou tendo o apelo para tal, é a laicidade do Estado que garante, a cada um, a própria possibilidade da liberdade de escolher em que e como crer, enquanto é plenamente cidadão, em busca e no esforço de construção da igualdade.¹⁹⁴

Ademais, apesar de a vertente que diz compor a corrente *clássica* da doutrina brasileira, volte-se à interpretação do conceito restrito de família – que exclui do bojo a união homoafetiva – tal fato absolutamente não a torna *adequada* ou mesmo totalmente plausível. O Direito, tal como a sociedade de que se vale, é dinâmico e este aspecto não pode ser ignorado.¹⁹⁵

Quando da decisão de se reconhecer a união homoafetiva, houve três ministros que não concordaram com a aplicação do conceito amplo de família na votação das ações citadas, quais sejam, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, defensores à época do conceito restrito de família, aquela formada por um homem, uma mulher e seus filhos, fundada na heteronormatividade e monogamia. Para o Ministro Cezar Peluso, a união estável formada por um homem e uma mulher não é “absolutamente idêntica” àquela formada por duas pessoas do mesmo sexo, contudo, o Ministro não aponta qual seria a diferença entre os dois institutos normativos. O voto do Ministro Gilmar Mendes padece de uma vagueza similar, já que o Ministro frisa que essa nova modalidade de entidade familiar está sujeita à regulação pelo Poder Legislativo, mas não indica quais as características distintivas da nova entidade.”¹⁹⁶

Em atenção à “atualização” da doutrina brasileira que passou aos poucos a acoplar o entendimento do conceito amplo de família alhures discutido, os demais ministros votaram a favor do reconhecimento da família homoafetiva. Todavia, ao passo que uma parcela de juristas e doutrinadores acusam a decisão – tal como no caso da ADO 26/DF – de configurar ativismo judicial a ser combatido, faz-se importante pontuar que, à primeira vista, pode ser essa a imagem passada, mas parece sensata a interpretação de Lenio Luiz Streck, de que o ativismo em questão está ligado a resposta do Judiciário diante da questão objeto de judicialização – neste caso, ao reconhecimento à união e ao casamento entre pessoas do

¹⁹⁴FISCHMANN, Roseli. **Estado Laico, Educação, Tolerância e Cidadania ou simplesmente não crer.** Factash Editora, 2012. p.16.

¹⁹⁵KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 221.

¹⁹⁶BUZOLIN, Lívia Gonçalves. **Direito Homoafetivo: Criação e Discussão nos Poderes Judiciário e Legislativo.** São Paulo. Revista dos Tribunais, 2020. P. 74.

mesmo gênero – tratando-se de decisão do órgão julgador que substitui o debate político¹⁹⁷. Adentra ainda mais a questão ao dizer que:

Assim, de uma questão que sofreu judicialização pode-se ter como consequência uma resposta ativista, o que é absolutamente ruim e censurável numa perspectiva de democracia normativa. Todavia, é possível afirmar que existem casos de judicialização nos quais a resposta oferecida pelo judiciário é adequada à Constituição, concretizadora de direitos fundamentais e/ou procedimentos guardadores da regra democrática e que, portanto, não pode ser epitetada de ativista. Afinal, como diz Marcelo Cattoni, em seu *Devido Processo Legislativo* (Editora Forum, 3ª ed), há situações em que a jurisdição constitucional deve ser agressiva no sentido da garantia dos direitos fundamentais.¹⁹⁸

Assim, restou firmada a posição do Judiciário quanto ao reconhecimento da família homoafetiva, assegurando tal direito fundamental à comunidade LGBTI+, apesar de todos os entraves e argumentos levantados diante dessa suposta “ultra ação” do STF. Contudo, vale lembrar que, apesar do movimento reacionário alhures abordado, protagonizado pelo Poder Legislativo ao tempo do julgamento, o fato de que até hoje não há conclusão da matéria firmado em letra de lei parece significar não só uma omissão – talvez consciente por parte dos Poderes Executivo e Legislativo –, como demonstra que em matéria de direitos LGBTI+, evidencia que parece subsistir uma demasiada fragilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Finalmente, urge lançar um olhar analítico sobre ambos os paralelos entre o julgado mencionado e o que é objeto da presente pesquisa, o modo como foram trabalhados, sobre as críticas e posicionamentos contra e a favor do conteúdo firmado pelo Supremo Tribunal Federal no tocante a legitimidade da Corte Maior para tratar da matéria legal discutida e da hermenêutica utilizada para interpretar o direito pleiteado nas ações, bem como sua aplicação e integração dentro do ordenamento jurídico brasileiro, que se norteia na concreção de direitos e garantias elencadas fundamentais.

No julgamento da ADO 26/DF e da MI 4733 culminou na criminalização da homotransfobia por meio da interpretação de que houve mora inconstitucional do Poder Legislativo em tratar da questão, bem como que os tipos penais constantes na Lei nº 7.716/89 alcançariam os casos de discriminação homotransfóbica, diante da interpretação jurídica dada pelo STF do chamado “racismo social”, como qualquer forma de discriminação que vise a supressão de um grupo social em detrimento de outro, conforme já pontuado. Tal como posicionaram-se os ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, segundo suas próprias

¹⁹⁷ STRECK. Lenio Luiz. **O que é ativismo?** 10 de jan. 2016. Os Constitucionalistas. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo>>. Acesso em: 15 de abr. 2022.

¹⁹⁸ STRECK. Lenio Luiz. **O que é ativismo?** 10 de jan. 2016. Os Constitucionalistas. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo>>. Acesso em: 15 de abr. 2022.

convicções, não caberia aplicação da lei penal sobre a conduta em voga por força de decisão do STF, em razão do princípio da reserva legal penal, além da possibilidade de configurar-se analogia *in malem partem* – aplicação analógica da lei penal em desfavor do réu, algo, como já referendado, vedado pelo direito brasileiro. Ademais, tal como no caso do reconhecimento da família homoafetiva, os “antagonistas” de tal movimentação do Judiciário acusam-na de ativismo judicial e extrapolação de sua atividade, trazendo por consequência a usurpação da competência do Poder Legislativo e ferindo gravemente a basilar formação tripartite do Estado.

A crítica levantada sob este aspecto à atividade judicial nos casos em análise se firma pontuando a existência de funções atípicas de ordem administrativa e legiferante que podem recair sobre o Judiciário, além de seu papel primordial de julgar os casos concretos trazidos à sua apreciação. Todavia, apesar dessas aludidas funções atípicas, faz-se necessária a cautela de manter a sua coexistência harmônica com os demais poderes, resguardando sua independência, um perante o outro, sendo essa uma premissa básica de um Estado Democrático de Direito, com objetivo de evitar conflito entre os poderes e resultante crise institucional.¹⁹⁹ Tal tese repousa ainda ao lado do argumento de que a tutela da lei penal no ordenamento jurídico deve ser último recurso para coibição e punição de condutas inadequadas, em virtude do princípio da intervenção mínima, já discutido.²⁰⁰

Coadunando com tal discurso, resta ainda a crítica à hermenêutica utilizada pelos ministros do STF, na feitura de suas decisões, e se elas não se formariam tão somente embasadas em argumentos de autoridade e em função de suas opiniões pessoais, sobretudo em casos controversos. Sobre isto, Rodrigo Rodriguez pontua que

A justificação das decisões articula as razões pelas quais o indivíduo que a redigiu foi convencido desta ou daquela solução e são irrelevantes para o resultado final do julgamento. As decisões colegiadas são decididas por votação sem que haja a redação de uma decisão oficial da corte. Por esta razão denomino a jurisdição brasileira de *justiça opinativa* e afirmo que sua legitimidade está mais ligada ao funcionamento institucional do Poder Judiciário como um todo do que à racionalidade de sua argumentação ou ao carisma individual dos juízes.²⁰¹

Não obstante tais argumentações, a crítica à hermenêutica utilizada pelo STF na construção de suas decisões se faz plausível haja vista, talvez, a necessidade da utilização

¹⁹⁹ SANTIAGO, Alex; JÚNIOR, Antônio Jorge Pereira (org.); BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (org.). **Supremos Erros**. Decisão inconstitucionais do STF. Porto Alegre. Editora Fundação Fênix, 2020. p. 214.

²⁰⁰ SANTIAGO, Alex; JÚNIOR, Antônio Jorge Pereira (org.); BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (org.). **Supremos Erros**. Decisão inconstitucionais do STF. Porto Alegre. Editora Fundação Fênix, 2020. P. 216.

²⁰¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). São Paulo: FGV Editora, 2013. p. 4-5.

ativa de uma retórica-tópica que torne convincente a justificativa do resultado dos julgados. Sobre isto, versa Andreas Joachim Krell e Olga Joubert Gouveia Krell que, em diversos casos – não especificamente nas decisões em comento neste trabalho – percebe-se cada vez mais decisões divergentes e até contraditórias tomadas pelos tribunais, que muitas vezes julgam casos deveras semelhantes de forma diferente baseados nos mesmos textos legais.²⁰²

Todavia, em contraponto a tais ataques à decisão do STF quando à ADO 26/DF e o MI 4733, importa repisar que não há de se falar em analogia *in malem partem* no tocante à aplicação da Lei Antirracismo aos casos de homotransfobia, na forma como a decisão se fundamentou, pois o seu conteúdo pugnou por uma interpretação de que os tipos penais contidos na aludida lei já contemplariam as condutas discriminatórias contra LGBTI+, pois reconheceu o racismo como um conceito *jurídico* já firmado por aquela mesma Corte no julgamento do HC 82.424/RS. Não se tratou da configuração de um novo tipo penal, mas apenas da aplicação de um tipo que já existia e cuja interpretação passou a alcançar agressores lgbtfóbicos inclusive, em cunho provisório, vez que o Poder Legislativo foi chamado a criar lei que ministre o tema. Assim, não parece correta a alegação de que houve “criação de lei penal” pelo STF ou uso de analogia penal em desfavor do acusado.²⁰³

Ademais, importa frisar o papel da função contramajoritária do STF, apontada por alguns como uma lacuna para violação do princípio da separação dos poderes, mas que permite a atuação do Judiciário para sobrepor atos do Congresso Nacional e do Presidente da República – eleitos pelo voto popular por mais de milhares de votos, milhões, no caso do Chefe do Poder Executivo – por meio de sua interpretação da Constituição Federal, quando em discordância com o de agentes políticos em posse de mandato representativo e legitimidade democrática.²⁰⁴

A despeito de resistência a esse “poder” do STF, tal argumento se fundamenta na jurisdição da Constituição de que o STF é titular, frisando, conforme pontua Luís Roberto Barroso, a importância da proteção de direitos fundamentais que “correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política”, insuscetíveis portanto, de serem

²⁰² KRELL, Andreas Joachim. KRELL, Olga Joubert Gouveia. **A Importância do Raciocínio Retórico-Tópico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade.** Quaestio Iuris Vol 9, nº 01, UFRJ. Rio de Janeiro, 2016. P. 244-271.

²⁰³ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **O STF, a Homotransfobia e o seu Reconhecimento como Crime de Racismo: Análise e defesa da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a Homotransfobia como crime de Racismo.** 1ª Ed. São Paulo. Editora Spessotto, 2020. p. 14.

²⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, nº especial, p. 23-50, 2015.

“atropelados por deliberação jurídica majoritária.”²⁰⁵ Ademais apesar de contrariar em certos níveis posicionamentos de cunho mais convencional na doutrina do direito constitucional, tal função contramajoritária assegura que, em situações onde, por diversas razões o aparelho estatal e por conseguinte, o processo político majoritário falha na efetivação de garantias constitucionais, cabe ao Supremo Tribunal Federal o “governo da maioria e a igual dignidade de todos os cidadãos.”²⁰⁶

Além disso, no que diz respeito à concreção de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, mas que o Estado peca em assegurar, especialmente quanto às minorias, parece sensato o raciocínio de que declarar esta decisão do STF inconstitucional seria criar óbice aos direitos positivos de que o Estado é responsável, inclusive como forma inibidora da autotutela.

A mesma interpretação, inclusive, parece se aplicar ao caso do reconhecimento da união homoafetiva por força do julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, pois tratava-se da interpretação constitucional do conceito de família, baseado em um aspecto puramente biológico, ao passo que a própria aceção moderna de família mudou, inclusive dentro da doutrina brasileira. Neste caso em específico, à luz da percepção da movimentação puramente reacionária do Poder Legislativo, diante da movimentação pró-direitos à comunidade LGBTI+ por parte do STF, não há de se falar em usurpação da competência ou ferimento do princípio da separação dos três poderes, haja vista a violação ao reconhecimento da entidade familiar em virtude de orientação sexual e identidade de gênero não reconhecida juridicamente à época da feitura da CF88, de modo que a interpretação da lei deve se expandir para assegurar a todos igualdade formal e material de tratamento²⁰⁷, especialmente quando a justificativa para se negar algo tão basilar é intrínseca à persona dos indivíduos, qual seja, sua sexualidade.

Críticos da união homoafetiva firmada pelo STF alegam a literalidade do conceito de família dado pelo texto constitucional, segundo o art. 226, parágrafo 3º, para o qual só seria passível de existir quando composto por “homem” e “mulher”, afirmando a máxima de que a coabitação homossexual jamais poderia ser equiparada à união heteroafetiva – coabitação aqui com clara intenção de se diminuir para fins de direito a união entre pessoas do mesmo gênero

²⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, nº especial, p. 23-50, 2015.

²⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, nº especial, p. 23-50, 2015.

²⁰⁷ SARMENTO, George. **Direitos Humanos: liberdades públicas, ações constitucionais, recepção dos tratados internacionais**. São Paulo : Saraiva, 2011, p. 36-38.

que se unam afetivamente com objetivo de constituição de entidade familiar –, chegando a elencar como paralelo a união incestuosa entre irmão e irmã – portanto gênero masculino e feminino – que atenderia à previsão constitucional, mas não se faz possível por impedimento legal, ao passo que a “união homossexual desatende tanto a definição constitucional de união estável como viola a regulamentação legal”.²⁰⁸

Tal pensamento literal coaduna-se com o já abordado conceito de família em sentido restrito, e não se pode dizer coerentemente constitucional, se versa sobre uma garantia fundamental – o reconhecimento jurídico da união estável e consequentemente da entidade familiar – e tal direito não seja assegurando igualmente a todos. É a luz destes posicionamentos que repousa o argumento de que a lgbtfobia no Brasil se encontra incrustada não apenas no senso comum, mas em níveis estruturais e institucionais.

Finalmente, vale ressaltar que, apesar do posicionamento do STF em ambos os julgamentos abordados neste trabalho, tal como demonstrado, não parece haver ainda pacificidade na doutrina ou no meio jurídico brasileiro quando à legitimidade do papel desempenhado pelo Judiciário na concreção de tais direitos fundamentais à comunidade LGBTI+ no Brasil. Em consequência disto, o que parece deixar demonstrada é uma aparente fragilidade que dá vazão à ineficácia das medidas e da tutela estatal para a realização das tratativas necessárias à criação e manutenção de efeitos positivos no mundo fático, independente da importância dos bens jurídicos constantemente feridos e em inegável carência de proteção.

²⁰⁸ FILHO, Glauco Barreira Magalhães; JÚNIOR, Antônio Jorge Pereira (org.); BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (org.). **Supremos Erros**. Decisão inconstitucionais do STF. Porto Alegre. Editora Fundação Fênix, 2020. p. 77.

5 CONCLUSÃO

É perceptível que, após uma análise cuidadosa da jornada histórica, que o próprio conceito de homossexualidade percorreu através da história até alcançar a contemporaneidade foi longo, difícil e tortuoso, tendo sido interpretado erroneamente através dos tempos como pecado associado à luxúria, motivo de vergonha e até mesmo enfermidade mental. As pessoas LGBTI+ foram perseguidas, torturadas, humilhadas, diminuídas e muitas vezes mortas apenas por ter-lhe sido negada a prerrogativa basilar de ser quem é. Para além disso, buscou organizar-se socialmente, deixar para trás o estigma que associava a homossexualidade e diversidade de gênero à devassidão sexual ou ao distúrbio psíquico – inclusive com propostas legislativas que legitimariam a consideração da sexualidade e gênero heterocisdiscordante como patologia, apesar do firme e já pacífico posicionamento da Organização Mundial da Saúde sobre a questão. Desse modo, ao tornar-se membro de uma comunidade que faz jus a direitos e se organiza politicamente para persegui-los, o indivíduo deixa para trás o rótulo de ser gay, lésbica, bissexual, *trans* ou *queer* para tornar-se LGBTI+, ir as ruas em busca de visibilidade e aceitação social, pregando pelo livre amor, pela defesa da diversidade e direito de existência.

Apesar disso, ainda há muito a se fazer a respeito da causa LGBTI+. As pesquisas demonstram que os números de vítimas de homotransfobia no país seguem demasiado altos e tal como apontado, diversas vezes por uma pluralidade de fontes, o Brasil lidera a lista de países com mais vítimas de homofobia e transfobia no mundo, tendo ao menos uma vítima a cada 21 horas, segundo os relatórios acostados do Grupo Gay da Bahia.

A conquista de direitos civis ao casamento, à adoção, ao nome social, dentre outros, foram aquisições importantes para a causa LGBTI+, todavia não conseguiram a integralização da comunidade à sociedade brasileira, pois ela ainda segue carregada de um preconceito intrincado no coração da cultura do país. Tão visível é este preconceito que a criminalização da lgbtfobia vem sendo debatida há muitos anos, através dos quais diversos projetos de lei buscaram recrudescer no país o comportamento homotransfóbico, todos, até esta data, sem sucesso.

É notório que o preconceito e o ódio incrustados socialmente contra o LGBTI+ ainda resistem, não apenas nos diversos estratos sociais que compõem a sociedade brasileira, mas também no meio político e institucional. Neste cenário, a lgbtfobia encontra abrigo e legitimação, pois o aparente desinteresse do Estado em tutelar os direitos da comunidade

LGBTI+ somada à atitude político-reacionária, em face da atuação do Judiciário em defesa de garantias fundamentais a essa minoria, gera uma sensação de impunidade aos agressores que se sentem no exercício de seu direito à liberdade de opinião, disfarçada de discurso de ódio e até mesmo de violência, como método corretor de comportamentos heterodiscrepantes.

Com apoio em tais dados, e no momento político e histórico vivido no país, a segurança jurídica para os LGBTI+ resta fragilizada. Não há dúvidas para o autor de que a criminalização requer uma apreciação aprofundada de forma a não representar o uso do Direito Penal de emergência, nem desrespeitar os princípios penais constitucionais aqui discutidos, porém a tutela penal das condutas homotransfóbicas se faz importante para tentar assegurar um mínimo de segurança à integridade física e moral da comunidade LGBTI+ no país, não configurando, portanto, exacerbação do Direito Penal. Trata-se de uma ação necessária.

Sob este viés, ocorreu a criminalização da homofobia e transfobia pelo Supremo Tribunal Federal, enquadrando a conduta discriminatória cuja motivação fosse a orientação sexual ou identidade de gênero da vítima na previsão legal contida na Lei nº 7.716/1989, a Lei Antirracismo, até que o Legislativo aprove lei específica sobre a matéria. Tal criminalização foi um marco na conquista dos direitos da comunidade LGBTI+ no Brasil, apesar de toda a controvérsia levantada quanto à existência ou não de competência do Judiciário para esta tomada de decisão. Todavia, o efeito jurídico-social dela não se diminui por isso. É importante que os Poderes demonstrem que, no Estado Democrático de Direito em que vivemos, nenhuma violência de qualquer natureza embasada em discriminação ou ódio, mas sim punida pelo Direito Penal, *ultima ratio* do Estado.

Em contrapartida às críticas levantadas pelos opositores da criminalização da homotransfobia no Brasil – seja porque ocorreu pela via do Poder Judiciário, seja porque alega-se que a conduta crime já constaria como típica do Código Penal, ou ainda porque não há justificativa jurídica plausível que abarcasse a conduta lgbtfóbica à Lei Antirracismo – conforme demonstrado, não apenas houve legitimidade para atuação do Supremo, ainda que não deva essa ser a regra. Na mesma senda, os princípios em matéria penal constitucional que limitam o poder de punir estatal, restaram todos respeitados, inclusive o princípio da legalidade, máxime argumentada por aqueles que não concordaram com a decisão resultante do julgamento da ADO 26/DF. Ainda no mesmo toar, certamente não se tratou de legitimação de analogia *in malam partem*, nem expansão exacerbada do direito penal ou ainda de direito penal de emergência. Rigorosamente, a possibilidade jurídica para a atuação e concreção da

tipificação da conduta homotransfóbica como crime existiu e, ainda que considerada por muitos como atípica, respeitou os ditames penais constitucionais que embasam a matéria.

Isto absolutamente não significa que os crimes contra LGBTI+ irão desaparecer ou ser afetados abruptamente. O STF tornou crime a homotransfobia já há dois anos e ainda assim, não foi criada lei pelo Legislativo para tutelar a matéria e não consta ainda uma diminuição expressiva na violência contra a comunidade no país. Para tal, se faz necessária uma reeducação social em todas as camadas da sociedade, inclusive no meio político e institucional. Os próprios agentes da Justiça precisam se reeducar para aprender a reconhecer situações lgbtfóbicas e coibi-las, tanto no exercício do dever como em seu cotidiano.

Por fim, conclui-se, portanto, pela constitucionalidade do julgamento da ADO 26/DF, pois não há de se falar em ausência de legalidade, já que os princípios norteadores da matéria penal constitucional restaram respeitados, nem em usurpação de competência dos demais Poderes, vez que estes só atuam de modo reacionário quando a pauta são direitos LGBTI+ e, em se tratando de assegurar as garantias fundamentais constitucionalmente previstas, o Judiciário, na forma do Supremo Tribunal Federal, pode fazer uso de atuação contramajoritária atípica para fazer valer a Constituição. Ademais, imperioso dizer que tal debate não esgota a matéria, mas apresenta aspectos importantes da tutela jurídica da dignidade humana da população LGBTI+, além de pontuar que um Estado que se diga Democrático de Direito, não coaduna com condutas de disseminação de ódio, discriminação e violência gratuita contra seus tutelados de modo que, não obstante a este direito conquistado, frisa-se que absolutamente não se encontra esgotado o debate e a discussão a seu respeito não pode parar, devendo ser contemplada em diversas áreas do Direito, não apenas a cível e a penal, pois pleiteia-se uma integração da comunidade LGBTI+ à sociedade de modo que um dia, não mais haja necessidade de dividir ambos em grupos distintos.

6 REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no direito penal. Revista de jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, v. 94, p. 72-77, abr-jun. 1988 apud Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Princípio da Insignificância no direito penal. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 2000.

AMANCIO, Lígia. **Gênero e Ciências Sociais. Ex aequo**, Vila Franca de Xira , n. 28, p. 121-122, 2013 .Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602013000200010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 26 de jan. 2021.

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. A Constituição Federal proíbe pena de trabalhos forçados. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4609, 13 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42699>>. Acesso em: 22 abr. 2022.

ANJOS, Gabriele dos. **Identidade sexual e identidade de gênero: subversões e permanências**. Sociologias, Porto Alegre, ano 2, nº 4, jul/dez 2000.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da Nulidade no Processo Penal**. São Paulo: Noeses, 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004

BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (org.). **Supremos Erros**. Decisão inconstitucionais do STF. Porto Alegre. Editora Fundação Fênix, 2020.

BARRETO. Rafael Câmara. PDC 234/2011 – A “cura gay” e a interferência do legislativo na liberdade científica no contexto da preservação das minorias dentro da sociedade democrática. 2015. TCC (Monografia em Direito). Faculdade de Direito. Universidade de Brasília. Distrito Federal, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, nº especial, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 19 mai. 2022.

BASAGLIA, Franco. **A instituição negada**. Relato de um hospital psiquiátrico. Tradução de Heloísa Jahn. Rio de Janeiro. Editora Graal, 1985 p. 105.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, 12. Ed. Imprensa: Rio de Janeiro, Revan, 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2006.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**. 2ª Ed. Recife, Ramiro M. Costa & Filhos, 1903.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1 – 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo : Saraiva, 2012

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tribunal Penal Internacional – Pena de Prisão Perpétua**. Revista CEJ, 2000. Disponível em: <https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_maior2001/convidados/A%20PENNA%20DE%20PRIS%3%83O%20PERP%3%89TUA.dot>. Acesso em: 20 abr. 2022.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 1999, p 32-36.

BRASIL. Projeto de Lei. N. 7582, de 2014 (do Congresso Nacional). **Define os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos para coibi-los, nos termos do inciso III do art. 1º e caput do art. 5º da Constituição Federal, e dá outras providências**. Brasília, 20 de mai. 2014.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 672, de 2019**. Altera a Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para incluir na referida legislação os crimes de discriminação ou preconceito de orientação sexual e/ou identidade de gênero. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135191>>. Acesso em: 20 de jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação direta de inconstitucionalidade número 26**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01/07/2019. Voto Min. Celso de Mello, p.2.

BRASILIA. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na reclamação 31.818** Distrito Federal. Medida Cautelar na Reclamação. Constitucional. Ação Popular. Resolução N. 1/1999 Do Conselho Federal de Psicologia. Usurpação de Competência do Supremo Tribunal Federal. Controle de Constitucionalidade. Medida Cautelar Deferida para Suspender a Tramitação da Ação Popular e Suspender os Efeitos das Decisões Judiciais nela adotadas. Eficácia do Ato Administrativo Questionado. Providências Processuais. Reclamante: Conselho Nacional de Psicologia. Reclamado: Juiz federal da 14ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal. *Lex*: Supremo Tribunal Federal, Distrito Federal, Brasília, 9 de abril de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO nº 26**. Voto do Ministro Celso de Melo, 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO nº 26**. Voto do Ministro Edson Fachin, 2019. Disponível em: <

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO nº 26**. Voto do Ministro Alexandre de Moraes, 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO nº 26**. Voto do Ministro Gilmar Mendes, 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em 11 out. 2021.

BRUNO, Aníbal. **Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança**. Rio de Janeiro. Editora Rio – Sociedade Cultural Ltda, 1977.

BUZOLIN, Livia Gonçalves. **Direito Homoafetivo: Criação e Discussão nos Poderes Judiciário e Legislativo**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1984. v. 1.

CASTELO BRANCO, Thayara. **A (des)legitimação das medidas de segurança no Brasil. 2ª Edição**. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2019.

CHADE, Jamil. ONU propõe banir "cura gay" no mundo e alerta para "risco de tortura. Por Jamil Chade. **Uol**. 14 de jun. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/06/14/onu-propoe-banir-cura-gay-no-mundo-e-alerta-para-risco-de-tortura.htm>>. Acesso em: 10 de jan. 2021.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. P. 72-73.

CONDE, Francisco Muñoz. *Op. Cit.* p. 132 *apud* JESCHECK, Lehrbuch, cit., p. 17. Sobre este principio ver também WURTENBERGER, Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat, Stuttgart, 1970, ps. 1 a 9; y RADBI~UCII, **Introducción a La filosofiu del derecho**", 4ª ed., México, 1974 (tradução livre).

CONLEY, Garrard. **Boy Erased: uma verdade anulada**. Tradução de Carolina Selvatici, 1ª edição. Rio de Janeiro. Editora Intrínseca, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE PSICOLOGIA. **Resolução CFP N.º 01/1999**. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf>. Acesso em: 04 de jan. 2022.

CORRÊA, S. O. E MUNTARBHORN, V. (orgs.). **Princípios de Yogyakarta**. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em: <<http://www.yogyakartaprinciples.org>>. Acesso em: 10 de jan. 2021.

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

D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Teoria do crime e ofensividade**. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Ofensividade em Direito penal. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 67. “El derecho realmente importante para la vida es aquel que se realiza em la sentença judicial” e “El derecho legal no consigue el poder autoritario que da al derecho su valor sino por medio de la sentencia del juez”. Traduções livres. (HECK, Phillip. **El problema de la creación del derecho**. Granada: Comares, 1999, p. 26).

ESCOFFIER, Jeffrey. Culture wars and identity politics. **Radical Democracy**: identity, citizenship and the state. New York, Routledge, 1996. p.165-178.

ESPANCADO por policiais em bloco de carnaval, youtuber gay Guigo Kieras chegou a desmaiar. **Redação Lado A**, 12 de mar. 2019. Disponível em: <<https://revistaladoa.com.br/2019/03/noticias/espancado-por-policiais-em-bloco-de-carnaval-youtuber-gay-guigo-kieras-chegou-a-desmaiar/>>. Acesso em: 20 de jan. 2022.

FERNANDES, Rafael da Silva Gonçalves. **Intervenções corporais e identificação criminal**. Dissertação (Mestrado). Universidade de Lisboa, 2017.

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

FERREIRA DA COSTA, Elder Usbôa. **Direito criminal constitucional**- uma visão sociológica e humanista. Parte geral. Paka-Tatu, Belém, 2011.

FILHO, Glauco Barreira Magalhães; JÚNIOR, Antônio Jorge Pereira (org.); BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (org.). **Supremos Erros**. Decisão inconstitucionais do STF. Porto Alegre. Editora Fundação Fênix, 2020.

FISCHMANN, Roseli. **Estado Laico, Educação, Tolerância e Cidadania ou simplesmente não crer**. Factash Editora, 2012.

FOUCAULT, Michel. **História da Loucura**. Tradução: José Teixeira Coelho Netto. São Paulo. Editora Perspectiva, 1978.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: A vontade de saber, tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento na prisão. Trad. de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRANÇA, Fábio Gomes de. “Hierarquia da Invisibilidade”: preconceito e homofobia na formação militar. **Revista Fórum de Segurança Pública**, p 154-172. Disponível em: <<https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/700/244>>. Acesso em: 20 de jan. 2022.

FREIRE, Lucas; CARDINALI, Daniel. O ódio atrás das grades: da construção social da discriminação por orientação sexual à criminalização da homofobia. In: **Sexualidad, Salud Sociedad** (Rio J.) no.12, Rio de Janeiro, dez. 2012.

GAMA, Maria Clara Brito da. **Cura Gay? Debates parlamentares sobre a (des)patologização da homossexualidade**. Sex., Salud Soc. (Rio J.), Rio de Janeiro, n. 31, pág. 4-27, abril de 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-64872019000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 de jan. 2021.

GENELHU, Ricardo. **O médico e o direito penal, v.1: introdução histórico-criminológica**. Rio de Janeiro. Revan, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal. 3ª ed., São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006.

GOMES, L. F. **Tucanato e lulismo: menos desigualdade e mais crimes**. In: HIRECHE, G. F. E.; HIRECHE, G. F. E.; SCARPA, A. O. (Org.). **Temas de direito penal e processual penal: estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto**. Salvador: JusPodivin, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. VI: Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal I - 18. ed.** Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4ª edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

GRUPO GAY DA BAHIA (GGB). **Relatório 2018: população LGBT morta no Brasil**. **Tribuna**. Disponível em: <<https://tribunahoje.com/wp-content/uploads/2019/01/Popula%C3%A7%C3%A3o-LGBT-morta-no-Brasil-relat%C3%B3rio-GGB-2018.pdf?x69597>>. Acesso em: 12 de mar. 2022.

GRUPO GAY DA BAHIA (GGB). **Relatório 2019: população LGBT morta no Brasil**. **Tribuna**. Disponível em: <<https://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-lgbti/>>. Acesso em: 10 de abr. 2022.

GUIMARÃES, Allisson Gomes. **O direito penal de emergência e suas implicações nas políticas criminais contemporâneas do Brasil**. In: VI Jornada Internacional de Políticas Públicas. 2013. São Luís. Anais...São Luís: UFMA, 2013.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOMOFOBIA e transfobia são finalmente criminalizados pelo stf. **Justificando**. 13 de jun. 2019. Disponível em <<http://www.justificando.com/2019/06/14/homofobia-e-transfobia-sao-finalmente-criminalizadas-pelo-stf/>>. Acesso em: 14 de out. 2021.

JESUS, Damásio E. Parte geral / atualização André Estefam. – **Direito penal vol. 1- 37. ed.** – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

JULGAMENTO DA ADO 26 e da MI 4733 – omissão legislativa em criminalizar a homofobia e a transfobia. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/2019/02/25/julgamento-da-ado26-e-do-mi-4733-omissao-na-criminalizacao-da-homofobia-e-da-transfobia/>>. Acesso em: 14 de out. 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRELL, Andreas Joachim. KRELL, Olga Joubert Gouveia. **A Importância do Raciocínio Retórico-Tópico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade**. Quaestio Iuris Vol 9, nº 01, UFRJ. Rio de Janeiro, 2016. P. 244-271.

LANDO, Ildo Luiz Junior. **Homofobia no direito penal: Um Breve Estudo Sobre a Criminalização da Discriminação por Orientação Sexual e por Identidade de Gênero**. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito. Porto Alegre: UFRGS, 2012.

LEMOS, Diego. Da LGBT à cristofobia: entre o reconhecimento prometido e o simbolismo prisioneiro. In: OLIVEIRA, Luciano; ROSENBLATT, Fernanda Fonseca; DE MELLO, Marília Montenegro Pessoa (org.). **Para além do Código de Hamurabi: estudos sociojurídicos**. Recife: Alidi, 2015.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012. .

LIMA. Delcio Monteiro de. **Os Homoeróticos**. Rio de Janeiro. Francisco Alves, 1983.

MACHADO, Maria das Dores Campos. Pentecostais, sexualidade e família no Congresso Nacional. **Horiz. antropol.** ,Porto Alegre , v. 23, n. 47, p. 351-380, abr. 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832017000100351&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 15 de out. 2021.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução: Paolo Capitanio. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2004.

MARCO, Carla Fernanda de. **Dos princípios constitucionais**. 2008, p 4-6. Disponível em: <<https://www.mundojuridico.adv.br/>>. Acesso em: 30 mar. 2022.

MENDES, Eloísa Morgana dos Santos. CAMPELO, Raíssa Braga. **Legislação Penal de Emergência: Crise de intervenção mínima no direito penal**. Vertentes do Direito. Vol. 5, n. 1, 2018.

MÉSZÁROS, István. **Para além do capital: rumo a uma teoria da transição**. tradução Paulo Cezar Castanheira e Sérgio Lessa. São Paulo: Boitempo, 2002.

MÉTODOS DE “CURAS GAY” utilizam choque elétrico, estupro e submersão. **Jusbrasil**. 20 de fev. 2016. Disponível em: <<https://pragmatismo.jusbrasil.com.br/noticias/307354037/metodos-de-curas-gay-utilizam-choque-eletrico-estupro-e-submersao>>. Acesso em: 10 de jan. 2022.

MOCCIA, Sergio. Emergência e Defesa dos Direitos Fundamentais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 7, n. 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das leis**. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NAVARRO-SWAIN, Tania. **O que é lesbianismo**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal v.1**. Introdução e Parte Geral. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

NUCCI, Guilherme. **Manual de direito penal**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OMS DIVULGA NOVA Classificação Internacional de Doenças (CID 11). **OPAS Brasil**, 18 de jun. 2018. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5702:omsdivulg-a-nova-classificacao-internacional-de-doencas-cid-11&Itemid=875>. Acesso em: 21 mar. 2022.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Teoria da Mutação Constitucional: Limites e possibilidades das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização** / Adriano Sant'Ana Pedra – São Paulo: O Autor, 2009. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e Psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

POLLAK, Michael. **Os homossexuais e a AIDS: sociologia de uma epidemia**. São Paulo, Estação Liberdade, 1990.

PRADO, M. A. M.; MACHADO, F. V. **Preconceito contra homossexualidades: a hierarquia da invisibilidade**. São Paulo: Cortez, 2008.

PROJETO que proíbe a união entre homossexuais no casamento coletivo e em templos religiosos é reprovado. **Acorda Cidade**. Disponível em: <<https://www.acordacidade.com.br/noticias/226146/projeto-que-proibe-uniao-entre-homossexuais-no-casamento-coletivo-e-templos-religiosos-e-reprovado.html>>. Acesso em: 20 de jan. 2022.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal** – Introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001.

RAMOS, Jeferson. **“Mata-se por nada”**: violência, masculinidades e homofobia. Florianópolis, UFSC. 2017. Disponível em: <https://www.academia.edu/38634751/Mata_se_por_nada_viol%C3%Aancia_masculinidad_es_e_homofobia> Acesso em: 21 de jan. 2022.

REALE, Miguel. **O Direito como Experiência**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. In: **Direito e Democracia**. n. 2. vol. 2. 2001. Disponível em: < <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2410/1645> >. Acesso em: 18 de mai. 2021.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais**: teoria e prática. Trad. Luiz Regis Prado. 2. Ed. São Paulo: RT, 2016.

ROBERTO, Welton. **A paridade de armas no processo penal brasileiro**: uma concepção do justo processo / Welton Roberto. – Recife: O Autor, 2011. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2013.

ROCHA, Marcelo. AGU pede que STF esclareça se criminalização da homofobia atinge liberdade religiosa. **Folha de S. Paulo**. 14 de out. 2020. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/10/agu-pede-que-stf-esclareca-se-criminalizacao-da-homofobia-atinge-liberdade-religiosa.shtml> >. Acesso em: 15 out. 2021.

RODRIGUES, Raymundo Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. Bahia: Editora Guanabara, 1895.

RODRIGUES, Mateus; MORAIS, Raquel. Juiz Federal do DF altera decisão que liberou 'cura gay' e reafirma normas do Conselho de Psicologia. Por Matheus Rodrigues e Raquel Moraes. **G1**. 15 de dez. 2017. Disponível em: < <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/juiz-federal-do-df-altera-decisao-que-liberou-cura-gay-e-restabelece-normas-do-conselho-de-psicologia.ghtml> >. Acesso em: 10 de jan. 2021.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). São Paulo: FGV Editora, 2013.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Trad. Luzón Peña, Dias y García Conlledo e Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

RUBIN, Gayle. **Pensando sexo**: Notas para uma política radical da sexualidade. Tradução de Felipe Bruno Martins Fernandes Revisão de Miriam Pillar Grossi. Universidade Federal de Santa Catarina, 2012.

SALET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANTIAGO, Alex; JÚNIOR, Antônio Jorge Pereira (org.); BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (org.). **Supremos Erros**. Decisão inconstitucionais do STF. Porto Alegre. Editora Fundação Fênix, 2020.

SÃO PAULO. Governo do Estado. **Diversidade sexual e a cidadania LGBT**. São Paulo: 2014. Disponível em: < cartilha_diversidade.pdf (recursoshumanos.sp.gov.br) >. Acesso em: 18 de out. 2021.

SARMENTO, George. **Direitos Humanos**: liberdades públicas, ações constitucionais, recepção dos tratados internacionais. São Paulo : Saraiva, 2011.

SANTOS, Fábio Ricardo Rodrigues dos. **O Ativismo Congressual: O Poder Legislativo Reacionário No Resgate Democrático**. 2016 f. (Dissertação de Mestrado) Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica. Universidade Estadual do Norte do Paraná – UFPN. Jacarezinho, 2016.

SCARPA, A. O. (Org.). **Temas de direito penal e processual penal: estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto**. Salvador: JusPodivim, 2013.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à prisão**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002.

SICCA, Gerson dos Santos. **A interpretação conforme à Constituição – Verfassungskonforme Auslegung – no direito brasileiro**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 143 jul./set. 1999.

SILVA, Hélio R. S. **Travesti: a invenção do feminino**. Rio de Janeiro, RelumeDumará: ISER, 1993.

SILVA, Jesús-María Sánchez. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2.ed. Madrid: Civitas, 2001.

SILVA, Jorge Renan Dias. **A Proteção Contra Discriminação Atentatória Dos Direitos E Liberdades Fundamentais Como Embasamento Para Criminalização Da Lgbtfobia: Uma análise dos aspectos sócio-jurídicos do PL 7.582/2014**. 2019. TCC (Monografia em Direito). Faculdade de Direito de Alagoas. Universidade Federal de Alagoas. Maceió. 2019. p. 35-36.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK. Lenio Luiz. **O que é ativismo?** 10 de jan. 2016. Os Constitucionalistas. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo>>. Acesso em: 15 abr. 2022

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso**. A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 4ª edição, revista atualizada e ampliada. Rio de Janeiro. Editora Objetiva, 2020.

TURNER, Bryan S. **El cuerpo y la sociedad: exploraciones en teoria social**. México, Fondo de Cultura Económica, 1989.

VALAREZO TREJO, Ermer Efrén; VALAREZO TREJO, Ricardo Lenin; DURAN OCAMPO, Armando Rogelio. **Algunas consideraciones sobre la tipicidad en la teoría del delito**. *Universidad y Sociedad*, Cienfuegos, v. 11, n. 1, p. 331-338, março, 2019. Disponível em: <http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202019000100331&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 15 de out. 2021.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais ao Legislativo, A Eficácia Jurídica Positiva das Ordens Constitucionais em Legislar em geral e dos Mandados de Criminalização em Particular**, 2ªEd., Bauru: Ed. Spessotto, 2019.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **O STF, a Homotransfobia e o seu Reconhecimento como Crime de Racismo: Análise e defesa da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a Homotransfobia como crime de Racismo**. 1ª Ed. São Paulo. Editora Spessotto, 2020.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Supremo não legislou nem fez analogia ao racismo**. Conjur. 19 de ago. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/paulo-iotti-stf-nao-legislou-equipararhomofobia-racismo>>. Acesso em: 11 out. 2021.

VIANNA, A. & LACERDA, P. **Direitos e Políticas Sexuais no Brasil: o panorama atual**. Rio de Janeiro: Cepesc, 2004.

WELZEL, **Derecho Penal alemán**, cit., p. 95; Basileu Garcia, Instituições de Direito Penal, São Paulo, Max Limonad, 1982, v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 8 ed. São Paulo: Editora **Revista dos Tribunais**, 2010.