

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MATHEUS LARANJA BRANDÃO

**CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA PELO STF:
UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA NECESSIDADE EM FACE
DA LEGALIDADE**

VITÓRIA
2022

MATHEUS LARANJA BRANDÃO

**CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA PELO STF:
UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA NECESSIDADE EM FACE
DA LEGALIDADE**

Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito da Faculdade de
Direito de Vitória, como requisito para a
obtenção do grau de bacharel em Direito.
Orientador: Profº Dr. Raphael Boldt

VITÓRIA
2022

MATHEUS LARANJA BRANDÃO

**CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA PELO STF:
UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA NECESSIDADE EM FACE
DA LEGALIDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de ____ de 2022.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profº Dr. Raphael Boldt de Carvalho
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Profº
Faculdade de Direito de Vitória

VITÓRIA
2022

RESUMO

Parte das divergências doutrinárias acerca da legalidade do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº26/DF e do Mandado de Injunção nº4.733/DF, que determinou a aplicação da Lei nº7.716/1989 aos casos de homotransfobia. Primeiro, se propõe a delimitar o conceito de diversidade sexual e a investigar as faces simbólica, institucional e interpessoal da violência homotransfóbica no Brasil, sob a perspectiva do pós-estruturalismo, para compreender a forma como a discriminação é amparada pelo Direito e pelo Estado. Em seguida, analisa a mora do Congresso Nacional em legislar matéria de direitos sexuais em prol de coletivos vulneráveis. Daí, estuda a postura adotada pelo Poder Judiciário diante das demandas por reconhecimento de direitos da comunidade LGBTQ+, que acarretou na expressa adoção pelo STF do seu papel contramajoritário em defesa da diversidade sexual. Após, analisa a corrente do direito penal constitucional e a possibilidade de criminalização da homotransfobia respeitando-se aos princípios gerais propostos por aquela, bem como demonstra a existência da interpretação extensiva em matéria penal dentro do ordenamento jurídico pátrio. Por fim, faz considerações acerca dos argumentos controvertidos dos ministros do STF e se propõe a apresentar qual seria a maneira menos gravosa e mais efetiva na proteção dos bens jurídicos da diversidade sexual através do direito penal.

Palavras-chave: Discriminação. Racismo. Homotransfobia. Criminalização. Contramajoritário. Legalidade. Necessidade. Direito Penal.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 05 |
| 1 VULNERABILIDADE SOCIAL DA COMUNIDADE LGBTQ+ | 07 |
| 1.1 NORMATIVIDADE E EXCLUSÃO À NORMA | 07 |
| 1.1.1 Diversidade sexual | 09 |
| 1.1.2 Violência homotransfóbica | 11 |
| 2 JUDICIALIZAÇÃO DE CAUSAS SOCIAIS | 18 |
| 2.1 CORTES CONSTITUCIONAIS E DIREITOS DE MINORIAS | 18 |
| 2.1.1 Direitos adquiridos e propostas de criminalização | 22 |
| 3 CRIME E CONSTITUIÇÃO | 25 |
| 3.1 DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL | 25 |
| 3.2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO PENAL BRASILEIRO E A POSSIBILIDADE DE CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA | 29 |
| 3.2.1 Legalidade e analogia no direito penal | 37 |
| 4 O JULGAMENTO DA ADO nº26/DF E DO MI nº4.733/DF | 42 |
| 4.1 FUNDAMENTOS CONTROVERTIDOS | 42 |
| 4.1.1 Consequências práticas | 46 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 49 |
| REFERÊNCIAS | 51 |

INTRODUÇÃO

Os dados coletados através do Disque 100, da ONG Transgender Europe e do Grupo Gay Bahia, atestam que um LGBTQ+ foi assassinado a cada 16 horas entre 2011 e 2018 no Brasil, em decorrência de crimes motivados pela discriminação às suas orientações e identidades. Em muitos desses casos, o crime foi cometido com emprego de tortura, decapitação, queima do corpo e outros meios de excessiva violência, que visam a desumanização da vítima (CARVALHO; JÚNIOR, 2019).

Ainda, em 2021, segundo dados do Fórum de Brasileiro de Segurança Pública, por dia, quatro LGBT's foram vítimas de lesão corporal, homicídio ou estupro, em decorrência de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Apesar dos dados alarmantes, eles são poucos, devido à enorme deficiência no levantamento de dados acerca da violência LGBTfóbica no país (SANCHES; CONTARATO; AZEVEDO, 2019).

Nesse cenário de violência sistêmica, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi demandado pelo Partido Popular Socialista e pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexos, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº26/DF e do Mandado de Injunção (MI) nº4.733/DF, respectivamente, com intuito de obter a criminalização das condutas homotransfóbicas. Em 13 de junho de 2019, a Corte Constitucional brasileira julgou parcialmente procedente a pretensão das entidades e enquadrou a homotransfobia aos ditames da Lei nº7.716/1989, conhecida como Lei do Racismo.

Diante desse julgamento, a doutrina tradicional de direito penal aderiu, em sua maioria, a posicionamentos contrários ao estabelecido pelo Tribunal. Alega-se que houve a violação do princípio da reserva legal penal, no sentido de que o STF teria usurpado da competência legislativa do Congresso Nacional e procedido à criação de novo tipo penal. De outro lado, argumenta-se acerca da necessidade do Poder Judiciário exercer seu papel contramajoritário na proteção de direitos e garantias fundamentais, de modo que seria inconstitucional a omissão dos Poderes da República ante o cenário de perseguição à diversidade sexual no Brasil.

A partir desse retrato, o primeiro capítulo deste trabalho delimita a abrangência do que seria a homotransfobia e do grupo ao qual esse termo faz referência, qual seja, a comunidade LGBTQ+, além de abordar a diversidade sexual enquanto um conjunto de bens jurídicos que são violados no processo de marginalização desse coletivo vulnerável. Assim, pautando-se na teoria pós-estruturalista e nas abordagens criminológicas, especialmente de Salo de Carvalho, será demonstrada a forma como a sociedade, o Estado e o próprio Direito figuram nesse cenário de violência, de forma ativa ou passiva.

Nessa linha, o segundo capítulo se propõe a apresentar como, diante da negação do Congresso Nacional em legislar matéria de direitos sexuais, a comunidade LGBTQ+ utiliza-se da prestação jurisdicional para garantia de direitos que lhe são negados pelo Executivo e Legislativo. Além de constatar a legitimidade da postura contramajoritária do Supremo Tribunal Federal na proteção desse grupo, exemplificam-se casos de conquista de direitos fundamentais através de decisões judiciais e, por outro lado, demonstram-se os casos de omissão deliberada do legislador na promoção de direitos sexuais e no combate à homotransfobia.

Em seguida, no terceiro capítulo, é apresentada a corrente do direito penal constitucional e investiga-se a forma como a criminalização da homotransfobia pode ser procedida dentro do ordenamento jurídico brasileiro, ainda respeitando-se os princípios basilares formulados pelos minimalistas penais. Por fim, é demonstrada a maneira como a legislação penal e a doutrina penalista aceitam harmonicamente a interpretação extensiva em matéria penal, porém negam tal possibilidade quando em favor da proteção de direitos fundamentais de minorias sociais.

No último capítulo, após as considerações anteriores, é feita a análise os argumentos controvertidos dos ministros no bojo do julgamento conjunto que levou à criminalização temporária de condutas homotransfóbicas até que sobrevenha lei emanada pelo Congresso Nacional. Assim, procura-se solucionar o seguinte questionamento: a criminalização da homotransfobia, nos termos definidos pelo STF no julgamento da ADO nº26/DF e do MI nº4.733/DF, cumpre com os princípios gerais do direito penal, em especial, da reserva legal e da necessidade?

1 VULNERABILIDADE SOCIAL DA COMUNIDADE LGBTQ+

1.1 NORMATIVIDADE E EXCLUSÃO À NORMA

A sigla LGBT foi adotada oficialmente no Brasil através da I Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, convocada pelo Decreto Presidencial de 28 de Novembro de 2007. Apesar de fazer referência a apenas quatro grupos (Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transexuais), a sigla pode moldar-se, adotando novas letras, como outro “T” ou o “Q”, para representar também travestis e *queers* (LGBTT e LGBTQ), ou até mesmo dar maior visibilidade a algum grupo em específico, podendo ser lida “TLGB” (SIMÕES e FACCHINI, 2009, p. 14-16).

O reconhecimento e popularização de novas identidades e orientações fez com que a sigla deixasse de representar grupos específicos para então representar uma gama muito maior de identidades, adotando-se o símbolo “+” em “LGBTQ+”. Também por esse motivo, debates de gênero e sexualidade dispensam a necessidade de individualizações e passam a adotar abordagens teóricas que englobem a diversidade sexual como um todo.

Nesse liame, torna-se desnecessário, para os fins deste trabalho, especificar as diversas formas de expressões das vontades do ser humano. Isso porque, na linha de pesquisa pós-estruturalista, o ser humano é abordado como produto de fatores externos e alheios à sua vontade, como estruturas econômicas ou sociais que regulam o gênero, a raça e a sexualidade, como comentam Márcia Adriana Brasil Aguilar e Josiane Peres Gonçalves (2017, p. 38):

A análise sobre o *status quo* historicamente esteve voltado às relações de dominação existentes entre as classes sociais, no campo das relações econômicas do capitalismo, por se acreditar que resolvendo o problema da divisão de classes sociais a sociedade seria mais justa e igualitária. Porém, “[...] as teorias pós-críticas não limitam a análise do poder ao campo das relações econômicas do capitalismo. Com as teorias pós-críticas, o mapa do poder é ampliado para incluir os processos de dominação centrados na raça, etnia, no gênero e na sexualidade” (SILVA, 2005b, p. 149).

As relações de dominação ultrapassam a barreiras da economia capitalista, vão além de explorador e explorado, ricos e pobres, patrão e empregados, visto que incluem outras diferentes formas de dominação, como dos

homens contra as mulheres, dos brancos contra os negros, dos heterossexuais contra os homossexuais, entre outros. **É justamente essas outras formas de dominação que a perspectiva pós-estruturalista vem questionar, com o objetivo de desconstruir esses conhecimentos que foram produzidos culturalmente, resultando na exclusão das minorias.** (grifo nosso)

Dessa maneira, ao considerar que o exercício do gênero e da sexualidade é objeto de relações de dominação entre indivíduos no corpo social, basta entender em um primeiro momento as normas e estruturas socialmente construídas para posteriormente abordar a vulnerabilização dos sujeitos que não fazem parte delas. Nesse sentido, Guacira Lopes Louro (2015, p. 15) afirma:

Em nossa sociedade, a **norma que se estabelece historicamente**, remete ao homem branco, heterossexual, de classe média urbana e cristão, e essa passa a ser a **referência que não precisa mais ser nomeada. Serão os "outros" sujeitos sociais que se tornarão "marcados", que se definirão e serão denominados a partir dessa referência.** Dessa forma, a mulher é representada como "o segundo sexo", e gays e lésbicas são descritos como desviantes da norma heterossexual. (grifo nosso)

Portanto, Louro identifica a norma historicamente construída nas relações de gênero, a partir da qual será produzida ideia dos desviantes. Porém, quando se aborda especificamente a minoria LGBTQ+, importante adicionar ao recorte feito pela autora a figura da mulher, que, embora nunca igualada à norma, não faz parte da comunidade quando é heterossexual e cisgênera.

Referenciada nesse trecho, na obra "O Segundo Sexo" (1949), Simone de Beauvoir aborda o gênero de forma existencialista, isto é, considera que o gênero é formado pelas características socialmente construídas e associadas à figura do homem e da mulher, enquanto o sexo é um fator unicamente biológico. Assim, as autoras pós-estruturalistas analisam a chamada liberdade existencial de se autodeterminar em sociedade, em face de padrões impostos desde o nascimento.

Nessa formação sociocultural de algo caracterizado como padrão e outro como diferente, surge, nos "outros" o medo de sofrer perante a exclusão e violência ao se expressar da forma que verdadeiramente se identificam. Nesse debate, Louro ainda afirma que "ninguém é, afinal, essencialmente diferente, ninguém é essencialmente

o outro; a diferença é sempre constituída a partir de um dado lugar que se toma como centro e como referência” (LOURO, 2011, p. 4).

Desse modo, as pensadoras pós-estruturalistas concebem a definição de marginalização/exclusão da população LGBTQ+ como sendo o processo no qual os sujeitos que estão de acordo com os padrões culturais de gênero e sexo, que se identificam enquanto a “referência que não precisa mais ser nomeada”, reconhecem aqueles que estão às margens da norma e criam redes de poder que os afastam hierarquicamente por meio do exercício de diferentes formas de violência.

A partir dessa colocação, torna-se imperativo identificar os bens jurídicos em voga no processo de marginalização da diversidade sexual, além de entender como se dá o exercício da violência homotransfóbica no Brasil contemporâneo.

1.1.1 Diversidade sexual

A diversidade é formada pelas distintas possibilidades de expressão, vivência e comportamento de sujeitos em sociedade (JESUS et al, 2008). Quando sexual, inclui as mais variadas formas de comportamento, identidade, orientação sexual, expressão de gênero e atração afetiva e carnal que o ser humano pode ter. No entanto, essas só são exercidas quando existe liberdade, isto é, respeito à autonomia e espontaneidade subjetiva do ser humano.

Apesar da Constituição da República de 1988 não fazer referência expressa a esse tipo de diversidade, o constituinte, no artigo 3º, defende uma sociedade livre, justa e solidária, promete erradicar a marginalização e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Por óbvio, no caminho da dignidade da pessoa humana, a CRF/88 condena qualquer tipo de preconceito.

Porém, em tentativa de estabelecer um sistema de proteção de direitos específicos à comunidade LGBTQ+, em 2011, a Comissão da Diversidade Sexual da Ordem dos

Advogados do Brasil (OAB) elaborou o Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual, que foi entregue pelo Conselho Federal da OAB ao Congresso Nacional. Apesar de sequer ter sido votado, assim como todos os demais projetos legislativos da mesma matéria (DIAS, p. 305), o projeto elenca direitos e bases principiológicas que até então não eram debatidos na legislação infraconstitucional.

Atualmente identificado como Projeto de Lei do Senado nº134, de 2018, seu artigo primeiro estabelece o propósito do Estatuto, qual seja “promover a inclusão de todos, combater e criminalizar a discriminação e a intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero, de modo a garantir a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos individuais, coletivos e difusos das minorias sexuais e de gênero”.

O projeto foi uma tentativa de introduzir na legislação brasileira os Princípios de Yogyakarta, frutos da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos, que têm como objetivo “criar um conjunto de princípios jurídicos internacionais sobre a aplicação da legislação internacional às violações de direitos humanos, com base na orientação sexual e identidade de gênero”. Nessa carta de princípios, encontra-se a seguinte passagem:

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. **A orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade** de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso. [...]

Entretanto, **violações de direitos humanos que atingem pessoas por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero, real ou percebida, constituem um padrão global e consolidado**, que causa sérias preocupações. O rol dessas violações inclui **execuções extrajudiciais, tortura e maus-tratos, agressões sexuais e estupro, invasão de privacidade, detenção arbitrária, negação de oportunidades de emprego e educação e sérias discriminações em relação ao gozo de outros direitos humanos**. Estas violações são com frequência agravadas por outras formas de violência, ódio, discriminação e exclusão, como aquelas baseadas na raça, idade, religião, deficiência ou status econômico, social ou de outro tipo.

Muitos Estados e sociedades impõem normas de gênero e orientação sexual às pessoas por meio de costumes, legislação e violência e exercem controle sobre o modo como elas vivenciam seus relacionamentos pessoais e como se identificam. O policiamento da sexualidade continua a ser poderosa força subjacente à persistente

violência de gênero, bem como à desigualdade entre os gêneros. (INDONESIA, 2006, p. 07) (grifo nosso)

Da leitura desses dois textos jurídicos, depreende-se que são basilares ao bem jurídico da diversidade sexual os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do respeito à diferença, dos quais surge o direito à livre orientação sexual e ao respeito à intimidade, à privacidade e à autodeterminação. Ainda, a partir daquele, consagram-se os direitos à convivência comunitária e familiar, à liberdade de constituição de família e aos vínculos parentais.

Cabe registrar que os Princípios de Yogyakarta e o projeto do Estatuto da Diversidade Sexual são uníssonos em seus dizeres com os conhecimentos trazidos pelo pós-estruturalismo. Apesar de se encontrarem em áreas de pesquisa distintas, o Direito e os estudos de gênero e sexualidade acabam por entender a diversidade sexual como o conjunto de características particulares de um indivíduo – cujo respeito é essencial à garantia da dignidade da pessoa humana - que o torna desviante dos padrões sociais de gênero e sexualidade.

1.1.2 Violência homotransfóbica

Etimologicamente, o sufixo ‘fobia’, de homofobia, transfobia, homotransfobia e LGBTfobia, remete à palavra *phóbos*, nome grego que pode ser dado às sensações de medo e terror ou de aversão ao diferente (VALADARES e ALMEIDA, 2018, p. 55). Nas ciências sociais, esses termos são tratados por Roger Raupp Rios “como uma construção social ancorada no estigma e na discriminação que envolve a homossexualidade” (RIOS, 2007, apud SALO, 2017, p. 209).

Pelo conceito de homotransfobia (ou LGBTfobia) ser abstrato, sua delimitação foi cerne do debate na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº26/DF. Na ação, requereu-se sua definição enquanto uma espécie de racismo social, em proposta do advogado Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, subscritor da peça, que nela afirmou:

A homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo, na medida em que **racismo é toda ideologia que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro** (e a homofobia e a transfobia implicam necessariamente na inferiorização da população LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras - que se identificam com o próprio gênero), **consoante reconhecido por esta Suprema Corte no paradigmático caso Ellwanger (STF, HC n.º 82.424-4/RS)**, bem como referendado pela doutrina de Guilherme de Souza Nucci, donde enquadrada a obrigatoriedade da criminalização específica da homofobia e da transfobia no disposto no art. 5º, inc. XLII, da CF/88, que impõe ao legislador o dever de elaboração de legislação criminal que puna o racismo, donde também o racismo homofóbico e transfóbicos. (VECCHIATTI, 2013) (grifo nosso).

A adoção dessa concepção, largamente desenvolvida pelo relator ministro Celso de Mello em seu voto, foi a razão pela qual a causa foi – parcialmente - deferida pelo Supremo Tribunal Federal. Percebe-se, porém, que a definição proposta não trata especificamente das questões de gênero e sexualidade, portanto o Tribunal escolheu por uma abordagem mais ampla do que a adotada por grandes autores da área, como Rogério Diniz Junqueira, que afirma:

[...] a homofobia pode ser entendida para referir as **situações de preconceito, discriminação e violência** contra pessoas (homossexuais ou não) cujas **performances e ou expressões de gênero** (gostos, estilos, comportamentos, etc.) não se enquadram nos modelos hegemônicos postos. (JUNQUEIRA, 2007, p. 153) (grifo nosso)

Assim, o conceito adotado de “superioridade de um grupo relativamente a outro” retira do conceito de homotransfobia a própria figura da comunidade LGBTQ+. Neste momento, porém, não será feita maior dilação desse aspecto da decisão, eis que implica na abordagem acerca da (im)possibilidade de interpretação ampliativa em matéria penal pelo Poder Judiciário, que ainda será analisada no decorrer deste trabalho.

Todavia, de forma incontroversa, seja inclusa ou não no chamado racismo social, compreende-se que a homotransfobia abarca as diferentes formas pelas quais o processo de marginalização da diversidade sexual se manifesta. De modo claro e transparente, esse fator social se manifesta através de dados e pesquisas em diversos âmbitos, desde as micro às macro-relações. Nesse sentido, Salo de Carvalho (2017, p. 209) separa a violência LGBTfóbica entre a violência simbólica, a violência institucional e a violência interpessoal.

A violência simbólica, conceito teórico desenvolvido por Pierre Bourdieu, trata-se do poder (simbólico) estruturado pela cultura dominante e exercido de forma arbitrária em sociedade, em desfavor de grupos minoritários. O autor (1989, p.11) comenta:

É enquanto **instrumentos estruturados e estruturantes de comunicação e de conhecimento que os sistemas simbólicos** cumprem a sua função política de instrumentos de imposição ou de legitimação da dominação, que contribuem para **assegurar a dominação de uma classe sobre outra (violência simbólica) dando o reforço da sua própria força às relações de força que as fundamentam** e contribuindo assim, segundo a expressão de Weber, para a ‘domesticação dos dominados’. (grifo nosso)

É possível perceber esse processo de imposição e legitimação da dominação no campo do gênero e da sexualidade a partir do momento em que se verifica a presença de diferentes formas de seu exercício em todo o processo civilizatório das sociedades modernas, de forma a se considerar que “a homossexualidade é tão antiga como a heterossexualidade” (GOETHE, apud DIAS, p. 57). Contudo, apesar de registrada de forma naturalizada desde os mitos da Antiguidade, como no romance grego entre Zeus e Ganimedes e nos contos da transição de gênero de Tirésias, esse tratamento foi alterado ao longo da História.

Nota-se uma brusca mudança entre o cenário greco-romano de naturalização das diferentes formas de demonstração da sexualidade e o início do processo marginalizador dessas mesmas práticas com o surgimento do cristianismo. Assim, a partir da hegemonia da Igreja Católica, a sexualidade passa a ser tratada de modo pecaminoso, fazendo com que a crença popular passe a ser regida por narrativas como a do mito de Sodoma e Gomorra, além de outras teorias e narrativas jurídico-sociais. Sobre isso, comenta Alexandre Bahia (2018, p. 111):

E sua história [da homossexualidade como fenômeno social], por outro lado, se confunde com a **ascensão de teorias eurocêntricas social-biologicistas taxonômicas, que se valeram do cientificismo moderno para dar forma e caráter formal à homofobia/transfobia** que, então, passa a ser presente nas esferas jurídico-sociais em todo mundo europeizado até os dias de hoje. (grifo nosso)

Nesse mesmo sentido, na doutrina penalista, o criminólogo Nic Groombridge se dedicou a estudar a maneira como a criminologia positivista de Cesare Lombroso incorporou a heteronormatividade nas ciências criminais, afirmando que “enquanto

os sexólogos procuravam classificar o homem invertido como diferente do homem normal, os criminólogos definiam o delinquente como anormal” (GROOMBRIDGE, 1999, p. 534, apud CARVALHO, 2017, p. 211). Em comentário acerca da forma como as ciências criminais foram construídas a partir de ideais da cultura homofóbica, Salo de Carvalho (2017, p. 211-212) afirma:

O criminoso, portanto, representa a negação do homem civilizado, o crime exterioriza valores morais opostos aos da cultura (civilização). Ocorre que **esse método que rege os procedimentos da criminologia ortodoxa, direcionados à identificação, análise, intervenção e anulação (ou recondicionamento) dos anormais - dentre eles os homossexuais, denominados pelos primeiros sexólogos como invertidos -, está ancorado epistemologicamente no ideal de heterossexualidade.** Não por outra razão é possível sustentar que **a constituição científica da criminologia é homofóbica, assim como inúmeras ciências correlatas que operam a patologização da diversidade sexual,** notadamente a psiquiatria (grifo nosso)

Portanto, a face simbólica da violência homotransfóbica atua no imaginário social coletivo através da produção de uma cultura homofóbica que delimita, por meio do medo do julgamento e da violência física e psicológica, as condutas individuais dos diferentes. Não somente, essas crenças produzidas pelos grupos dominantes são levadas ao patamar de ciência, através de teorias sociológicas que justificam a marginalização da comunidade LGBTQ+. Ainda, nota-se que esses pensamentos são compartilhados entre aqueles que constroem as ciências criminais, dando amparo a uma legislação penal homotransfóbica.

Com a produção de teorias patologizadoras, o resultado é a face institucional da violência, isto é, a LGBTfobia produzida pelo Estado, seja através da discriminação expressa ou do uso de termos patologizadores no ordenamento jurídico, da adoção de políticas públicas que aflorem a marginalização de coletivos vulneráveis, ou de condutas individuais de integrantes da Administração Pública. Considerando que a ADO nº26/DF e o Mandado de Injunção nº4.733/DF tratam da ausência de legislação protetiva da diversidade sexual, atenta-se, aqui, à violência especificamente através do ordenamento jurídico.

Nessa linha, Lola Aniyar de Castro (1983, p. 15), em análise de uma natureza própria do delito penal, entende que esse é uma conduta assim classificada pela vontade de grupos dominantes ao logo na história. Dessa maneira, as normas

jurídicas criminalizadoras da diversidade sexual são antes de tudo uma expressão dos interesses e crenças daqueles que detém o poder de definir quais condutas devem ser objeto de tratamento penal.

É possível verificar esse tipo de criminalização quando o Direito Lusitano, raiz do direito brasileiro, previa a criminalização de “tudo que destoasse do coito vaginal entre pessoas de sexos opostos” (RIOS, 2018, p. 134), determinando que os praticantes de atividades sexuais diversas deveriam ser queimados em fogueiras até se tornarem pó, “para que dele nem de sua sepultura pudesse ser ouvida memória” (Ordenações Afonsinas de 1446). Somente no Código Penal do Império, de 1830, o Brasil deixou de utilizar-se das vias estatais para reprimir as práticas divergentes e afastou a criminalização da “sodomia”.

Porém, a tipificação retornou no âmbito militar, no Código Penal da Armada de 1891, que punia o atentado “contra a honestidade de pessoa de um ou outro sexo”, pela “depravação moral” ou “inversão de instinto sexual” (artigo 148 do Decreto nº18 de 7 de março de 1891). No Código Penal Militar de 1944 (Decreto-lei nº6.227, de 24 de janeiro de 1944), criminalizou-se o “ato libidinoso em lugar sujeito à administração militar”, norma que, para Roger Raupp Rios (RIOS, 2018, p. 135), apesar de não ser expressamente direcionada, “voltava-se nitidamente contra homossexuais”.

Atualmente, no âmbito nacional, está em vigência dispositivo semelhante, qual seja o artigo 235 do Decreto-Lei nº1.001 de 1969 (CPM), que tipifica o crime de “Pederastia ou outro ato de libidinagem” “em lugar sujeito a administração militar”. O Supremo Tribunal Federal, no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº291/DF, foi acionado e declarou inconstitucionais os termos “homossexual ou não” e “pederastia ou outro” da citada norma.

No âmbito internacional, Maria Berenice Dias (DIAS, p. 84) chama atenção para a existência de 75 países nos quais a homossexualidade é sujeita à sanção penal. Em análise de casos levados à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), Alexandre Bahia e Rainer Bomfim (BAHIA e BOMFIM, p. 43) chamam atenção para condenações de Estados por práticas discriminatórias, como no caso *Atala Riffo y Ninãs vs. Chile*, no qual a Justiça chilena retirou a guarda dos filhos de uma mulher

em razão de sua orientação sexual, ou no caso *Duque vs. Colômbia*, no qual o Estado colombiano negou pensão por morte a um viúvo de relação homoafetiva.

Por fim, a violência interpessoal trata-se dos atos homofóbicos individuais, a discriminação direcionada entre sujeitos em sociedade, seja moral, psicológica ou física. Nessa expressão da homotransfobia, encontram-se as infelizes estatísticas de violência contra a população LGBTQ+.

Conforme dados do Disque 100, da ONG Transgender Europe e do Grupo Gay Bahia (GGB), um LGBTQ+ foi assassinado a cada 16 horas entre 2011 e 2018. A Gênero e Número, em pesquisa realizada em Março de 2019, constatou que 51% dos entrevistados relataram ter sofrido alguma violência homofóbica desde as eleições presidenciais de Outubro de 2018.

Ainda, em 2021, segundo dados do Fórum de Brasileiro de Segurança Pública, por dia, quatro LGBT's foram vítimas de lesão corporal, homicídio ou estupro, em decorrência de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Em análise dos dados coletados pelo GGB no ano de 2017, Claudio Oliveira de Carvalho e Gilson Santiago Macedo Júnior (2019, p. 149) adicionam que:

Quanto à causa mortis, 30,8% dos assassinatos no Brasil, no ano de 2017, foram praticados com arma de fogo, 25,2% com instrumentos perfuro-cortantes. Além disso, **muitos crimes são cometidos com requintes de crueldade, como tortura, decapitação e queima do corpo**. 37% das mortes ocorreram dentro da própria residência, 56% em vias públicas e 6% em estabelecimentos privados. Travestis e profissionais do sexo geralmente são assassinadas a tiro ou espancadas na rua. No Brasil, São Paulo é o Estado com maior número de assassinatos por motivação LGBTfóbica: 59 mortes documentadas [...] (grifo nosso).

Importante observar que, neste ponto, as expressões simbólica e institucional influenciam na coleta de dados da violência individual. Como exposto em estudo da Diretoria de Análise de Políticas Públicas da Fundação Getúlio Vargas (SANCHES; CONTARATO; AZEVEDO, 2019), existe enorme deficiência no levantamento de dados sobre violência LGBTQ+ no Brasil, como observa-se no fato de que a edição de 2019 do Atlas da Violência foi a primeira que conseguiu trazer dados nesse sentido, em razão de que não há, no Brasil, exigência legal de que casos de

violência motivada pela identidade de gênero ou orientação sexual da vítima sejam registrados dessa maneira.

Verifica-se, então, que a diversidade sexual é marginalizada através de instrumentos de exercício de poder produzidos por via da cultura popular e do ordenamento jurídico pátrio, que resultam em uma realidade de extrema violência em face dos corpos LGBTQ+. Nesse cenário, percebe-se que o Direito Penal, enquanto parte do *jus puniendi* estatal, atua tanto como força de repressão desse grupo, quanto como instrumento que permite protegê-lo de agressões sistêmicas.

2 JUDICIALIZAÇÃO DE CAUSAS SOCIAIS

2.1 CORTES CONSTITUCIONAIS E DIREITOS DE MINORIAS

Diante do atraso no tratamento da matéria de direitos sexuais no Brasil, a partir da década de 1980, houve forte mobilização política da comunidade LGBTQ+ em prol de mudanças legislativas (TREVISAN, p. 506), isto é, pelo reconhecimento estatal de seus direitos perante as crenças hegemônicas. No entanto, o movimento deparou-se com um legislador politicamente desinteressado que, nas palavras de Maria Berenice Dias (DIAS, p. 99), se omitiu de forma covarde.

Enquanto democracias como a Dinamarca, Holanda, Noruega, Islândia, Groelândia e Hungria começaram a legislar amplamente os direitos sexuais, especificamente em prol da diversidade sexual, a partir de 1989, o Brasil nunca o fez. Diante da omissão legislativa, a partir da década de 1990, a pressão popular voltou-se ao Poder Judiciário, que passou a ser acionado em tentativas de suprir as demandas positivas e negativas sobrestadas pelo Congresso Nacional (RIOS, p. 136). Sobre isso, Salo de Carvalho comenta:

No âmbito dos direitos antidiscriminatórios, tem sido notável o avanço do movimento LGBTs brasileiro nos últimos anos, ampliando significativamente suas conquistas, fato que marca, inclusive, uma ingerência positiva do Judiciário na política. **Na ausência de marcos legais regulatórios da igualdade substancial, o movimento LGBTs aportou suas demandas ao Poder Judiciário, encontrando um acolhedor espaço de reconhecimento de direitos.** (CARVALHO, 2017, p. 234) (grifo nosso)

Essa judicialização de matérias de cunho social e moral foi o resultado direto do advento da Constituição de 1988, que, além de prever uma gama de direitos sociais fundamentais, em contraste às constituições anteriores, também os colocou como objeto de fiscalização do poder judiciário. Assim, surge a função de ‘guardião’ ou ‘protetor’ da Constituição do Supremo Tribunal Federal, criada pelo artigo 102 da Carta Magna e citada pelo ministro Celso de Mello em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº26:

Muito mais importante, no entanto, do que atitudes preconceituosas e discriminatórias, tão lesivas quão atentatórias aos direitos e liberdades

fundamentais de qualquer pessoa, independentemente de suas convicções, orientação sexual e percepção em torno de sua identidade de gênero, é a **função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe fazer prevalecer, sempre, no exercício irrenunciável da jurisdição constitucional, a autoridade e a supremacia da Constituição e das leis da República.** (BRASIL, 2019a, p. 36, Voto do Relator) (grifo nosso)

Nesse balanço, Luís Roberto Barroso, no artigo “Grandes transformações do Direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy”, desenvolve a ideia da existência das funções representativa e contramajoritária do Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2017, p.14), linha citada pelo mesmo em seu voto no Mandado de Injunção nº4.733/DF, ao afirmar que aqueles seriam “papéis que uma corte constitucional desempenha nos estados democráticos” (BRASIL, 2019b, p. 66-67).

A função representativa do poder judiciário, especialmente das cortes constitucionais, trata-se da possibilidade e/ou necessidade de atendimento, pelos tribunais, de demandas sociais desprezadas pelos poderes legislativo e executivo. É uma das expressões do princípio da inafastabilidade da jurisdição, disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da CRF/88, que permite ao STF satisfazer interesses sociais que tenham fundamento constitucional, porém não que não foram atendidos pelo processo político ou legislativo. O ministro, em sua obra acadêmica, desenvolve:

Não cabe ao Judiciário sobrepor a sua própria valoração política à dos órgãos cujos membros têm o batismo da representação popular. Situação diversa é a que ocorre quando o Legislativo não atuou porque não pôde, não quis ou não conseguiu formar maioria. Aí haverá uma lacuna no ordenamento. Mas os problemas ocorrerão, e o Judiciário terá de resolvê-los. Por exemplo: a) o Congresso não havia ainda regulado a **greve no serviço público**. A despeito disso, as greves ocorriam, surgiam disputas, e o STF viuse na contingência de estabelecer as regras que deveriam ser aplicadas até que o Congresso viesse a dispor a respeito. Ou b) o caso das **relações homoafetivas**. Elas existem, são um fato da vida, independentemente do que cada um pense sobre o ponto. Não há lei a respeito. Pois bem: o Estado tem que tomar uma posição sobre a existência ou não de um direito desses casais a serem reconhecidos como uma entidade familiar, pela importância moral desse reconhecimento e por uma série de questões práticas (herança, pensão alimentícia, divisão do patrimônio comum). **Quando o Congresso Nacional não fornece uma resposta, é natural que os afetados traduzam o seu pleito perante o Judiciário, buscando a afirmação jurídica daquilo que a política negou-se a discutir.** (BARROSO, 2017, p. 16) (grifo nosso)

Desse trecho, extrai-se que seria ilegítima a valoração do judiciário de matéria que o legislativo já tenha disciplinado, mesmo na existência de controvérsias políticas.

Outro caso, porém, é quando o legislativo adota postura de omissão deliberada, o que traz o entendimento do ministro de que “se não há lei, o Judiciário não pode deixar de decidir a questão alegando omissão normativa” (BARROSO, 2017, p.16).

É nessa análise de omissões deliberadas do Congresso Nacional que se baseia a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº26, ao argumento de que o texto constitucional, em seu artigo 5º, inciso XLI, determina que a “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdade fundamentais”, porém o Poder Público jamais elaborou lei nesse sentido para discriminações por orientação sexual ou identidade de gênero. Não seria, então, uma faculdade do legislador, mas uma ordem constitucional que não foi cumprida, conforme consta na ementa da decisão:

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional (como aquela que deriva do art. 5º, XLI e XLII, de nossa Lei Fundamental) – qualifica-se como comportamento revestido de intensa gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados da Lei Fundamental. Doutrina. Precedentes (ADI 1.458- -MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, do que a promulgar com o intuito de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes ou de grupos majoritários, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos ou, muitas vezes, em frontal desrespeito aos direitos das minorias, notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade. (BRASIL, 2019a, p. 09) (grifo nosso)

Na segunda parte desse extrato, tem-se, por sua vez, a função (ou princípio) contramajoritária(o), que trata da possibilidade das cortes constitucionais invalidarem um ato legislativo perfeito, em defesa de princípios constitucionais. Assim, no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário deve atuar em proteção de direitos fundamentais, mesmo que em contrariedade ao princípio da maioria e em confronto com os demais poderes. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4.277/DF, o ministro Celso de Mello estabeleceu:

[...] o Poder Judiciário assume sua mais importante função: a de atuar como poder contramajoritário; de proteger as minorias contra imposições dezarrazoadas ou indignas das majorias. Ao assegurar à

parcela minoritária da população o direito de não se submeter à maioria, o Poder Judiciário revela sua verdadeira força no equilíbrio entre os poderes e na função como garante dos direitos fundamentais. (BRASIL, 2011a, p. 848) (grifo nosso)

Ambas as funções derivam da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, prevista o artigo 5º, §1º da CRF/88, que, além de ser uma garantia à pessoa humana, representa também um dever do Estado brasileiro de tutelar o que o constituinte delimitou como base da República. Sobre esse dispositivo, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (DIMOULIS e MARTINS, 2010, p. 90) elaboram:

[...] referida norma determina que os titulares dos direitos fundamentais não precisam aguardar autorização, concretização ou outra determinação estatal para poder exercer seus direitos fundamentais. **Se o legislador for omissivo em regulamentar e/ou limitar um direito, este poderá ser exercido imediatamente em toda a extensão que a Constituição Federal define, sendo o Poder Judiciário competente para apreciar casos de sua violação.** (grifo nosso)

Nessa mesma linha, no julgamento do Recurso Extraordinário nº477.554/MG, o STF cassou uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que negou a pensão por morte ao viúvo de uma relação homoafetiva, e assim firmou:

A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - **Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria**, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. (BRASIL, 2011, STF, RE nº477554/MG, Relator: Min. Celso de Mello) (grifo nosso)

A partir dessa base, consolidada também pela doutrina constitucional, o Tribunal passa a adotar uma postura abertamente ativista na ceara de direitos sexuais, de forma a firmar o entendimento da Corte acerca da necessidade de proteção aos bens jurídicos que envolvem a diversidade sexual. No exercício dessas funções, o STF produziu avanço exponencial na tratativa de proteção de direitos LGBTQ+.

2.1.1 Direitos adquiridos e propostas de criminalização

No julgamento conjunto da ADI nº4.277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº132/RJ, em 2011, o STF interpretou os artigos 226, §3º, da CRF/88, e 1.723 do Código Civil de forma sistemática, de modo a reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar. Essa decisão pioneira foi utilizada, por aquele colegiado e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), como precedente para possibilitar o reconhecimento também do direito de casais homoafetivos ao casamento, à adoção, herança, previdência e inclusão em planos de saúde.

Na ADPF nº291, de 2015, já citada, o STF declarou a inconstitucionalidade por não-recepção constitucional das expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não” do artigo 235 do Código Penal Militar. Apesar de Roger Raupp Rios (RIOS, 2018, p. 135) bem registrar que tal posicionamento não protege homossexuais contra discriminação no âmbito militar ou impede a punição desses pelo exercício de sua orientação sexual, trata-se de um marco da impossibilidade do texto legal utilizar-se de termos patologizadores da homossexualidade, eis que em confronto com os ditames constitucionais.

Na ADI nº4275/DF, de 2018, o STF estabeleceu como papel do Estado o reconhecimento da identidade de gênero – enquanto inerente à personalidade humana – de pessoas transgênero. Naquela, foi estabelecido que cabe ao Cartório de Registro Civil a alteração do prenome e do registro de gênero após autoidentificação e declaração de vontade escrita do interessado, dispensado qualquer procedimento cirúrgico ou laudo médico.

Nesse cenário, as cortes superiores forçam uma atualização legislativa e tentam suprir, com muita dificuldade, lacunas deixadas pelo Congresso Nacional, através da interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Essa abordagem, explícita no julgamento conjunto da ADI nº4.277/DF e da ADPF nº132/RJ desde 2011, representa o reconhecimento pelo poder judiciário da urgente necessidade de medidas de proteção jurídica à diversidade sexual e da inclusão da homotransfobia

como uma das “manifestações discriminatórias constitucionalmente vedadas” (RIOS, 2018, p. 147).

Importante, porém, ressaltar que as conquistas citadas se deram em razão da inobservância pelo poder legislativo da necessidade de proteção dos direitos da personalidade. Mesmo mais de dois anos após o julgamento da ADO nº26/DF e do MI nº4.733/DF, que ampliou as disposições da Lei nº7.716/1989 até que sobrevenha norma emanada pelo Congresso Nacional, não houve qualquer avanço legislativo em disposições negativas, isto é, para além do reconhecimento de direitos, a implementação de um sistema normativo de combate à discriminação, seja na esfera do direito civil e administrativo ou no direito penal.

Nesse liame, insta salientar que o estorvo não se encontra, de fato, na escassez propostas normativas, mas em fazer com que os diversos textos normativos já apresentados sejam discutidos, votados e promulgados. Durante o julgamento da ADO nº26, o Presidente do Senado Federal encaminhou prestação de informações ao relator da ação, Min. Celso de Mello, na qual constavam dezessete propostas legislativas (quatorze Projetos de Lei e três Projetos de Lei do Senado) acerca da temática de racismo e gênero.

As informações, contudo, além de não suspenderem o julgamento em razão do entendimento da Corte de que o excesso de prazo razoável para a efetiva deliberação e aprovação de propostas legislativas constitui mora inconstitucional, conforme delimitado na ADI nº3682/MT, de 2007, também foram utilizadas pelo relator como mais uma forma de comprovar a omissão legislativa deliberada, quando em análise do andamento dos projetos apresentados.

O ministro ressalta o PL nº5003/2001, da então Deputada Federal Iara Bernardi, que tinha como objetivo definir “os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero”, que, após ter aguardado cinco anos para aprovação na Câmara dos Deputados, foi apreciado por oito anos no Senado enquanto Projeto da Câmara nº122/2006, até ser arquivado. Após pedido de desarquivamento em 2011, a ala conservadora daquela Casa anexou a medida

ao PLS nº236/2012, de instituição do Novo Código Penal Brasileiro, em evidente manobra protelatória.

Foi citada uma passagem da autora Maria Berenice Dias (DIAS, 2017, p.41, apud BRASIL, 2019, p. 323), que reconhece os inúmeros projetos de lei já apresentados, mas que sua tramitação é “exasperadamente lenta”, sendo “arquivados, desarquivados, apensados, em um constante ir e vir”. Sobre o apensamento do Projeto da Câmara nº122/2006 ao projeto do Novo Código Penal Brasileiro, a autora afirma que o projeto inicial de criminalização “simplesmente morre, ou foi assinado, verdadeiro crime de ódio”.

É importante ressaltar, nessa referência ao projeto criminalizador de condutas discriminatórias em razão de identidade de gênero e orientação sexual, que o Congresso Nacional não se posicionou contrário à criminalização, o que seria perfeitamente aceitável, mas sim contra qualquer ampliação ou reconhecimento de direitos LGBTQ+. Maria Berenice Dias (DIAS, 2016, p. 100), lista de forma exemplificativa diversos outros projetos nas áreas de direito do trabalho, direito de família, direito civil e até na Execução Penal, que se encontram paralisados no Senado há até 27 (vinte e sete) anos.

A omissão legislativa evidente e abertamente deliberada do Congresso Nacional, em especial do Senado Federal, é fato incontroverso, reconhecido por todos os ministros votantes do STF no julgamento conjunto da ADO nº26/DF e do MI nº4.733/DF. Faz-se a ressalva, porém, de que a inexistência de lei que crie novos tipos penais e abarquem condutas homotransfóbicas não pode ser considerada omissão legislativa.

Por mais que a violação de direitos obrigue o Estado a desenvolver medidas - legais e administrativas - que protejam a diversidade sexual e punam quem a agride, à luz do minimalismo penal, a tipificação de condutas deve ser a última medida. Portanto, além do debate central acerca da possibilidade de ser realizada da forma como procedeu o STF, surge o questionamento quanto à necessidade e admissibilidade, no direito penal brasileiro, de criminalização da homotransfobia.

3 CRIME E CONSTITUIÇÃO

3.1 DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL

Com o princípio da dignidade da pessoa humana esculpido no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República, os fins almejados na aplicação do direito penal passam a ser questão de debate doutrinário e jurisprudencial. Diante da necessidade de regular o poder punitivo do Estado, em proteção aos direitos individuais, a doutrina penalista se divide em algumas correntes antagônicas.

De um lado, o direito penal máximo segue o dogma da extrema necessidade de punição de todos os culpados pela prática de condutas típicas, mesmo que disso impliquem violações de direitos fundamentais. Guilherme de Souza Nucci afirma que esse modelo, adotado pelos Estados Unidos, defende punições severas a todas as infrações penais, “com o objetivo de servir de exemplo à sociedade e buscando evitar o agente possa cometer atos mais graves” (NUCCI, 2013, p.403).

Essa corrente é reforçada pelo direito penal do inimigo, que, por sua vez, “trata-se de um modelo de direito penal, cuja finalidade é detectar e separar, dentre os cidadãos, aqueles que devem ser considerados os inimigos” (NUCCI, 2013, p.405). Esse modelo é caracterizado por Luis Gracia Martín através de alguns postulados:

a) **antecipação da punibilidade** com o escopo de combater perigos, de forma a alcançar momentos anteriores a realização de fatos delituosos, até mesmo meros atos preparatórios, por seu autor integrar uma organização que atua à margem do Direito; b) notável **incremento e desproporcionalidade das penas**, mormente porque a punição de atos preparatórios não acompanharia nenhuma redução de pena; c) para Jakobs, é manifestação própria do Direito Penal do inimigo o fato de diversas leis alemãs serem denominadas “leis de luta ou de combate”; d) **supressão ou redução de direitos e garantias individuais** nas esferas material e processual penal, bem como a inserção de alguns dispositivos de Direito Penitenciário que extirpam ou dificultam alguns benefícios. (MARTIN, 2002, p. 315, apud PRADO, 2012, p. 134) (grifo nosso)

Portanto, essa corrente é centrada na punição do perigo, isto é, que o aparato punitivo do Estado atue antes do cometimento das infrações. Ainda, ela cria uma dicotomia baseada em um direito penal do cidadão e outro direito penal do inimigo,

esse último que desconsidera como pessoa e objetiva a destruição do indivíduo que não se submete ao ordenamento jurídico (PRADO, 2012, p.135).

De plano, é evidente que ambas as correntes não encontram sustento na ordem jurídica brasileira, sendo inconstitucionais sob a CRF/88. Nessa linha, Luiz Regis Prado (PRADO, 2012, p. 135) afirma que a criação de nova ordem penal somente para o inimigo do Estado, desconsiderando-o enquanto pessoa, encontra limite no princípio da dignidade humana e na própria razão de existência do Direito, que é centrada na pessoa humana.

Na contramão desses ideais, o abolicionismo penal apresenta uma nova lógica do direito penal, após reconhecer o fracasso das punições e das instituições penalizadoras e o caos do sistema penitenciário ao redor do mundo. Para Nilo Batista, essa corrente é alimentada pelo “precário desempenho do chamado efeito intimidador da pena” (BATISTA, 2011, p.21), no sentido de que o direito penal é infeliz quando se trata da atuação preventiva, sendo efetivo somente sobre a criminalidade aparente. Para Nucci, o modelo pode ser sintetizado em algumas recomendações:

a) **abolicionismo acadêmico**, ou seja, a mudança de conceitos e linguagem, evitando a construção de resposta punitiva para situações-problema; b) **atendimento prioritário à vítima** (melhor seria destinar dinheiro ao ofendido do que construindo prisões); c) **guerra contra a pobreza**; d) **legalização das drogas**; e) **fortalecimento da esfera pública alternativa**, com a liberação do poder absorvente dos meios de comunicação de massa, restauração da autoestima e da confiança dos movimentos organizados de baixo para cima, bem como a restauração do sentimento de responsabilidade dos intelectuais. (NUCCI, 2013, p.401-402) (grifo nosso)

Percebe-se, então, que a corrente trata do reconhecimento do fracasso do sistema penal como um todo, sugerindo como solução a sua abolição. Mesmo que a argumentação seja sólida, tendo em vista que todos os axiomas dessa corrente possuem base nos direitos humanos e na Constituição brasileira, é cristalino se tratar de uma utopia acadêmica.

Nesse sentido, Raphael Boldt afirma que “a utopia apresenta conceitos construtivos que visam a superar a realidade atual e a substituí-la por uma nova forma de

realidade” (BOLDT, 2018, p. 163). Na mesma linha, Luigi Ferrajoli (2002, p.275, apud NUCCI, 2013, p.402) afirma se tratar de uma utopia “sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom”.

Em meio a essas correntes, encontra-se o que é descrito por Paulo Queiroz (QUEIROZ, 2020, p. 09) como o “direito penal da Constituição”, linha de pensamento que entende que o direito penal deve ser mínimo, garantista, instrumental e subsidiário. Essa linha, que parte do pressuposto de que todo o ordenamento jurídico possui fundamento de validade nos preceitos constitucionais e, portanto, o direito penal deve seguir os enunciados da Constituição, é adotada majoritariamente na doutrina brasileira e na jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº107.638/PE, firmou:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PENAL. CRIME MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECONHECIMENTO NA INSTÂNCIA CASTRENSE. POSSIBILIDADE. DIREITO PENAL. ULTIMA RATIO. CONDUCTA MANIFESTAMENTE ATÍPICA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. **A existência de um Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, por uma busca constante de um direito penal mínimo, fragmentário, subsidiário, capaz de intervir apenas e tão-somente naquelas situações em que outros ramos do direito não foram aptos a propiciar a pacificação social.** [...] (BRASIL, 2011, STF, HC nº107.638/PE, Relatora: Min. Cármen Lúcia) (grifo nosso)

Nesse caso, vê-se que a Ministra Cármen Lúcia, muito além de exaltar os princípios do minimalismo, da fragmentariedade e da subsidiariedade penal, os coloca como requisitos do Estado Democrático de Direito, preceito basilar do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, observa-se que, atualmente, o debate acerca das possibilidades e necessidades de aplicação do direito penal é, necessariamente, mais próximo das normas constitucionais do que da legislação infraconstitucional.

Ressalta-se que o direito penal constitucional engloba a teoria do direito penal mínimo e iguala-se ao garantismo penal, como se vê na definição dada por Queiroz. Assim, o direito penal mínimo é somente um dos princípios daquela corrente constitucional, sobre o qual Ferrajoli esclarece:

Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, **condicionado e limitado ao máximo**, corresponde não apenas ao **grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo**, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Com isso resulta excluída de fato a

responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Sob este aspecto existe um nexo profundo entre garantismo e racionalismo. **Um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis** [...].(FERRAJOLI, 2002, p. 83) (grifo nosso)

Quanto ao garantismo, Nucci (NUCCI, 2013, p. 403) elenca as diretrizes da corrente, que são consolidadas no sistema processual-penal brasileiro:

O modelo garantista de direito penal privilegia os seguintes axiomas: a) **não há pena sem crime** (nulla poena sine crimine); b) **não há crime sem lei** (nullum crimen sine lege); c) **não há lei penal sem necessidade** (nulla lex poenalis sine necessitate); d) **não há necessidade de lei penal sem lesão** (nulla necessitas sine injuria); e) **não há lesão sem conduta** (nulla injuria sine actione); f) **não há conduta sem dolo e sem culpa** (nulla actio sine culpa); g) **não há culpa sem o devido processo legal** (nulla culpa sine iudicio); h) **não há processo sem acusação** (nullum iudicium sine accusatione); i) **não há acusação sem prova que a fundamente** (nulla accusatio sine probatione); j) **não há prova sem ampla defesa**. (grifo nosso)

A partir desse esquema, é perceptível que o constitucionalismo (ou garantismo) penal trata-se de uma corrente que entende ser necessário, ao menos na atualidade, o poder interventor do Estado sobre condutas lesivas de bens jurídicos. Porém, de forma contrária ao direito penal máximo (ou do inimigo), se preocupa com as garantias individuais do alvo da persecução penal, bem como em tornar essa última um pouco mais racional, ou seja, utiliza-la somente quando necessária e proporcional.

Dessa maneira, tendo em vista que essa corrente, em tese, é a adotada pelo sistema jurídico-penal brasileiro, quando se questiona sobre a admissibilidade da criminalização da homotransfobia, impera analisar essa conduta sob os filtros elaborados pelo direito penal constitucional. Apesar dos princípios elencados de “g” a “j” serem de matéria processual, os demais são essenciais para o exercício racional do legislador ao estabelecer quais condutas são dignas de tipificação.

3.2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO PENAL BRASILEIRO E A POSSIBILIDADE DE CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA

Das diretrizes do direito penal trazidas por Guilherme de Souza Nucci (2013) e Paulo Queiroz (2020), destacam-se os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da lesividade. São partes integrantes do primeiro os princípios da anterioridade e irretroatividade da lei penal, da taxatividade e da reserva legal, enquanto do segundo extraem-se os princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade das penas.

O princípio da legalidade é previsto expressamente na Constituição, sendo que, em seu sentido amplo, visto no artigo 5º, inciso II, significa dizer que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, sendo que, para Queiroz (QUEIROZ, 2020, p. 81), esse princípio é corolário da ordem jurídica a abarcar todos os demais princípios do direito penal e processual penal. Ainda, Nilo Batista (BATISTA, 2011, p. 65) entende que essa previsão é uma conquista secular contra o absolutismo, e afirma:

O princípio da legalidade, **base estrutural do próprio estado de direito**, é também a perda angular de todo direito penal que a aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da "**previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado**", que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do "**sentimento de segurança jurídica**" que postula Zaffaroni. Além de assegurar a **possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas**, o princípio garante que **o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta na lei.** (grifo nosso)

Desse conceito abrangente, extrai-se o conteúdo estrito da legalidade, onde passa a ser chamada de princípio da reserva legal, previsto no artigo 5º, inciso XXXIX, e que determina que somente a lei formal, emanada pelo Congresso Nacional, pode tipificar condutas e aplicar penas. Considerando que a reserva legal é central no presente trabalho e foi largamente discutida em sede do julgamento da ADO nº26/DF e do MI nº4.733/DF em conjunto com a (im)possibilidade do uso da analogia no direito penal, ela será analisada em tópico próprio.

Sem detença, também derivada da legalidade, a anterioridade da lei penal determina que “a lei penal deve necessariamente preceder às infrações penais nela previstas como condição de validade”, e, portanto, em consequência tem-se a regra da irretroatividade, a qual estipula que “a nova lei só poderá ser aplicada a fatos futuros e não pretéritos, exceto se favorecer o réu” (QUEIROZ, 2020, p. 87), ou seja, a lei penal não pode retroagir para prejudicar o réu. Sobre esse tema, Cezar Roberto Bitencourt (BITENCOURT, 2017, p. 59) comenta:

[...] **o princípio da irretroatividade vige somente em relação à lei mais severa.** Admite-se, no Direito intertemporal, a **aplicação retroativa da lei mais favorável (art. 59, XL, da CF).** Assim, pode-se resumir a questão no seguinte princípio: o da retroatividade da lei penal mais benigna. A lei nova que for mais favorável ao réu sempre retroage.

Como terceiro princípio derivado da legalidade, a taxatividade da lei penal diz respeito à necessidade da descrição clara e precisa da conduta típica e da sua respectiva pena. Esse princípio atua tanto no condicionamento da atividade legislativa quanto na inviabilização da interpretação autoritária do julgador, vinculando o último às “margens penais” (PRADO, 2012, p. 163). Luiz Luisi ensina que:

[...] o postulado em causa expressa a **exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas.** Trata-se de um **postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos.** O princípio da determinação taxativa preside, portanto, a formulação da lei penal, a exigir qualificação e competência do legislador, e o uso por este de técnica correta e de uma linguagem rigorosa e uniforme. (LUIZI, 1991, p.95, apud NUCCI, 2013, p. 95) (grifo nosso)

Nesse sentido, é de se ressaltar que a Lei 7.716/1989 (Lei do Racismo ou Lei Caó) cumpre com esse requisito legislativo mesmo que tendo um objeto necessariamente aberto, qual seja a punição dos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (artigo 1º daquela Lei). Aquele texto se distancia de uma proposta demasiadamente genérica e se dedica a punir condutas como “impedir ou obstar acesso” (artigo 3º) e “negar emprego” (artigo 4º), por exemplo, inclusive apontando o entendimento do legislador do que seria uma prática discriminatória.

Diz-se que o objeto é necessariamente aberto ao considerar a natureza estrutural dos preconceitos de raça, religião, procedência nacional e de gênero e orientação sexual, esses últimos destrinchados anteriormente, de forma que o excesso de especificidade da norma poderia torna-la inaplicável (NUCCI, 2013, p.96). Nesse sentido, Queiroz (QUEIROZ, 2020, p.90), afirma:

[...] dada a **estrutura inevitavelmente aberta da linguagem jurídica, todos os tipos penais são nalguma medida abertos ou incompletos**, embora a abertura e a incompletude variem de grau. Sim, porque mesmo o homicídio (CP, art. 121), que seria o melhor exemplo de tipo perfeito ou completo, **só pode ser compreendido num contexto mais amplo**, sobretudo o homicídio culposo, já que remete, diretamente, à imprudência, negligência ou imperícia no exercício de certas atividades e, indiretamente, as normas que as regulamentam (direito de trânsito etc.). [...]

Antes disso, porém, cumpre precisar se a hipótese configura homicídio ou crime diverso, se houve dolo direto ou eventual, preterdolo ou culpa, comissão ou omissão, se incide o tipo simples ou qualificado etc.

E se a técnica remissiva é inerente à atividade legislativa regular, não é, por conseguinte, condenável em si mesma, razão pela qual não cabe falar de inconstitucionalidade só por isso. (grifo nosso)

Por outro lado, apesar daquele conjunto de normas incriminadoras cumprir com a taxatividade, alguns autores como Salo de Carvalho (2012) e Alexandre Nogueira Martins (2021) negam a necessidade e a adequação dessa lei na ceara da homotransfobia. Carvalho ainda argumenta que a expansão do sistema penal deve se dar somente em face da necessidade de proteção de bens jurídicos como a vida e a integridade física, enquanto condutas – ao ver do autor – menos gravosas “poderiam ser geridas de forma mais adequada fora do âmbito do direito penal, como, por exemplo, nas esferas civil, trabalhista, consumerista ou administrativa” (CARVALHO, 2012, p. 196-206).

A necessidade parte do pressuposto de que o direito penal é a *ultima ratio* do poder coercitivo do Estado, só devendo ocorrer em casos de absoluta necessidade. É a principal face do princípio da intervenção mínima, aliada à fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal, e determina que o Estado busque proteger os bens jurídicos de todos os modos possíveis antes de recorrer à legislação penal. Sobre isso, Nucci (2013, p.92) comenta:

Há outros ramos do Direito preparados a solucionar as desavenças e lides surgidas na comunidade, compondo-as sem maiores traumas. O direito penal é considerado a *ultima ratio*, isto é, **a última cartada do sistema legislativo, quando se entende que outra solução não pode haver senão a criação de lei penal incriminadora**, impondo sanção penal ao infrator. (grifo nosso)

Em sentido muito próximo, a adequação da intervenção penal (ou exigibilidade ou idoneidade) trata-se da relação lógica de utilidade entre o direito penal e a prevenção de delitos (QUEIROZ, 2020, p. 91), isto é, a penalização deve impedir ou minimizar a violação do bem jurídico que intenta proteger, senão a conduta não deve ser tipificada penalmente. Luiz Regis Prado (PRADO, 2012, p.168-170) argumenta em sentido semelhante, podendo-se afirmar que o autor condiciona a adequação da intervenção penal à necessidade e proporcionalidade da sanção e à lesividade da conduta.

Por sua vez, a lesividade (ou ofensividade ou proteção de bens jurídicos) trata-se da necessidade, para a tipificação de uma conduta, de que essa ofenda seriamente um bem jurídico alheio relevante. Como afirma Nucci (2013, p. 99) é uma simples regra que faz parte do princípio da intervenção mínima (necessidade).

Dito isso, em resposta ao questionamento anterior, percebe-se que a criminalização de condutas homotransfóbicas é sim adequada ao ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, como já detalhadamente analisado neste trabalho, a lesividade de condutas discriminatórias em razão de identidade de gênero e orientação sexual, além de atentarem – em grande monta - contra a vida, liberdade e integridade física de pessoas LGBTQ+, operam de forma a criar um estado sistêmico de violações de direitos.

A lesão de bens jurídicos, na linha de Nucci, atrai por si só a necessidade de proteção daqueles. Quando se fala na *ultima ratio* do direito penal, observa-se que o Estado brasileiro se omitiu desde a década de 1980, quando a demanda popular era na ceara do direito de família, trabalhista e previdenciário, e ignorou a necessidade de implementar políticas que garantissem, a exemplo, o direito de igual oportunidade de acesso a empregos, de constituição familiar e de adoção, resultando no atual cenário de desatino estatístico.

Além da omissão deliberada, viu-se que o Executivo e o Legislativo atuam de modo a impedir a implementação de políticas públicas de combate à desinformação e de promoção da informação, por exemplo, na tentativa de retirar da base curricular brasileira a discussão acerca dos temas de orientação sexual e identidade de gênero (FILHO e COSTA, 2018, p.67-73). Assim, possibilitar que a proteção da diversidade sexual fique a cargo de medidas administrativas do Executivo ou da espontânea vontade do legislador fere frontalmente a inafastabilidade da jurisdição, bem como autoriza que o coletivo vulnerável tenha seus direitos fundamentais conduzidos pela vontade da maioria.

Quando se fala na taxatividade, citou-se a necessidade do legislador se atentar à descrição das condutas típicas e das penas aplicadas. Portanto, em uma legislação de combate à homotransfobia, tendo em vista o caráter estrutural desse preconceito, urge que a norma não deixe somente por conta do julgador a definição do que seria um ato discriminatório, devendo indicar a *mens legis* naquela tipificação.

Contudo, não sendo razoável reduzir o debate, percebe-se que parte da doutrina nega ou minimiza a necessidade de criminalização das condutas homotransfóbicas, ao argumento de que essa partiria de um ideal punitivista, como Queiroz (2012), que critica a atuação do direito penal sobre ao que seriam as citadas violações menos gravosas de bens jurídicos. Porém, nota-se contraditório tal posicionamento quando o próprio autor – e os demais estudiosos de gênero neste trabalhos – considera que as ofensas mais graves motivadas por preconceito são decorrentes justamente da legitimação das microlesões de direitos (a homofobia simbólica).

Portanto, quando se pensa nos fins do direito penal (a efetiva proteção de bens jurídicos relevantes) e considera-se que o autor desenvolveu a forma como ignoradas microlesões acarretam na normalização das macrolesões, o cerne da demanda pela criminalização também engloba as primeiras. As normas penais em vigor são capazes de punir as lesões graves, como o homicídio, lesões corporais e violações sexuais, evidentemente condutas típicas, porém não há previsão legal no sentido de coibir a prática da homofobia simbólica e institucional.

Nesse ponto, o autor opina (CARVALHO, 2012, p. 200-201) por uma atuação similar ao sistema criado pela Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), isto é, que sejam acrescentadas à legislação vigente apenas adjetivações da violência, incluindo-a aos tipos penais existentes. É notável que essa atuação seja compatível com o minimalismo penal, haja vista que não produz o aumento da repressão penal, sendo discutível a possibilidade de previsão de agravantes da pena em razão da motivação discriminatória.

Nada obstante, apesar da excelente análise ao discutir o problema, sob o direito penal garantista, da constante e intensa ampliação do sistema penal, duvidando da necessidade de criação de novos tipos penais, Carvalho não responde como seria possível a previsão de adjetivações ou agravantes de pena de condutas que sequer são puníveis, nem mesmo administrativamente. A “homofobia diária”, como se refere Maria Berenice Dias (DIAS, 2016), tem sido combatida através de ações de indenização por danos morais, que ao ver da autora não são capazes sequer de reparar os danos, menos ainda de punir devidamente o autor ou impedi-lo de praticar novas condutas danosas.

Desse modo, o entendimento do autor é perfeitamente aplicável às condutas já tipificadas no Código Penal e na legislação extravagante, contudo, não se pode ignorar a necessidade de proteção de outros bens jurídicos que ainda não são tutelados pelo direito penal. Nesse sentido, Dias (DIAS, 2016, p. 155) entende que as ofensas de bens como a honra e a personalidade não são menos graves quando possuem cunho homofóbico, e ainda, defende que a lei deve puni-las criminalmente:

Tão logo entrou em vigor a atual Constituição adiantou-se o legislador em editar lei para penalizar a discriminação, mas somente definiu como crime o preconceito de raça e de cor (Lei 7.716/89). Posteriormente foram inseridos outros crimes, por discriminação ou preconceito a outros segmentos: etnia, religião ou procedência nacional (Lei 9.459/97). **Mas continuou o legislador olvidando-se de segmentos outros que também são alvos de discriminação e merecem ser tutelados. Atualmente, é inimaginável proferir, sem risco, afirmações injuriosas contra outras minorias – tal como ocorre em relação aos homossexuais -, entre outros motivos, porque tal atitude é punida por lei. Essa ausência de proteção jurídica contra o ódio homofóbico posiciona os gays em uma situação particularmente vulnerável, tanto mais grave quanto a homossexualidade usufrui do triste privilégio de ter sido combatida, durante os últimos dois séculos, simultaneamente, enquanto pecado, crime e doença.** (grifo nosso)

Esse raciocínio da autora cobra refletir que, apesar dos dissensos, Dias (DIAS, 2016) e Carvalho (CARVALHO, 2012) julgam imprescindível que a legislação reconheça expressamente a existência de crimes motivados pela discriminação de identidades de gênero e orientações sexuais, sem necessariamente prever novas tipificações. Todavia, vê-se que o legislador atuou, no passado, pela linha defendida por Maria Berenice Dias.

Quando em cumprimento da ordem constitucional do artigo 5º, inciso XLI, o legislador procedeu, no combate às discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais, pelo caminho da tipificação das condutas comuns às práticas discriminatórias. Em outras palavras, entendeu conveniente expandir o sistema penal para abarcar as condutas que exteriorizam os preconceitos estruturais, como se viu na Lei nº7.716/1989.

A Lei do Racismo tem como objetivo nominar as “condutas lesivas resultantes de preconceito de raça ou de cor”, enquanto a Lei Maria da Penha objetiva a criação de um novo sistema processual de “gestão de conflitos” (CARVALHO, 2012, p. 203). Salo de Carvalho (CARVALHO, 2012, p. 203) desenvolve a configuração da última:

Contudo, é inegável perceber como **o movimento de mulheres inovou ao propor um novo sistema jurisdicional de compreensão e de resolução dos conflitos de gênero, sobretudo porque a natureza da Lei é eminentemente processual**. No que tange especificamente ao debate sobre a criminalização - questão periférica na estrutura normativa, mas transformada em tema central no debate político e acadêmico, fato que acredito ter ocultado as demais proposições não penais do movimento de mulheres -, **a Lei Maria da Penha alterou dois dispositivos do Código Penal: (a) especificou, sob o nomen juris "violência doméstica", as formas de lesões corporais praticadas por ascendente, descendente, irmão, cônjuge, ou companheiro nas relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, estabelecendo como pena a detenção de três meses a três anos (art. 129,8 9., do CP); (b) incluiu, nas circunstâncias agravantes relativas ao abuso de autoridade, a violência praticada prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade ou a violência contra a mulher (art. 61, II,S, do CP).**

Nesse diapasão, é patente que, limitando-se ao olhar simplista, o autor – e grande parte da doutrina - acredita que a previsão de novos tipos penais em combate à homotransfobia é contrária ao direito penal mínimo. Contudo, não só existe uma ordem constitucional nesse sentido, como, também, os requisitos para a intervenção penal legítima foram preenchidos, o que foi suficiente para que o legislador

criminalizasse, através da Lei 7.716/1989, as práticas discriminatórias contra outras minorias. Esse cenário representa com perfeição o que Nelson Camatta Moreira (MOREIRA, 2015 p. 38) descreve como “formalismo normativista”:

Por meio do Direito, a capacidade transformadora sugerida pela Constituição ainda está longe de atingir a sua plenitude no que diz respeito à cura da ferida social pela transformação (do status quo) da realidade periférica brasileira, haja vista que **os juristas ainda seguem atrelados ao formalismo normativista, operando, por consequência, o recalque das potencialidades transformadoras do Direito e a efetivação de uma hermenêutica emancipatória, assegurando, por conseguinte, o distanciamento do saber jurídico da realidade social.** Nesse diapasão, os operadores jurídicos acabam se transformando em reprodutores de fórmulas antigas e mantenedores de um sistema social que avilta as condições de vida da grande massa oprimida e o direito passa a ser a ferramenta deste mecanismo. (grifo nosso)

Assim, como afirma Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2020), a matéria do combate à homotransfobia é tratada, pela doutrina penalista brasileira, com “dois pesos e duas medidas”, utilizando-se do garantismo penal como justificativa para que o Estado brasileiro permaneça omissivo na proteção da comunidade LGBTQ+. Nessa mesma linha, em defesa da liberdade sexual enquanto bem jurídico tutelável penalmente, Gabriel Antinolfi Divan e Carolinne Nhoato dos Santos (2019, p. 133) afirmam que:

Insiste-se na premissa de que uma reflexão – mormente crítica – quanto ao sistema penal não pode certamente regredir a estamentos que não englobam todo o arcabouço criminológico e as deslegitimações sistemáticas já notórias. Porém, afirma-se, igualmente, que a lacuna proposital relativa a ausência de proteção de certos bens jurídicos deve também ser alvo de uma crítica (esclarecida), uma vez que **não representa menos do que o sistema exibindo sua cota patriarcal e mesmo falocêntrica (CARVALHO, 2012, p. 155) para a manutenção de establishments que redundam no panorama que a própria crítica deve eleger como oponente. E isso se percebe claramente no âmbito jurídico-penal de debate sobre a homofobia.** (grifo nosso)

Destarte, por mais que a implementação de um sistema menos repressivo como o da Lei Maria da Penha seja o ideal, não se pode ignorar que os cenários são integralmente diferentes quando se fala em violência doméstica contra a mulher e em violência homotransfóbica.

Como já destrinchado neste trabalho, a violência contra a comunidade LGBTQ+ funciona no corpo social de modo peculiar, tendo como base, além da cultura

homofóbica e da homofobia individual, a violência perpetrada pelo próprio Estado, fato que está longe de ser alcançado pela legislação de proteção à mulher. Ainda, até mesmo Carvalho (CARVALHO, 2012, p. 203) reconhece que os efeitos práticos da Lei nº11.340/2006 podem ser questionados sob a perspectiva de sua efetividade no combate ao preconceito de gênero, que é sua matriz.

A despeito disso, é incabível negar que a proposta da Lei Maria da Penha “ultrapassa o campo meramente repressivo e os maniqueísmos determinados pela lógica binária das jurisdições cíveis ou criminais”, como desenvolvem Salo de Carvalho e Carmen Hein de Campos (CAMPOS e CARVALHO, 2011, p. 166). Também não se ignora os efeitos inerentes à criminalização, ou reduz-se o combate à discriminação homotransfóbica à simples tipificação, como bem ressalva Cristina Luci Câmara (CÂMARA, 1993, p. 244, apud MARTINS, 2021, p. 154):

Não temos a ingenuidade de imaginar que [...] de uma penada, a discriminação desapareça. [...] **O que queremos com isso é fazer com que o oprimido se sinta juridicamente habilitado a lutar pelo respeito dos seus direitos**, nem mais, nem menos. (grifo nosso)

Portanto, considera-se que à luz do direito penal mínimo, a recusa ao punitivismo é necessidade indiscutível. Entretanto, fica claro que, independente da análise acadêmica-política sobre como deve ser incrementada no ordenamento criminal, a criminalização de condutas homotransfóbicas – menos ou mais gravosas – é possível sob o olhar constitucional e garantista.

3.2.1 Legalidade e analogia no direito penal

Quando em análise do julgamento conjunto da ADO nº26/DF e do MI nº4.733/DF, vê-se que os Ministros, ao explorarem o princípio da legalidade, atentaram-se também a contra-argumentar as alegações do Presidente do Senado Federal e da União, respectivamente, de que o pleito das partes impetrantes acarretaria na prática de analogia pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido argumentou a Advocacia-Geral da União, sendo citado, no bojo da ADO, o entendimento da Corte no Habeas Corpus nº92.626/RS:

Não pode o julgador, por analogia, estabelecer sanção sem previsão legal, ainda que para beneficiar o réu, ao argumento de que o legislador deveria ter disciplinado a situação de outra forma. (BRASIL, 2008, STF, HC nº92.626, Rel. Min. Ricardo Lewandowski) (grifo nosso)

A partir dessa máxima da vedação da analogia no direito penal, Paulo Queiroz (QUEIROZ, 2020) e Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2013) dialogam no sentido de evitar a confusão entre o exercício interpretativo do juiz e a analogia *in malam partem*. Para os autores, é inerente ao Direito que a lei alcance sua completude somente após a interpretação judicial.

Queiroz segue a corrente majoritária da Teoria Geral do Direito que entende que o Direito não é resumido ao texto da lei, nem mesmo limitado àquele, sendo a atividade legislativa apenas um filtro para o exercício da interpretação pelo julgador. Dessa maneira, por mais que o julgador não possa atuar de forma criativa, é errôneo acreditar na “onipotência de fato ou moral do legislador” (LUHMANN, 1985, p.08, apud QUEIROZ, 2020, p. 46). Nesse sentido, Queiroz comenta sobre os estudos de Lenio Luiz Streck nessa temática:

Por isso afirma Lenio Luiz Streck que não existem julgamentos de acordo com a lei ou em desacordo com ela, porque **o texto normativo não contém imediatamente a norma** (Müller), **a qual é construída pelo intérprete no decorrer do processo de concretização do direito**, de sorte que, quando o juiz profere um julgamento considerado contrário à lei, na realidade está proferindo um **julgamento contra o que a doutrina e a jurisprudência estabelecem como arbitrário.** (QUEIROZ, 2020, p.46)

A partir dessa base, Nucci difere a analogia dos modos de interpretação extensivo e analógico. Para o autor, a interpretação extensiva é o processo de “extração do autêntico significado da norma, ampliando-se o alcance das palavras legais” com o objetivo de “atender à real finalidade do texto”, enquanto a interpretação analógica é o processo de “averiguação do sentido da norma” através de “elementos fornecidos pela própria lei” (NUCCI, 2013, p. 105).

A exemplo de normas que demandam a interpretação analógica, tem-se as expressões “outro motivo torpe” e “meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum”, respectivamente dos incisos primeiro e terceiro do artigo 121, §2º, “substância de efeitos análogos” do inciso segundo do artigo 28, “qualquer outro meio” dos artigos 146 e 147, todos do Código Penal. São casos nos quais o

legislador delimita as hipóteses de incidência da norma e “recorresse a uma fórmula genérica a ser interpretada conforme os casos antes mencionados” (QUEIROZ, 2020, p. 130). Sobre essa, Damásio de Jesus comenta:

[...] a diferença entre interpretação analógica e analogia reside na *voluntas legis*; na primeira, a vontade da norma **pretende abranger os casos semelhantes por ela regulados**; na segunda, ocorre o inverso: **não é pretensão da lei aplicar o seu conteúdo aos casos análogos**, tanto que silencia a respeito, mas o intérprete assim o faz, suprimindo a lacuna. (JESUS, 2003, p.46 apud QUEIROZ, 2020, p. 128) (grifo nosso)

Portanto, entende-se como analogia os casos nos quais o julgador remete a precedente jurisprudencial ou a lei que trate de caso semelhante para suprir uma omissão legal. De forma distinta daquela, a interpretação analógica é aceita de forma majoritária na doutrina, inclusive *in malam partem* (QUEIROZ, 2020, p. 128-130). Nesse quesito, Paulo Queiroz argumenta acerca da impossibilidade de se distinguir analogia e interpretação analógica, já que, para o autor, “interpretar é inevitavelmente uma atividade analógica”, e continua:

A questão fundamental não é, portanto, saber se há ou não analogia, se existe analogia *in malam* ou *in bonam partem*, porque **analogia há sempre, mas em interpretar e argumentar corretamente num sistema aberto (Arthur Kaufmann), isto é, conforme o direito, aí incluídos, princípios e regras, notadamente a Constituição**. (QUEIROZ, 2020, p. 131) (grifo nosso)

Assim, o autor defende que a preocupação acerca da analogia deve ser quanto ao respeito aos princípios e regras constitucionais durante seu exercício, já que, como afirma Rosa Maria Cardoso da Cunha, “o estabelecimento da significação jurídica reclama, em todos níveis, raciocínios por imagens de tipo ou caráter analógico” (CUNHA, 1979, p. 104, apud QUEIROZ, 2020, p.131).

Por sua vez, são exemplos de normas que demandam a interpretação extensiva as expressões “constranger”, do artigo 217-A, “grave ameaça”, do artigo 157 (entre outros), ambos do CP, e “penas de morte e cruéis” do artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”, da CRF/88. Esses são casos nos quais cabe ao julgador estabelecer o que são ameaças graves, penas cruéis e constrangimentos, isto é, cabe a ele dar sentido à norma a partir de qual seria o intuito do legislador e, ao mesmo tempo, a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento.

É essencial citar o Caso Ellwanger, no qual, no julgamento do HC nº82.424/RS, o STF entendeu que a incitação à discriminação religiosa configura o crime previsto no artigo 20 da Lei nº7.716 /89 (Lei do Racismo). Esse julgado é um dos principais fundamentos dos ministros que votaram a favor do enquadramento da homotransfobia àquela lei, eis que nele foi definida a abrangência do racismo. Vê-se na ementa daquele julgamento:

1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). **4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social.** Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. [...] **8. Racismo. Abrangência.** Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a **definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.** (BRASIL, 2003, STF, HC: 82424/RS, Relator: Min. Moreira Alves) (grifo nosso)

Percebe-se, então, que o judiciário há muito realiza a interpretação extensiva no âmbito penal, fato que é amplamente aceito na doutrina (QUEIROZ, 2020, p. 130 e NUCCI, 2013, p. 106). Como na definição de racismo, também se vê a definição de grave ameaça (artigo 157 do CP) pelo STF no HC nº117.819/MG. Na realidade, ficou à cargo do intérprete a definição do que seria o crime de roubo, da mesma maneira que ocorre nos demais casos citados, quando recai sobre o Judiciário a necessidade de descrever as elementares do tipo para que as normas alcancem seus objetivos, mesmo que em prejuízo ao réu.

Assim sendo, fica evidente que, apesar da eminente importância do princípio da legalidade, fato é que a legalidade não funciona de modo literal como alguns doutrinadores pretendem. Como afirma Queiroz (QUEIROZ, 2020, p. 51), esse princípio não cumpre com suas funções dogmáticas, somente orienta a interpretação do texto legal de forma retórica. Nesse diapasão, Rosa Maria Cardoso da Cunha afirma:

[...] o princípio da legalidade dos delitos e das penas não constitui uma garantia essencial do cidadão em face do poder punitivo do Estado. **Não**

determina precisamente a esfera da ilicitude penal e, diversamente do que afirma a doutrina, não assegura a irretroatividade da lei penal que prejudica os direitos do acusado. **Tampouco estabelece a lei escrita como única fonte de incriminação e penas, impede o emprego da analogia em relação às normas incriminadoras ou, ainda, evita a criação de normas penais postas em linguagem vaga e indeterminada.** (CUNHA, 1979, p. 17 e 128, apud QUEIROZ, 2020, p.51) (grifo nosso)

A afirmação de Cunha se mostra verdadeira não só pela existência pacífica da interpretação extensiva no direito brasileiro, mas, também, pela figura das leis penais em branco. Como lume, verifica-se o artigo 33 da Lei nº11.343/2006, que dispõe, após seus dezoito verbos nucleares, a expressão “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Dessa maneira, a referida norma é classificada como uma lei em branco a partir do momento que somente alcança sua completude quando aplicado em conjunto com outra norma, qual seja uma norma regulamentar da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). Portanto, o legislador deixou como função de uma agência reguladora vinculada ao Poder Executivo definir quais condutas (substâncias entorpecentes) o poder repressivo estatal deveria perseguir.

A existência de tipos penais como os citados deixa ainda mais evidente que o princípio da legalidade não pode ser examinado de forma literal, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro não o segue em sua literalidade, ao utilizar-se de algumas faces da analogia. Ainda, vê-se que a Corte Constitucional brasileira delimitou, desde 2003, que a abrangência conceitual de racismo deve ser definida a partir de uma “interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal”.

4 O JULGAMENTO DA ADO nº26/DF E DO MI nº4.733/DF

4.1 FUNDAMENTOS CONTROVERTIDOS

O julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº26/DF e do Mandado de Injunção (MI) nº4.733/DF, impetrados respectivamente pelo Partido Popular Socialista (PPS) e pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexos (ABGLT), findou-se com o voto favorável por parte de oito dos onze ministros, vencidos os três restantes. A partir do conjunto de abordagens já apresentadas no presente, impera a necessidade de analisar os principais argumentos utilizados pelos ministros sob o escopo dos estudos de gênero e do direito penal constitucional.

Ressalva-se que, diante da natureza conjunta do julgamento e dos pleitos comuns das ações, os votos proferidos pelos ministros da Corte em sede do MI remetem-se aos seus votos proferidos na ADO, de maneira direta ou indireta, motivo pelo qual atenta-se aos últimos.

Relator da ADO, o ministro Celso de Mello proferiu voto de 157 laudas, aprofundado não só em temática de gênero e sexualidade, como também em estudos de questões raciais no Brasil e na doutrina constitucional acerca da função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal. O eminente sintetiza a pretensão do impetrante em três pontos, quais sejam a responsabilidade civil da União pelas agressões às vítimas dessa discriminação, a omissão do legislador e a compreensão da homotransfobia ao conceito racismo.

Quanto ao pleito de indenização por parte da União Federal, não restou dúvida entre os ministros que aquele não merecia guarida. Até mesmo o relator, no voto mais prolixo da Corte, entendeu que a improcedência do pedido dispensava maior fundamentação, tendo em vista a doutrina e jurisprudência consolidadas no sentido de ser incabível o pleito condenatório em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Não somente, é evidente que tal pedido se afasta das demais considerações necessárias naquele julgamento.

Como visto, a omissão legislativa é indiscutível quando se observa as diversas tentativas de tutela dos direitos sexuais barradas pelo Congresso Nacional, mesmo diante do expreso mandado constitucional pelo combate às discriminações. Ressalta-se que o ministro Marco Aurélio foi o único integrante da Corte que não reconheceu a mora inconstitucional do Poder Legislativo, posição que restou isolada até mesmo entre os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que opinaram pela improcedência parcial da ação, contrários somente à aplicação da Lei nº7.716/1989 às condutas homotransfóbicas. O relator assim sintetizou a pretensão:

A agremiação partidária denuncia, em sua postulação, o Poder Legislativo da União, afirmando que **estaria ele descumprindo, quanto aos integrantes desse grupo vulnerável, o mandamento constitucional que impõe ao Estado o dever de proteção à essencial dignidade das pessoas, a ser efetivado mediante tipificação penal dos atos de discriminação** praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero das vítimas de tais práticas discriminatórias.

[...] a discriminação dirigida contra os integrantes da comunidade LGBT [...] encontra-se igualmente alcançada pela norma constitucional que preconiza a punição de “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (CF, art. 5º, XLI), a significar, de acordo com o autor, que também **essa cláusula constitucional submete o Congresso Nacional à obrigação de editar o diploma legislativo necessário à incriminação dos atos e comportamentos resultantes de discriminação** ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero. (BRASIL, 2019a, p. 36-38, Voto do Relator) (grifo nosso)

Posto que esses dois pontos já estão delimitados e pouco foram controvertidos no julgamento, vê-se a necessidade de restringir a análise aos fundamentos acerca da possibilidade de enquadramento conceitual da homotransfobia ao racismo. Nesse ponto, é imprescindível citar o parecer da Procuradoria-Geral da República (PGR) na ação:

Condutas contrárias à liberdade de orientação sexual possuem nítido caráter discriminatório e violador da dignidade do ser humano, em patente confronto com esse conjunto de normas constitucionais. **A homofobia decorre da mesma intolerância que suscitou outros tipos de discriminação, como aqueles em razão de cor, procedência nacional, religião, etnia, classe e gênero.** [...]

Conforme destacou o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, no julgamento do ‘habeas corpus’ 82.424/RS, ‘limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerado **apenas o sentido léxico ou comum do termo**, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria natureza e prevalência dos direitos humanos’. [...] **O conceito de raça sob o viés biológico é obsoleto**, e

deve sua interpretação ser conferida de acordo com o princípio da dignidade do ser humano e o Estado Democrático de Direito. (apud BRASIL 2019a, p.104-106) (grifo nosso)

Em comentário acerca dessa manifestação, o ministro Celso de Mello ressaltou que não se trata de uma inovação teórica por parte da PGR, mas de uma tese já desenvolvida por autores como Guilherme de Souza Nucci (2010), Clara Moura Masiero (2014) e Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2017). Essa corrente entende que o conceito jurídico de racismo, da maneira como o constituinte o colocou no ordenamento, caracteriza-se pelas condutas que excluem e marginalizam social e juridicamente um determinado grupo identificado por um conjunto de “ideias, valores e condutas que se revelam comuns aos integrantes daquela mesma comunidade” (BRASIL, 2019a, p. 107, Voto do Relator).

Nessa linha, foi destacado o já citado Caso Ellwanger (HC 82.424/RS), no qual o STF ressaltou que, conforme estabelecido na Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais da Organização das Nações Unidas de 1978, quando considera-se o fato de que os seres humanos não são divididos em raças, inexistente um fator biológico, outra saída não há senão considerar que o racismo é resultado de um “processo de conteúdo meramente político-social” (BRASIL, 2003). Também em referência àquele julgado, o ministro Roberto Barroso afirmou:

Não se trata aqui da criação de condutas criminosas pela via judicial, de tipificação por **analogia ou de analogia in malam partem**. Trata-se, na verdade, de **reinterpretar o conceito de raça de forma consentânea com a definição que o STF lhe atribuiu há mais de quinze anos, quando afirmou que “o racismo é antes de tudo uma realidade social e política”** que cabe ao Direito coibir. O âmbito de incidência da norma, a definição do crime e a fixação da pena são **pré-existentes**. (BRASIL, 2019a, p. 299) (grifo nosso)

Barroso entende, então, que ocorreu uma “evolução da percepção social”, de modo que o conceito de racismo disposto no artigo 5º, inciso XLII, da Constituição, sofreu mutação constitucional, fazendo com que o sentido e o alcance daquela norma se modificassem, sem alteração do texto normativo. Ele reconhece, porém, que essa interpretação “não é a prevalecente até o momento”, de modo que não poderia ser aplicada a fatos pregressos (BRASIL, 2019a, p.298).

Quanto à possibilidade do reconhecimento dessa mutação pelo Judiciário, o ministro ressalta que, diante de uma escolha legislativa, pelo princípio da legalidade, O STF somente pode invalidá-la “quando não haja margem à dúvida razoável da afronta à Constituição”, cenário que se modifica quando o Congresso Nacional não cumpre uma ordem constitucional, que acarreta, segundo aquele, uma ampliação legítima do papel da Corte para “fazer valer a Constituição”. Por outro lado, o ministro Ricardo Lewandowski contraria tal entendimento:

Não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo, é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha. Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta. (BRASIL, 2019a, p. 511-512) (grifo nosso)

Ocorre que, nessa linha que também é adotada pelo ministro Marco Aurélio, confunde-se a interpretação jurisdicional com a violação da reserva legal. Da análise dos argumentos do impetrante, bem como da própria decisão colegiada, vê-se que não houve a criação de tipo penal, mas a interpretação de uma conduta já tipificada no ordenamento jurídico e, como dito, esse exercício interpretativo não foi uma inovação judiciária, visto que o entendimento aplicado foi construído no bojo do HC 82.424/RS, em 2003. Esse foi o caminho pelo qual seguiu o ministro Alexandre de Moraes:

A impossibilidade de colmatação da omissão constitucional por meio de criação de novo tipo penal pelo Poder Judiciário e a vedação de utilização de aplicação analógica in peius das normas penais como fonte criadora de infrações penais e respectivas sanções não se confundem com o legítimo exercício hermenêutico desta SUPREMA CORTE, em sede de jurisdição constitucional, absolutamente necessário, na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, especialmente no sentido de “**investigar e coordenar por modo sistemático**” (VICENTE RÁO. O direito e a vida dos direitos. São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 542. v. 2) [...] como salientado pelo mestre MIGUEL REALE, ao concluir que **o ato de julgar “não se reduz a uma atitude passiva diante dos textos legais”** (Lições preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 168). (BRASIL, 2019a, p. 262-263) (grifo nosso)

Assim, vê-se que não houve violação à reserva legal quando a Corte se ateve a declarar a possibilidade de aplicação do conceito jurídico de racismo – definido no HC 82.424/RS – às condutas homotransfóbicas. Tal caso adequa-se às citadas

interpretações acerca dos conceitos jurídicos de grave ameaça, constrangimento e penas cruéis, que são aceitas doutrinariamente mesmo quando ampliam o *jus puniendi* estatal.

Ainda, é fundamental notar que, destacando-se o voto do ministro Marco Aurélio, a linha argumentativa vencida é conveniente com o cenário de violência sistêmica de bens jurídicos a partir do momento que, mesmo diante da negação legislativa histórica e veemente ao reconhecimento e garantia de direitos da população LGBTQ+, aceita que o Judiciário permaneça inerte utilizando-se de argumentos de formalismo normativista. Assim, na prática, omitir-se-iam legislador e julgador, em afronta ao Estado Democrático de Direito, consideração essa tangente ao voto de Barroso:

Em circunstâncias normais, meu voto seria no sentido de fixar um prazo para o Congresso Nacional atuar e, somente no caso de persistir a omissão, determinar a integração da ordem jurídica, definindo a norma que deveria reger a matéria. Porém, aqui, é um **caso típico em que o processo político majoritário não dá conta de fazer valer o comando constitucional. Como informado pelo próprio Congresso Nacional, esse tema é debatido no âmbito do Poder Legislativo desde 1997. A falta de perspectiva de solução do tema no âmbito legislativo tornaria meramente formal e inócua uma fixação de prazo, nessas circunstâncias.** (BRASIL, 2019a, p. 295) (grifo nosso)

Assim, diante do cenário de “gritante ofensa a um sentido mínimo de justiça”, nas palavras do ministro Edson Fachin (BRASIL, 2019b, p. 40), vê-se que impera sobre a visão formalista, literal e ultrapassada do princípio da reserva legal - no sentido de que o STF seria limitado à concessão de prazo ao Congresso Nacional para cumprir o mandado constitucional de punição à discriminação - a necessidade da pronta atuação da Corte Constitucional de reconhecer o enquadramento da homotransfobia ao conceito jurídico de racismo, em cumprimento do seu papel contramajoritário.

4.1.1 Consequências práticas

Impera destacar que, embora neste entenda-se ser juridicamente legítima e possível a interpretação jurisdicional ampliativa em matéria de direito penal especificamente no que tange ao conceito jurídico de racismo, não se pode ignorar que, após a

criminalização da homotransfobia pelo Supremo Tribunal Federal, o cenário seguinte somente comprova as críticas trazidas pela doutrina do direito penal mínimo. Em outras palavras, vê-se que o julgamento, por mais que represente um marco histórico na tratativa de direitos sexuais no Brasil, demonstra que o direito penal não foi capaz de alterar a realidade da comunidade LGBTQ+.

Como citou-se anteriormente a fala de Cristina Luci Câmara, é ingênuo “imaginar que, de uma penada, a discriminação desapareça” (CÂMARA, 1993, p. 244, apud MARTINS, 2021, p. 154). Em pesquisa realizada pelo movimento All Out e coordenada pelo Instituto Matizes (BULGARELLI; FONTGALAND; MOTA; PACHECO e WOLF, 2021), constatou-se que a eficácia da decisão do STF depende da Administração Pública, que se mantém contrária ao combate à discriminação homotransfóbica.

Esse cenário, para os pesquisadores, decorre da face institucional da homotransfobia, que atua de forma a fazer com que órgãos e agentes públicos omitam-se quanto à discriminação ou, muitas vezes, se apresentem como autores daquela. A respeito do não reconhecimento da decisão, afirmam:

O que a pesquisa identificou na prática, porém, é que a eficácia de decisão acaba muitas vezes por depender de agentes e órgãos que, ao invés de acolher a vítima e reconhecer a violência sofrida, provocam uma **segunda forma de violência**. As barreiras que apontamos neste relatório nos permite afirmar que **a violência institucional LGBTfóbica perpetuada pelo Estado e seus agentes prejudicou a efetividade da criminalização da LGBTfobia nos seus dois anos em vigor**. (BULGARELLI; FONTGALAND; MOTA; PACHECO e WOLF, 2021, p. 13) (grifo nosso)

Esse prejuízo de efetividade foi demonstrado pelos relatos coletados de vítimas de homotransfobia que foram desestimuladas em sede policial a realizar uma *notícia criminis* ou representação criminal em face dos agressores. Ainda mais grave e recorrente, foi constatada uma enorme frequência de tentativas de servidores públicos (no geral, agentes de segurança pública) de ignorar a motivação preconceituosa das agressões ou minimizá-las, cenário similar ao que ocorre com as vítimas de crimes sexuais e dos praticados contra mulheres, em razão de seu gênero. A pesquisa conclui que:

O despreparo de agentes e órgãos públicos em acolher a vítima de LGBTIfobia ou reconhecê-la como tal também resulta, em grande parte dos casos, na desconfiança de ingressar ou prosseguir com a denúncia. Esses episódios demonstram que a violência institucional ocorre não apenas quando agentes e órgãos públicos agem de forma inadequada ou irregular, mas também na omissão do Estado em coibir violências e garantir acolhimento, a proteção à vítima e o **reconhecimento da agressão sofrida.**

Erradicar a violência institucional LGBTIfóbica em todas as suas manifestações é, mais do que uma necessidade, uma **condição urgente para combater as demais formas de violência sofridas pela população LGBTI+.** Afinal, para que a criminalização da LGBTIfobia seja uma realidade no Brasil, **é central que as pessoas LGBTI+ possuam as condições necessárias para denunciar e terem reconhecida e apurada a violência sofrida.** O papel do Estado em assegurar tais condições não é opcional. Trata-se, pelo contrário, de um dever de seus órgãos e agentes em **reconhecer a plena cidadania da população LGBTI+ no Brasil.** (BULGARELLI; FONTGALAND; MOTA; PACHECO e WOLF, 2021, p. 14) (grifo nosso)

Assim, os pesquisadores renovam as considerações feitas anteriormente neste trabalho acerca da necessidade de uma legislação específica para o combate à discriminação homotransfóbica, não bastando seu enquadramento à Lei nº7.716/1989. Fica claro que, quando se trata de uma violência estrutural simbólica e institucional, não se pode restringir a discussão ao mero uso do poder punitivo estatal, sendo indispensável um sistema processual similar ao trazido pela Lei Maria da Penha, sob pena de completa falibilidade da penada.

Portanto, três anos após o julgamento da ADO nº26/DF e do MI nº4.733/DF pelo STF, vê-se que o enquadramento da homotransfobia ao conceito de racismo, tipificando-a na Lei Caó, restou insuficiente, considerando a ausência de mecanismos de garantia de direitos fundamentais que não podem ser dadas pelo direito penal, e inadequada, tendo em vista que aquele texto legal não possui o condão de tutelar direitos sexuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ser humano é produto de fatores externos e alheios à sua vontade, como estruturas econômicas ou sociais que regulam o gênero, a raça e a sexualidade. Dessa maneira, o exercício do gênero e da sexualidade é objeto de relações de dominação entre indivíduos no corpo social, de modo que os sujeitos que não fazem parte da norma estabelecida historicamente são excluídos e vulnerabilizados.

A violência homotransfóbica encontra amparo na cultura popular, nas políticas governamentais, na legislação e no Direito, de forma que, ao mesmo tempo em que viola de forma constante os direitos básicos da pessoa humana, também atua de forma contrária às pesquisas e levantamentos estatísticos que estudem o infeliz cenário da comunidade LGBTQ+. Em decorrência do caráter estrutural desse preconceito, é distante a possibilidade de conquista de direitos fundamentais através do sistema político majoritário.

Viu-se que o Congresso Nacional impede, há décadas, a tramitação de projetos de lei que visam estabelecer políticas públicas de combate à LGBTfobia através da educação e políticas de informação, além de intervir diretamente no retardo de propostas criminalizantes desse tipo de preconceito. Assim, os corpos que compõe a diversidade sexual recorreram ao Poder Judiciário em busca de atendimento às suas pretensões, de modo que, desde o reconhecimento da união homoafetiva enquanto entidade familiar pela ADPF nº4.277 em 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou sua postura garantidora de proteção àquele grupo vulnerável.

De igual maneira, constatou-se que através do HC nº82.424/RS, em 2003, a Corte consagrou seu entendimento de que o combate ao racismo e às discriminações consignado no texto constitucional deve ser interpretado considerando-se o contexto histórico e social à época. Portanto, foi possível concluir neste trabalho que o conceito jurídico de racismo, delimitado há mais de 15 anos antes do julgamento da ADO nº26 e do MI nº4.733, também abarca as condutas homotransfóbicas, quando procede-se à interpretação sistemática e modernizadora de sua definição.

No que tange à possibilidade dessa interpretação pelo STF, verificou-se que o ordenamento jurídico brasileiro acomoda a interpretação analógica e ampliativa em matéria penal, mesmo sob o escopo do minimalismo penal, como é o caso dos conceitos dados judicialmente às expressões “grave ameaça”, “constranger” (artigos 157 e 217-A do Código Penal) e “penais cruéis” (artigo 5º, XLVII, “e”, da Constituição). Constatou-se, dessa maneira, que o princípio da legalidade não é absoluto ou literal, o que tornaria inviável o exercício interpretativo do julgador.

Diante dessa constatação, aferiu-se que o englobamento do conceito jurídico de racismo à homotransfobia não viola a competência legislativa, eis que não houve atividade criativa por parte do STF, considerando a pré-existência da tipificação das condutas racistas, procedendo-se tão somente ao reconhecimento de que a homotransfobia é enquadrada naquela. Nesse ponto, remetendo-se à própria natureza simbólica e institucional da violência homotransfóbica, viu-se que os doutrinadores do Direito aderiram ao formalismo normativista para criar barreiras jurídicas ao reconhecimento de direitos de minorias sociais.

Apesar dessa análise, identificou-se que a política criminal mais adequada para o tratamento das demandas da comunidade LGBTQ+ não se restringe à mera penalização de condutas preconceituosas. Apesar da inegável dimensão simbólica da decisão do STF, ela não obteve resultado na proteção de bens jurídicos, conforme pesquisa do movimento All Out coordenada pelo Instituto Matizes. Isso porque, quando se trata de uma violência estrutural simbólica e institucional, não se pode restringir a discussão ao mero uso do poder punitivo estatal, sendo indispensável um sistema processual similar ao trazido pela Lei Maria da Penha, sob pena de completa falibilidade da penada.

Por fim, conclui-se que, apesar de ineficaz e inadequada tanto para os fins almejados pela comunidade LGBTQ+ quanto para os fins do direito penal, a decisão do STF no bojo da ADO nº26 e do MI nº4.733, que enquadrava as condutas homotransfóbicas às tipificações da Lei nº7.716/89 até que sobrevenha lei específica emanada pelo Congresso Nacional, não viola a reserva legal e cumpre com os princípios gerais do direito penal constitucional ao reconhecer a necessidade de criminalização da homotransfobia.

REFERÊNCIAS

AGUILAR, Márcia Adriana Brasil; GONÇALVES, Josiane Peres. **Conhecendo a perspectiva pós-estruturalista**: breve percurso de sua história e propostas. Revista Conhecimento Online: Novo Hamburgo, 2017. Disponível em: <<http://periodicos.feevale.br/seer/index.php/revistaconhecimentoonline/article/view/460/1852>>. Acesso em: 29 maio. 2022.

BAHIA, Alexandre G. Melo Franco de Moraes; RIBEIRO, Gabriela Vital; AMORIM, Lohany Dutra. **LGBT**: sociedade plural e a busca pelo direito igualitário. In: DESLANDES, Keila (Coord.); BAHIA, Alexandre (Org.). **Homotransfobia e Direitos Sexuais**: debates e embates contemporâneos. Belo Horizonte: Autêntica, 2018. p. 103-115.

_____; BOMFIM, Rainer. **Análise dos precedentes que envolvem discriminação por orientação sexual no Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. In: DESLANDES, Keila (Coord.); BAHIA, Alexandre (Org.). **Homotransfobia e Direitos Sexuais**: debates e embates contemporâneos. Belo Horizonte: Autêntica, 2018. p. 31-51.

BARROSO, Luís Roberto. **Grandes Transformações do Direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy**. Belo Horizonte: Fórum Administrativo, 2017. p. 09-17.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan. 2011.

BEAUVOIR, Simone. **O Segundo Sexo: a experiência vivida**. Trad. Sérgio Millet. 4 ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1980.

BOLDT, Raphael. **Processo Penal e Catástrofe**: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2022.

_____. **Novo Código Penal da Armada.** Decreto nº18, de 07 de março de 1891. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-18-7-marco-1891-526137-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Art.,crimes%20ou%20aplicar%20IHes%20penas.>>. Acesso em: 29 maio. 2022.

_____. Decreto-Lei nº6.227, de 24 de janeiro de 1944. **Código Penal Militar.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del6227.htm>. Acesso em: 29 maio. 2022.

_____. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 29 maio. 2022.

_____. **Lei nº11343, de 23 de agosto de 2006.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 29 maio. 2022.

_____. **Decreto de 28 de novembro de 2007.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/dnn/Dnn11426.htm#:~:text=DECRETO%20DE%2028%20DE%20NOVE%20MBRO,Transexuais%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.&text=Il%20%2D%20avaliar%20e%20propor%20estrat%C3%A9gias,Art.>. Acesso em: 29 maio. 2022.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº134, de 21 de março de 2018.** Institui o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132701>>. Acesso em: 29 maio. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº82.424/RS.** 17 de setembro de 2003. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Relator: Min. Moreira Alves. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs>>. Acesso em: 29 maio. 2022.

_____. _____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº3.682/MT**. 09 de maio de 2007. Inatividade do legislador quanto a dever de elaborar a lei complementar a que se refere o §4º do artigo 18 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº15/1996. Ação Julgada Procedente. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em:
<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>>.
Acesso em: 29 maio. 2022.

_____. _____. **Habeas Corpus nº 92.626/RS**. 25 de março de 2008. Furto qualificado. Concurso de agentes. Figura penal apenada com sanção autônoma. Aplicação analógica da majorante do crime de roubo. Impossibilidade. Reincidência. Causa obrigatória de aumento de pena. Ordem denegada. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em:
<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14722356/habeas-corpus-hc-92626-rs>>.
Acesso em: 29 maio. 2022.

_____. _____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4.277/DF**. 05 de maio de 2011a. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em:
<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>.
Acesso em: 29 maio. 2022.

_____. _____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ**. 05 de maio de 2011. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em:
<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>.
Acesso em: 29 maio. 2022.

_____. _____. **Recurso Extraordinário nº477.554/MG**. 01 de julho de 2011. União civil entre pessoas do mesmo sexo. Legitimidade constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar. A função contramajoritária do supremo tribunal federal no estado democrático de direito. Recurso extraordinário conhecido e provido. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22926636/recurso-extraordinario-re-477554-mg-stf>>. Acesso em: 29 maio. 2022.

_____. _____. **Habeas Corpus nº107.638/PE**. 13 de setembro de 2011. Constitucional e penal. Crime militar. Princípio da insignificância. Reconhecimento na instância castrense. Possibilidade. Direito penal. Ultima ratio. Conduta manifestamente atípica. Rejeição da denúncia. Ordem concedida. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Disponível em:
<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20621167/habeas-corpus-hc-107638-pe-stf>>. Acesso em: 29 maio. 2022.

_____. _____. **Habeas Corpus nº117.819/MG**. 22 de outubro de 2013. Penal e Processual Penal. Habeas Corpus. Subtração Ide Coisa Alheia Móvel. Condenação Pela Prática Do Crime De Roubo. Grave Ameaça Não Configurada. Desclassificação Para O Delito De Furto. Ordem Concedida. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24593867/habeas-corpus-hc-117819-mg-stf/inteiro-teor-112087504>>. Acesso em: 29 maio. 2022.

_____. _____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 291/DF**. 28 de outubro de 2015. Artigo 235 do código penal militar, que prevê o crime de pederastia ou outro ato de libidinagem. Não recepção parcial pela constituição de 1988. Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864041256/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-291-df-distrito-federal-9991723-7620131000000>>. Acesso em: 29 maio. 2022.

_____. _____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4275/DF**. 01 de março de 2018. Pessoa transgênero. Alteração do prenome e do sexo no registro civil. Possibilidade. Direito ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal, à honra e à dignidade. Inexigibilidade de cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>>. Acesso em: 29 maio. 2022.

_____. _____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº26/DF**. Inteiro Teor. 13 de junho de 2019a. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Min. Celso de Melo. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 29 maio. 2022.

_____. _____. **Mandado De Injunção nº4.733/DF**. Inteiro Teor. 13 de junho de 2019b. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros - ABGLT. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em: 29 maio. 2022.

BULGARELLI, Lucas; FONTGALAND, Arthur; MOTA, Juliana; PACHECO, Dennis; WOLF, Leona. **LGBTifobia no Brasil**: barreiras para o reconhecimento institucional da criminalização. São Paulo: All Out e Instituto Matizes. 2021. Disponível em: <<https://relatorio.alloutbrasil.org/>>. Acesso em: 29 maio. 2022.

CARVALHO, Salo de. Homofobia. In: _____; DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia do Preconceito**: racismo e homofobia nas ciências criminais. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO, Salo de. **Sobre a criminalização da homofobia**: perspectivas desde a criminologia queer. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 99, v. 20, nov. 2012.

CARVALHO, C. O. de, & MACEDO JÚNIOR, G. S. (2019). '**Ainda vão me matar numa rua**': direito à cidade, violência contra LGBTs e heterocisnormatividade na cidade-armário. Revista De Direitos E Garantias Fundamentais, 20(2), 143-164. Disponível em: <<https://doi.org/10.18759/rdgf.v20i2.1018>>. Acesso em: 29 maio. 2022.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Reação Social**. Tradução e acréscimos de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

Conversando com o Nucci. **#9 Criminalização da homofobia**. Locução de: Guilherme de Souza Nucci. Podcast. 03 de março de 2020. Disponível em: <<https://open.spotify.com/episode/7k92gJpLLOLbkvAktlFIjL?si=dc52ca24fc234482>>. Acesso em: 29 maio. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e Direitos LGBTI**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIVAN, G. A., & SANTOS, C. N. dos. (2019). **Diversidade sexual e sua proteção**: antinomias e contrassensos políticos da crítica criminológica frente à necessidade de tutela penal. Revista De Direitos E Garantias Fundamentais, 20(1), 125-154. Disponível em: <<https://doi.org/10.18759/rdgf.v20i1.1403>>. Acesso em: 29 maio. 2022.

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

FILHO, Marcelo de Oliveira; COSTA, Volneida. **Debate sobre o papel do Estado e a discussão da orientação sexual e da identidade de gênero na proposta de base nacional comum curricular**. In: DESLANDES, Keila (Coord.); BAHIA, Alexandre (Org.). Homotransfobia e Direitos Sexuais: debates e embates contemporâneos. Belo Horizonte: Autêntica, 2018. p.67-73.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v6-bx.pdf>>. Acesso em: 29 maio. 2022.

GÊNERO E NÚMERO. **Violência contra LGBTQ+ no contexto eleitoral e pós eleitoral**. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <<http://violencialgbt.com.br/>>. Acesso em: 29 maio. 2022.

GRUPO GAY BAHIA. **Relatórios Anuais de Morte de Homossexuais**. Salvador, [201-]. Disponível em: <<https://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-homossexuais/>>. Acesso em: 29 maio. 2022.

INDONÉSIA. Comissão Internacional de Juristas. **Princípios de Yogyakarta: Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. 2006. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 29 maio. 2022.

JUNQUEIRA, R. D. **Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas**. Belo Horizonte: Revista Bagoas, 2007. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2256>>. Acesso em: 29 maio. 2022.

JESUS, Beto de et. al. **Diversidade Sexual na Escola: uma metodologia de trabalho com adolescentes e jovens**. São Paulo: Ecos, Corsa, 2008.

LOURO, Guacira Lopes (Org.). **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

LOURO, Guacira Lopes. **Educação e docência: diversidade, gênero e sexualidade**. Revista Brasileira de Pesquisa sobre Formação de Professores. Belo Horizonte: Formação Docente. 2011.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Teoria da constituição: modernidade, identidade e (lutas por) reconhecimento**. Ijuí: Unijui, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PORTUGAL. **Ordenações Afonsinas de 1446**. Coimbra: Real Imprensa da Universidade de Coimbra, 1792. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/20280>>. Acesso em: 29 maio. 2022.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral: arts. 1º a 120**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. Salvador: JusPodivm, 2020.
RIOS, Roger Raupp. **Direitos Sexuais: orientação sexual e identidade de gênero no direito brasileiro**. In: DESLANDES, Keila (Coord.). **Homotransfobia e Direitos Sexuais: debates e embates contemporâneos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2018. p. 131-167.

SANCHES, Danielle; CONTARATO, Andressa; AZEVEDO, Ana Luísa. **Dados públicos sobre violência homofóbica no Brasil: 28 anos de combate ao preconceito**. Rio de Janeiro: DAPP-FGV, 2019. Disponível em: <<http://dapp.fgv.br/dados-publicos-sobre-violencia-homofobica-no-brasil-28-anos-de-combate-ao-preconceito/>>. Acesso em: 29 maio. 2022.

SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. **Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009. p. 14-16.

TRANSGENDER EUROPE. **Trans Murder Monitoring**. Brasil, 2016. Disponível em: <<https://tgeu.org/transgender-day-of-visibility-2016-trans-murder-monitoring-update/>>. Acesso em: 29 maio. 2022.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2000.

VALADARES, Gustavo; ALMEIDA, João Paulo Rodrigues. **Direito Constitucional: a LGBTfobia como resultado do discurso de ódio** In: DESLANDES, Keila (Coord.); BAHIA, Alexandre (Org.). **Homotransfobia e Direitos Sexuais: debates e embates contemporâneos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2018. p.53-66.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Petição inicial à ADO nº26/DF**. In: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Min. Celso de Melo, 20 fev. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 29 mai. 2022.