



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

FERNANDA MAROCCOLO CARDOSO

**CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA À LUZ DOS MOVIMENTOS POLÍTICO-
CRIMINAIS CRÍTICOS**

BRASÍLIA
2021
FERNANDA MAROCCOLO CARDOSO

**CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA À LUZ DOS MOVIMENTOS POLÍTICO-
CRIMINAIS CRÍTICOS**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): Carolina Costa Ferreira

**BRASÍLIA
2021**

FERNANDA MAROCCOLO CARDOSO

**CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA À LUZ DOS MOVIMENTOS POLÍTICO-
CRIMINAIS CRÍTICOS**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): Carolina Costa Ferreira

BRASÍLIA, DIA, MÊS, 2021

BANCA AVALIADORA

Professora Carolina Costa Ferreira

Professor(a) Avaliador(a)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a mim mesma, pela determinação e perseverança, principalmente nos dias mais difíceis, e pelo amor e compaixão que cada dia mais aprendo a ter comigo mesma.

Agradeço aos meus pais, pelo amor incondicional constante na minha vida. Ao meu pai, a quem me ensina diariamente a importância de escutar àqueles ignorados pela maioria. À minha mãe, pelo apoio e companheirismo sem fim, durante a realização desse trabalho.

Agradeço aos meus avós, por todo amor, carinho, apoio e colo. Sem eles toda essa trajetória teria sido mais dura.

Agradeço a minha orientadora Prof.^a Carolina Costa Ferreira, pelo constante amparo, pela dedicada orientação, pelo incentivo e pela incessante paciência conosco orientandos.

Agradeço aos meus amigos e amigas, que participaram de todos os momentos da minha graduação, tanto bons quanto ruins, pelo carinho e suporte. Em especial às minhas queridas amigas Ana Flávia, Mariana, Rafaela e Sophia, pelo amor, apoio, paciência, companheirismo, por celebrarem comigo minhas vitórias e por chorarem comigo as minhas perdas.

Agradeço à Penélope, a “irmã mais velha” que a vida me deu, pelo amor, carinho, paciência, apoio, por ter acreditado e acreditar em mim, ainda quando eu falhe em fazer o mesmo comigo.

Agradeço ao UniCeub, seu corpo docente, direção e administração pelas experiências proporcionadas e pelos aprendizados.

A repressão do diverso, em todos os sistemas normativos particulares em que ocorre, do direito à religião, à escola, à família, é uma técnica essencial para a conservação da desigualdade e do poder alienado.

BARATTA, Alessandro.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a legitimidade da criminalização da LGBTfobia à luz de uma criminologia *queer* e dos movimentos político-criminais críticos contemporâneos, quais sejam, o abolicionismo radical, o direito penal mínimo e o realismo de esquerda, bem como analisar a criminalização pelo Supremo Tribunal Federal da LGBTfobia no Brasil, via Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Para a discussão do tema, debateu-se acerca da existência de uma criminologia *queer* e das diferentes perspectivas apresentadas pelos movimentos político-criminais críticos citados, além das consequências do enquadramento da homotransfobia no conceito de racismo, resultante da criminalização pelo Supremo Tribunal Federal. Desse modo, foi realizado um estudo doutrinário a respeito da Criminologia Crítica e dos movimentos político-criminais críticos dela derivados e considerou-se, como objeto, tanto a pauta de criminalização defendida pelo movimento LGBTQIA+, quanto os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de saber se a criminalização é uma das medidas necessárias para se extinguir o preconceito e a discriminação contra os indivíduos da comunidade LGBTQIA+, se foi adequada a criminalização da LGBTfobia feita pelo Supremo Tribunal Federal e quais foram suas consequências para o sistema de justiça criminal e para a sociedade. A relevância do tema reside na imprescindibilidade da aproximação dos estudos criminológicos críticos ao campo jurídico-legislativo para que se tenha uma adequada proteção ao grupo LGBTQIA+, que, apesar da criminalização por parte do Supremo Tribunal Federal, ainda carece de uma estrutura estatal específica.

Palavras-chave: Criminalização. Legitimidade. LGBTfobia. Criminologia Crítica. Criminologia *Queer*. Abolicionismo. Direito Penal Mínimo. Realismo de Esquerda.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL.....	11
1.1 Modelo de Ciência Penal Global.....	11
1.2 Os movimentos político-criminais contemporâneos da Criminologia Crítica e sua atuação no Direito Penal.....	16
1.3 A Criminologia Crítica e seus movimentos de revelação simbólica de bens jurídicos.....	24
A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	43
2.1 O julgamento da ADO 26 e do MI 4733 pelo Supremo Tribunal Federal – STF: principais argumentos.....	44
2.2 A Criminologia Crítica chegou ao STF?.....	62
AS CONSEQUÊNCIAS DO JULGAMENTO DA ADO 26 E DO MI 4733 PARA O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL.....	66
3.1 Pesquisa Empírica no DF.....	66
3.2 A Criminologia Crítica e os movimentos sociais: críticas e defesas à criminalização de condutas que se relacionam com a tutela de bens jurídicos.....	82
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	91
REFERÊNCIAS.....	94
ANEXO A - TESES FIXADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	101
ANEXO B - PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF) NO MI N. 4733.....	102

INTRODUÇÃO

Considerando-se que o sistema carcerário está superlotado e que o Poder Judiciário aponta a existência de muitos mandados de prisão ainda não cumpridos, percebe-se que o atual sistema de justiça criminal não atende às necessidades da sociedade ao falhar no alcance dos seus objetivos, quais sejam, a repressão da ocorrência de novos crimes e a promoção da reinserção social do agente infrator. Ademais, a maioria dos apenados que praticou crimes patrimoniais pertencem à classe mais pobre da sociedade, a demonstrar que o ponto nodal da questão decorre da desigualdade econômica entre classes sociais.

Além disso, apesar da crescente lotação do sistema carcerário¹, diversos grupos minoritários têm seus pleitos ignorados, sendo marginalizados juridicamente e, conseqüentemente, carecendo de uma devida proteção jurídico-estatal. Em verdade, a manutenção do atual sistema é útil às classes dominantes, uma vez que os efeitos desse sistema pouco atingem essa classe, atingindo majoritariamente as classes menos privilegiadas.

Desse modo, inicialmente, apresenta-se o conceito de ciência penal global, formulado por Franz von Liszt, composto por Criminologia, Política Criminal e Direito Penal, para questionar os fundamentos de manutenção do sistema penal e seus objetivos omitidos que dão origem à sua identidade dogmática penal. Como aludido por Zaffaroni, considerando-se o direito penal um direito que não cumpre com as suas promessas dogmáticas², é exposta a contribuição que a Criminologia – outra ciência componente do modelo de ciência penal global – pode trazer para o sistema de justiça criminal, principalmente no que diz respeito à criminalização ou descriminalização de condutas penais.

Nesse contexto, demonstra-se como a Criminologia Crítica, com seus movimentos político-criminais contemporâneos, quais sejam, o Abolicionismo Radical, o Direito Penal

¹ Conforme a SISDEPEN, só no primeiro semestre de 2020 o número total de presos e monitorados eletronicamente do sistema penitenciário brasileiro era de 759.518, sendo que 678.506 representa o número de presos privados de liberdade. O total de vagas do sistema prisional brasileiro é de 446.738, assim, o déficit de vagas é de 231.768. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMjU3Y2RjNjctODQzMi00YTE4LWUwMDAtZDIzNWQ5YmIzMzk1IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 04 abr. 2021.

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro – I. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p. 114. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2976382/mod_resource/content/2/BATISTA%2C%20Nilo%3B%20ZAFFARONI%2C%20Eugenio%20Raul%3B%20ALAGIA%2C%20Alejandro%20e%20SLOKAR%2C%20Alejandro.%20ed.%20Direito%20Penal%20Brasileiro.%20Primeiro%20Volume%20E2%80%93%20Teoria%20Geral%20do%20Direito%20Penal.%20Rio%20de%20Janeiro%20Revan%2C%202003%2C%20p.%20114-130..pdf. Acesso em: 04 abr. 2021.

Mínimo e o Realismo de Esquerda, possui um papel imprescindível no debate acerca da legitimidade da utilização do sistema penal para resguardar bens jurídicos dos grupos minoritários, em especial, o grupo LGBTQIA+, tema deste trabalho.

No momento atual da sociedade, em que predominam preconceitos, desinformações e violências, o Abolicionismo é uma proposta que, apesar de ser inovadora, não considera a necessidade de ainda haver a criminalização de certas condutas para o resguardo de bens jurídicos fundamentais dos indivíduos da comunidade LGBTQIA+, pois propõe um rompimento drástico com o sistema vigente.

Enquanto isso, o Direito Penal Mínimo, embora pregue uma menor intervenção estatal nos conflitos, e o Realismo de Esquerda certificam a legitimidade da utilização do sistema penal para resguardar os direitos fundamentais das pessoas LGBTQIA+, além de apresentarem alternativas não encarceradoras, com vistas a reduzir o número de encarceramento e a impedir a limitação de seu alcance para as classes menos beneficiadas.

Assim, para compreender um pouco mais as dinâmicas de controle penal a respeito da tutela de direitos fundamentais de pessoas LGBTQIA+, toma-se como objeto de análise as decisões na ADO 26 e na MI 4733 pelo Supremo Tribunal Federal, para verificar a (in)adequação da expansão da Lei nº 7.716/1989, assim como a existência, ou não, de incorporação dos estudos criminológicos críticos pelos Ministros na análise da criminalização da LGBTfobia, além de suas consequências para o sistema de justiça criminal e para a sociedade.

O interesse na pesquisa apresentada decorre da sua relevância social e jurídica, afinal, trata-se de uma discussão em um panorama de omissão legislativa e com frequentes violações a direitos fundamentais de pessoas LGBTQIA+.

Para tanto, o trabalho se empenhou na realização de uma revisão bibliográfica da doutrina, de livros, de artigos e de periódicos, bem como na análise crítica dos argumentos e dos pedidos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal em seus votos. Em seguida, foi realizada uma pesquisa empírica sobre os dados de violência contra a comunidade LGBTQIA+, desde antes da criminalização até o momento atual, com vistas a compreender o comportamento do sistema de justiça criminal após a criminalização.

O tipo de pesquisa utilizado foi exploratório, para relacionar os movimentos político-criminais críticos de reforma do sistema penal com a defesa de bens jurídicos reivindicados pelos grupos minoritários, em especial aos relativos às pessoas LGBTQIA+. Ainda foi utilizada a pesquisa descritiva, ao registrar e analisar os dados de violência LGBTfóbica.

O estudo do presente trabalho dividir-se-á em três capítulos. O primeiro para abordar as relações entre Criminologia, Política Criminal e Direito Penal e evidenciar tanto os defeitos do modelo de ciência penal global, quanto a contribuição da Criminologia Crítica para a sua reforma ou extinção, do mesmo modo que contribui para o processo de (des)criminalização de condutas penais. Também serão abordados os movimentos político-criminais de revelação simbólica de bens jurídicos da Criminologia Crítica, com atenção especial à Criminologia *Queer*, uma criminologia voltada à proteção do grupo LGBTQIA+.

O segundo capítulo tratará da criminalização da LGBTfobia realizada pelo Supremo Tribunal Federal, no qual se avalia a adequação do processo de criminalização por meio da expansão da Lei nº 7.716/1989. Em seguida, analisar-se-á o julgamento da ADO 26 e do MI 4733 pelos Ministros, por meio dos argumentos utilizados, com o intuito de verificar se houve adoção da Criminologia Crítica em seus votos.

Por fim, no último capítulo, serão expostas as consequências dessa criminalização para o sistema de justiça criminal e para a sociedade, por meio da avaliação de dados concernentes à violência LGBTfóbica. Ao final, com base na Criminologia Crítica e em seus movimentos político-criminais, debater-se-á sobre a ampliação do sistema penal para abarcar condutas que se relacionam com a tutela de bens jurídicos defendidos pelos movimentos sociais, em especial o movimento LGBTQIA+ e a criminalização da violência LGBTfóbica.

Logo, o presente trabalho chegará à conclusão de que, conforme entendimento do movimento minimalista e do movimento realista de esquerda, os avanços da comunidade LGBTQIA+ na esfera cível não são suficientes para proteger devidamente esse grupo, que ainda continua sofrendo ataques graves aos seus direitos básicos como ser humano. Dessa forma, essa comunidade deve ter a tutela dos seus bens jurídicos firmadas no Direito Penal, levando em consideração o incentivo à utilização de penas alternativas, visto que o encarceramento já se provou falho ao controle social e prejudicial para os que dele são vítimas, e sem olvidar de absorver os discursos produzidos pelos atores sociais afetados pela LGBTfobia, para assim, garantir uma efetiva proteção.

1 – AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL

1.1. O modelo de Ciência Penal global

Inicialmente, discutiremos as disposições históricas e os objetivos omitidos do sistema penal global que formam a identidade da dogmática penal enquanto paradigma de uma ciência penal, que serviu e serve como justificativa para a manutenção desse sistema.

O modelo de ciência penal global, na lição de Nilo Batista, apesar de se apresentar como liberal, o que seria vinculado à produção de garantias para o cidadão, caracteriza-se na prática como um direito que não exerce realmente as técnicas garantidoras que deveria, uma vez que se tem como prioridade os delitos contra o Estado³.

É importante esclarecer que, conforme expõe o autor, o direito não seria algo que foi revelado ao homem ou que foi descoberto por sua razão, como comumente ensinado, mas é “produzido pelo grupamento humano e pelas condições concretas em que esse grupamento se estrutura e se reproduz”⁴. Dessa forma, no campo das ciências criminais, o Direito Penal realiza funções dentro e para uma determinada sociedade que se organiza de uma forma específica, cada uma conforme suas peculiaridades.

Sabemos que as funções realizadas pelo Direito Penal são inúmeras, como, por exemplo, a função educativa, a função transformadora, mas a mais predominante é a sua função conservadora, ou seja, de controle social, pois assegura uma certa ordem econômica e social, que busca garantir o consenso entre todos ou, se não, a resignação forçada dos que destoarem dos valores impostos⁵.

Assim, apesar de o Direito Penal ser formado conforme a realidade de uma determinada sociedade, ele também interatua com ela, tornando-se um dos meios que condicionam a prevalência daquela realidade. Assim expõe Miranda Rosa: “se o direito é condicionado pelas realidades do meio em que se manifesta, entretanto, age também como elemento condicionante”⁶.

Releva destacar a diferença existente entre Direito Penal e Sistema Penal. O Direito Penal é “o conjunto de normas jurídicas que preveem os crimes e lhes cominam sanções, bem

³BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, 2007.p. 12.

⁴ Ibidem, p. 18.

⁵ Ibidem, p. 22.

⁶ ROSA, F.A de Miranda, **Sociologia do Direito**, Rio de Janeiro: Zahar, 18ª edição, abril de 1992, p. 57.

como disciplinam a incidência e validade de tais normas, a estrutura geral do crime e a aplicação e execução das sanções cominadas”⁷. O Direito Penal constitui, assim, o parâmetro legal ao qual o Sistema Penal deve obediência.

O Sistema Penal, em tese, seria o conjunto das instituições policial, judicial e prisional que funcionariam nos limites das determinações legais, a configurar, como exposto por Cirino dos Santos, um “sistema garantidor de uma ordem social justa”⁸.

Percebe-se que a definição leva em conta a ideia de que o Sistema Penal seria um sistema que atingiria igualmente as pessoas, portanto igualitário e justo, pois teria como objetivo a prevenção adequada do delito, o que não ocorre em realidade.

Acerca do objetivo de prevenção existente no Sistema Penal, Alessandro Baratta observa que este, assim como outros princípios que lhe servem de base, faz parte da Ideologia da Defesa Social que é utilizado como fundamento para a repressão realizada pelos sistemas penais⁹.

Essa ideologia construída pela Escola Clássica do Direito Penal, a despeito de, ao longo dos anos, ter adquirido novos pressupostos, não perdeu sua principiologia básica, a qual abrange o princípio da legitimidade, o princípio do bem e do mal, o princípio da culpabilidade, o princípio da prevenção (ou finalidade), o princípio da igualdade e o princípio do interesse social (ou do delito natural)¹⁰.

De acordo com Baratta¹¹, o princípio da legitimidade diz respeito à legitimação do Estado, que seria a representação da sociedade para a repressão da criminalidade por meio das instâncias oficiais de controle social (legislação, judiciário, polícia...). O princípio do bem e do mal é a ideia de que o delito é um elemento negativo e disfuncional do sistema social, então, dessa forma, o delito representaria o mal enquanto a sociedade representaria o bem.

Segundo o princípio da culpabilidade, por contrariar os valores presentes na sociedade, o delito seria a expressão de uma atitude interior reprovável. O princípio da prevenção é a crença de que a pena não tem apenas o dever de retribuir, mas também de prevenir a ocorrência do crime.

⁷ BATISTA, op. cit., p. 24.

⁸ SANTOS, Cirino dos, *Direito Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 23.

⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 6ª edição, 2020., p. 41.

¹⁰ *Ibidem*, p. 42.

¹¹ *Ibidem*, p. 42.

O princípio da igualdade é a noção de que a reação penal se aplica de forma igual para todos. Por último, o princípio do interesse social diz respeito à crença de que os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos.

Em verdade, o Sistema Penal funciona de uma forma seletiva, alcançando certas pessoas que integram certos grupos sociais e também de uma forma repressiva, afinal, como exposto por Nilo Batista, “seu desempenho é repressivo, seja pela frustração de suas linhas preventivas, seja pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais, legais ou ilegais”¹².

Dessa forma, a pena, que deveria exercer a função ressocializadora do indivíduo, produz um efeito contrário, que estigmatiza o apenado frente à sociedade, uma vez que é vista socialmente como algo degradante e que está diretamente ligada a uma determinada classe social menos favorecida.

É essa característica estigmatizante do indivíduo o objeto de estudo do *Labeling Approach* ou Teoria do Etiquetamento/Reação Social. Segundo essa teoria, a criminalidade não é algo inerente ao indivíduo, mas uma etiqueta atribuída a determinados indivíduos que a sociedade enxerga como delinquentes. O comportamento desviante é aquele rotulado como tal pelas instâncias oficiais de controle social¹³.

Além disso, busca-se entender como os rótulos estabelecidos pela sociedade e aplicados por essas instâncias refletem um quadro social e favorecem a criação de estigma de “delinquente” em certos grupos sociais, remodelando a própria percepção individual daqueles que são rotulados¹⁴.

É esse estudo do crime como fato social, do delinquente, juntamente com a delinquência, assim como as normas de comportamento em sociedade, as condutas que as violam e, conseqüentemente, a reação social à essa violação, o objeto de estudo da Criminologia.

Lola Aniyar de Castro define a criminologia como “a atividade intelectual que estuda os processos de criação das normas penais e das normas sociais que estão relacionadas com o comportamento desviante; os processos de infração e de desvio destas normas; e a reação social, formalizada ou não, que aquelas infrações ou desvios tenham provocado: o seu processo de criação, a sua forma e conteúdo e os seus efeitos”¹⁵.

¹² BATISTA, op. cit., p. 26.

¹³ BARATTA, p. 89.

¹⁴ Ibidem, p. 90.

¹⁵ CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da Reação Social**. Rio de Janeiro: Forense, 1ª edição, 1983, p. 52.

Assim como o entendimento do que é a Criminologia não é padrão, existem diversos tipos de Criminologias, cada qual com suas peculiaridades funcionais, teóricas e conceituais. O entendimento mais antigo e que legitima os diversos sistemas penais existentes, incluindo o nosso, é o da Criminologia Positivista, cujo objeto de estudo ficou centrado apenas na sociologia do direito penal, na sociologia do comportamento desviante e na etiologia do comportamento delitivo¹⁶.

A Criminologia Positivista deixou de questionar a estrutura política do sistema penal, qual seja, quem determina o que é crime ou não; porque se determina que algumas condutas sejam crime e outras não; quais são os interesses envolvidos nessas determinações, e finalmente quais as reações sociais ao desvio, tanto da sociedade quanto das instituições formais de controle, e à imposição das penas¹⁷.

Como assinala Nilo Batista, “a racionalidade ou a justiça da ordem legal e das instituições que integram o sistema penal, bem como as funções por elas desempenhadas numa sociedade dividida em classes, não são absolutamente inquiridas pelo criminólogo positivista”¹⁸.

Para esta criminologia, o evento criminal seria um evento individual, totalmente dissociado da racionalidade e da justiça da ordem legal, exclusivamente associado às condições mentais do indivíduo, procurando assim encontrar um padrão, até mesmo fenotípico, para o que caracterizaria um “homem delinquente”.

Foi considerada a figura do “delito natural”, que seria uma lesão do senso moral (sentimentos altruísticos fundamentais – piedade e probidade), senso este que, segundo Garofalo¹⁹, estaria presente nas “raças humanas superiores” e que, por conseguinte, seriam indispensáveis à “adaptação do indivíduo à sociedade”.

A “nova” criminologia que surgiu após essa, a utilizada hoje em dia e que faz jus à definição dada por Lola Aniyar, denomina-se Criminologia Crítica. Essa criminologia questiona o porquê e para quem foi elaborado o Código Penal, não se limitando apenas ao texto legal e ao estudo do comportamento delitivo, mas levando em consideração os comportamentos desviantes (que geram forte desaprovação social) e a realidade política da sociedade²⁰.

¹⁶ BATISTA, op. cit., p.29.

¹⁷ Ibidem, p. 29 - 30.

¹⁸ Ibidem, p. 31.

¹⁹ GAROFALO, Raffaele. **Criminologia**: estudo sobre o direito e a repressão penal seguido de apêndice sobre os termos do problema penal. Campinas: Pétrias, 1997.

²⁰ CASTRO, op. cit., p. 32.

Isto posto, acerca do crime, esta criminologia explica que, conforme Molina²¹: “A infração não é uma qualidade intrínseca da conduta, senão uma qualidade atribuída à mesma através de complexos processos de interação social, processos altamente seletivos e discriminatórios”.

Dessa forma, como explica Baratta, o crime é um fenômeno político, sendo que o criminoso pertenceria a grupos sociais minoritários que teriam sido induzidos a agir contra a lei, uma vez que os grupos majoritários teriam instrumentalizado o Direito e o Estado conforme suas necessidades, ou seja, criminalizando condutas contrárias aos seus interesses. Por consequência, o processo de criminalização demonstraria um conflito entre detentores do poder e os indivíduos submetidos ao poder, os que carregam consigo o status de criminoso.

Nesse sentido, esta criminologia lida com a realidade do desempenho do sistema penal na sociedade, a qual entende ser distinta da ideia exposta nas normas penais, uma vez que “a igualdade formal do sujeito jurídico ocultaria a desigualdade real de indivíduos concretos, em chances de criminalização”²².

É desse progresso do estudo do crime na sociedade que surgem as políticas criminais. Tais políticas caracterizam-se, atualmente, pelos princípios e recomendações para a devida transformação ou até mesmo reforma do atual sistema penal, subdividindo-se entre política de segurança pública, relativa às instituições policiais; política judiciária, própria das instituições judiciais, e política penitenciária, tocante às instituições prisionais.

Outrora, e arrisco dizer, o que ainda é a base de pensamento aqui no Brasil, as políticas criminais eram vistas apenas como guia para o direito penal, como princípios que orientariam o Estado na “luta contra a criminalidade”, o que só reforça a característica repressiva dos sistemas penais e, conseqüentemente, o fracasso das medidas penais em reprimir o crime, em especial da pena privativa de liberdade, como é percebido pela sociedade²³.

A própria mídia cobra um melhor aparelhamento estatal inspirando a sociedade a reclamar um ordenamento penal mais severo do que o atual, entendendo ser a falta de políticas criminais mais rigorosas o feitor da atual falta de segurança na sociedade²⁴. À vista disso, continua-se punindo o mesmo grupo de pessoas, pelos mesmos crimes, sejam eles, tráfico de

²¹ MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Criminología: Una Introducción a sus fundamentos teóricos para Juristas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 226-227.

²² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 15.

²³ BATISTA, op. cit., p. 35.

²⁴ BEZERRA, Aléxis Mendes. Política Criminal no Brasil?, **Revista Opinião Jurídica**, 2009, n. 11. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/1852-6055-1-SM.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2021.

entorpecentes e crimes contra o patrimônio, demonstrando o grande foco existente em políticas criminais para “defender a sociedade” e a carência de foco na prevenção de crimes²⁵.

Além disso, outra crítica necessária é a inexistência de um posicionamento estatal único e coeso sobre quais políticas devem ser tomadas no que tange a criminalidade, deixando de lado um arranjo lógico e sem um claro objetivo social, o que é consequência da falta de diálogo entre a academia e o judiciário. Assim o que ocorre é um tratamento inconstante e desordenado acerca do crime pelo judiciário²⁶.

Alessandro Baratta indica certas estratégias para se ter uma adequada política criminal: não reduzir a política de transformação social à política penal; entender que o sistema penal é ontologicamente desigual, a seletividade faz parte da sua natureza; lutar pela abolição da pena privativa de liberdade e travar a batalha cultural e subjetiva contra a legitimação do direito desigual através das campanhas de lei e ordem²⁷.

O autor assim expõe que “Depois de substituída a política criminal por uma política integral de proteção dos direitos, a política do direito penal seria parte integrante desta”²⁸.

Nesse passo, “uma política criminal moderna orienta-se no sentido da descriminalização e da desjudicialização, ou seja, no sentido de contrair ao máximo o sistema punitivo do Estado, dele retirando todas as condutas antissociais que podem ser reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais”²⁹.

1.2. Os movimentos político-criminais contemporâneos da Criminologia Crítica e sua atuação no Direito Penal

Em um contexto de superlotação do sistema carcerário e com uma criminalidade cada vez mais crescente, apesar das promessas do sistema penal, é que surgiu a Criminologia Crítica.³⁰ Apesar de não se ter uma adequada delimitação teórica dos diferentes movimentos político-criminais contemporâneos do controle penal oriundos da criminologia crítica, entre as

²⁵ ALENCASTRO, Carlos. Por onde anda o direito penal? *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44281>. Acesso em: 14 jan. 2021.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ BARATTA, Alessandro. *Defesa dos direitos humanos e política criminal – Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1997. p. 57-69.

²⁸ *Ibidem*, p. 68.

²⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª edição, 1991, p. 17.

³⁰ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. São Paulo: Saraiva, 5ª edição, 2013, p. 136.

propostas de reforma ou até mesmo de eliminação do sistema penal destacam-se o movimento Abolicionista Radical e o movimento Minimalista³¹.

O Abolicionismo Radical é o movimento que, ao questionar a legitimidade do sistema penal em sua totalidade, busca abolir tanto as prisões quanto a própria existência do Direito Penal, por entender a justiça penal como “incontrolável distribuidora de sofrimento desnecessário, materialmente desigual e expropriatória dos direitos dos envolvidos no conflito, principalmente das vítimas”³².

Um dos principais apontamentos desse movimento é o de que a punição sempre esteve conectada à ideia de vingança, seja uma vingança pessoal e pública, como acontecia quando não se tinha um sistema judiciário, seja nas figuras dos suplícios, como exposto por Michel Foucault³³, quando os infratores sofriam penas corporais, inclusive penas de morte, as quais, mais tarde, com as modificações sofridas pela teoria da pena, foram substituídas pelas restrições de liberdade e de direitos.

À vista disso, a reação formal penal seria completamente inútil, sendo necessária a substituição do modelo atual de justiça criminal por instâncias informais ou não-penais de controle, exclusivamente. Assim, esse movimento político-criminal compreende ser um dos pontos mais importantes neste processo, devolver às partes envolvidas no conflito o poder sobre a resolução deste, por meio da aproximação da pessoa “vitimizada” e da pessoa “criminalizada”, como ocorre no processo de conciliação e mediação³⁴.

Isso facilitaria um diálogo construtivo entre os dois envolvidos, levando ao desenvolvimento pelo infrator de uma consciência de classe, fazendo-o entender as contradições sociais que o levaram à prática da reação lesiva e, em contrapartida, também fazer a vítima compreender a condição de precariedade socioeconômica que leva à opressão do infrator, servindo como impulso para o cometimento do delito.

Acerca disso, um dos (ex) defensores desse movimento, Nils Christie, explicita que a falta de diálogo entre as pessoas para resolver pequenos conflitos no lugar do Estado, como uma perturbação entre vizinhos, somada à influência midiática que divulga notícias alarmantes

³¹ PEREIRA, Carlos Eduardo Sousa. Movimentos do Direito Penal Moderno: Minimalismo, Garantismo e Abolicionismo. **Revista Âmbito Jurídico**, n. 180, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/movimentos-do-direito-penal-moderno-minimalismo-garantismo-e-abolicionismo/>. Acesso em: 10 set. 2020.

³² CARVALHO, op., cit., p. 136.

³³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 20º. Ed, 1999. p. 12.

³⁴ PAVAN, Janaina Fernanda da Silva. O pensamento abolicionista como solução para o problema do encarceramento: utopia ou realidade?. **Revista Liberdades**, n. 23, 2016, p. 106/107. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/28/EscolasPenais2.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

e sensacionalistas sobre o aumento da criminalidade, gera uma atmosfera de medo, estimulando preconceitos e estereótipos acerca do crime e do criminoso³⁵.

Acima foi colocado o termo “ex-defensor” pois, apesar de suas obras ainda serem muito utilizadas como contribuição para o movimento abolicionista radical, Christie entendeu que, em determinadas situações, como, por exemplo, quando as partes não desejam se reconciliar, havendo uma resistência, seja tanto por parte do agressor, quanto por parte da vítima, deve haver uma atitude positiva do Estado com vistas à resolução do conflito. Assim, o autor vai ao encontro do pensamento minimalista e, reconhecendo isso, declara-se atualmente como apoiador desse movimento político-criminal crítico³⁶.

Ainda, Nils Christie defende que atos se tornam crimes por uma criação a partir da atribuição de significado a eles e que, em diversos casos, o que seria algo tipificado como crime, no meio de vivência daquele indivíduo, é algo tido como normal, dificilmente reconhecido como tal. “Em outros ambientes – e a vida familiar é apenas um de muitos exemplos – as condições sociais são tais que criam resistências a identificar os atos como crimes e as pessoas como criminosas”³⁷.

Diante disso, alega que o funcionamento da justiça criminal se volta para uma operação segundo uma lógica binária, dicotomizada, que aspira separar “atos corretos ou incorretos, pessoas culpadas ou inocentes”³⁸.

Louk Hulsman apresenta três argumentos inspirados na teoria do interacionismo simbólico para defender a ideia do abolicionismo radical. Assim, por meio do entendimento de que o sistema penal exerce um controle desigual e, portanto, seletivo, ele seria responsável: pela injusta distribuição de rótulos entre classes sociais subalternas e estigmatizadas pela aversão da classe mais privilegiada ao seu estilo de vida; pelo acirramento do conflito existente entre a vítima e imputado e, por último, pela configuração de uma ordem opressora que, visando sempre a sua expansão, nega qualquer tentativa de retração³⁹.

Para ele, o crime seria então uma decisão política que traduziria a manifestação de poder e a vontade do Estado, sendo essa decisão determinada não pela necessidade de proteção dos indivíduos, como ela se justifica, mas pela vontade de manter a formação social atual e suas estruturas dominante. “Um belo dia, o poder público para de caçar bruxas e aí não existem mais

³⁵ PAVAN, op. cit., p. 108.

³⁶ Ibidem, p. 108.

³⁷ CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**. Trad. Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 13.

³⁸ Ibidem, p. 136.

³⁹ PAVAN, op. cit., p. 110.

bruxas. [...]. É a lei que diz onde está o crime; é a lei que cria o ‘criminoso’”⁴⁰. Desse modo, o sistema penal consistiria em um problema em si mesmo, por não demonstrar eficácia na resolução dos problemas que se propõe solucionar.

Assim como entendido por Nils Christie, acerca da influência midiática que gera medo nas pessoas, Hulsman compreende que, por conta desse discurso que causa pânico, cercando o crime de uma aura perigosa e de mistério que não seria passível de controle por meios convencionais, passa-se a admitir qualquer meio para seu controle⁴¹.

Dessa forma, Hulsman acrescenta ser necessária uma mudança radical na própria linguística dos discursos do desvio (abolicionismo acadêmico), bem como a remoção do vocabulário de termos como “criminalidade”, “crime” e “política criminal”, que, ao seu ver, perpetuam uma lógica que retira a capacidade das partes de atuarem no processo de resolução da situação problema, o que não atenderia nem aos interesses da vítima, nem aos do imputado, originando assim um obstáculo para a estruturação de alternativas ao conflito que atendam melhor às partes. Para o criminólogo, não existem crimes nem delitos, mas situações problemáticas:

O exercício do poder do Estado de punir apoia-se em um discurso que tem sua tônica na desinformação e na exacerbação da forte carga emocional, que, desde a linguagem, é passada pelo sistema penal. Hulsman classifica essa linguagem particular como um dialeto penal, um discurso da repressão a dramatizar, demonizar e isolar pessoas e acontecimentos, assim ocultando seus reais predicados⁴².

Hulsman socorre à cifra oculta que diz respeito aos crimes que ocorrem, mas que não entram no sistema penal, não compondo as estatísticas fornecidas pelos tribunais e delegacias, para afirmar que os conflitos são, em sua maioria, solucionados em esferas alternativas em vez de serem abarcados pela justiça criminal. Portanto, preconiza a utilização de meios para se resolver os conflitos que não a punição, como a mediação, arbitragem, terapia, entre outros⁴³.

Desse modo, ele apresenta como alternativa à justiça criminal, a justiça civil e administrativa, acreditando que elas promoveriam uma melhor aproximação entre os indivíduos, possibilitando uma resolução à base do diálogo entre a vítima e o infrator⁴⁴.

Já para outro defensor desse movimento, Thomas Mathiesen, reconhecendo que a existência do sistema penal está vinculada à estrutura de produção capitalista, propõe não se limitar à abolição do sistema penal, como também a abolição de qualquer outra estrutura

⁴⁰ PAVAN, op. cit., p. 110.

⁴¹ Ibidem, p. 111.

⁴² PASSETTI, Edson (org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

⁴³ PAVAN, op. cit., p. 110.

⁴⁴ Ibidem, p.110.

repressiva da sociedade. Ele passa a negar a possibilidade de aplicação de penas alternativas, temendo que essas penas se transformassem em novas estruturas carcerárias⁴⁵.

O autor apresenta duas soluções para que aconteça uma reforma drástica na necessidade de um sistema penal, para que ocorra a sua abolição. Primeiramente, Mathiesen explicita a necessidade de criação de políticas sociais direcionadas aos sujeitos vulneráveis da sociedade e à descriminalização das drogas; em segundo lugar, levando em conta que a maior parte da população carcerária é composta por pessoas que praticaram crime contra propriedade, a guerra contra o crime na verdade deveria ser uma guerra contra a pobreza⁴⁶.

Ele defende que uma redução nos problemas derivados da pobreza e do desemprego, conseqüentemente reduz a criminalidade. Ademais, o criminólogo preconiza a criação de novas formas de proteção à vítima, pois afirma que o sistema atual deixa a vítima desamparada ao se focar demais na punição do infrator⁴⁷.

Nesse contexto, ele expõe que “a balança de punições dá à vítima pouca satisfação”⁴⁸, uma vez que, mesmo procurando a tutela penal, a vítima procura também uma compensação econômica por parte do Estado, um apoio simbólico em caso de luto, abrigos para pessoas que precisam de proteção, centro de apoios para mulheres que sofreram violência e até mesmo uma solução do conflito por diálogo como a mediação e conciliação.

O principal problema observado nas propostas abolicionistas é a ausência da oferta de uma solução operacional clara para sair do agora e chegar ao fechamento do cárcere. Nesse viés, o Minimalismo, movimento que surgiu como alternativa ao movimento Abolicionista Radical, assim como este, reconhecendo a seletividade do sistema penal, a debilidade do sistema carcerário e o favorecimento da impunidade dos indivíduos pertencentes aos grupos de poder, apresenta um meio de se sair do atual sistema penal para, futuramente, se falar em uma abolição desse sistema⁴⁹.

Nesse contexto, a grande diferença entre eles é que o direito penal mínimo não busca uma imediata abolição do sistema penal, mas sua intervenção mínima nas soluções dos conflitos. Isto ocorre pois entende-se que, sem que ocorra primeiro uma mudança da estrutura

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 5ª edição, 2001, p. 98.

⁴⁶ PAVAN, op. cit., p. 109.

⁴⁷ CARVALHO, op. cit., p. 249.

⁴⁸ MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XII – abolição, um sonho possível?. **Revista Digital Verve** da PUC/SP, ed. n° 4, 2003, p. 96. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/4964/3512>. Acesso em: 18 de out. 2020.

⁴⁹ INCOTT JR, Paulo. Precisamos conversar sobre Abolicionismo Penal. **Revista Justificando**, 2017. Disponível em: < <http://www.justificando.com/2017/01/19/precisamos-conversar-sobre-abolicionismo-penal/> >. Acesso em 18 de out. 2020.

na atual sociedade em que vivemos, o abolicionismo não funcionaria. Inclusive, poderia gerar um “regresso” ao tempo em que, na falta de um sistema regulador, as pessoas se utilizavam da própria força para se vingarem, crendo ser isso a justiça⁵⁰.

Para esse movimento, a partir de uma intervenção mínima, o sistema penal passaria a ser aplicado subsidiariamente, como um instrumento alternativo, quando outros meios como o sistema civil e administrativo fossem esgotados⁵¹.

Sobre esse ponto, assevera Baratta,

Nós sabemos que substituir o direito penal por qualquer coisa melhor somente poderá acontecer quando substituirmos a nossa sociedade por uma sociedade melhor, mas não devemos perder de vista que uma política criminal alternativa e a luta ideológica e cultural que a acompanha, devem desenvolver-se com vistas à transição para uma sociedade que não tenha necessidade do direito penal burguês⁵².

Busca-se, então, uma política criminal, ou melhor social, que proteja a minoria marginalizada, os mais fracos, para evitar injustiças, descriminalizando certas condutas da criminalidade comum, substituindo-as por controles sociais não estigmatizantes, enquanto amplia o sistema punitivo para proteger interesses individuais e comunitários em áreas como saúde, ecologia, segurança do trabalho e reforçando a repressão da criminalidade econômica, do poder político e do crime organizado⁵³.

Baratta⁵⁴ apresenta certas estratégias para se alcançar uma política criminal que ampare as classes subalternas, as dominadas. A primeira estratégia é esclarecer que, por vivermos em uma sociedade de diferenças de classes, a política criminal não deve se ater apenas a uma reforma ao âmbito do exercício da função punitiva estatal (a lei penal e seu modo de execução), criando apenas “substitutivos penais”, devendo, em verdade, acarretar uma transformação não só social, mas também das instituições de controle social, pois só assim se alcançaria os valores da igualdade, da democracia e de modos de vida comunitária e civil mais humanos.

Em segundo plano, com a compreensão de ser o direito penal um direito desigual, duas medidas devem ser tomadas. Primeiramente, deve-se ampliar a tutela penal para áreas de interesse essenciais para a vida, a saúde e o bem-estar da comunidade, sendo elas, a criminalidade econômica e financeira, os crimes contra a saúde pública, contra o meio ambiente e, aqui acrescento, contra as minorias, em especial contra a comunidade LGBTQIA+. Estas

⁵⁰ PEREIRA, op.cit.

⁵¹ Ibidem.

⁵² BARATTA, op. cit., p. 207.

⁵³ Ibidem, p. 207.

⁵⁴ Ibidem, p. 200 – 205.

áreas que, por serem deixadas a segundo plano pelo atual sistema penal em decorrência de interesses da classe dominante, ainda são precariamente protegidas pelo nosso ordenamento⁵⁵.

Em contrapartida, seria contraída ao máximo a tutela penal em relação a alguns delitos que nasceram sob a ideia de uma concepção autoritária e ética do Estado⁵⁶, como por exemplo, o atual crime de aborto, os crimes contra a moralidade pública e aqueles contra a personalidade do Estado. Seriam, assim, descriminalizadas totalmente certas condutas, enquanto outras seriam substituídas por formas de controle legal que não fossem estigmatizantes, como sanções administrativas ou civis. Dessa forma, busca-se uma profunda reforma no processo e na organização judiciária e policial.

Em terceiro lugar, levando em conta o fracasso da instituição carcerária, seja em controlar e em prevenir a criminalidade, quanto em reeducar o condenado e em promover sua reinserção social, faz-se necessária uma reforma que vise diminuir o seu alcance. Pugnando pela futura abolição carcerária, Baratta⁵⁷ apresenta certas táticas, sendo elas: a implantação de medidas alternativas em substituição à pena; a ampliação das formas de suspensão condicional e de livramento condicional; a introdução de maneiras de execução da pena em regime de semiliberdade; a reavaliação do trabalho carcerário e, por último, a abertura do cárcere para a sociedade, mediante a colaboração de entidades locais.

Baratta⁵⁸ oferece como alternativa ao mito da reeducação social, a compreensão pelos acusados das contradições sociais que os levaram a uma reação individual e egoísta, que é o cometimento do crime, desenvolvendo neles a consciência de classe que se transformaria em participação na ação política dentro do movimento da classe.

Por fim, considerando que a opinião pública exerce um papel importante nos processos ideológicos e psicológicos que legitimam o sistema penal desigual, uma vez que criam os estereótipos de criminalidade e do criminoso, atuando como processo informal de reação ao desvio e à criminalidade, além de produzirem a falsa representação de uma solidariedade social geral contra um “inimigo comum”, Baratta⁵⁹ expõe a imprescindibilidade do desenvolvimento de uma consciência alternativa na sociedade por meio de um trabalho de crítica ideológica, de produção científica e de informação.

⁵⁵ BARATTA, op. cit., p. 200 – 205.

⁵⁶ Vide a Exposição de Motivos do Código Penal Brasileiro e a utilização dos princípios da ideologia da defesa social como no item 18 “O princípio da culpabilidade estende-se, assim, a todo o Projeto. Aboliu-se a medida de segurança para o imputável. Diversificou-se o tratamento dos partícipes, no concurso de pessoas.”

⁵⁷ BARATTA, op. cit., p. 200 – 205.

⁵⁸ Ibidem, p. 203.

⁵⁹ Ibidem, p. 200 – 205.

Vale ressaltar que, para os defensores desse movimento político-criminal crítico, os direitos humanos são prioridade para a ideia da intervenção penal mínima, pois o direito penal mínimo seria um mecanismo de defesa desses direitos contra a presença de um Estado e de direitos deficientes, como é o caso do nosso atual sistema penal que os desrespeita diversas vezes, principalmente pela sua característica seletiva.

Por conseguinte, compreende-se que a crítica ao sistema penal, sem que se proceda a sua devida adequação à atual realidade da sociedade, resultaria em modelos teóricos pouco operacionais e utópicos, pensados para outras realidades sociais. Como bem exposto por Baratta,

a luta por uma sociedade democrática e igualitária seria inseparável da luta pela superação do sistema penal – mas, paradoxalmente, também seria inseparável da defesa do direito penal: contra os ataques às garantias legais e processuais; contra o próprio direito penal, para conter e reduzir a área de penalização e os efeitos de marginalização e divisão social; e através do direito penal, ainda uma resposta legítima para solução de determinados problemas⁶⁰.

Por consequência, ter-se-ia uma intervenção estatal para resguardar os bens vitais para a vida em sociedade que não ultrapassaria os seus limites, dando prioridade à dignidade humana, princípios e garantias constitucionais, por reconhecer que outros ramos do direito seriam capazes de resolver muitos desses conflitos.

Vale relembrar que o (ex) defensor do movimento abolicionista radical, Nils Christie, atualmente considera-se um minimalista, pois acredita que em determinadas situações o Estado deve intervir, como em casos em que as partes não desejam conciliar-se, havendo resistência ou por parte do agressor ou por parte do agredido⁶¹.

Depois de externados esses pontos, conclui-se que a Criminologia Crítica originou movimentos político-criminais que, apesar de suas diferentes propostas, conversam com o movimento contra a LGBTQIA+ fobia, seja o abolicionismo radical (total) do sistema penal ou seja o minimalismo, o qual traz a permanência de um sistema penal mais contido como meio para sua futura abolição.

O abolicionismo radical pugna pela não criminalização da LGBTQIA+ fobia, entendendo ser o sistema penal uma forma frustrada de controle social e de controle do desvio, confiando que apenas os controles sociais informais, como as sanções administrativas e civis, bem como uma política social de conscientização da população, seriam o necessário para exterminar as discriminações contra esse grupo.

⁶⁰ SANTOS, op. cit., p. 18

⁶¹ Como classifica Nils Christie, em entrevista (OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FONSECA, André Isola. Conversa com um abolicionista minimalista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 21, p. 13-22, 1998, p. 14).

Enquanto isso, o movimento político criminal minimalista, ao passo que reconhece o importante papel das sanções administrativas e civis, bem como a gritante necessidade de políticas sociais, por parte do Estado, que objetivem a conscientização da população, entende que o sistema penal não deve ser extinguido, mas sim contido, abarcando algumas condutas enquanto descriminaliza outras.

Assim, esse movimento político-criminal crítico, ao conjugar com o movimento LGBTQIA+, oferece um caminho que consiste no entendimento de que a LGBTQIA+ fobia seria uma das causas abarcadas pelo sistema penal, assim fazendo parte das situações excepcionais que seriam penalizadas, porém, não excluindo seu amparo nos controles informais.

1.3. A Criminologia Crítica e seus movimentos de revelação simbólica de bens jurídicos

Ao tratar da Homofobia, Salo de Carvalho⁶² defende a criação de novos campos de reflexão na crítica criminológica pela intersecção do ativismo político na defesa dos direitos humanos com a teoria *queer*.

Nesse ponto, o autor inova ao levar o foco para a desnecessidade de tradução do termo “queer”, por entender que ela traz conotações homofóbicas para se referir à homossexualidade (gay, bicha, veado, boneca), provocando uma reflexão sobre uma espécie de “política da tradução” e, conseqüentemente, provoca um choque hermenêutico⁶³.

Deixar a cargo do leitor a escolha do melhor significado para a palavra “queer” é uma provocação proposta para tentar evidenciar os níveis de preconceito e de discriminação presentes em nós mesmos. Acho importante, aqui, discutir se a categoria “queer” pode substituir as categorias LGBTQIA+.

A intersecção entre as ciências criminais e os estudos *queer* evidenciam que a palavra “queer” apresenta duas perspectivas: uma teórica, decorrente dos impactos dos estudos *queer* nas ciências jurídicas (*queer legal theory*) e no direito penal, bem como na criminologia (*queer criminology*), e uma prática, esta última ligada às lutas por direitos e reconhecimento da igualdade de gays, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros, queers, intersexo e demais grupos e variações de sexualidade e gênero (LGBTQIA+). As duas perspectivas buscam

⁶² CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 202.

⁶³ *Ibidem.*, p. 202.

a desconstrução do paradigma da masculinidade heterossexual e da inferiorização da mulher, assim como da negação da diversidade sexual⁶⁴.

Alguns poderiam acreditar ser inadequada a nomenclatura escolhida, porquanto este termo representaria apenas um dos subgrupos presentes no grupo LGBTQIA+ (a letra “Q”), deixando de agregar as lésbicas (“L”), gays (“G”), bissexuais (“B”), transexuais (“T”), intersexos (“I”), assexuais (“A”). Vale destacar que o “+” é utilizado para incluir outros grupos e variações de sexualidade e gênero⁶⁵.

O *Queer* presente na sigla representa as pessoas que transitam entre as noções de gênero (feminino e masculino), como por exemplo é o caso das *drag queens*. Entendem então que tanto a orientação sexual, quanto a identidade de gênero, não são resultado da funcionalidade biológica, mas sim, resultado de uma construção social⁶⁶.

A expressão “teoria *queer*” ou “*queer theory*” nasceu com Teresa de Lauretis em seu artigo “*Queer Theory: Lesbian and Gay Sexualities*” publicado em 1991 na revista *Differences*. Denilson Lopes expõe que, apesar dos estudos gays e lésbicos serem precedentes ao surgimento da teoria *queer*, e também terem sido bases para essas, seriam considerados deficientes na representação da multiplicidade sexual. Assim, a teoria *queer* retrataria de uma forma melhor os novos entendimentos e busca pela igualdade dos diversos sujeitos sexuais existentes atualmente⁶⁷.

Queer é tudo isso: é estranho, raro, esquisito. *Queer* é, também, o sujeito da sexualidade desviante- homossexuais, bissexuais, transexuais, travestis, *drags*. É o excêntrico que não deseja ser integrado e muito menos tolerado. *Queer* é um jeito de pensar e de ser que não aspira ao centro e nem o quer como referências; um jeito de pensar que desafia as normas regulatórias da sociedade, que assume o desconforto da ambiguidade, do entre lugares, do indecível. *Queer* é um corpo estranho que incomoda perturba, provoca e fascina”. (LOURO 2004).⁶⁸

Dessa maneira, defende-se ser adequada a nomenclatura dada, em razão do termo “queer” representar as diversidades entre sexo biológico, gênero e orientação sexual que resistem ao modelo heteronormativo, na busca pela concretização da pluralidade social e

⁶⁴ CARVALHO, op. cit., p. 204.

⁶⁵ SILVA, Gabriele. **Qual o significado da sigla LGBTQIA+?** Entenda o significado de cada letra e a sua importância para o movimento. Disponível em: <https://www.educamaisbrasil.com.br/educacao/dicas/qual-o-significado-da-sigla-lgbtqia>. Acesso em: 17 jan. de 2021.

⁶⁶Ibidem.

⁶⁷ MIRANDA, Olinson Coutinho e GARCIA, Paulo César. A Teoria Queer como representação da cultura de uma minoria. **III Encontro Baiano de Estudos em Cultura**. Disponível em: <http://www3.ufrb.edu.br/ebecult/wp-content/uploads/2012/04/A-teoria-queer-como-representa%C3%A7ao-da-cultura-de-uma-minoria.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2021.

⁶⁸ LOURO, Guacira Lopes. **O corpo estranho: Ensaio sobre sexualidade e teoria queer**.

Belo Horizonte: Autêntica, 2004. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/entreideias/article/view/2771/1950>. Acesso em: 17 jan. 2021.

cultural. A própria tradução conota a algo “excêntrico”, “extraordinário”, que foge da regra – aqui a da heteronormatividade social e cultural.

Além de que o uso do instrumental metodológico da perspectiva teórica que o termo “queer” apresenta – conjunto de perspectivas distintas e muitas vezes distantes da formação de um sistema dogmático de pensamento - torna mais complexo o estudo das distintas dimensões da violência e, ainda, dos impactos positivos e negativos das demandas descriminalizadoras que são apontadas pela perspectiva prática⁶⁹.

Essa dupla perspectiva, teórica e política, é comum à maioria dos novos movimentos sociais como, por exemplo, o movimento de mulheres encontra sustentação nas teorias feministas; o verde na ecologia política; o negro nos estudos sobre as relações raciais; o antimanicomial na antipsiquiatria e, da mesma forma, o movimento LGBTQIA+ legitima suas ações nos estudos *gays* e nas teorias *queer*⁷⁰.

Tais teorias dialogam com a teoria feminista, com os estudos culturais, com a sociologia da sexualidade, com a psicologia social e com o direito (*queer legal theory*).⁷¹

As teorias *queer* buscam desestabilizar as zonas de conforto culturais criadas pelo heterossexismo, as quais foram estabelecidas historicamente como meios de regulação e de controle social, tais como a polarização entre homens e mulheres e a institucionalização da heteronormatividade compulsória⁷².

De acordo com Welzer-Lang⁷³:

o heterossexismo é a discriminação e a opressão baseada em uma distinção feita a propósito da orientação sexual. O heterossexismo é a promoção incessante, pelas instituições e/ou indivíduos, da superioridade da heterossexualidade e da subordinação simulada da homossexualidade. O heterossexismo toma como dado que todo mundo é heterossexual.

Essa definição da norma heterossexual como natural, e criação do binarismo hétero/homossexual, determina um mecanismo de poder que define a diferença como desvio ou anomalia. O controle social formal passa a ser instrumentalizado nos processos de patologização da diferença (psiquiatria) e de criminalização (direito penal).

Sobre isso, Foucault⁷⁴ indica que, historicamente, na construção de uma teoria geral da degeneração por Morel (1857), foram dados diversos elementos para justificar moralmente as

⁶⁹ CARVALHO, op. cit., p. 204.

⁷⁰ Ibidem, p. 204.

⁷¹ Ibidem, p. 205.

⁷² Ibidem, p. 205.

⁷³ WELZER-LANG, Daniel. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia. **Estudos Feministas**, 2001, p. 467. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ref/v9n2/8635.pdf>. Acesso em: 19 set. 2020.

⁷⁴ CARVALHO, op. cit., p. 204.

técnicas de identificação, classificação e intervenção dos “anormais”, possibilitando a reorganização das redes institucionais, que, se utilizando da psiquiatria e da justiça, serviram como estrutura de “ajuda” dos desviantes e “defesa” da sociedade.

Em verdade, fica estabelecida uma lógica heteronormativa que potencializa as demais formas de violências e vitimiza a diversidade sexual.

Essa lógica, segundo Salo de Carvalho⁷⁵, cria fundamento para um complexo processo de legitimação da violência heterossexista, que é decomposto em três níveis para a configuração das culturas heteronormalizadoras: violência simbólica — cultura homofóbica — que cria discursos de inferiorização da diversidade sexual e de orientação de gênero; violência das instituições — homofobia de estado —, geradora da criminalização e patologização das identidades não heterossexuais, e violência interpessoal — homofobia individual —, que visa anular a diversidade por meio de violência real.

A teoria *queer* tenta desconstruir a hierarquia firmada entre hétero e homossexualidade, além de superar a lógica binária que rotula as pessoas como hétero ou homossexuais, rompendo com a fixidez dos conceitos, por entender que hierarquização, binarismo e fixidez instituem e legitimam no dia-a-dia diversas formas de violência homofóbica⁷⁶.

Assim como as teorias feministas, a teoria *queer* procura desconstruir o paradigma que institui como regra a masculinidade heterossexual que desencadeia a opressão feminina (misoginia) e a anulação da diversidade sexual (homofobia)⁷⁷.

Para clarificar a ligação existente entre machismo e homofobia, é importante recordar que os homossexuais, e aqui me refiro aos homens, foram e são diversas vezes zombados por compartilharem características psíquicas e no jeito de ser com as mulheres, que, portanto, seriam inferiores. Assim, quanto mais “afeminado” o homem fosse, mais preconceito sofreria, enquanto aqueles com características masculinas seriam mais respeitados⁷⁸.

Como explica Maya, “a homofobia se manifesta no psiquismo em termos de um medo do feminino, um medo de ser gay, pois na nossa cultura os homens homossexuais são vistos como mulheres, como seres inferiores, herança oitocentista da feminilização do homem homossexual(...)”⁷⁹.

⁷⁵ CARVALHO, op. cit., p.206.

⁷⁶ Ibidem, p. 207.

⁷⁷ Ibidem, p. 210.

⁷⁸ Ibidem, p. 210.

⁷⁹ MAYA, Acyr C. L. **Homossexualidade: saber e homofobia**. 2008. Tese (Doutorado em Teoria Psicanalítica) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp083949.pdf>. Acesso em: 18 set. 2020.

Ainda acerca da fala de Maya, não se pode ignorar que as ciências sociais atuais, em vez de olharem como algo patológico, enxergam a homofobia como algo muito mais derivado de uma construção social do que algo derivado da mente, de uma fobia (medo inconsciente).

Isto posto, sobre um viés não patologizador, Junqueira expõe que a homofobia é entendida como referência às “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”⁸⁰. É a partir disso que trataremos das formas existentes de manifestação da violência homofóbica.

Em relação à violência simbólica (cultura homofóbica), inúmeros discursos científicos acabam sendo marcados pelo senso comum homofóbico, em razão da historicidade da homossexualidade que foi sempre, ou ignorada, ou posta como oposição ao padrão cultural. Em especial, nos primórdios da criminologia, na Criminologia Positivista, a heteronormatividade, especificamente a masculina, era assumida como um dos principais recursos de interpretação do desvio e também servia como critério para a catalogação das anomalias⁸¹.

O modelo positivista tratava o crime e o criminoso como restos bárbaros da humanidade que deveriam ser controlados ou extinguidos, ou seja, o papel da criminologia era o de anular qualquer vestígio de barbaridade do ser humano. À vista disso, da mesma forma que o criminoso representaria a negação do homem civilizado, o homossexual, sendo considerado um “anormal” como o criminoso, também seria uma representação de restos bárbaros, menos civilizados no homem, reforçando o ideal da heterossexualidade e demonstrando a constituição científica homofóbica da criminologia.

Surgem, então, movimentos descontínuos de ruptura com a criminologia ortodoxa, vindo o primeiro da Escola de Chicago, com o pensamento de Sutherland e de Becker⁸², que constrói a ideia do *labelling approach* ou teoria do etiquetamento, que busca desfazer a ideia de que o crime é uma unidade fixa e estável, não existe como entidade. Nils Christie⁸³, por exemplo, resume o paradigma do etiquetamento na criminologia para definir o crime como um produto de processos culturais, sociais e mentais.

⁸⁰ JUNQUEIRA, Rogério D. Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas. **Revista Bagoas**, Belo Horizonte, v.1, 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2256/1689>. Acesso em: 18 set. 2020.

⁸¹ CARVALHO, op. cit., p. 213.

⁸² Ibidem., p. 213.

⁸³ Ibidem., p. 213.

Para Becker⁸⁴, o crime é a consequência de um processo de criminalização que seleciona condutas, aplica regras e pune o desviante, logo, o comportamento que se considera criminoso é aquele assim rotulado pela sociedade. Nesse viés, tanto Becker, quanto Sutherland, evidenciam a presença do crime também nas atividades corriqueiras dos sujeitos que representam a cultura burguesa, como nos crimes do colarinho branco por exemplo, o que afasta a compreensão de criminalidade aliada a uma minoria que resiste às normas da cultura.

Nesse ponto, Salo de Carvalho destaca as posições de vulnerabilidade (grupos marginalizados) ou de imunidade que adquirem os sujeitos diante da incidência estigmatizadora do sistema punitivo⁸⁵.

Diferentemente da teoria do etiquetamento, que desloca o crime e o criminoso do gueto pré-civilizado e coloca-os no centro da cena político-cultural — universaliza portanto o crime na vida pública —, o segundo movimento de ruptura com o modelo positivista traz a criminologia feminista para demonstrar que o crime está presente na vida privada, na esfera íntima da família⁸⁶.

Nessa perspectiva, o criminoso deixa de ser um estranho que surge no espaço público para ser alguém familiar. Heidensohn e Gelsthorpe⁸⁷ definem a criminologia feminista como uma das especificações científicas da teoria feminista, que objetiva tornar visível o invisível, evidenciando todas as formas de dominação de gênero decorrentes da lógica patriarcal que rege a cultura.

Campos e Carvalho⁸⁸ avançam para denunciar um sexismo institucional, que traz várias formas de violência contra a mulher na elaboração, na interpretação, na aplicação e na execução da lei penal. Assim, consideram que o sistema penal faz uma dupla violência contra a mulher, seja na subvalorização da violência por ela sofrida, seja na sobrepunição de suas condutas quando autora do delito.

Essa perspectiva institucional da violência contra a mulher conecta o tema com o terceiro movimento de ruptura com a criminologia ortodoxa, a criminologia crítica.

Essa criminologia trouxe reflexões sobre as formas institucionais da violência, do âmbito político-econômico da reprodução das desigualdades à gestão das massas excedentes

⁸⁴ BECKER, Howard S. **Outsiders**: estudos da sociologia do desvio. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.p.24.

⁸⁵ CARVALHO, op. cit., p. 214.

⁸⁶ Ibidem, p. 214.

⁸⁷ HEIDENSOHN e GELSTHORPE, 2007, p 382, apud CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 215.

⁸⁸ CAMPOS, Carmen H.; CARVALHO, Salo de. **Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 152. Disponível em: https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/1_8_tensoes-atuais.pdf. Acesso em: 19 set. 2020.

por meio do sistema penal⁸⁹. Segundo BARATTA⁹⁰, a criminologia crítica adota um enfoque macrosociológico, oposto ao enfoque biopsicológico, para estabelecer que a criminalidade é um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em princípio, a seleção dos bens protegidos penalmente e dos comportamentos ofensivos a estes bens e, após, a seleção de indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas.

Dessa forma, tem-se que foi por meio da Criminologia Crítica, com autores e autoras como Vera Regina Pereira de Andrade, Alessandro Baratta, Soraia da Rosa Mendes, Lola Aniyar de Castro e Sergio Salomão Shecaira, que a heteronormatividade pôde ser percebida, com a compreensão de que as instituições formais e informais de controle social reproduzem os estereótipos criminais e padrões culturais, caracterizando-se também como fontes de violência.

Conclui, ainda, Baratta⁹¹ que a criminalidade é um bem negativo, distribuído de forma desigual de acordo com a hierarquia dos interesses estabelecida no sistema socioeconômico e, também, em conformidade com a desigualdade social entre os indivíduos.

Além disso, por meio das Criminologias Feministas, também foi compreendida a necessidade de se analisar os problemas específicos de grupos marginalizados com uma atenção especial às diversidades de cada um, entendendo que isso não significa o abandono da análise da violência institucional, mas evidencia como essa violência ocorre para cada grupo marginalizado especificamente⁹².

Salo de Carvalho⁹³ entende que o gradual espaço conquistado pela teoria do etiquetamento, pela criminologia feminista e pela criminologia crítica nas ciências criminais latino-americanas, prepara o terreno para a possibilidade de uma criminologia *queer* ou, no mínimo, de um entrelaçamento das teorias *queer* com a criminologia (*queering criminology*) para a delimitação de um preciso objeto de análise: a violência homofóbica.

O estudo da violência homofóbica é proposto por Salo de Carvalho⁹⁴ a partir de três níveis de investigação, não hierárquicos: a violência homofóbica interpessoal, para estudar a vulnerabilidade das masculinidades não hegemônicas e das feminilidades à violência física; a violência homofóbica institucional, com a construção, a interpretação e a aplicação sexista

⁸⁹ CARVALHO, op. cit., p. 216

⁹⁰ BARATTA, op. cit., 160-161.

⁹¹ Ibidem, p. 161.

⁹² CARVALHO, op. cit., p. 212.

⁹³ Ibidem, p. 217.

⁹⁴ Ibidem, p. 218.

(misógina e homofóbica) da lei penal e construção de práticas sexistas violentas nas, e através das agências punitivas (policial, carcerária, manicomial); e a violência homofóbica simbólica, que estuda os processos formais e informais de elaboração do discurso e da gramática heteronormativa. Para Salo de Carvalho⁹⁵, as perspectivas teóricas, tanto a feminista quanto a *queer*, deveriam abandonar a vontade de criar um sistema (pretensão totalizadora) para criarem novos campos de diálogo.

Salo de Carvalho⁹⁶ conclui que a criminologia possui recursos interpretativos sofisticados que podem contribuir para a compreensão do fenômeno da violência em suas distintas dimensões (simbólica, institucional e interpessoal) e em seus diversos âmbitos de incidência (público, privado, institucional, discursivo). Acrescenta, ainda, que a criminologia crítica possui ferramentas metodológicas capazes de avaliar os ônus e os bônus da criminalização, inclusive como forma de prevenir determinados efeitos perversos próprios das políticas punitivas criminais.

Acerca da criminalização da homofobia, importantes movimentos sociais com perspectiva emancipatória similar à do movimento LGBTQIA+, tais como o movimento de mulheres e o movimento afrodescendente, consideram legítima a inclusão de temas relacionados à orientação sexual e à identidade de gênero na Lei que define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (Lei n. 7.716/1989). Por outro lado, contrários à essa criminalização da homofobia, estão as representações políticas evangélicas e os atores jurídicos identificados com o direito penal mínimo e o abolicionismo⁹⁷.

Salo de Carvalho⁹⁸, ao revisar a literatura jurídico-penal, notou que a discussão sobre a criminalização da homofobia, ao seu ver, tende a se pulverizar e se dicotomizar em certos argumentos de consenso, teses genéricas, como por exemplo, a necessidade de tutela de novos bens jurídicos; a proibição da proteção penal deficiente; a ineficácia da lei penal na prevenção de condutas homofóbicas e a ruptura com a ideia de intervenção mínima.

Contudo, o autor esclarece que a intersecção das ciências criminais com a teoria *queer* pode formar novos campos para reflexão e possibilitar novas linhas de pesquisa⁹⁹.

No tocante aos direitos antidiscriminatórios, releva observar o avanço do movimento LGBTQIA+ brasileiro nos últimos anos, ao levar suas demandas ao Poder Judiciário e encontrar

⁹⁵ CARVALHO, op. cit., p. 223.

⁹⁶ Ibidem, p. 225.

⁹⁷ Ibidem, p. 231.

⁹⁸ Ibidem, p. 231.

⁹⁹ Ibidem, p. 232.

um espaço de reconhecimento de seus direitos, tais como o reconhecimento da união estável e, posteriormente, do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, com reflexos nos direitos sucessório e previdenciário; a realização de cirurgias de mudança de sexo para transexuais no sistema público de saúde; a possibilidade de alteração do registro civil para adoção do nome correspondente à identidade de gênero; a adoção de crianças por casais homossexuais e, em decorrência, o direito à licença-natalidade .

Salo de Carvalho identifica duas pautas distintas do movimento LGBTQIA+ no plano político-criminal: a pauta negativa, nas esferas do direito e da psiquiatria que visam à descriminalização e à despatologização da homossexualidade, e a pauta positiva, na esfera jurídica que objetiva a criminalização das condutas homofóbicas.

Pode-se conceituar crime homofóbico como a conduta ofensiva a bens jurídicos penalmente protegidos, motivada pelo preconceito ou pela discriminação contra pessoas que não se enquadram no padrão heteronormativo¹⁰⁰.

A proposta de alteração da Lei nº 7.716/1989 pelo Projeto de Lei nº 122/2006 (projeto de criminalização da homofobia) prevê como ilícitas as condutas praticadas em virtude de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero que correspondem às seguintes hipóteses:

a) dispensa direta ou indireta do trabalho; b) impedimento, recusa ou proibição de ingresso ou permanência em ambiente ou estabelecimento público ou privado, aberto ao público; c) recusa, negativa, impedimento, prejuízo, retardo ou exclusão em sistema de seleção educacional, recrutamento ou promoção funcional ou profissional; d) sobretaxa, recusa, preterição ou impedimento de hospedagem em hotéis ou similares; e) sobretaxa, recusa, preterição ou impedimento de locação, compra, aquisição, arrendamento ou empréstimo de bens móveis ou imóveis; f) impedimento ou restrição da expressão ou da manifestação de afetividade em locais públicos ou privados abertos ao público; g) proibição da livre expressão e manifestação de afetividade, quando permitidas aos demais cidadãos ou cidadãs. O projeto ainda redefine o §3º do art. 140 do Código Penal, inserindo questões relativas à orientação sexual e à identidade de gênero no delito de injúria.¹⁰¹

Salo de Carvalho¹⁰² considera legítima a diferenciação qualitativa dos crimes homofóbicos dos demais crimes, pois, do ponto de vista da tutela dos direitos fundamentais, justifica-se a motivação homofóbica adjetivar, e não qualificar, condutas que implicam danos concretos a bens jurídicos tangíveis como a vida, a integridade física e a liberdade sexual. Assevera, ainda, que

“a mera especificação da violência homofóbica em um *nomen juris* próprio, designado para hipóteses de condutas já criminalizadas, não produz o aumento da repressão

¹⁰⁰ CARVALHO, op. cit., 240.

¹⁰¹ Ibidem, p. 240-241.

¹⁰² Ibidem, p. 242-23.

penal, sendo compatíveis, inclusive, com as pautas político-criminais minimalistas”¹⁰³.

Com o intuito de estabelecer um *nomen juris* para buscar o reconhecimento formal do problema pelo Poder Público, a nomeação do crime homofóbico é justificada por Salo de Carvalho¹⁰⁴ na ausência de diferenciação entre essa espécie de preconceito de outros que atingem grupos vulneráveis e que a Constituição Federal impõe uma tutela diferenciada, tais como o preconceito de raça e cor (art. 5º, XLII); a violência contra a mulher (art. 226, § 8º); o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente (art. 227, § 4º).

Para Salo de Carvalho¹⁰⁵, a inclusão da homofobia na Lei nº 7.716/1989 não foi adequada porque, em primeiro lugar, dilui a ideia de preconceito e discriminação por orientação sexual e identidade de gênero nas questões de raça, cor, religião, etnia e procedência nacional. Em segundo lugar, porque as condutas tipificadas na Lei nº 7.716/1989, e acrescidas de outras propostas no PL 122/2006, poderiam ser tratadas fora do âmbito penal. E em terceiro lugar, porque o PL 122/2006 não considera como crime homofóbico as condutas violentas praticadas contra lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros motivadas por preconceito ou discriminação.

No tocante ao debate criminológico acerca da criminalização da homofobia, estuda-se até que ponto uma proposta de criminalização estaria adequada aos comandos constitucionais que orientam um modelo de direito penal mínimo ou de garantias, mas Salo de Carvalho¹⁰⁶ evidencia que o debate comum limita-se à discussão da compatibilidade do crime homofóbico no Estado Democrático de Direito e das possibilidades de normas para o reconhecimento, a individualização e a nomeação dessa espécie de crime de ódio.

Contudo, o autor¹⁰⁷ propõe a avaliação sobre o modo como a criminalização da homofobia pode ser inserida em uma pauta político-criminal que esteja amparada pela teoria geral (*queer studies*), que se projeta no direito (*queer legal studies*) e na criminologia (*queer criminology*), para, assim, ultrapassar as barreiras da legalidade penal e alcançar o debate sobre a legitimidade criminológica da criminalização da homofobia.

Invariavelmente, os argumentos contra a legitimidade jurídica (dever-ser) da criminalização da homofobia são analisados a partir do funcionamento do sistema punitivo (ser), o que permitiria afirmar que há violação da Lei de Hume, na qual argumentos empíricos

¹⁰³ CARVALHO, op. cit., p. 243.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 243-244.

¹⁰⁵ Ibidem, p.243.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 250.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 250.

não podem ser utilizados para desqualificar premissas normativas e vice-versa.¹⁰⁸ Mas a criminologia crítica no século passado apresentou como uma de suas virtudes justamente a de “revogar” a Lei de Hume, que é um argumento típico do positivismo científico para sustentar, no direito penal e na criminologia, um pensamento ortodoxo, um sistema discursivo totalmente alheio à realidade¹⁰⁹.

A criminalização, por si só, não tem a capacidade de reduzir as violências, pois cada delito possui a sua complexidade e, portanto, a mesma estratégia (criminalização) não é capaz de reduzir situações de violência tão distintas como homicídios, furtos, roubos, sonegações fiscais, violência doméstica, tráfico de drogas, danos ambientais, entre outros¹¹⁰.

Porém, a criminalização possui um efeito simbólico, pois estamos inseridos no interior de uma cultura punitivista, o que representa, em inúmeros casos, que este é o único efeito que a criminalização provoca¹¹¹.

Nesse contexto, Salo de Carvalho¹¹² indaga se a visibilidade que seria alcançada com a nomeação da homofobia como crime, independentemente da estratégia normativa adotada, seria suficiente para produzir um efeito simbólico virtuoso, a ponto de desestabilizar a cultura homofóbica. Lembra que a Lei Maria da Penha desempenhou um papel estratégico na mudança cultural, pois as pesquisas do IBOPE/THEMIS, 2008 revelaram que foi alterada a forma pela qual os meios de comunicação e de entretenimento passaram a noticiar os atos de violência contra mulheres¹¹³.

Salo de Carvalho¹¹⁴ defende que o movimento LGBTQIA+ poderia abdicar do direito penal, por entender que as políticas antidiscriminatórias não punitivas de reconhecimento dos direitos civis têm sido eficazes na nomeação e na exposição do problema das violências homofóbicas nas três dimensões, quais sejam, a simbólica, a institucional e a interpessoal.

Também contrária à criminalização de pautas políticas como a homotransfobia, Maria Lúcia Karam entende ser ingenuidade desses setores da esquerda, ao defender a criminalização da homotransfobia, pretender que os mesmos mecanismos repressores, que causam a manutenção e a reprodução da desigualdade social capitalista, sirvam como guia ao enfrentamento dos abusos do poder político e do poder econômico, e consequentemente, como

¹⁰⁸ CARVALHO, op. cit., p. 250.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 250-251.

¹¹⁰ Ibidem, p. 251.

¹¹¹ Ibidem, p. 251

¹¹² Ibidem, p. 251

¹¹³ Ibidem, p. 251-252.

¹¹⁴ Ibidem, p. 251

forma de contenção da LGBTQIA+ fobia¹¹⁵. Assim, ela explica que, quando ocorre alguma punição, esta necessariamente recairá sobre algum personagem subalterno, mantendo, desse modo, a verticalidade social.

Acerca disso a autora expõe:

Assim, se entusiasmando com a perspectiva de ver estes "bons magistrados" impondo rigorosas penas a réus enriquecidos (só por isso vistos como poderosos) e apropriando-se de um generalizado e inconsequente clamor contra a impunidade, estes amplos setores da esquerda foram tomados por um desenfreado furor persecutório, centralizando seu discurso em um histérico e irracional combate à corrupção, não só esquecidos das lições da história, a demonstrar que este discurso tradicionalmente monopolizado pela direita já funcionara muitas vezes como fator de legitimação de forças as mais reacionárias (...)¹¹⁶

Transpassando-se então na situação em que a esquerda, com seus grupos que defendiam valores quase sempre vitimados pelo sistema penal na sua debilidade em salvaguardar os direitos fundamentais, passa a querer usufruir da máquina em vez de continuar a reconhecendo como opressora e abandonável¹¹⁷.

Karam ainda critica esse posicionamento chamando atenção para a hipocrisia da esquerda de “trabalhar com dois pesos e duas medidas”, uma vez que esse furor persecutório se volta apenas contra adversários políticos, ao passo que eventuais comportamentos não honestos de aliados políticos são ignorados ou justificados¹¹⁸.

Além disso, mesmo que fosse factível a superação dos condicionamentos de classe, nenhuma reação punitiva, por maior que seja a sua intensidade, poderia resolver a impunidade ou a criminalidade, afinal, não é este o seu objetivo. A pena é uma manifestação de poder com o objetivo da manutenção e reprodução dos valores, assim como dos interesses dominantes em uma sociedade, além de ter como consequência a demonização do criminoso¹¹⁹.

Portanto, o sistema penal tornaria invisível as fontes estruturais geradoras da criminalidade de qualquer natureza, ao se utilizar do alívio causado pela pena e ignorar a busca por outras soluções mais eficazes que investigariam as razões que ensejam aquelas situações negativas, deixando esses desvios estruturais encobertos e intocados¹²⁰.

¹¹⁵KARAM, Maria Lúcia. A esquerda Punitiva. **Revista Discursos Sediciosos**, n.1. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996. p. 80. Disponível em: <https://we.riseup.net/assets/369699/74572563-Maria-Lucia-Karam-A-esquerda-punitiva.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2021.

¹¹⁶ Ibidem, p. 80.

¹¹⁷ DIVAN, Gabriel Antinolfi. Revisitando a esquerda punitiva: relações sociais, poder e agenda atual da criminologia crítica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.1, 1º quadrimestre de 2019. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em: 19 jan. 2021.

¹¹⁸ KARAM, op. cit., p. 81.

¹¹⁹ Ibidem, p. 82.

¹²⁰ Ibidem, p. 82.

Karam¹²¹ compara essa busca incessante, e a qualquer custo, da esquerda pela expansão do sistema penal a uma ideia de enfrentamento da criminalidade que se equivale a uma situação de guerra e que, como toda situação de guerra, não existe o respeito aos direitos e garantias dos eventuais violadores da lei, por conseguinte, representando uma hipocrisia pretender que esses agentes da repressão pautassem sua atuação no respeito aos direitos e garantias dos violadores da lei.

Assim, a autora entende ser necessário o rompimento com todas e quaisquer formas de autoritarismo, juntamente com a compreensão de novas contradições que se colocam nas sociedades contemporâneas, para que se tenha a retomada do caminho histórico das lutas da esquerda pela construção de sociedades melhores e mais justas, que, sendo mais generosas e solidárias, por consequência também serão mais tolerantes¹²².

Ela acrescenta, ainda, que a aceitação da lógica da reação punitiva significa a aceitação da lógica da violência, da submissão e da exclusão, que são a típica ideologia de classe dominante e que, seguir essa ideologia da reação punitiva, representaria apenas a substituição da dominação de uma classe pela dominação de outra ou de seus supostos representantes. Isso evidentemente não corresponderia aos generosos ideais transformadores e emancipadores dos quais se originou a esquerda¹²³.

Uma esquerda adjetivável de punitiva, cultivadora da lógica antidemocrática da repressão e do castigo, só fará reproduzir a dominação e a exclusão cultivadas, seja na formação social capitalista, seja na contrafação do socialismo, que se fez real¹²⁴.

Isto posto, Karam informa que o Estado deve ser então, somente um instrumento assegurado do exercício dos direitos e da dignidade de cada indivíduo¹²⁵.

Divan, ao revisitar a obra de Karam, alerta para o fato da importância de, ao percorrer dois polos distintos, não sucumbir a um pânico fomentado pelo discurso punitivo-legitimador, nem se iludir negando o caráter pernicioso que pode ter o crime em si¹²⁶.

Desse modo, o autor admite que o cenário social atual não possibilita um vislumbre de um abolicionismo que não enseje em, inicialmente, um plano de longa transição minimizadora, uma vez que, enquanto não forem superadas diversas contradições existentes por consequência da lógica capitalista, o problema atrelado a ele e os seus sistemas de maquinações confinantes permanecerão de qualquer forma¹²⁷.

¹²¹ KARAM, op. cit., p. 89.

¹²² Ibidem, p. 91.

¹²³ Ibidem, p. 92.

¹²⁴ KARAM, op. cit., p. 92.

¹²⁵ Ibidem, p. 92.

¹²⁶ DIVAN, op. cit., p. 67.

¹²⁷ Ibidem, p. 70.

Assim, apesar de representar uma premissa derrotista dos discursos críticos o afastar do caminho abolicionista, se afastar de algo inaplicável e “anti-estratégico” não seria nenhuma ingenuidade, mas representaria uma resposta para as demandas urgentes e emergenciais da atualidade, não excluindo a possibilidade de se assumir o abolicionismo como um fim ideológico¹²⁸: “a parábola da utopia que ruma ao horizonte e obriga à caminhada incessante (tal voto de esperança) já é fava contada e para além da candura das imagens, sua aplicação enquanto mote criminológico-crítico já parece ter se esvaído”¹²⁹.

Não é crível a existência do abolicionismo, seja como meio ou apenas como fim, como a única saída crítica legítima, rechaçando discursos minimalistas que admitem a convivência com um certo espectro de leis punitivas, por entender ser estes discursos hipócritas ou “críticas covardes”¹³⁰.

Levando em conta que a atuação punitiva ainda vai existir por muito tempo na atual conjuntura social, as propostas minimalistas apresentam um caráter e objetivo remediadores dessa situação fática. Portanto, ao defenderem que a configuração do sistema penal seja mais justa e equânime, não estão sendo insensatas, uma vez que esse sistema ainda perdurará por um tempo¹³¹.

Divan também ressalta a importância de não associar indiscriminadamente uma cobrança de rigor equalizador das pautas minimalistas, em relação à criminalidade que comumente está fora de alcance da mira punitivista, com o retrocesso processual inquisitorial no qual são glorificadas as figuras da acusação, dos investigadores e dos magistrados, porquanto essa glorificação não faz parte de toda a ala de argumentação desses discursos minimalistas, quanto mais criminológico-crítico autênticos estes sejam¹³².

Deve-se reconhecer a hipocrisia presente nos discursos de uma “esquerda punitiva iludida” que existe, mas é incoerente afirmar que é legítimo desfazer um argumento crítico quando este não institui interditos, de toda e qualquer ordem, para qualquer ação perpetrada pelo sistema¹³³.

O autor chama a atenção para a inefetividade das garantias político-jurídicas, no sentido universal. Apesar da busca pelo respeito à essas garantias, em se tratando de matéria penal, com o fim de minimizar os efeitos do furor punitivista para com os menos protegidos, essas garantias

¹²⁸ DIVAN, op. cit., p. 71.

¹²⁹ Ibidem, p. 71.

¹³⁰ Ibidem, p. 71.

¹³¹ Ibidem, p. 72.

¹³² Ibidem, p. 73.

¹³³ Ibidem, p. 73.

tipicamente liberais acabam encontrando apenas as classes mais protegidas, assim, não evitando que o poder punitivo recaia sobre os marginalizados¹³⁴.

É importante, então, ter em mente que não se pode apenas “trocar de lado” a maquinaria do sistema penal, esperando que a sua disfuncionalidade seja utilizada por outro grupo, mas se fazendo necessário um trabalho de desconstrução da lógica reinante¹³⁵.

Mais importante ainda, tendo em vista o tema deste trabalho, Divan traz luz à necessidade de uma autocrítica constante acerca da eficácia do direito penal nos casos relativos às minorias que são barradas de reivindicar implemento penal para as suas causas, em razão da ideia de não serem legítimos seus pleitos, uma vez que seriam uma “ingenuidade que militaria a favor do *establishment* penal” e, conseqüentemente, funcionariam contra o seu próprio movimento¹³⁶.

“Mais uma vez, age-se como se as minorias merecessem tutela ou algum tipo de direcionamento para militar corretamente (...)”¹³⁷

Isso ocorre com a pauta de defesa dos direitos do grupo LGBTQIA+, o qual está constantemente afrontando os discursos da supremacia da heteronormatividade que, em diversas vezes, vem disfarçados de “livre expressão”. Seria inadequado, genericamente, acusar a procura por criminalização de suas pautas como algo para simplesmente “inflar a malha punitiva”.

Por conseguinte, a defesa de uma criminalização, sem inovação legislativa, é tida pelo autor como uma busca por equilíbrio e igualdade, não podendo diminuí-la como algo útil ao reacionarismo, ainda mais por se demonstrarem sempre em defesa dos direitos humanos e fundamentais¹³⁸.

Dessa forma, o autor elucida a necessidade de se considerar como pauta genuína de uma criminologia crítica, a primordialidade de discussão das distorções preconceituosas do sistema penal, sem excluir e rotular como ingênuas aquelas discussões que se distanciem de um abolicionismo, adjetivado como “inconsequente” e “idealista” por Divan¹³⁹.

O discurso que apresenta essa “esquerda punitiva”

é um discurso que nasce da necessidade de proteção das pautas críticas e humanistas contra a sedução do uso do poder punitivo, e que, muitas vezes, acaba ele próprio seduzido para impedir qualquer agenda ou análise diversa, favorecendo, assim, em última análise, os interesses opostos aos que gostaria de expor e combater¹⁴⁰.

¹³⁴ DIVAN, op. cit., p. 82.

¹³⁵ Ibidem, p. 85.

¹³⁶ Ibidem, p. 86.

¹³⁷ Ibidem, p. 86.

¹³⁸ Ibidem, p. 87.

¹³⁹ Ibidem, p. 88.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 89.

Masiero, por meio de sua tese que se tratava do âmbito de intervenção das leis que visam enfrentar a violência machista, racista e LGBTQfóbica, observou que existe uma certa permeabilidade entre a atuação dos movimentos sociais e a política criminal brasileira. Assim, as leis que mais se conciliam com o discurso do movimento social em questão, importam em uma maior efetividade, ao que a autora denominou de “realismo de esquerda”, enquanto as leis que não se conciliavam com o discurso do movimento social, acabavam sendo inefetivas e se caracterizando como uma medida desnecessária, o que foi denominado de “populismo punitivo” pela autora¹⁴¹.

Dessa maneira, se vê como possibilidade a expansão penal legítima e efetiva, desde que se atenha aos seguintes pontos: decorrer de um problema social concreto; representar dano a um bem jurídico relevante (que acarrete em violação dos direitos humanos); consistir em um problema que os demais ramos do direito não dão conta de enfrentar; absorver discurso produzido pelos atores sociais afetados pelo problema em questão¹⁴².

Isso significa que, para analisar a legitimidade das políticas criminais, deve-se atentar às suas justificativas extraoficiais, ou seja, àquelas que não aparecem na Exposição de Motivos de um Projeto de Lei, levando em consideração os quatro elementos citados acima¹⁴³.

Levando isso em consideração, examina-se o impacto de determinada produção legislativa no encarceramento, ou seja, se ocorreu um aumento ou diminuição da população carcerária brasileira e, caso tenha ocorrido esse aumento, se houve incremento punitivo¹⁴⁴.

Assim, se for negativa a verificação dos pontos supracitados, tem-se que a legislação é fruto de uma política criminal “populista punitiva”, assim dizendo, vinda de uma política criminal que acarreta em uma exasperação do controle penal, sem que se tenha uma justificativa empírica ou mesmo algum suporte social, tornando-se irracional e possuindo unicamente como efeito a expansão desnecessária do sistema punitivo¹⁴⁵.

Em contrapartida, caso seja positiva a verificação desses pontos, tem-se uma lei que, apesar de exasperar o controle penal, não é populista, sendo, portanto, “realista de esquerda”. Deste modo, embora a legislação crie novos tipos penais, estes são legítimos, pois visam o

¹⁴¹ MASIERO, Clara Moura. **Lutas sociais e política criminal: os movimentos feminista, negro e LGBTQ e a criminalização das violências machista, racista e LGBTQfóbica no Brasil**. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/7118/Clara%20Moura%20Masiero_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 19 jan. 2021.

¹⁴² MASIERO, op. cit.

¹⁴³ Ibidem.

¹⁴⁴ FERREIRA, Carolina Costa; MASIERO, Clara Moura; MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. Pós-Constituição de 1988: um cruzamento entre produção legislativa e impactos de encarceramento. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 147, set. 2018, p. 9.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 9.

enfrentamento de problemas sociais reais, violadores de direitos humanos que não estavam sendo protegidos pelos legisladores penais¹⁴⁶.

Ainda, essa criação de um novo tipo penal não necessariamente acarreta em um aumento do encarceramento, afinal, a lei pode criar um tipo penal e atribuir-lhe outras penas que não a de prisão¹⁴⁷.

Em seu artigo, Ferreira, Masiero e Machado¹⁴⁸, ao analisarem o impacto carcerário das leis concernentes à proteção à raça e ao gênero, concluíram que esse impacto é mais do que diminuto, sendo uma possibilidade o impacto carcerário ser menor ainda, uma vez que não se pode apenas, com a abordagem quantitativa utilizada por elas, verificar os fatos delitivos, podendo ocasionar em uma superestimação.

Evidencia-se, desse modo, como exposto pelas autoras, que as leis realistas de esquerda detêm um potencial de eficácia e efetividade, inclusive simbólica, bem maior que as de cunho populista punitivo¹⁴⁹.

Assim, as autoras concluem que o direito penal deve ter o papel de limitar o poder punitivo do estado, carregando como premissa a perspectiva de proteção dos direitos humanos. Dessa forma, para se ter um direito penal que funcione como filtro redutor da irracionalidade e da violência do poder punitivo, não se pode permitir a passagem de qualquer lei e, muito menos, de qualquer forma¹⁵⁰.

A quantidade, a qualidade e a forma de passar dessas leis devem ocorrer com muito cuidado e devem ser bem pensadas. Tem-se que a seleção penal, por meio do direito penal, deve ser racional para compensar toda uma violência seletiva irracional do poder punitivo¹⁵¹.

Frisa-se desse modo, a importância de se perceber que nem toda expansão do direito penal é irracional e resulta em um maior encarceramento da população brasileira. A lei pode (e deve) criar tipos penais que possuem penas alternativas à prisão¹⁵².

Tendo como base as considerações feitas acerca da criminalização ou não da LGBTfobia, acredita-se ser um acerto a visão das autoras Ferreira, Masiero e Machado, ao sinalizarem que ideias abolicionistas radicais, que pugnam pela ilegitimidade do uso do sistema penal, afirmando que uma criminalização corresponde necessariamente a um populismo

¹⁴⁶ FERREIRA, MASIERO, MACHADO, op. cit, p. 9.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 9.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 14.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 9.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 15.

¹⁵¹ Ibidem, p. 15.

¹⁵² Ibidem, p. 15.

punitivo, podem gerar uma confusão nas aspirações legítimas de grupos sociais que demandam proteção¹⁵³.

À vista disso, fica superada a concepção de Salo de Carvalho¹⁵⁴, e de outros criminólogos críticos abolicionistas radicais, de que o movimento da comunidade LGBTQIA+ poderia abdicar do direito penal, acreditando que apenas políticas antidiscriminatórias, não punitivas, de reconhecimento dos direitos civis têm sido eficazes na tentativa de combate à violência (simbólica, institucional e interpessoal) dirigida a este grupo.

O realismo de esquerda não ignora os efeitos práticos do exercício do poder punitivo e o crescente problema do encarceramento no Brasil e, em razão disso, pauta o combate ao processo de encarceramento em massa “contra e por meio do Estado”¹⁵⁵, a favor dos direitos humanos e da justiça social¹⁵⁶.

Precisamos entender que o papel de reprovação da LGBTfobia vai além do seu efeito simbólico na sociedade de cultura punitivista e da sua construção de um cenário comum que reprove um crime, perpassando por um efeito concreto no aumento de segurança, ao conferir possibilidades e direitos que ocasionam em uma redistribuição do poder¹⁵⁷.

E lógico, não se pode olvidar a constante análise crítica aos instrumentos legais que serão empregados para esse fim, e nem de seus efeitos jurídico-penais (excessiva criminalização, a lógica punitivista e a vitimização), visto que existe um limite na utilização do Direito Penal, sempre atentando-se que “o remédio pode ser tão mal quanto o mal que se deseja combater, ou até mesmo pior que este”¹⁵⁸.

Ferreira expõe que, para se ter uma melhor qualidade das leis penais aprovadas no Brasil, deve-se adotar o Estudo de Impacto Legislativo como condição para que uma lei penal seja aprovada, posto que a própria Lei de Execução Penal prevê em seu artigo 62, inciso I, um Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), que possui competência para recomendar diretrizes da política criminal quanto à prevenção de delitos, administração da Justiça Criminal e execução das penas e medidas de segurança¹⁵⁹.

Deste modo, fica clara a similaridade entre o “realismo de esquerda” apresentado pelas autoras e o movimento político-criminal minimalista. Assim como o realismo apresentado, o

¹⁵³ FERREIRA, MASIERO, MACHADO, op. cit., p. 15.

¹⁵⁴ CARVALHO, op. cit., p. 252.

¹⁵⁵ MATTHEWS, 2016 *apud* FERREIRA, MASIERO, MACHADO, op. cit., p. 15.

¹⁵⁶ FERREIRA, MASIERO, MACHADO, op. cit., p. 15.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 16.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 16.

¹⁵⁹ FERREIRA, Carolina Costa. **A política criminal no processo legislativo**. Belo Horizonte: Editora D’Placido, 2017. Disponível em: https://cdnv2.moovin.com.br/livrariadplacido/imagens/files/manuais/277_a-politica-criminal-no-processo-legislativo.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.

minimalismo entende os dilemas relacionados ao controle do poder punitivo e ao encarceramento em massa, mas sem deslegitimar toda e qualquer forma de criminalização, entendendo que, apesar de existirem diversas situações desviantes nas quais outros ramos do direito, que não o penal, podem abarcar, ainda há algumas (como, no caso do presente trabalho, a LGBTfobia) que devem ser tratadas pelo direito penal.

A única diferença presente entre os dois seria que o movimento minimalista acredita em um abolicionismo de fim, ou seja, que futuramente, em uma sociedade mais igualitária e solidária, por meio do gradual encolhimento do sistema penal, possa se ter uma abolição total deste e, assim, uma ampliação de outras áreas do direito, como a administrativa e a cível, para tratar das situações de conflito.

2 – A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em uma visão legalista, como diria Verdan, a analogia *in malam partem* não é permitida pelo Direito Penal, assim sendo vedada a criação de crimes, a fundamentação e o agravamento da pena por meio de analogia¹⁶⁰.

Contudo, no caso específico da LGBTfobia, houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional em não editar uma lei que criminalize os atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes do grupo LGBTQIA+. Esta medida foi prevista como um meio de amenizar um problema à curto prazo, ou seja, até que o Congresso Nacional edite uma lei sobre a matéria¹⁶¹.

Devemos ter em mente que, apesar de formalmente o nosso país se dizer laico, em realidade ele é regido por filosofias conservadoras e, conseqüentemente, essas filosofias inspiram as leis, principalmente quando se tem uma bancada inteira representando uma religião, qual seja, a bancada evangélica, demonstrando que a mora do Congresso Nacional não é despropositada.

Logo, é importante chamar a atenção para o objetivo do Supremo Tribunal Federal ao realizar a analogia da LGBTfobia com o racismo: o reconhecimento da necessidade de se criar uma lei específica por parte do Congresso Nacional, que regulamente os direitos fundamentais da população LGBTQIA+, criminalizando a LGBTfobia. Reconhecendo essa carência, o STF informa que essa analogia é uma medida apenas emergencial, enquanto não se tem uma lei concreta, não servindo como algo definitivo, mas de curto prazo¹⁶².

De fato, a analogia da LGBTfobia ao racismo, a longo prazo, ocasiona a diluição das ideias de preconceito e discriminação por orientação sexual e identidade de gênero nas questões de raça, cor, religião, etnia e procedência nacional¹⁶³.

¹⁶⁰ VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <http://jornal.jurid.com.br>. Acesso em 17 nov. 2019.

¹⁶¹ BRASIL, **Notícias Supremo Tribunal Federal**: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 01 fev. 2021.

¹⁶² GONÇALVES Antonio Baptista. STF e a criminalização da homofobia. **Revista Migalhas**. 2020 Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/319644/stf-e-a-criminalizacao-da-homofobia>. Acesso em: 01 de fev de 2021.

¹⁶³ CARVALHO, op., cit., p. 248.

Isto fica evidente ao se procurar por dados e estatísticas sobre o crime de LGBTfobia e não os encontrar, pois os relatórios normalmente não especificam se foi crime de LGBTfobia ou racismo, fazendo com que ocorra diversas subnotificações de crimes contra esse grupo¹⁶⁴.

Outro fator que influencia nas subnotificações do crime é o fato dos operadores de segurança, em diversas vezes, não estarem aptos a atender devidamente àquelas pessoas, muitas vezes negando-se a reconhecer que existe uma LGBTfobia. Assim, a falta de treinamento institucional dos operadores de segurança, por parte do Estado, acarreta a chamada violência institucional¹⁶⁵.

Isso evidencia a urgente necessidade de adoção de políticas públicas que viabilizem a conscientização e a educação da população (principalmente dos operadores de segurança) em prol da garantia de direitos da comunidade LGBTQIA+, por parte do Estado.¹⁶⁶

A falta de uma legislação específica acarreta na falta de orientação nítida do governo acerca das medidas que se devem tomar nas situações de LGBTfobia, fazendo com que cada Estado procure resolver o conflito de formas diferentes¹⁶⁷.

Dessa forma, na falta de protocolos específicos de atendimento e de procedimentos operacionais padrão para investigação, as próprias instituições, como a delegacia, tornam-se ambientes hostis para os indivíduos dessa comunidade que procuram proteção. A ausência de uma normativa interna, de uma orientação dos Estados, contribui para a continuação dos crimes¹⁶⁸.

2.1. O julgamento da ADO 26 e do MI 4733 pelo Supremo Tribunal Federal - STF: principais argumentos

A Lei n. 7.716/1989 não previu expressamente que os crimes nela tipificados pudessem ser aplicados em caso de manifestações de preconceito relacionadas com a orientação sexual. Além disso, a doutrina e a jurisprudência afirmavam que o rol de elementos de preconceito e discriminação do art. 20 da referida lei era taxativo¹⁶⁹ (STF. 1ª Turma. Inq 3590/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12/8/2014).

¹⁶⁴ LO PRETE, Renata. O Assunto #284: Homo e transfobia – porque a lei não pega. **G1**, Podcasts. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/podcast/o-assunto/noticia/2020/09/28/o-assunto-284-lgbtifobia.ghtml>. Acesso em: 01 de fev de 2021.

¹⁶⁵ Ibidem.

¹⁶⁶ Ibidem.

¹⁶⁷ Ibidem.

¹⁶⁸ Ibidem.

¹⁶⁹ ACHUTTI, Daniel. Abolicionismo penal e justiça restaurativa: do idealismo ao realismo político criminal. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 15, n. 1, p. 33-69, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/651/201>. Acesso em: 21 de jan. de 2021.

Em 2012, segundo Carvalho¹⁷⁰, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) impetrou mandado de injunção no STF para pedir o reconhecimento de que a homofobia e a transfobia se enquadrariam no conceito de racismo ou, subsidiariamente, que fossem compreendidas como discriminações atentatórias a direitos e a liberdades fundamentais.

Em 2013, o Partido Popular Socialista (PPS) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade por omissão — ADO — para pedir que o STF declarasse a omissão do Congresso Nacional pela ausência de votação de projeto de lei que criminalizasse atos de homofobia. Visou-se a imposição ao Poder Legislativo de elaboração de legislação criminal para punir a homofobia e a transfobia como espécies do gênero racismo.

Ambas as ações apontaram que a Constituição da República possui mandados de criminalização dispostos nos incisos XLI e XLII do art. 5º:

Art. 5º (...)

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Também evidenciaram que o Congresso Nacional continuava omissos na punição à homofobia e à transfobia e que, na ausência de legislação específica, essa punição poderia ser amparada na Lei nº 7.716/1989, justificando que o conceito de racismo é amplo, não podendo ser limitado a uma definição biológica¹⁷¹.

Os julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO nº 26¹⁷², de relatoria do Ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção - MI nº 4733¹⁷³, relatado pelo Ministro Edson Fachin, foram concluídos em 13 de junho de 2019.

Nos termos do voto do Relator Ministro Celso de Mello, por maioria, o Plenário do STF entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que

¹⁷⁰ CARVALHO, Salo de. Sobre a Criminalização da LGBTfobia: perspectivas desde a criminologia queer. In: **O Direito da Sociedade**: anuário, vol. 1. ORG.: Fernanda Luiz Fontoura de Medeiros e Germano André Doederlein Schwartz – Canoas, RS. Ed: Unilasalle, 2014.

¹⁷¹ CARVALHO, op., cit.

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público, Controle de Constitucionalidade, Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. **ADO 26**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13 de junho de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 02 de fev. 2021.

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (PLENÁRIO). Mandado de Injunção. **MI 4733/DF**. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 16 de novembro de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhes.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 02 de fev. de 2021.

criminalize atos de homofobia e de transfobia, desse modo julgou parcialmente procedente a ADO 26.

O ministro expôs que o Supremo Tribunal Federal determinou diversas vezes que o direito à autodeterminação do próprio gênero ou à definição de sua orientação sexual se configura como um direito fundamental de qualquer pessoa, não se tratando de uma “mera ideologia de gênero”, mas de expressões do princípio do livre desenvolvimento da personalidade. Esse direito fundamental deve, obrigatoriamente, ser reconhecido pelos Poderes Públicos, como foi feito, por exemplo, no julgamento da união civil homoafetiva pela Suprema Corte (ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ)¹⁷⁴.

No voto é, ainda, ressaltado o Parecer Constitutivo OC- 24/2017 que foi instaurado por iniciativa da República da Costa Rica, ao interpretar as cláusulas do Pacto de São José da Costa Rica, o qual foi incorporado no ordenamento jurídico brasileiro, que reafirma a essencialidade do direito à identidade de gênero, à orientação sexual da pessoa humana, bem como a indispensabilidade do respeito e da proteção estatal à convivência harmônica e ao desenvolvimento livre, digno e pleno de todas as expressões existentes de gênero e da sexualidade¹⁷⁵.

O Ministro Relator¹⁷⁶ elucida que o Estado não deve tolerar comportamentos, nem elaborar ordenações normativas com caráter discriminatório, provocando a exclusão jurídica de grupos minoritários. Portanto, os integrantes da comunidade LGBTQIA+ possuem o direito de receber igual proteção das leis e do sistema político-jurídico estabelecido pela Carta Magna.

Para demonstrar a imprescindibilidade da ajuda estatal, o Ministro traz os dados acerca da violência contra o grupo LGBTQIA+, seja pela orientação sexual, como pela identidade de gênero dos indivíduos, fornecidos pelo Grupo Gay da Bahia – GGB.

Tendo em mente a subnotificação desses atentados, os números apresentados foram: em 2017, com o aumento de homicídios contra esse grupo, registraram-se 445 morte, sendo que 56% desses assassinatos ocorreram em via pública, 194 (43,6%) foram contra gays, 191 (42,9%) foram contra trans, 43 (9,7%) foram contra lésbicas, 5 (1,1%) foram contra bissexuais e 12 (2,7%) foram contra heterossexuais, porém em situação que se revelou a presença de homofobia.

¹⁷⁴ BRASIL. op. cit.

¹⁷⁵ Ibidem.

¹⁷⁶ Ibidem.

A partir dos dados de 2016 e de 2017, o Brasil, conforme o Relatório Mundial da *Transgender Europe*, ocupou a primeira posição no “ranking mundial” de homicídios contra transgêneros. Além disso, a maior parte das violências contra o grupo LGBTQIA+ ocorre no ambiente doméstico (42%), enquanto as agressões ocorridas nas ruas são no percentual de 30,8%¹⁷⁷.

É por isto que o Ministro Celso de Mello entendeu serem válidos os argumentos da petição inicial, afinal, as pessoas comuns se acham no “pseudodireito” de agredir, de ofender, de discriminar e de matar outras pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, o que revela a concepção que essas pessoas possuem sobre os direitos dos indivíduos da comunidade LGBTQIA+, os quais considerariam como menores, inferiores, degradados em sua essencial dignidade, de modo a permitir o seu enquadramento nos termos de um comportamento racista¹⁷⁸.

O relator¹⁷⁹, no seu voto, invocou o inciso XLI, do art. 5º da CF, o qual dispõe que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". De acordo com o entendimento do relator, a omissão do Congresso Nacional em produzir normas legais de proteção à essa comunidade representa situação configuradora de ilicitude afrontosa ao texto da Constituição Federal, uma vez que há a previsão do dever estatal de criar normas legais com bases impositivas de mandado de incriminação.

Nesse contexto, a presença da imposição constitucional de legislar, somada ao estado de mora do legislador (superação excessiva do prazo razoável para legislar), legitimam a declaração de inconstitucionalidade por omissão. Dessa forma, não se podendo aceitar a diminuição da Constituição à condição de subordinação à vontade do legislador comum, mediante a ação direta por omissão, a própria Carta Magna autoriza a reação jurisdicional com a utilidade de concretizar a eficácia das cláusulas constitucionais frustradas¹⁸⁰.

Sobre a alegação de que a presença de propositura legislativa no Congresso Nacional afastaria a configuração de inércia por parte do Poder Legislativo, o Ministro rebate justificando a existência de uma manobra protelatória da oposição parlamentar, com vistas a frustrar a

¹⁷⁷ BRASIL, op., cit.

¹⁷⁸ Ibidem.

¹⁷⁹ Ibidem.

¹⁸⁰ Ibidem.

tramitação legislativa de projeto de lei que tipifique crimes contra a comunidade LGBTQIA+¹⁸¹.

Dessa forma, tem-se como justificável a intervenção do Poder Judiciário, em razão da constatação de que ocorreu uma mora inconstitucional capaz de gerar lesividade à posição jurídica das pessoas tuteladas pela cláusula do inciso XLI, art. 5º da CF, que foi descumprida.

Tolerar a inércia dos órgãos estatais equivaleria a fraude à Constituição, além do que, não é legítimo a execução da Constituição apenas nos pontos que forem convenientes aos desígnios governamentais ou de grupos majoritários, desrespeitando os direitos de minorias vulneráveis¹⁸².

O Ministro Celso de Mello¹⁸³ completa seu pensamento com as palavras de J.J Gomes Canotilho e de Vital Moreira: "a Constituição impõe-se normativamente, não só quando há uma ação inconstitucional (fazer o que ela proíbe), mas também quando existe uma omissão inconstitucional (não fazer o que ela impõe que seja feito)"¹⁸⁴.

Reconhecida a mora imputável ao Congresso Nacional, o Ministro afirmou que haveria duas possibilidades de o STF agir diante disso:

- a) apenas cientificar o Congresso Nacional para que ele adotasse, em prazo razoável, as medidas necessárias à efetivação da norma constitucional (art. 103, § 2º, c/c art. 12-H da Lei nº 9.868/99); ou
- b) reconhecer, imediatamente, que a homofobia e a transfobia enquadram-se, mediante interpretação conforme à Constituição, na noção conceitual de racismo prevista na Lei nº 7.716/89.

Entendeu-se que o mero apelo ao legislador não era solução eficaz, em razão da indiferença do Poder Legislativo, que, em determinadas decisões anteriormente emanadas do STF, tem persistido em permanecer em estado de inadimplemento da prestação legislativa que lhe incumbe promover¹⁸⁵.

Nesse panorama, conforme opinião da Procuradoria-Geral da República, conferiu-se a interpretação conforme à Carta Magna, no sentido de raça previsto na Lei nº 7.716/89, objetivando o reconhecimento de comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBTQIA+ como crimes tipificados na lei do racismo¹⁸⁶.

¹⁸¹ BRASIL, op. cit..

¹⁸² Ibidem.

¹⁸³ Ibidem.

¹⁸⁴ Ibidem.

¹⁸⁵ Ibidem.

¹⁸⁶ Ibidem.

Especificou-se que isso não se caracteriza aplicação de analogia “*in malam partem*”, não ofendendo o princípio da legalidade, posto que o conceito de raça seria obsoleto sob o viés biológico ou antropológico, sustentando-se no princípio da dignidade do ser humano e no Estado Democrático de Direito e se projetando, com base em um contexto histórico e na variação do conceito de racismo, em uma dimensão abertamente cultural e sociológica de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social¹⁸⁷.

Tanto no plano internacional (Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Cultural), quanto no plano nacional, os parâmetros para se identificar a discriminação racial originam-se da motivação orientada pelo preconceito e pelo objetivo de submeter a vítima a situações de diferenciação quanto ao acesso e gozo de bens, de serviços e de oportunidades, seja na esfera pública, seja na privada, corroborando a correlação entre racismo e homofobia e transfobia¹⁸⁸.

Em razão do exposto, o Ministro concebe que atos de homofobia e transfobia seriam formas contemporâneas de racismo (“racismo social”), permitindo assim a inserção de tais condutas na tipificação penal da Lei nº 7.716/1989, visando a preservação e a garantia da dignidade da pessoa humana. Além disso, afirma o relator que o acolhimento de tese diversa significaria tornar mais frágil a proteção conferida pelo ordenamento jurídico aos grupos em situação de vulnerabilidade¹⁸⁹.

Ainda salienta que a interpretação do ordenamento jurídico não é o mesmo que o processo de produção normativa, afinal, o procedimento hermenêutico feito pelos órgãos do Poder Judiciário pretendem a extração da interpretação de diversos diplomas legais vigentes que compõem o quadro normativo positivado pelo Estado. Na presente ação constitucional foi admitida a noção conceitual de “raça” possuindo múltiplas interpretações, um entendimento que já é consolidado por diversos doutrinadores¹⁹⁰.

Dessa forma, em relação à ADO¹⁹¹ foi julgada procedente a ação, com eficácia geral e efeito vinculante, para:

- a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de

¹⁸⁷ BRASIL, op., cit.

¹⁸⁸ Ibidem.

¹⁸⁹ Ibidem..

¹⁹⁰ Ibidem.

¹⁹¹ Ibidem.

incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT;

b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União;

c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, caput, da Lei nº 9.868/99:

Art. 103 (...)

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Da Decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.

d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional por dois motivos:

d.1) por considerar que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;

d.2) por considerar que tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão;

e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento.

Vale enfatizar que, segundo o relator, não houve criminalização dos discursos religiosos contrários às relações homoafetivas. Tampouco significa que as religiões não possam vocalizar suas crenças ou participar do diálogo amplo e aberto que caracteriza a democracia na atualidade. Em contrapartida, o direito de dissentir deixa de ser legítimo quando a sua exteriorização ofender valores e bens jurídicos igualmente protegidos pela ordem constitucional, como sucede com o direito de terceiros à incolumidade de seu patrimônio moral¹⁹².

Portanto, pronunciamentos de índole religiosa que extrapolem os limites da livre manifestação de ideias, constituindo-se em insultos, em ofensas ou em estímulo à intolerância e ao ódio público contra os integrantes da comunidade LGBT, não merecem proteção

¹⁹² BRASIL, op., cit.

constitucional e não podem ser considerados liberdade de expressão, pois constituem crime¹⁹³.

A Corte Suprema julgou procedente o MI 4733, impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), e reconheceu a mora inconstitucional por parte do Congresso Nacional em proteger criminalmente a comunidade LGBTQIA+, nos termos do artigo 5º, inciso XLI, da Constituição da República, e conferiu interpretação conforme ao artigo 20 da Lei 7.716/1989, fundamentado no artigo 5º, inciso LXII, da Constituição Federal, para considerar provisoriamente a comunidade LGBT como grupo protegido pela criminalização do racismo na sua acepção de "raça", a exemplo do ocorrido no Caso Ellwanger, até que a matéria seja legislada pelo Congresso Nacional.¹⁹⁴

No tocante ao mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedente a ação para:

- a) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e;
- b) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei nº 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes votaram pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989) até que o Congresso Nacional edite a lei sobre a matéria.

De acordo com o relator, Ministro Edson Fachin¹⁹⁵, é incontestável o direito subjetivo à legislação no que tange ao objeto, uma vez que existe a imposição do dever estatal de legislar, assim como a previsão legal do direito a legislação no corpo da Constituição.

Além disso, conforme jurisprudência da Corte, os projetos de lei sobre a matéria que tramitam no Congresso Nacional não afastam o reconhecimento da omissão inconstitucional, em razão de a omissão estar contestada quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar¹⁹⁶.

¹⁹³ BRASIL, op. cit.

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (PLENÁRIO). Mandado de Injunção. MI 4733/DF. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 16 de novembro de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhes.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 04 de fev. de 2021.

¹⁹⁵ BRASIL (2018). op., cit.

¹⁹⁶ Ibidem.

Com base no art. 5º, XLI, da CRFB, o qual ordena a devida criminalização contra a discriminação, julgou-se procedente o MI, afinal, é dever do Supremo Tribunal Federal, em caso de omissão legislativa, a adaptação de uma legislação de combate à essa discriminação mediante interpretação conforme, até o Congresso Nacional suprir essa necessidade¹⁹⁷.

Desse modo, o relator¹⁹⁸ entende que a proteção de direitos fundamentais pode originar a criação de novos tipos penais, justificando-se no entendimento firmado pelo Rel. Ministro Gilmar Mendes no H.C 104.410 (DJe 26.03.2012), no qual declarou-se que "a Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, §4º)".

Tendo como base o princípio da proporcionalidade, o Supremo Tribunal Federal reconhece o direito penal como instrumento legítimo para a proteção de bens jurídicos, quando a proteção a estes se encontra insuficiente. O relator¹⁹⁹ traz em seu voto entendimento da Confederação Mundial sobre Direitos Humanos de Viena, o qual dita ser necessária a tomada de medidas imediatas para evitar e combater todas as formas de racismo, de xenofobia e de manifestações análogas de intolerância, solicitando a todos os governos que adotem medidas penais cabíveis e que promulguem leis adequadas.

O Ministro²⁰⁰ ainda alude para o fato da redação do §3º do art. 140 do Código Penal ter sido alterado pela Lei 10.741/2003 para que passasse a tipificar injúria que utilize elementos da condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, o que demonstra a omissão legislativa no caso apresentado mais relevante ainda, pautando-se no direito à igualdade.

Isso posto, o relator²⁰¹ afirma que o reconhecimento da mora legislativa impõe, no deferimento do mandado de injunção, que se determine um prazo razoável para o impetrado promover a edição de norma regulamentadora, conforme o artigo 8º da Lei 13.300/2016. Além disso, relembra o entendimento do Supremo Tribunal Federal de estar superada a antiga jurisprudência, reconhecendo assim a legitimidade da atuação do Poder Judiciário em caso de inatividade ou omissão legislativa, porquanto o risco da omissão pode transmutar-se em omissão jurisdicional.

¹⁹⁷ BRASIL (2018). op., cit.

¹⁹⁸ Ibidem.

¹⁹⁹ Ibidem.

²⁰⁰ Ibidem.

²⁰¹ Ibidem.

Considerando que a CRFB afirma que tem como finalidade "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação", seria incompatível com a norma fundamental a tolerância a certos atos atentatórios à dignidade humana (discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero) enquanto se protege outros (discriminação quanto a raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional)²⁰².

Consequentemente, é dever da Corte Constitucional a proteção da integridade do direito à igualdade toda vez que ele for invocado, afinal, o tratamento da dignidade das pessoas de forma diferenciada é um atentado à Justiça²⁰³.

O Ministro Edson Fachin²⁰⁴ relembra o caso Ellwanger (HC 82.424), no qual entendeu-se que não seria possível afastar a imprescindibilidade do crime de racismo imputado ao paciente, uma vez que este teria distribuído obras com conteúdo anti-semita, afirmando que os judeus não seriam raça, afinal, ocupando o lugar de intérpretes da Constituição, o princípio da igualdade exige que se reconheça a igual ofensividade do tratamento discriminatório, tanto para o enquadramento dos judeus como vítimas de racismo, quanto para o enquadramento dos homossexuais e transexuais como vítimas de racismo.

Diante disso, o Ministro²⁰⁵ julgou procedente o mandado de injunção, reconhecendo a mora inconstitucional do Congresso Nacional, assim como estendendo a tipificação dos crimes resultantes de discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, para a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero.

O Ministro Gilmar Mendes²⁰⁶, em comum acordo com o pensamento do Ministro Edson Fachin, expõe que a não criminalização de crimes de homofobia e transfobia suscita um desvio dos comandos constitucionais que pugnam pela reprovabilidade de condutas discriminatórias, além de expor grupos minoritários a situações graves de violência social, legitimando, desse modo, a intervenção judiciária.

Em seu voto, acrescenta que apesar da apreciação da omissão legislativa ter impulsionado o Parlamento a desarquivar proposições legislativas acerca do tema (Projeto de Lei 9.803/2014, o Projeto de Lei 336/2015 e o Projeto de Lei 7.292/2017), os seus destinos são

²⁰² BRASIL (2018). op., cit.

²⁰³ Ibidem.

²⁰⁴ Ibidem.

²⁰⁵ Ibidem.

²⁰⁶ Ibidem

absolutamente imprevisíveis, o que demonstra a inaptidão dessas proposições em suprir a proteção das minorias que aqui se almeja tutelar²⁰⁷.

O Ministro²⁰⁸ aponta que existindo mandados de criminalização, o texto constitucional também impõe ao legislador que se observe o princípio da proporcionalidade, para coibir excessos, assim como a proteção insuficiente. A intervenção estatal por meio do Direito Penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, até mesmo em caso de tutela de deficiência de proteção criminal.

Assim como o Relator Ministro Edson Fachin, o Ministro Gilmar Mendes entendeu pela maior abrangência conceitual do termo “racismo” do que apenas seu conceito biológico:

Limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerando 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 de direitos humanos.²⁰⁹

Nesse ponto, importa evidenciar o art. 9º da Lei 13.300/2016:

Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§ 1º Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

O Ministro²¹⁰ entende ser compatível com o ordenamento jurídico brasileiro a adoção de sentenças de perfil concretizador e aditivo, justificando-se no dever do Estado em proteger os direitos fundamentais.

Já prevendo futuras críticas, o Ministro discorre acerca do ativismo judicial, afirmando que é necessária a compreensão do papel Judiciário em um contexto histórico de hipertrofia dos demais poderes, bem como em um contexto de falhas na concretização de direitos fundamentais, especialmente no que diz respeito às minorias em que o acesso ao campo de decisão política é restrito²¹¹.

Ainda, o Ministro Gilmar Mendes²¹² cita o caso norte americano *Brown vs. Board of Education*, em que a Suprema Corte entendeu pela inconstitucionalidade da segregação racial

²⁰⁷ BRASIL (2018). op., cit.

²⁰⁸ Ibidem.

²⁰⁹ Ibidem.

²¹⁰ Ibidem.

²¹¹ Ibidem.

²¹² Ibidem.

de crianças em escola pública, em um panorama no qual era reconhecido, pela própria Corte inclusive, como legítima a máxima “*separate but equal*”. Exemplifica-se dessa maneira uma postura ativa do Judiciário na facilitação e na proteção política das minorias em um cenário de violência sistêmica, não uma postura ativista.

O Ministro Alexandre de Moraes²¹³ apresenta o documento “Nascidos Livres e Iguais – Orientação Sexual e Identidade de Gênero no Regime Internacional de Direitos Humanos” (*Born Free and Equal - Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law*) editado pela Organização das Nações Unidas, que em um de seus principais tópicos preleciona:

4. Proibir a discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero. Promulgar leis abrangentes que incluam a orientação sexual e identidade de gênero como motivos proibidos para discriminação. Em especial, assegurar o acesso não discriminatório a serviços básicos, inclusive nos contextos de emprego e assistência médica. Prover educação e treinamento para prevenir a discriminação e estigmatização de pessoas intersexo e LGBT.

Desse modo o Ministro²¹⁴ afirma que, ante o consenso internacional em relação às medidas necessárias para se ter a efetiva proteção contra condutas homofóbicas e transfóbicas, fica clara a omissão inconstitucional do Poder Legislativo.

Também é exposto pelo Ministro que, apesar do princípio da reserva legal não permitir a condenação por analogia ou por convivência social, a impossibilidade de colmatação da omissão inconstitucional por meio de criação de um novo tipo penal pelo Poder Judiciário e a vedação de utilização de aplicação analógica *in pejus* das normas penais, não devem se confundir com o legítimo exercício hermenêutico do Supremo tribunal Federal no âmbito jurisdicional constitucional²¹⁵.

Assim, quando uma norma ostentar vários significados, a Suprema Corte pode, em sede de jurisdição constitucional, se utilizar da função hermenêutica (interpretação conforme a constituição) para adequar e compatibilizar o significado da lei aos respectivos comandos constitucionais²¹⁶.

Por sua vez, a Ministra Rosa Weber²¹⁷ elucida que, em uma sociedade marcada pela heteronormatividade, a concretização do princípio da igualdade com relação às identidades

²¹³ BRASIL (2018). op., cit.

²¹⁴ Ibidem.

²¹⁵ Ibidem.

²¹⁶ Ibidem.

²¹⁷ Ibidem.

minoritárias de gênero e de orientação sexual requer que se adote ações em instrumentos afirmativos voltados para a neutralização da situação de desequilíbrio. Assim que constatada a real desigualdade, o fim desejado da igualdade jurídica só será alcançado materialmente quando se conferir aos desiguais um tratamento desigual, na medida da sua desigualdade.

Não obstante, a Ministra²¹⁸ esclarece que a nova interpretação conceitual do conceito jurídico de racismo está em conformidade com a recomendação da doutrina, a qual afirma que, diante de normas constitucionais que objetivem implementar proteção a direitos fundamentais, se evite métodos interpretativos que debilitem, sem justo motivo, a máxima efetividade possível dos direitos fundamentais.

O Ministro Luiz Fux²¹⁹, em seu voto, acrescenta que a criminalização de condutas altera a cultura do povo, além do que, no que diz respeito à homofobia e à transfobia, tal alteração não ocorre somente pela força da imprescritibilidade, mas principalmente pela forma de inserção dos integrantes da comunidade LGBTQIA+, gerando o autorrespeito e o respeito recíproco. Desse modo, o Ministro defende que é dever do Judiciário julgar procedente os pedidos na forma dos relatores Ministro Celso de Mello e Edson Fachin.

O Ministro Luiz Roberto Barroso²²⁰ ressalta que, apesar da criação primária das leis ser indiscutivelmente do Poder Legislativo, a interpretação constitucional é tipicamente um papel do Supremo Tribunal Federal. Explica que existe uma fronteira, não tão clara em casos complexos como este, entre a legislação e a interpretação da Constituição, sendo que essa fronteira pode ser traçada em dois planos distintos.

No primeiro plano, a Suprema Corte deve adotar uma postura afirmativa diante das decisões políticas tomadas na criação da lei pelo Congresso Nacional, devendo invalidá-las somente em caso de manifesta afronta à Constituição. Entretanto, quando o Congresso Nacional deixa de atuar em situações com existência de mandamento constitucional para sua atitude positiva, o Ministro compreende que deve ocorrer uma legítima ampliação do papel do Supremo Tribunal Federal para fazer valer a Carta Constitucional²²¹.

Em segundo plano, apesar de a regra geral ser a de deixar o maior espaço possível para que o Poder Legislativo atue, visto que ele representa o povo, quando direitos fundamentais ou

²¹⁸ BRASIL (2018). op., cit.

²¹⁹ Ibidem.

²²⁰ BRASIL. op., cit.

²²¹ BRASIL. op., cit.

a preservação das regras do Estado democrático estiverem em risco, é justificável uma postura mais proativa por parte da Corte Suprema, afinal, este é o órgão incumbido de proteger a regra da democracia e dos direitos fundamentais, mesmo que isto ocorra em oposição a vontade da maioria²²².

O Ministro²²³ explica que os Tribunais Constitucionais como o Supremo Tribunal Federal, possuem três grandes papéis. O primeiro é o contramajoritário, no qual o Poder Judiciário invalida atos de outros Poderes, como no caso de se deparar com uma lei inconstitucional. O segundo papel é o representativo, no qual o Poder Judiciário atende demandas da sociedade que não foram atendidas a tempo pelo processo político majoritário, como no caso da decisão do nepotismo. Por último e o que corresponde ao presente caso, o papel iluminista, no qual o Poder Judiciário impulsiona a história a determinados temas, mesmo contra a vontade majoritária, viabilizando o avanço civilizatório, que ocorreu por exemplo, na Suprema Corte Americana ao proibir a segregação racial nas escolas públicas.

O Ministro Luís Roberto Barroso²²⁴ enfatiza que, diante da adoção de medidas administrativas contra a violência homofóbica, restou claro que essa punição administrativa não tem sido suficiente para coibir a violência. Assim, ele afirma que a falta de postura positiva do Estado quanto à punição da homofobia seria uma hipótese de proteção deficiente dos direitos fundamentais, o que não é admitido de nenhuma forma conforme o princípio da proporcionalidade em matéria penal.

A Ministra Carmen Lúcia²²⁵ indaga quantas pessoas da comunidade LGBTQIA+ ainda precisarão morrer, depois de terem se passado mais de 30 anos da promulgação da Constituição Federal, para o Legislativo tomar alguma providência. Com base no art. 3º, inciso IV da CRFB, o qual estabelece que "são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação", a Ministra questiona se o Poder Judiciário, agora invocado diante da omissão do legislador, poderia também se omitir.

Ela justifica a atuação do Poder Judiciário também no art.102 da CRFB, que diz que

competem ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente a guarda da Constituição” e em seu § 2º o qual atribui à Suprema Corte a obrigação de se colmatar essa omissão,

²²² BRASIL. op., cit.

²²³ Ibidem.

²²⁴ Ibidem.

²²⁵ Ibidem.

ao se verificar uma omissão inconstitucional que deslegitima um Estado democrático de direito por não cumprir com os direitos fundamentais dos indivíduos²²⁶.

Apesar de reconhecer que não há crime sem lei anterior que o defina, a Ministra²²⁷ entende ser correto o Mandado de Injunção, uma vez que, conforme o art. 5º, inciso LXXI : “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

Concordando com as decisões proferidas pelos relatores, ela confia que essas decisões conseguirão tornar efetiva e eficaz a Constituição, tanto jurídica, quanto socialmente, não desrespeitando o comando do princípio da legalidade²²⁸.

A Ministra²²⁹ lembra que, no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual o Brasil adotou em seu ordenamento jurídico, é reconhecida a dignidade inerente a todos os membros da família humana e que o desprezo e desrespeito desses direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade. Assim, exsurge como essencial a proteção dos direitos do homem pelo império da lei para que este não seja compelido à rebelião contra a opressão de grupos majoritários ou do próprio Estado.

Além de consentir com a expansão do conceito de racismo a se entender a homofobia e a transfobia como um racismo social, a Ministra²³⁰ ainda afirma que essa interpretação não retira a proteção constitucional ao direito ao exercício das manifestações de crenças ou religiões, expondo que são livres e seus dogmas não podem ser objeto de questionamento por parte do Estado.

Em relação ao entendimento da criminalização da homofobia e da transfobia por meio da expansão do conceito de racismo, consentido pela maioria, ficaram vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, por entenderem que a conduta só pode ser punida mediante lei aprovada pelo Legislativo e o Ministro Marco Aurélio, que não reconhecia a mora²³¹. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese, os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes (ADO 26).

²²⁶ BRASIL. op., cit.

²²⁷ Ibidem.

²²⁸ Ibidem.

²²⁹ Ibidem.

²³⁰ Ibidem.

²³¹ Ibidem.

O Ministro Ricardo Lewandowski²³² também entende que os direitos relativos à orientação sexual e à identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade da pessoa humana. Além de que a criminalização de condutas discriminatórias contra a comunidade LGBTQIA+ seria um passo importante e obrigatório, em razão da CRFB conter em seu art. 5º, inciso XLI, um mandado de criminalização.

Assim, pensa o Ministro²³³ que a punição criminal da homofobia e da transfobia é simbólica e apenas o primeiro passo para que se inverta diametralmente a tendência opressora contra grupos sistematicamente privados de direitos. Para exemplificar, o Ministro faz um paralelo com a violência contra a mulher, destacando o pensamento de Debora Diniz e Sinara Gumieri (autoras do livro “Violência do gênero no Brasil: ambiguidades da política criminal”), as quais compreendem que a Lei Maria da Penha é "um instrumento de aprendizado civilizatório diante da realidade sociológica da violência de gênero e da negação histórica de acesso à justiça para mulheres".

Conquanto o Ministro entenda ser incontestável a mora legislativa, afirma que não seria cabível a invocação dos precedentes concretistas firmados nos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, uma vez que a questão tratada refere-se a matéria penal, assim sujeita à reserva legal absoluta. Desse modo, apoiando-se no art. 5º, inciso XXXIX ("não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal."), entende que somente o Poder Legislativo tem legitimidade para criminalizar condutas e, para tanto, exigir-se-ia lei em sentido formal.

Dessa forma, o Ministro expõe que, em relação à temática da reserva legal, o precedente do STF é neste sentido:

Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional da lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. Doutrina. Precedentes (STF)²³⁴.

O princípio da reserva legal está presente no art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos e também no art. 15 do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, o que

²³² BRASIL. op., cit.

²³³ Ibidem.

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). Ag. Reg. no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* **121.835/PE**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13 de outubro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9832750>. Acesso em 07 de fev. de 2021.

demonstra, para o Ministro, que a extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal configura-se como um atentado contra este princípio²³⁵.

Por isso, o Ministro votou no sentido de conhecer parcialmente a ação, reconhecendo a mora legislativa e dando a devida ciência ao Congresso Nacional, para que se adote o quanto antes as providências necessárias²³⁶.

O Presidente do Supremo, Ministro Dias Toffoli²³⁷, limitou-se a acompanhar o voto do Ministro Ricardo Lewandowski pela procedência parcial dos pedidos, ou seja, reconheceu a omissão legislativa, mas não a legitimidade para enquadramento da homofobia e da transfobia no crime de racismo.

Já o Ministro Marco Aurélio²³⁸ afirmou que o Supremo Tribunal Federal não é a guarda maior da Constituição, porquanto a atuação do Poder Judiciário estaria vinculada ao direito positivo, ao qual cabe ao Congresso Nacional: “a arte de interpretar não deve ser um ato discricionário.” Também expôs que, estando presentes os requisitos para uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ou/e para um Mandado de Injunção, estes se encerram com uma simples decisão declaratória.

O Ministro²³⁹ reconhece a importância da atuação combativa de grupos do movimento LGBTQIA+ e da adequada proteção a ser fornecida para os integrantes dessa comunidade vulnerável, não dispensando os números apresentados acerca da violência homofóbica e transfóbica que indicam, em suas palavras, uma barbárie incompatível com os avanços civilizatórios alcançados nas últimas décadas.

Sobre o disposto no art. 5º, inciso XLI (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”), o qual foi utilizado pelos Ministros como justificativa para seus votos, o Ministro Marco Aurélio ressaltou o uso do termo “lei”, entendendo não ser admissível uma interpretação que contrarie o princípio da legalidade.

²³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público, Controle de Constitucionalidade, Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. **ADO 26**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13 de junho de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 07 de fev. 2021.

²³⁶ Ibidem.

²³⁷ Ibidem.

²³⁸ Ibidem.

²³⁹ Ibidem.

Além disso, ele considerou inadequado o uso do Mandado de Injunção no caso, afirmando que não houve demonstração de direito subjetivo de determinada coletividade (integrantes da comunidade LGBTQIA+). Também entendeu como incompatível a providência de criar um tipo penal provisório, por meio de pronunciamento judicial, além de ser incompatível com a natureza declaratória da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão²⁴⁰.

Reiterou que os pedidos formulados suscitam uma confusão na atuação do Supremo Tribunal Federal com relação aos outros Poderes, os quais se submetem ao princípio da reserva legal em matéria penal. Sendo assim, o art. 5º, inciso XXXIX, da CF é claro ao afirmar que "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", assim proibindo a analogia, a utilização do direito consuetudinário para fundamentar ou agravar a pena, a vedação à retroatividade e a vedação de leis penais e penas de conteúdo indeterminado, tudo garantias seculares que não podem ser desrespeitadas²⁴¹.

O Ministro ainda alega que a estrita legalidade, no que direciona a ortodoxia na interpretação da Constituição federal, no que diz respeito à matéria penal, não viabiliza de maneira alguma ao Tribunal o esvaziamento do sentido literal do texto mediante a complementação de tipos penais. Desse modo, a Lei 7.716/1989, da discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, não contempla a decorrente de orientação sexual.

Entendeu não ser cabível a tipificação e o enquadramento da homofobia e da transfobia no conceito ontológico-constitucional de racismo, uma vez que os delitos expressamente previstos em lei penal são taxativos, não podendo ser tomados como meramente exemplificatórios e desprovidos de significado preciso, afirmando que isso esvaziaria os núcleos existentes nos preceitos incriminadores (raça, cor, etnia, religião e procedência nacional)²⁴².

O Ministro²⁴³ também declara que, concordar com essa tipificação, seria usurpar a competência do Congresso Nacional para legislar sobre Direito Penal, cujo caráter privativo afasta, por exemplo, até a edição de medidas provisórias de natureza penal pelo Presidente da República, conforme art. 62, §1º, inciso I, alínea b da CRFB. Ainda chama a atenção para o

²⁴⁰ BRASIL. op., cit.

²⁴¹ Ibidem.

²⁴² Ibidem.

²⁴³ Ibidem.

fato da interpretação não estar vinculada à lei em sentido estrito, mas ao subjetivismo dos magistrados, o que gera prejuízo à segurança jurídica.

Além disso, entende que não tem como, logicamente ao mesmo tempo, se declarar eventual mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização da homofobia e da transfobia e enquadrar a homofobia e transfobia no conceito ontológico constitucional de racismo²⁴⁴.

O Ministro explicita que a possível omissão do legislador não pode ser suplantada por exegese extensiva da legislação em vigor, entendendo ser importante observar-se a independência e a harmonia dos Poderes da República, para que se perceba os limites da separação dos Poderes e da própria reserva legal em matéria penal.

Em conclusão, o Ministro²⁴⁵ diverge de todos os outros ministros, inadmitindo o Mandado de Injunção, ao entender que não há seguimento que tenha direito à criminalização e admitindo apenas em parte a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, sem reconhecer tanto a omissão legislativa em relação à criminalização da homofobia e da transfobia especificamente, quanto o enquadramento destes no entendimento de “racismo” da Lei 7.716/1989.

2.2 A Criminologia Crítica chegou ao STF?

A evolução do pensamento acadêmico influencia o teor dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a doutrina faz parte da fundamentação exigida aos magistrados para dar cumprimento ao livre convencimento motivado. Contudo, verifica-se que autores influentes para o discurso criminológico, como Nilo Batista, são ignorados pelo STF e aqueles que são citados, como Alessandro Baratta e Eugenio Raúl Zaffaroni, sofrem uma redução drástica de sua bibliografia nos acórdãos analisados por Ferreira e Falleiros²⁴⁶.

Nas decisões da Corte Constitucional, a aceitação de alguns nomes de importantes autores da Criminologia Crítica como doutrinadores legitimados não significa que suas concepções foram assimiladas de maneira a preservar a integridade de suas premissas, pois há mais exemplos de usos utilitários, e até descontextualizados, do que um real esforço sistemático

²⁴⁴ BRASIL. op., cit.

²⁴⁵ Ibidem.

²⁴⁶ FERREIRA, Carolina Costa; FALLEIROS, Gustavo Torres. A margem chega ao centro? A Criminologia Crítica na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: GARCIA, Renata Monteiro et al (org.). **Sistema de Justiça Criminal e Gênero: Diálogos entre as Criminologias Crítica e Feminista**. João Pessoa: Editora do CCTA, 2020. p. 133.

para adoção de uma postura criminológica crítica e, a partir dela, conferir solução a casos concretos²⁴⁷.

Assim, o Supremo deixa de aproveitar a produção acadêmica mais recente, os retratos instantâneos da realidade (com dados empíricos) e os modelos especulativos para a solução de impasses que os estudos de matriz crítica têm a oferecer. O destrave de determinadas questões, para as quais a Criminologia Crítica tem muito a contribuir, pode ocorrer no Judiciário de uma forma muito mais direta do que na seara acadêmica, cujos debates sugerem um lento desabrochar de consciências²⁴⁸.

Ademais, é importante notar que, nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal na ADO 26 e no MI 4733, não foram sequer citados nomes da Criminologia Crítica, o que dirá da Criminologia *Queer* e afins, demonstrando que, mais uma vez, os Ministros ignoram toda uma produção acadêmica sociológica mais do que necessária para orientar o pensamento criminal dentro do Direito.

Importante analisar a noção de violência homotransfóbica como violência racial (“racismo social”), entendido pela maioria dos Ministros. “Raça” é uma categoria não ontológica que se refere a dimensões biológicas fenotípicas e genotípicas de um determinado grupo, assim sendo “racismo” qualquer ideologia que fundamente a violência e discriminação contra determinada raça²⁴⁹.

Enquanto isso, orientação sexual é a identidade que se confere a alguém em função da direção da sua conduta ou atração sexual, sendo que, se esta se dirige a alguém do mesmo sexo, denomina-se de orientação homossexual; se esta se dirige a alguém do sexo oposto denomina-se de orientação heterossexual e, se pelo dois sexos, de bissexual. Assim, a orientação sexual está relacionada ao desejo sexual do indivíduo²⁵⁰.

²⁴⁷ FERREIRA, FALLEIROS, op. cit., p. 145.

²⁴⁸ Ibidem. p. 147.

²⁴⁹ SILVA, Danler Garcia. **Discurso Judicial e Criminalização da Homotransfobia no Brasil**: ponderações desde uma teoria e criminologia queer. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2020, p.93. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/29269/7/DiscursoJudicialCriminalizacao.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

²⁵⁰ RIOS, Roger Raupp; PIOVESAN, Flávia. A discriminação por gênero e por orientação sexual. In: **Seminário Internacional - As minorias e o direito**, 2001, Brasília (Série Cadernos do CEJ, v. 24). Disponível em: http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/693_609_riosroger.pdf. Acesso em: 10 fev. 2021.

Já a identidade de gênero diz respeito ao gênero com o qual uma pessoa se identifica, sendo independente do sexo (das características biológicas), estando relacionado a identificação de uma pessoa com o gênero masculino ou feminino²⁵¹.

Isto posto, demonstra-se que o discurso judicial do Supremo, que criminalizou a violência homotransfóbica sob o alicerce da extensão das categorias de raça e racismo à orientação sexual e identidade de gênero, é descabido²⁵². É importante ressaltar que, além da inadequação da orientação sexual e da identidade de gênero à categoria de racismo, a analogia feita implica a diluição desses conceitos (orientação sexual mais identidade de gênero e racismo) em um só, o que é prejudicial para a devida proteção à esses grupos distintos, quais sejam a comunidade LGBTQIA+ de um lado e a comunidade Negra de outro, uma vez que se tem o mesmo tratamento institucional para duas situações distintas, repetindo-se, assim como já exposto, a violência institucional com esses grupos.

A respeito disso, explica Carvalho:

[...] acredito que a via eleita pelo movimento LGBTs, ao optar pela inclusão da homofobia na Lei 7.716/1989, foi extremamente inadequada. Primeiro porque dilui a ideia de preconceito e discriminação por orientação sexual e identidade de gênero nas questões de raça, cor, religião, etnia e procedência nacional. Por mais que a homofobia possa ser enquadrada teoricamente nos crimes de ódio (*hate crimes*) e guarde uma significativa identificação com a xenofobia, o racismo e o antissemitismo, cada um destes fenômenos guarda uma complexidade própria que merece ser analisada individualmente.²⁵³

Outrossim, existe um ponto muito importante que não foi abordado pelos Ministros e que parece haver decorrido da falta de um necessário estudo criminológico. Esse ponto é a heteronormatividade compulsória, assim como a heterossexualidade e a cisgeneridade enredadas nas instituições jurídicas. É essa heteronormatividade, assim como heterossexualidade e cisgeneridade compulsórias, que repercutem nas violências que a comunidade LGBTQIA+ sofre, retroalimentando e perpetuando essas características como hegemônicas e legítimas²⁵⁴. Dessa maneira, conforme Colling²⁵⁵: “para uma perspectiva *queer*, enquanto a heterossexualidade não for problematizada como uma imposição, como uma construção, a homofobia e a falta de respeito à diversidade sexual e de gênero não vão acabar.”

²⁵¹ MEDEIROS, Letícia; MORAES, Isabela. Gênero: você entende o que significa?. 2015. Disponível em: <https://www.politize.com.br/vamos-falar-sobre-genero/>. Acesso em: 10 fev. 2021.

²⁵² SILVA. op., cit. p. 93.

²⁵³ CARVALHO, op. cit. p. 248.

²⁵⁴ SILVA. op., cit. p. 94.

²⁵⁵ BENTO, Berenice. Política da diferença: feminismos e transexualidades. In: COLLING, Leandro (org.). **Stonewall 40 + o que no Brasil?**. Salvador: EDUFBA, 2011. p. 79-110. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/stonewal-40-cult9-RI.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2021.

Ao que parece, os Ministros, imersos em uma cultura populista, decidiram pela criminalização da homotransfobia sob uma conjuntura de ânsia e tensão pública e midiática, não se atentando ao próprio direito, nem às pautas levantadas pela comunidade LGBTQIA+ e nem, principalmente, à criminologia, exteriorizando o despreparo acerca da matéria tratada.

Assim, ainda que a criminalização da homotransfobia, como ocorreu, tenha a aptidão de empreender alguns efeitos positivos como a expansão da consciência social concernente à temática, e que é preferível à nenhuma movimentação judiciária a longo prazo, a forma como foi feita traz muitos prejuízos ao grupo que se pretende proteger e, pensada como uma medida a curto prazo, não substitui de maneira alguma a devida tipificação penal.

Portanto, serão analisados a seguir esses efeitos, tanto positivos, quanto negativos da criminalização da LGBTfobia, a fim de buscar um escopo ainda maior sobre o assunto.

3 – AS CONSEQUÊNCIAS DO JULGAMENTO DA ADO 26 E DO MI 4733 PARA O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

3.1. Pesquisa Empírica no DF

Apesar da criminalização por analogia da LGBTfobia, reconhecida pelo STF, conforme a Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal (SSP-DF), entre janeiro e outubro do ano de 2020, foram registradas 33 ocorrências de homotransfobia, sendo que, em igual período do ano anterior (2019), ocorreram 11 registros da mesma natureza, indicando assim um aumento da violência contra as pessoas da comunidade LGBTQIA+ na capital federal²⁵⁶.

Conforme o Núcleo de Enfrentamento à Discriminação (NED) do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, de 2017 (46 denúncias) para 2018 (87 denúncias) houve um aumento de quase o dobro dos casos de discriminação. O ano de 2018 foi o ano das eleições, nas quais, infelizmente, tiveram diversas figuras públicas estatais que, em suas campanhas, proferiram discursos de ódio contra os indivíduos da comunidade LGBTQIA+, o que demonstra a importância de uma mudança cultural também do Estado²⁵⁷.

Em 2019, foram registrados 95 inquéritos policiais e 88 denúncias, no sentido processual do termo, em relação ao art. 140, §3º do Código Penal e Lei 7.716/89, um aumento comparado ao ano anterior (2018) e a 2017. Após a criminalização da LGBTfobia, no ano passado (2020), foram registradas 72 denúncias (sentido processual do termo), sendo que ainda não foram fechados os dados referentes a inquéritos por problemas de identificação destes pela instituição. Frisa-se que esses dados não possuem o recorte detalhado em relação à discriminação contra a população LGBTQIA+, abarcando também outras discriminações raciais. De todo modo, esse número continua sendo alto se comparado aos registros dos anos anteriores²⁵⁸.

²⁵⁶MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Portal do MPDFT**. MPDFT recomenda efetivação de comitês e conselho voltados à proteção da população LGBT. Disponível em: <https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/noticias/noticias-2020/12648-mpdft-recomenda-que-gdf-efetive-comites-e-conselho-voltados-a-protecao-da-populacao-lgbt#:~:text=De%20acordo%20com%20a%20Secretaria,contra%20essas%20pessoas%20no%20DF>. Acesso em: 17 de fev. 2021.

²⁵⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Portal do MPDFT**. Estatísticas e Denúncias. Disponível em: <https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/conhecampdft-menu/nucleos-e-grupos/nucleo-de-enfrentamento-discriminacao-ned/557-denuncias>. Acesso em: 18 de fev. 2021.

²⁵⁸ ESCOBAR, Cecília. Núcleo de Enfrentamento à Discriminação (NED) do **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**.



De acordo com o gráfico²⁵⁹ acima, do boletim da Polícia Civil do Distrito Federal, entre 2015 e 2019 foram registradas, em média, 329 ocorrências por ano de crimes praticados contra a população LGBTQIA+ na capital federal. Nesse período, houve incremento de registros na ordem de 92%. Note-se que 329 ocorrências significam em uma média de 27, 41 ocorrências por mês e que, em um ano, apenas seis dias do ano alguém dessa comunidade não teria sofrido discriminação ou preconceito.

De 2015 a 2020, houve um aumento de 263% só no primeiro semestre. Em 2020, no primeiro semestre, ocorreram 232 discriminações (9% a mais que no mesmo período em 2019) contra pessoas LGBTQIA+ e no segundo semestre ocorreram 159.

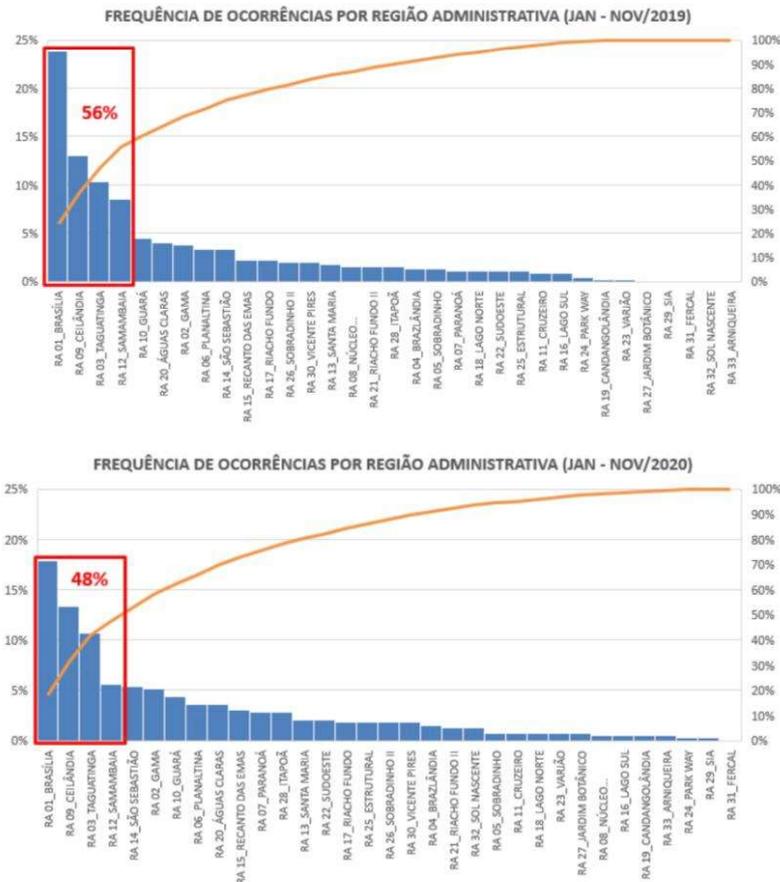


Um comparativo mensal (janeiro a novembro) entre 2019 e 2020 mostra que no primeiro ano houve 40 ocorrências por mês de crimes praticados contra a população LGBTQIA+ no

²⁵⁹POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. **Informativo Criminal nº 69/2020**. Crimes contra a Comunidade LGBTQIA+ (2015 – nov/2020).2020.

Distrito Federal, enquanto em 2020 a média foi de 36 ocorrências, representando 10% de redução nos registros criminais²⁶⁰.

Agora, sobre 2020, detalhadamente, temos que fevereiro foi o mês com maior quantidade de ocorrências registradas (66), seguido por duas quedas consecutivas (38 em março), sendo abril (20) o mês com menor índice de registros de ocorrências²⁶¹.



Conforme o primeiro gráfico²⁶² acima, acerca dos registros por regiões administrativas, Brasília, Ceilândia, Taguatinga e Samambaia, de janeiro a novembro do ano de 2019, concentraram 56% das ocorrências registradas e, ainda, no ano de 2020 essas mesmas localidades foram as que apresentaram também a maior quantidade de registros, sendo dessa vez 48% do total do Distrito Federal.

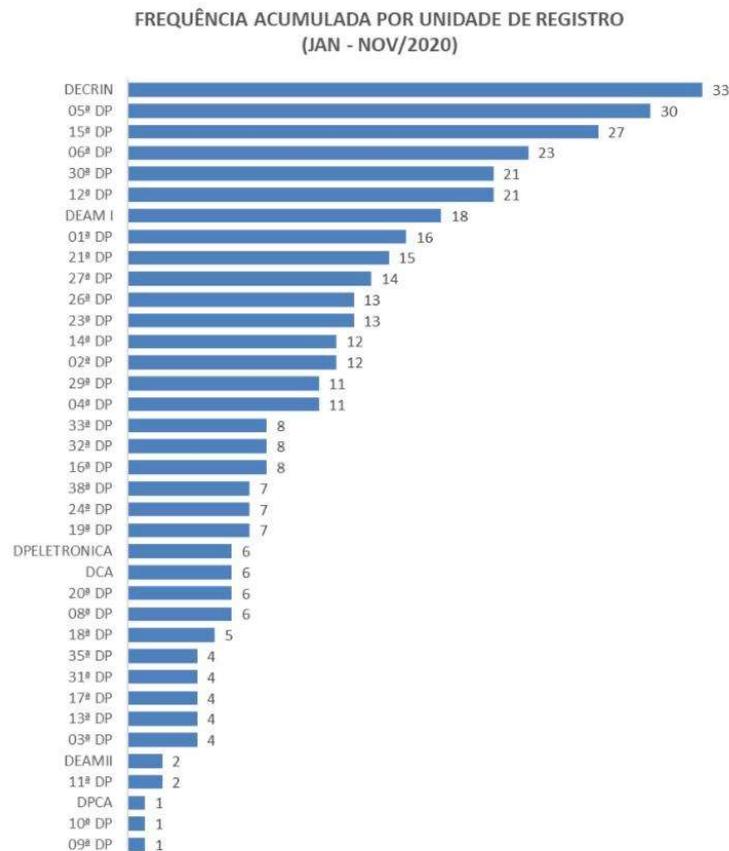
Em 2020, de janeiro a novembro, Brasília registrou o maior percentual de ocorrências, com 18% do total de registros do Distrito Federal, seguida de Ceilândia (13%), de Taguatinga (11%) e de Samambaia (6%), como demonstrado no segundo gráfico²⁶³ acima.

²⁶⁰ POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. op. cit.

²⁶¹ Ibidem.

²⁶² Ibidem.

²⁶³ Ibidem.



Sobre as ocorrências por unidade policial de registro, como se pode observar pelo gráfico²⁶⁴ apresentado, a DECRIN (Delegacia Especial de Repressão aos Crimes por Discriminação Racial, Religiosa, ou por Orientação Sexual, ou Contra Pessoa Idosa ou com Deficiência) foi a unidade policial que mais recebeu registros de ocorrências de crimes praticados contra a população LGBTQIA+ no Distrito Federal, tanto no ano de 2019 (de janeiro a novembro), quanto no ano de 2020 (de janeiro a novembro), com um aumento de apenas uma ocorrência no ano passado em relação ao de 2019, indicando estabilidade.

Na sequência, depois da DECRIN (8,4%), as unidades policiais que mais registraram crimes praticados contra a comunidade LGBTQIA+ aqui no DF em 2020 foram a 5ª DP (7,7%) e a 15ª DP (6,9%)²⁶⁵.

²⁶⁴ POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. op. cit.

²⁶⁵ Ibidem.

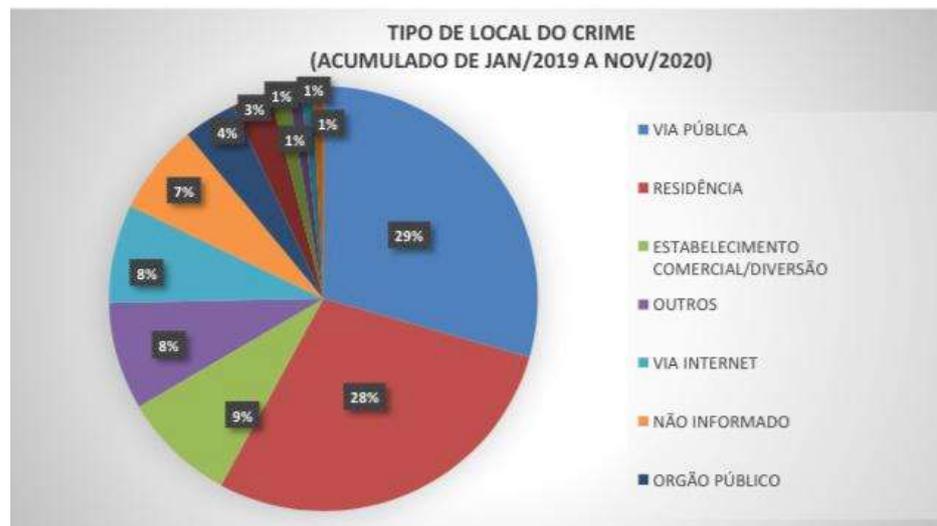
NATUREZA PADRONIZADA	JAN - NOV/2019	JAN - NOV/2020
INJURIA	19,6%	15,9%
AMEACA	18,4%	14,3%
LESAO CORPORAL DOLOSA	12,4%	13,0%
EM APURACAO	9,4%	7,2%
ROUBO A TRANSEUNTE	7,4%	5,8%
CONTRAVENÇÕES	6,6%	4,7%
LEI MARIA DA PENHA (Lei 11.340/06)	5,0%	6,2%
CRIMES DIVERSOS	4,6%	9,4%
DANO	2,2%	1,9%
FURTO DE CELULAR	2,2%	2,2%
FURTOS DIVERSOS	1,2%	1,8%
HOMOTRANSFOBIA	0,9%	3,6%
FURTO A TRANSEUNTE	0,9%	1,9%
FURTO EM RESIDENCIA	0,9%	1,5%
ESTELIONATO	0,9%	1,7%
ESTUPRO	0,7%	0,4%
ROUBOS DIVERSOS	0,7%	0,4%
LESAO CORPORAL NO TRANSITO	0,5%	0,6%
LOCALIZACAO DE VEICULO	0,5%	0,6%
ROUBO C/RESTRIÇÃO DE LIBERDADE	0,4%	0,0%
NATUREZA PADRONIZADA	JAN - NOV/2019	JAN - NOV/2020
ROUBO DE VEICULO	0,4%	0,1%
RESISTENCIA	0,4%	0,1%
TENTATIVA DE HOMICIDIO	0,3%	0,8%
TENTATIVA DE LESAO CORPORAL DOLOSA	0,3%	0,0%
ROUBO EM RESIDÊNCIA	0,3%	0,1%
FURTO DE VEICULO	0,3%	0,6%
FURTO EM COMERCIO	0,3%	0,0%
FURTO EM INTERIOR DE VEICULO	0,3%	0,4%
DESACATO	0,3%	0,4%
EXTORSAO	0,3%	0,1%
USO E PORTE DE DROGAS	0,3%	0,0%
CRIME CONTRA OS IDOSOS (Lei 10.741/2003)	0,1%	0,3%
TENTATIVA DE ROUBO A TRANSEUNTE	0,1%	0,1%
ROUBO EM COMÉRCIO	0,1%	0,0%
TENTATIVA DE ESTELIONATO	0,1%	0,0%
TENTATIVA DE EXTORSAO	0,1%	0,0%
MAUS TRATOS	0,1%	0,0%
PRATICA DE RACISMO	0,1%	0,0%
RECEPTACAO	0,1%	0,3%
OUTRAS LESÕES TRANSITO	0,1%	1,0%
PORTE/POSSE DE ARMA	0,1%	0,3%
IMPORTUNAÇÃO SEXUAL	0,0%	0,8%
INCENDIO	0,0%	0,4%
DISPARO DE ARMA DE FOGO	0,0%	0,3%
HOMICIDIO	0,0%	0,1%
PORNOGRAFIA	0,0%	0,1%
ROUBO EM COLETIVO	0,0%	0,1%
DANO A PATRIMÔNIO PÚBLICO	0,0%	0,1%
PORTE/POSSE DE ACESSÓRIO	0,0%	0,1%
TENTATIVA DE FURTO DE CELULAR	0,0%	0,1%

Em relação às variações das naturezas registradas, observa-se que, tanto em 2019 (janeira a novembro), quanto em 2020 (janeiro a novembro), as principais naturezas de crimes praticados contra a população LGBTQIA+ no DF foram injúria, ameaça e lesão corporal dolosa.

Nota-se que a natureza específica da homotransfobia passou de 7 registros em 2019 para 26 casos em 2020, representando uma alta de 271%²⁶⁶.

Não houve registro de homicídio consumado contra a população LGBTQIA+ em 2019; contudo, em 2020, houve o registro de um caso. Acerca do delito de estupro, comparando-se 2019 com 2020 (janeiro a novembro), registrou-se queda de 5 para 3 casos consumados. A natureza de lesão corporal dolosa, a terceira mais registrada em ambos os anos, teve alta de 2,8% (92 para 94 casos), ainda indicando estabilidade nesta modalidade²⁶⁷.

Importante frisar que a tabela²⁶⁸ apresentada acima, ao detalhar a distribuição das naturezas criminais praticadas contra a população LGBTQIA+ no DF, não apresenta valores quantitativos de registros de ocorrências policiais, visto que uma ocorrência pode ter várias naturezas delituosas reunidas em si.



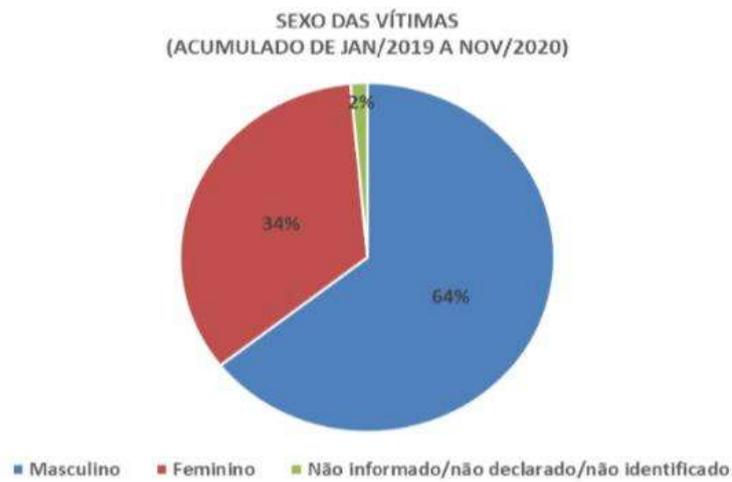
Relativamente ao tipo de local do crime, no acumulado de janeiro de 2019 até novembro de 2020, as vias públicas foram o principal local onde ocorreram os crimes praticados contra a população LGBTQIA+ no DF, totalizando 29% das ocorrências. Na sequência tem-se que as residências são o segundo local com maior incidência criminal (28%), seguida dos estabelecimentos comerciais diversos (9%), conforme se infere do gráfico. Importante ressaltar que 7% das ocorrências não informaram o tipo de local do crime²⁶⁹.

²⁶⁶ POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. op. cit.

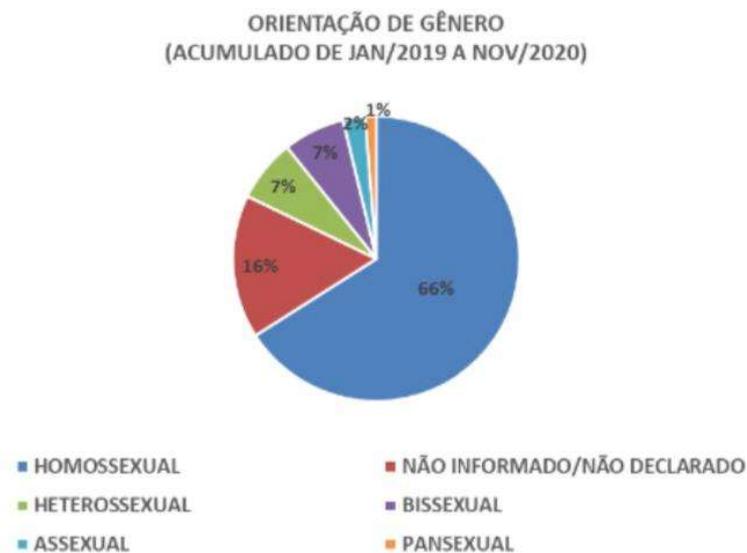
²⁶⁷ Ibidem.

²⁶⁸ Ibidem.

²⁶⁹ Ibidem.



No recorte sobre o sexo das vítimas, de janeiro de 2019 a novembro de 2020 verifica-se a predominância do sexo masculino, o qual representou 64% do total, conforme ilustrado no gráfico acima. Aqui fica explícito o que já foi apresentado em capítulos anteriores, a relação da homofobia com a discriminação por gênero, uma vez que as vítimas majoritárias são os homens que geralmente apresentam características, tanto físicas, quanto psicológicas femininas, ou seja, o que é rechaçado/depreciado é justamente as características ligadas a mulher. Isso também fica evidente quando se verifica que, em caso de transfobia, o gênero mais afetado por essa discriminação é o feminino.



Primeiramente, sobre o gráfico²⁷⁰ acima, é importante esclarecer que o termo utilizado pela Polícia Civil do Distrito Federal não é o correto. Orientação de gênero seria o mesmo que identidade de gênero, ou seja, o gênero, masculino ou feminino, que uma determinada pessoa se identifica mais. O termo correto para designar o que é apresentado no gráfico deveria ter sido

²⁷⁰ POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. op. cit.

“Orientação Sexual”, demonstrando por qual sexo a pessoa possui interesse de se relacionar amorosa ou sexualmente.

Assim, quanto à orientação sexual da população LGBTQIA+, infere-se que, das vítimas que informaram sua preferência, os homossexuais representaram 66% do total das 963 vítimas²⁷¹.



A respeito da identidade de gênero, não houve pergunta, informação ou declaração em mais da metade das ocorrências de janeiro do ano de 2019 até novembro de 2020, prejudicando a análise estatística nesse ponto. Apesar disso, tem-se que os transexuais corresponderam a 18% das vítimas analisadas²⁷².

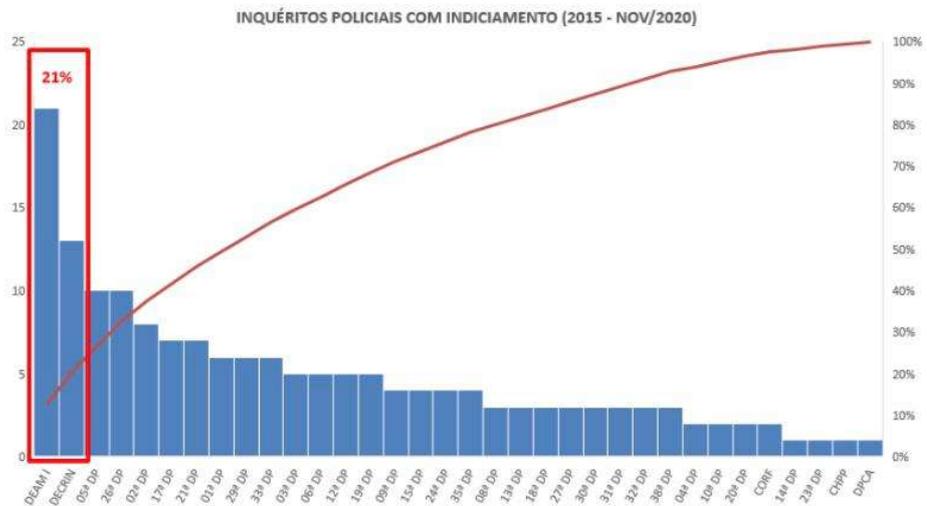


²⁷¹ POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. op. cit.

²⁷² Ibidem.

Quanto aos procedimentos policiais instaurados entre 2015 e novembro de 2020 com relação aos crimes com vítimas LGBTQIA+, houve o registro de 989 procedimentos, 49% das ocorrências policiais. Desses procedimentos, 396 são inquéritos policiais, 120 são procedimentos de apuração de ato infracional e 473 são termos circunstanciados²⁷³.

Ao se restringir a análise aos inquéritos policiais, como demonstrado no gráfico acima, verificou-se uma tendência de alta, considerando que o ano de 2020 já alcançou o mesmo quantitativo de todo o ano de 2019, mesmo sem o cômputo do mês de dezembro, além de já ter atingido o maior valor da série histórica desde 2015²⁷⁴.





Um levantamento feito nas denúncias recebidas pela PCDF apontou que a homotransfobia é modalidade criminosa que não costuma ser denunciada no DF, tendo em vista que, entre 2015 e 2020, não foram localizadas denúncias sobre o tema²⁷⁷.

Em relação ao crime de injúria qualificada pela utilização de elementos referentes à identidade de gênero ou orientação sexual, houve apenas uma denúncia datada de 2007²⁷⁸.

A partir de uma pesquisa por palavras-chave no histórico de denúncias, confirmada pela posterior leitura dos documentos, foram encontradas, pela PCDF, 34 denúncias de crime de injúria, em sua forma genérica, praticadas em razão da condição de pessoa LGBTQIA+ no DF, no período de 2015 até 2020. Tais denúncias foram distribuídas conforme o gráfico²⁷⁹ acima apresentado, sendo que o ano de 2017 teve um destaque significativo, seguido de 2020.

²⁷⁷ POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. op. cit.

²⁷⁸ Ibidem.

²⁷⁹ Ibidem.

No tocante às cidades onde ocorreram as denúncias, destaca-se Samambaia, concentrando 29% dessas denúncias, totalizando 10 registros²⁸⁰.

Concluiu-se assim que, entre 2015 e 2019, foram registradas, em média, 329 ocorrências por ano de crimes praticados contra a população LGBTQIA+ no DF. No ano passado, entre janeiro e novembro, já foram registradas 391 ocorrências, uma média de 36 ocorrências por mês ou 1 por dia²⁸¹.

Do primeiro semestre de 2015 para o primeiro semestre de 2020, houve um aumento de 263%. Nos gráficos analisados, o primeiro semestre de 2020 foi o que apresentou maior quantidade de ocorrências registradas, sendo fevereiro e abril os meses de, respectivamente, maior e menor incidência criminal²⁸².

Os registros por Região Administrativa demonstraram que as localidades com maior aumento de ocorrências no período de janeiro a novembro de 2019/2020 foram o Paranoá e São Sebastião, em termos absolutos, e Varjão, em termos percentuais²⁸³.

Brasília, Ceilândia, Taguatinga e Samambaia concentraram, de janeiro a novembro de 2019, 56% das ocorrências registradas, sendo que, no mesmo período, no ano passado, essas mesmas localidades foram as que apresentaram a maior quantidade de registros também, correspondendo a 48% do total do DF²⁸⁴.

A DECRIN foi a unidade policial que mais recebeu registros de ocorrências de crimes praticados contra a população LGBTQIA+ no DF, tanto em 2019, quanto em 2020, com aumento de apenas uma ocorrência no ano passado em relação a 2019, indicando estabilidade²⁸⁵.

Tanto em 2019, quanto em 2020, as principais naturezas de crimes praticados contra a população LGBTQIA+ no DF foram injúria, ameaça e lesão corporal dolosa. A natureza específica de homotransfobia passou de 7 registros em 2019 para 26 casos em 2020, representando uma alta de 271%²⁸⁶.

De janeiro de 2019 até novembro de 2020, as vias públicas (29%) e as residências (28%) foram os principais locais onde ocorreram crimes praticados contra essa comunidade. No

²⁸⁰ POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. op. cit.

²⁸¹ Ibidem.

²⁸² Ibidem.

²⁸³ Ibidem.

²⁸⁴ Ibidem.

²⁸⁵ Ibidem.

²⁸⁶ Ibidem.

mesmo período, 64% das vítimas eram do sexo masculino, 55% se declararam homossexuais e 18% transexuais²⁸⁷.

Houve 989 procedimentos policiais instaurados entre 2015 e novembro de 2020, representando 49% das ocorrências policiais. Desses procedimentos, 396 são inquéritos policiais, dos quais houve indiciamentos em 42%, sendo 13% da DEAM 1 e 8% da DECRIN²⁸⁸.

Foram encontradas 34 denúncias, no sentido geral do termo, de crime de injúria, em sua forma genérica, praticadas em razão da condição da pessoa LGBTQIA+ no DF, no período de 2015/2020, além de 1 denúncia de injúria qualificada pela utilização de elementos referentes à identidade de gênero ou orientação sexual, datada de 2007²⁸⁹.

Apesar de não localizadas denúncias específicas de homotransfobia, as denúncias encontradas tiveram significativa alta no ano de 2017, sendo que a cidade de Samambaia concentrou 29% do total²⁹⁰.

É importante ressaltar que, apesar da maior visibilidade dada a essa comunidade a partir da discussão judicial e da criminalização da sua discriminação pelo Supremo, a educação exerce um papel muito importante como forma de diminuição da violência a médio e longo prazo, pois proporciona aos indivíduos uma noção maior de cidadania, de seus direitos e deveres com o próximo, além de ter o condão de informar a sociedade sobre os conceitos relativos à orientação sexual e à identidade de gênero, desmistificando crenças preconceituosas enraizadas na cultura social.

Como exposto por Garrido, Pimenta e Moura²⁹¹, as organizações escolares são “produtoras de práticas sociais, de valores, de crenças e de conhecimentos, movidas pelo esforço de procurar novas soluções para os problemas vivenciados”.

Ou seja, apenas a criminalização da LGBTfobia não será suficiente para produzir resultados positivos no sistema de justiça criminal para os integrantes da comunidade LGBTQIA+, sendo imperativa uma mudança profunda na base da educação da população brasileira, uma vez que esta seria a forma de a médio e longo prazo, diminuir a violência.²⁹² A

²⁸⁷ POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. op. cit.

²⁸⁸ Ibidem.

²⁸⁹ Ibidem.

²⁹⁰ Ibidem.

²⁹¹ GARRIDO, E.; PIMENTA, S.; MOURA, M. A pesquisa colaborativa na escola como abordagem facilitadora para o desenvolvimento da profissão de professor. In: MARIN, A. J. (Org.). **Educação continuada**. Campinas: Papirus, 2000.

²⁹² PEREIRA, Maria Eduarda Camargo. NEVES, Helen Correa Solis. Criminalização da LGBTfobia: Uma Problemática Necessária. **Revista Âmbito Jurídico**. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/criminalizacao-da-lgbtobia-umaproblematizacaonecessaria/#:~:text=Criminaliza%C3%A7%C3%A3o%20da%20LGBTfobia%3A%20Uma%20Problematiza%C3%A7%C3%A3o%20Necess%C3%A1ria,3%20de%20setembro&text=Por%20fim%2C%2>

criminalização (controle formal) não pode e nem deve andar desacompanhada da educação da população brasileira sobre a matéria (controle informal).

Acerca da necessidade de controles informais por parte do Estado, as Promotoras de Justiça do Núcleo de Enfrentamento à Discriminação (NED)²⁹³ expõem:

As ações em prol da luta contra a Lgbtfobia precisam estar incorporadas a um contexto estratégico de política pública planejada, eficaz e perene, que englobe as etapas de diagnóstico do problema, desenho e caracterização da política, impacto orçamentário e financeiro, estratégias de implementação, estratégia de confiança e suporte, monitoramento, avaliação e controle social.

Apesar de a decisão do STF não depender de lei ou de regulamentação, os órgãos de segurança pública e os órgãos de Justiça não estão preparados para atender esse tipo de caso. Seria interessante que os governos estaduais lidassem com a discriminação LGBTfóbica de forma preventiva, como já exposto pelo movimento criminológico-crítico, por meio da criação de campanhas de conscientização e de canais de denúncias amigáveis (controle informal), uma vez que o preconceito e a discriminação estão presentes no inconsciente coletivo²⁹⁴.

Há, porém, uma dificuldade gigantesca em delimitar, ao certo, quantos inquéritos já foram instaurados e se já houveram decisões condenatórias. Prova disso é a escassa precisão por parte dos órgãos de segurança pública em indicar o número de inquéritos policiais e de denúncias feitas sobre a temática. Por conta da diluição da discriminação concernente à orientação sexual e identidade de gênero com a discriminação racial, o NED²⁹⁵ (Núcleo de Enfrentamento à Discriminação) do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios informa que não tem como indicar os dados sobre crimes de injúria racial (art. 140 §3º do Código Penal e Lei 7.716/89) com recorte em relação ao crime contra a população LGBTQIA+.

Reforça-se que a aplicação está bastante aquém do que o desejado. A subnotificação é uma realidade infelizmente e o que ocorre é que a mentalidade da sociedade ainda é muito LGBTfóbica, o que se percebe em todo lugar, inclusive nos serviços de segurança e Justiça.

Além do mais, a irrisória efetividade da criminalização também está atrelada à falta de fornecimento de informação por parte do Estado para a própria população LGBTQIA+, que

0delimitou%2Dse%20que,o%20interm%C3%A9dio%20do%20sistema%20educacional. Acesso em: 17 de fev. de 2021.

²⁹³MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Recomendação n. 06**, 2020. Disponível em: https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/Recomenda%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_062020_reativa%C3%A7%C3%A3o_dos_comit%C3%AAs_e_conselho_LGBT.pdf Acesso em: 17 de fev. de 2021.

²⁹⁴ COSTA, Ângelo Brandelli; NARDI, Henrique Caetano. Homofobia e preconceito contra diversidade sexual: debate conceitual. **Instituto de Psicologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 23, n. 3, p. 715-726, set. 2015. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2015000300015. Acesso em: 15 mar. 2021.

²⁹⁵ ESCOBAR, Cecília. Núcleo de Enfrentamento à Discriminação (NED) do **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**.

muitas vezes não conhece seus próprios direitos, além de, quando conhecerem, temerem sofrer ainda mais preconceito e discriminação ao acessar esses serviços (violência institucional).

Portanto, defende-se que seja feita uma abordagem mais ampla da LGBTfobia, assim como ocorreu com a violência contra a mulher, que, não obstante as diversas e devidas críticas, possui uma lei e políticas públicas mais incisivas em prevenir e informar a população sobre sua questão, o que carece à comunidade LGBTQIA+²⁹⁶.

Percebe-se que, com uma devida tipificação criminal, será possível quantificar essas vítimas de maneira mais adequada e, então, pensar em políticas públicas efetivas de prevenção e de combate a esse tipo de violência.

Sobre isso, a presidente da Comissão Especial de Diversidade Sexual e de Gênero (CEDSG), Gabriela Lorenzet²⁹⁷, explicita que:

As delegacias do Brasil devem receber os crimes de LGBTfobia e registrá-los dessa forma. Não se pode esquecer que os homicídios com motivação LGBTfóbica devem ser indicados pelos órgãos de segurança ou no sistema de justiça, já que os sistemas são falhos na demonstração de crimes desta natureza. Criminalizar uma conduta não resolve o problema social, mas certamente reduzirá atos e criará mecanismos de luta contra as opressões sofridas diariamente pela população LGBT.

Outros especialistas também afirmam que a criminalização da LGBTfobia ainda não saiu efetivamente do papel e que, até este momento, há muita subnotificação. Entendem que a aplicação da decisão do STF ainda apresenta caráter, sobretudo, simbólico. Infelizmente, com a falta de especialização e de conscientização por parte do Estado em relação aos profissionais de segurança pública, esses agentes estatais têm demonstrado despreparo em lidar com tais crimes e com suas vítimas²⁹⁸.

O próprio Ministro da Educação Milton Ribeiro²⁹⁹, em uma entrevista a revista O Estado de S. Paulo, definiu o “homossexualismo” (aqui chamo atenção para a utilização do termo por ele com o sufixo “ismo”, que não é utilizado para designar esses indivíduos, pois remete à categoria de doença) como “opção” e ainda afirmou que seria fruto de “famílias desajustadas”.

²⁹⁶ SANTOS, Vinicius Marques. **Criminalização da LGBTfobia no Brasil fundamentada no Princípio da Isonomia Material**. 2018. Trabalho de conclusão de curso - (Graduação - Direito) Universidade Federal do Maranhão, Imperatriz, 2018 p. 31. Disponível em: <http://monografias.ufma.br/jspui/bitstream/123456789/2588/1/ViniciusSantos.pdf>. Acesso em: 14 de março de 2021.

²⁹⁷ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL DO RIO GRANDE DO SUL. **CEDSG vai debater os efeitos práticos um ano após a criminalização da LGBTfobia no Brasil**. Disponível em: <https://www.oabrs.org.br/noticias/cedsg-vai-debater-os-efeitos-praticos-ano-apos-criminalizacao-lgbtfobia-no-brasil/44757>. Acesso em: 19 fev. 2021.

²⁹⁸SINTRATEL, **Sindicato dos Trabalhadores em Telemarketing**. Disponível em: <http://www.sintratel.org.br/site/index.php/noticias/3109-criminalizacao-da-lgbtfobia-nao-saiu-do-papel-e-seu-efeito-e-ainda-simbolico>. Acesso em: 22 de fev de 2021.

²⁹⁹ Ibidem.

Sobre isso Ananda Puchta³⁰⁰, advogada e presidente da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB no Paraná, alega:

A decisão do STF pode ser aplicada aqui porque ele não só associou a homossexualidade a famílias desajustadas, como chamou toda essa população de doente, cometendo um erro crasso. Há 30 anos a OMS já disse, em documentos oficiais, que a homossexualidade não é doença. Ao fazer uma declaração pública dessa ordem, ele já está incorrendo em preconceito e discriminação. E ao dizer que os homossexuais são assim porque têm famílias desajustadas e porque ‘optam’ ser quem são é também um não entendimento da natureza humana.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), não se possui informações específicas sobre processos em que a lei do racismo foi aplicada diretamente com o entendimento do Supremo, uma vez que todas as informações disponibilizadas no sistema de Justiça referentes ao tema, a partir da decisão da Corte Constitucional, são classificadas genericamente como “racismo”, não sendo especificado se foi preconceito por orientação sexual e identidade de gênero³⁰¹.

Em relação à jurisprudência do STF, após a criminalização, foram encontradas quatro ações que dizem respeito à homofobia. A primeira foi a ADPF 457/GO, que foi julgou procedente, por unanimidade, no dia 27 de abril de 2020, o pedido de declaração da inconstitucionalidade formal e material da Lei nº 1.516/2015 do Município de Novo Gama – GO, que proibia a divulgação de material com referência a identidade de gênero nas escolas municipais. De acordo com o Ministro Alexandre de Moraes, essa Lei “(...) não cumpre com o dever estatal de promover políticas de inclusão e de igualdade, contribuindo para a manutenção da discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero³⁰²”.

Em segundo lugar, tem-se a ADPF 526/PR, julgada em 11 de maio de 2020, que decidiu ser procedente a declaração de inconstitucionalidade do § 5º do art. 162 da Lei Orgânica do Município de Foz do Iguaçu, acrescido pela Emenda n. 47/2018, ao entender que a proibição de uso da “ideologia de gênero”, do termo “gênero” ou “orientação sexual” nas instituições da rede municipal de ensino significa invasão da competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, além de afrontar o princípio da isonomia ao direito fundamental de liberdade e da garantia do pluralismo de ideias³⁰³.

³⁰⁰ SINTRATEL, op, cit.

³⁰¹ ESCOBAR, Cecília. Núcleo de Enfrentamento à Discriminação (NED) do **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**.

³⁰²JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 457/GO**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 27 de abril de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur425831/false> Acesso em: 19 de fev. 2021.

³⁰³JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 526/PR**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur425819/false> Acesso em: 19 de fev. 2021.

Em terceiro lugar, temos a ADI 5543/DF, julgada no dia 11 de maio de 2020, na qual, por maioria, entendeu-se ser procedente a declaração de inconstitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria nº 34/2014 do Ministério da Saúde, e do art. 25, XXX, “d” da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da ANVISA, os quais excluíaam do rol de habilitados para doação de sangue os homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou com as parceiras sexuais destes nos 12 meses antecedentes, justificando na possibilidade de contágio por doenças sexualmente transmissíveis (DSTs)³⁰⁴.

O Supremo entendeu que, para a garantia da segurança dos bancos de sangue, devem ser observados requisitos baseados em condutas de risco, e não na orientação sexual, para a seleção de doadores, uma vez que isso configuraria, nas palavras do Relator Ministro Edson Fachin, “uma discriminação injustificável e inconstitucional³⁰⁵”.

Por último, a ADPF 461/PR, julgada em 24 de agosto de 2020, na qual decidiu-se pela procedência da declaração de inconstitucionalidade formal e material do art. 3º, X, da Lei 3.468/2015 na sua parte final, que vedava o ensino sobre gênero e orientação sexual nas escolas, pois os Ministros assentaram que a norma comprometia o acesso de crianças, adolescentes e jovens a conteúdos relevantes à sua vida íntima e social, além de afirmarem ser dever do Estado manter as pessoas a salvo de toda forma de discriminação ou opressão³⁰⁶.

Thiago Amparo³⁰⁷ explicita essa dificuldade em fazer valer um direito já estabelecido pelo Supremo, ao apontar a necessidade de o Ministério da Justiça tirar do papel o Pacto Nacional de Combate à LGBTfobia. Esse pacto foi lançado pelo governo federal em 2016, antes da criminalização da homotransfobia, tendo como objetivo o fortalecimento das ações regionais de enfrentamento à violência contra a comunidade LGBTQIA+, sendo que, até 2018, apenas 11 estados haviam aderido ao pacto.

Segundo Marina Ridel³⁰⁸, diretora de promoção de direitos LGBTQIA+ do Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos do Governo Bolsonaro, o Pacto está sendo remodelado, pois “a gente precisa ter o olhar da Justiça e da segurança pública em conjunto e estamos em

³⁰⁴ JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 5543/DF. Relator: Min. Edson Fachin, 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429684/false> Acesso em: 19 de fev. 2021.

³⁰⁵ Ibidem.

³⁰⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Proibição de doação de sangue por homens homossexuais é inconstitucional, decide STF.** Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443015#:~:text=As%20normas%20relacionavam%20a%20proibi%C3%A7%C3%A3o,doen%C3%A7as%20sexualmente%20transmiss%C3%ADveis%20\(DST\).](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443015#:~:text=As%20normas%20relacionavam%20a%20proibi%C3%A7%C3%A3o,doen%C3%A7as%20sexualmente%20transmiss%C3%ADveis%20(DST).) Acesso em: 19 de fev. 2021.

³⁰⁷ SINTRATEL, op. cit.

³⁰⁸ SINTRATEL, op. cit.

diálogo interministerial para determinar as competências dos estados”. Também esclarece que não há prazo para que esse Pacto saia do papel.

3.2. A Criminologia Crítica e os movimentos sociais: críticas e defesas à criminalização de condutas que se relacionam com a tutela de bens jurídicos

Por meio da Criminologia Crítica, surgiram diversos movimentos político-criminais que possuem como ponto comum a consideração da criminalidade como um “bem negativo, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixados no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos”³⁰⁹ e, portanto, o entendimento do sistema jurídico criminal como um sistema com falhas. A seguir, considerando-se os movimentos político-criminais apresentados anteriormente (abolicionismo, direito penal mínimo e realismo de esquerda), passa-se a discutir acerca dos pontos divergentes quanto à atitude positiva ou negativa do Estado em punir condutas que se relacionem com a tutela de bens jurídicos.

O movimento político-criminal abolicionista radical, ao defender que o sistema penal é incapaz de atingir os seus objetivos ressocializadores, servindo apenas como uma ferramenta às classes que possuem domínio político e econômico, afirma que o sistema penal, ou qualquer outra forma de controle punitivo por parte do Estado, é ilegítimo. Explica que, no lugar de um sistema penal, deve-se ter instâncias locais que atuarão de forma restaurativa, utilizando-se de técnicas terapêuticas, assistenciais, educativas, entre outras para reabilitar o infrator e solucionar o conflito.

Além de que, em relação aos movimentos sociais e suas buscas de amparo na lei, conforme Luisi³¹⁰, os defensores desse movimento explicam que a criminalização é inadequada se houver outras formas de sanções ou de controle social suficientes para a tutela de determinado bem jurídico: “[...] necessária se faz a intervenção penal por insuficientes às outras sanções que a ordem jurídica dispõe para uma adequada tutela”. Desse modo, relacionando-se com o objeto desse trabalho, o movimento LGBTQIA+, a perspectiva abolicionista *queer* julga

³⁰⁹ BARATTA, op. cit., p. 161.

³¹⁰ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2.ed. revista e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

o sistema de justiça criminal e as prisões como reprodutores de normas de sexualidade e de gênero³¹¹.

Assim, apoiando-se nos estudos sobre as experiências de pessoas *queer* frente ao sistema de justiça criminal, as práticas e os discursos criminalizantes da existência *queer*, seus efeitos na vida cotidiana e as relações entre as práticas policiais e policiamento nas interações sociais que reafirmam regimes normativos de sexualidade e de gênero, pugnam pela não utilização da criminalização como forma de adquirir os direitos defendidos pela comunidade LGBTQIA+³¹².

Teóricos do *queer of color*, que trouxeram para a luta abolicionista as intersecções entre classe, sexualidade, raça e gênero, criticam os caminhos, mais especificamente o caminho da criminalização dos movimentos LGBTQIA+ do Norte global, ou seja, dos brancos, de elite e cisheteronormativos, que conceberiam a segurança e a liberdade nos termos da justiça criminal³¹³.

Conforme Jota Mombaça³¹⁴, essa estratégia criminalizante adotada pelos ativistas LGBTQIA+ no Brasil nasce de um desejo de ser protegido pela polícia e neutralizado pelo estado a qualquer custo. Não consideram a dimensão racista estruturante do sistema prisional, que abarcaria diversas pessoas pretas e empobrecidas que fazem parte da própria comunidade LGBTQIA+. Em suas palavras:

A aposta nessas estruturas normativas como fonte de conforto e segurança para as comunidades agrupadas em torno da sigla LGBT é um sinal evidente da falta de imaginação política interseccional desses ativismos, que estão limitados a lutar no interior do projeto de mundo do qual temos sido reiteradamente excluídas.

Assim tem-se que, no polo abolicionista, a LGBTfobia seria enquadrada em uma abordagem que objetiva a construção de relações comunitárias e de infraestrutura para dar apoio à cura e à transformação das vítimas da LGBTfobia, adotando movimentos de enfrentamento não só à violência interpessoal, mas também à violência institucional, ou seja, policial, de encarceramento, pobreza e até mesmo a de políticas de imigração³¹⁵.

³¹¹ MARTINS, Alexandre Nogueira. Abolicionismo Queer em tempos de criminalização: disputas em torno da criminalização da LGBTfobia. **4º Seminário Internacional Desfazendo o Gênero**. Campina Grande: Realize, 2019. Disponível em: <https://editorarealize.com.br/artigo/visualizar/64026>. Acesso em: 22 fev. 2021.

³¹² Ibidem.

³¹³ Ibidem.

³¹⁴ MOMBAÇA, Jota. Rumo a uma redistribuição desobediente de gênero e anticolonial da violência. In: **Cadernos do grupo de pesquisa Oficina de Imaginação Política**. Publicação comissionada pela 32ª Bienal de São Paulo. São Paulo: Incerteza Viva, 2016. Disponível em: https://issuu.com/amilcarpacker/docs/rumo_a_uma_redistribuicao_a_o_da_vi. Acesso em: 19 fev. 2021.

³¹⁵ MARTINS, op. cit.

Um dos argumentos utilizados pelos defensores desse movimento é que as penalidades severas, embora causem a sensação de que está ocorrendo uma punição adequada, na prática os próprios operadores do direito se tornam resistentes à aplicação da lei, criando assim entraves à sua eficácia³¹⁶. Também afirmam que essa sensação de punição adequada, entre outros efeitos simbólicos da criminalização, ou são fictícios ou são de pouca importância, destacando os efeitos concretos prejudiciais do sistema penal.

De acordo com Mombaça³¹⁷, é necessário que se reflita sobre

formas de se inventar outra imaginação política que pense a luta contra LGBTfobia como uma luta por um projeto de mundo que não reitere as normas, criminalizantes e encarceradoras, do mundo tal qual nos foi dado a conhecer.

Assim, ao compreender que o sistema penal é gerador de dores e de sofrimentos desnecessários, realizar-se-ia a sua substituição pelos controles informais, quais sejam, as escolas, os clubes, as associações entre outros, pois, conforme exposto por Karam, continuar com o rigor punitivista do sistema penal é “somar ao dano do crime a dor da pena”. A autora também ressalta a necessidade de se romper com a dicotomia que divide as pessoas em “boas” e “más” para que se rompa com o processo de demonização do indivíduo transgressor, assim como com o monopólio do poder punitivo estatal, acabando com a sua verticalidade e alcançando, enfim, uma sociedade efetivamente horizontal, justa e livre³¹⁸.

A grande preocupação do movimento abolicionista é a possibilidade de se afirmar que a vítima da LGBTfobia realmente será a preocupação da justiça criminal, uma vez que, conforme Hulsman e Christie, a vítima não é o foco da justiça criminal, consequentemente representando um dos principais problemas do sistema penal, a evidenciar a sua ineficiência³¹⁹.

Portanto, não seria inteligente depender de um sistema que não cumpre com as suas promessas, como explicitado por Andrade³²⁰:

Sabemos que há tanto um profundo déficit histórico de cumprimento das promessas oficialmente declaradas pelo seu discurso oficial (do qual resulta sua grave crise de legitimidade) quanto o cumprimento de funções latentes inversas às declaradas. (...) enquanto suas funções declaradas ou promessas apresentam uma eficácia meramente simbólica (reprodução ideológica do sistema), porque não são e não podem ser cumpridas, o sistema penal cumpre, de modo latente, outras funções reais, não apenas

³¹⁶ GAMA, Maria Clara. **Criminalização da homofobia e despatologização da homossexualidade no Congresso Nacional, da redemocratização à atualidade**. 2017. Tese (Doutorado – Direito), IESP-UERJ. 2017.

³¹⁷ MOMBAÇA, op. cit.

³¹⁸ KARAM, M. L. Pela Abolição do Sistema Penal. In: **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 69-107.

³¹⁹ PEREIRA JUNIOR, Paulo Alves. **Criminalização da LGBTfobia e Política Criminal: Reflexões Críticas à Luz do Abolicionismo Penal**. Universidade Federal da Paraíba. 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/16366/1/PAPJ27092019.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2021.

³²⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Pelas Mãos da Criminologia: O Controle Penal Para Além da (dês)ilusão**. Ed. Revan, 2013.

diversas, mas inversas às socialmente úteis declaradas por seu discurso oficial, que incidem negativamente na existência dos sujeitos e da sociedade.

Mathiesen explica que a vítima pouco ou nada ganha além de uma efêmera sensação de “justiça”, de vingança quando da condenação do agressor. Desse modo, ao apontar para o ofensor em vez de visar a vítima, o sistema penal erra o seu alvo. Assim, ao seu ver, é com foco na vítima e em sua reparação, além da prevenção como norte de uma política de combate às situações-problema, que se altera o cenário de violência³²¹.

Ainda acerca disso, apoiando-se em Hulsman, Pereira Junior explica que a voz da vítima só se faz presente até o momento da prestação de seu depoimento na esfera criminal, sendo que posteriormente ela é descartada. A vítima representa para o sistema penal apenas um instrumento probatório para que se leve adiante um processo que não irá ajuda-la em nada, focando-se na punição do agressor e acreditando que, desse modo, resolveria ou compensaria a situação problemática vivida pela vítima³²².

Pereira Junior³²³ assevera que esse clamor pela punição como instrumento tutelar do agressor LGBTfóbico provoca na produção de dor corporal da sua clientela, e portanto, na legitimação do discurso produzido pela tão criticada classe dominante.

Afirma também ser duvidoso esperar que o sistema penal, com todas as suas mazelas, seja um mediador competente para amenizar o mal da LGBTfobia e que este não acarretaria mais problemas do que soluções. A criminalização se atenta apenas aos sintomas de um tipo específico de ódio e preconceito, esquecendo-se de suas raízes e suas causas³²⁴.

Baseando-se nos ensinamentos de Foucault, os defensores do movimento abolicionista entendem que, em caso de uma eventual detenção, como, por exemplo, por crime LGBTfóbico que é o objeto desse trabalho, poder-se-ia provocar o fenômeno da reincidência, afinal, as prisões não possuem o condão de diminuir a taxa de criminalidade, mas de aumentá-las, multiplicá-las ou de manter estável a quantidade de crimes e de criminosos³²⁵.

Desse modo, tem-se que, enquanto não se combater a causa ou raiz do problema de forma segura e eficiente, a punição dos agentes, que representam mero sintoma do problema, não será suficiente para combater a violência LGBTfóbica³²⁶.

Outrossim, a criminalização de mais condutas que se relacionem a tutela de bens jurídicos, inclusive da comunidade LGBTQIA+, é vista pelo movimento abolicionista como

³²¹ PEREIRA JUNIOR, op. cit.

³²² Ibidem.

³²³ Ibidem.

³²⁴ Ibidem.

³²⁵ Ibidem.

³²⁶ Ibidem.

mais uma medida que irá superinflar um sistema que já não consegue refrear as demais práticas configuradas como crime. Esse movimento prega que o sistema penal não foi feito para tratar de todas as situações problemáticas existentes, porquanto a efetiva criminalização é um evento raro e excepcional desse sistema³²⁷.

O sistema atua seletivamente, recaindo sobre o perfil que historicamente vem sofrendo mais acentuadamente as suas mazelas, o perfil do preto, pobre e periférico. Além de que, em relação aos eventos que o sistema tenta cuidar, a consequência é o superencarceramento, e ao tentar resolver esse problema, só resulta nas construções de mais prisões e, conseqüentemente, em mais violações de direitos básicos dos aprisionados³²⁸.

Lemos³²⁹ apresenta três casos em que tiveram a condenação por homofobia como uma das motivações do crime. Dessas três sentenças condenatórias, duas tiveram como réu condenado pretos, pobres e periféricos. O autor constatou em seus estudos que a violência LGBTfóbica perpassa classe e raça, ou seja, é o sujeito preto, pobre e periférico que mais sofre com esse tipo de violência. Por conta da dificuldade de acesso a um trabalho formal, é rotineiro que travestis e transexuais recorram à prostituição como forma de subsistência, afinal, em sua maioria são expulsas de casa. Em razão disso, o autor justifica a sua posição de abolicionista, por acreditar que esse é o público que foi, é, e continuará sendo cliente do sistema penal com a crescente criminalização.

O autor reitera que, com isso, ele não quer dizer que o movimento LGBTQIA+ está pleiteando um direito penal máximo, mas que suas reivindicações pela criminalização alinham-se ao discurso dominante e, mesmo sem intenção, acaba por dialogar com o discurso punitivista que legitima a seletividade do sistema penal e suas demais violências³³⁰.

Guimarães³³¹, criticando a reclamação da comunidade LGBTQIA+ pela criminalização simbólica e como medida emergencial de manutenção da integridade física, da honra e da dignidade humana dos seus indivíduos, expõe que essa utilização emergencial e simbólica maquia e oculta a precariedade de políticas públicas sérias, realistas e comprometidas com o meio social.

³²⁷ PEREIRA JUNIOR, op. cit.

³²⁸ Ibidem.

³²⁹ LEMOS, Diego José Sousa Lemos. **Contando as mortes da violência trans-homofóbica:** uma pesquisa sociojurídica dos processos criminais na cidade do Recife e uma análise criminológico-queer da violência letal. 2017. 301f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017. P. 230-231.

³³⁰ LEMOS, op. cit. p. 230-231.

³³¹ GUIMARÃES, Allison Gomes. O Direito Penal de Emergência e Suas Implicações Nas Políticas Criminais Contemporâneas Do Brasil. **VI Jornada Internacional de Políticas Públicas**, São Luís – Maranhão, agosto de 2013.

Os defensores desse movimento entendem que a criminalização é o Estado se ausentando de garantir uma cidadania digna, igualdade de oportunidades e comprometimento com o público LGBTQIA+, ao delegar ao sistema penal a função de combater um problema estrutural e enraizado na cultura³³².

Dessa forma, fica explícito o entendimento dos defensores desse movimento de que se deve focar no controle informal do Estado para promover a educação da população acerca de gênero, sexualidade e direitos humanos, visto que a educação é o meio mais seguro e eficiente, apesar de ser o mais difícil de implementação³³³.

Além disso, reiteram pelo investimento por parte do Estado em políticas públicas e políticas afirmativas para que o grupo mais afetado pela LGBTfobia (o preto, pobre e periférico) tenha a oportunidade de sair dessa zona de desigualdade e de pobreza³³⁴.

Ademais, o movimento abolicionista acredita que o direito pode ser utilizado em seus outros âmbitos que não o penal, para tutelar bens jurídicos, inclusive os da comunidade LGBTQIA+. Os defensores desse movimento entendem que os outros ramos do direito, como o administrativo e cível seriam suficientes para tutelar os direitos e garantias das pessoas, inclusive os das pessoas dessa comunidade³³⁵.

Apesar de reconhecer que a existência da tutela dos bens jurídicos penalmente, como os dos LGBTQIA+, não são suficientes, por si só, para proteger contra a violência sofrida por um determinado grupo social, em especial ao grupo objeto desse trabalho, seu reconhecimento continua sendo de importante valor simbólico sobre a autopercepção e a identidade social das pessoas³³⁶.

A partir dessa consciência, surgiram no campo criminológico outros movimentos político-criminais que reconhecem a necessidade de criminalização de pautas das minorias sociais, compreendendo que o sistema de justiça criminal ainda pode ser um instrumento de proteção, liberdade e justiça. São eles, o direito penal mínimo e o realismo de esquerda³³⁷.

O direito penal mínimo postula a mínima intervenção do sistema penal nas soluções dos conflitos, pois acredita que, na sociedade atual, seria inexecutável a abolição do sistema penal

³³² PEREIRA JUNIOR, op. cit.

³³³ Ibidem.

³³⁴ Ibidem.

³³⁵ CARVALHO, op. cit., p. 251.

³³⁶ MASIERO, **O movimento LGBT e a homofobia**: novas perspectivas de políticas sociais e criminais. 1. ed. Porto Alegre: Criação Humana, 2014. P. 168.

³³⁷ MACHADO, Antonio Nahum. **Criminalização da Homofobia**: Aspectos político-criminais para consolidação de uma medida simbólica e restaurativa. 2018. Trabalho de conclusão de curso - (Graduação – Direito) Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/27129/1/CriminalizacaoHomofobiaAspectos.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2021.

sem que se gerasse, em primeiro lugar, uma mudança na cultura da sociedade. Assim, objetiva-se a aplicação de um direito penal em *ultima ratio*, bem como, um que defenda a minoria marginalizada, ou seja, os mais fracos, para evitar injustiças³³⁸.

Desse modo, enquanto reduz o direito penal por meio da descriminalização de certas condutas da criminalidade comum, substituindo-as por controles sociais formais (outros ramos do direito) e informais não estigmatizantes, também se pode ampliá-lo para proteger interesses individuais e comunitários em áreas marginalizadas de interesses essenciais para a vida, como saúde, ecologia, segurança de trabalho entre outras³³⁹.

Isto posto, compreende-se que os movimentos sociais possuem pautas que, à luz do minimalismo, devem ser criminalizadas, uma vez que representam importantes pressupostos para um bem-estar da comunidade. Isso não significa em mais encarceramento, afinal, como exposto por Baratta, a reforma penal proposta pelo direito penal mínimo deve levar em conta a diminuição do alcance carcerário, incentivando-se o uso de penas alternativas e ampliando suas formas³⁴⁰.

Inclusive, é importante ressaltar que, um dos grandes erros da pauta abolicionista vista anteriormente, é a compreensão de que o acionamento da justiça criminal implica necessariamente um aumento no encarceramento, como se só houvessem penas privativas de liberdade, excluindo da sua apreciação não só as penas alternativas já existentes e utilizadas, mas também a possibilidade de se pensar em novas penas alternativas. Um discurso anticarcerário não é necessariamente diferente de um discurso que coadune com a existência de um sistema penal.

Relacionando-se isso com o grupo objeto do trabalho apresentado, tem-se que, conforme Carrara³⁴¹:

Ocorre que, do ponto de vista criminológico, não se espera que, com a criminalização da homofobia, o Direito penal irá agir de forma a encarcerar os “homofóbicos” – que o movimento LGBT, inclusive, esteja consciente quanto a isso –, mas que seja demonstrado à sociedade que a homofobia é tão perniciososa que recebeu tratamento especial, de forma que “poderia imprimir pouco a pouco na sociedade a ideia de que é de fato repugnante e nocivo promover a discriminação.

No mesmo sentido, é o entendimento do realismo de esquerda. Contrário ao populismo punitivo que representa uma política criminal irracional e desnecessária, o realismo de esquerda é uma política criminal racional, legítima e com efetividade aceitável, assim concluiu

³³⁸ CARVALHO, op. cit., p. 249.

³³⁹ BARATTA, op. cit., p. 207.

³⁴⁰ Ibidem, p. 200-205.

³⁴¹ CARRARA, Mariana Salomão. Ponderações sobre a criminalização de condutas homofóbicas. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, ano 18, n. 84, maio/jun. 2010, p. 325.

Masiero³⁴², ao estudar os modelos de análise de política criminal de David Garland e José Luis Díez Ripollés.

O populismo punitivo, muito presente no ordenamento jurídico ocidental segundo alguns doutrinadores como Garland, ocorre quando se nega a insuficiência do sistema penal e procura dotar-lhe de mais soberania penal para, utilizando-se da sua função simbólica, mostrar que algo está sendo feito, quando, em realidade, sua efetividade é bastante duvidosa para atender os fins a que se propõe³⁴³.

Acerca disso, Masiero³⁴⁴ evidencia que:

(...) um estado pode ter uma política criminal que produza a inclusão social dos suspeitos e condenados e, por outro lado, possuir uma série de leis que criminalizem novas condutas. Dizer tão somente que esse Estado adota uma política criminal punitiva, não retrataria com fidelidade a realidade desse lugar. Da mesma forma, um Estado pode ter pouquíssimos crimes tipificados em seu ordenamento, mas, por outro lado, não respeitar garantias individuais dos cidadãos, tais como o devido processo legal, presunção de inocência, entre outros.

Portanto, como explicitado por Ripollés³⁴⁵, deve-se ignorar essas dimensões “punitivismo” e “moderação”, criando-se outras: política criminal “inclusiva socialmente” e “exclusiva socialmente”, afinal, o importante é o efeito social gerado por uma determinada política criminal.

Nesses termos, o populismo punitivo então decorre de uma desenfreada produção de políticas-criminais que carece de consideração aos discursos dos atores sociais envolvidos na situação-problema, que muitas vezes não derivam de um problema social concreto que acarrete dano a um bem jurídico relevante (como uma violação aos direitos humanos), ou seja, essa produção de políticas-criminais é desinformada, resultando em enrijecimento do direito penal³⁴⁶.

Contudo, nem toda a expansão do direito penal é irracional, inútil ou populista. É dizer, quando essa expansão é derivada de um problema social concreto, que apresenta dano a um bem jurídico relevante, como uma violação aos direitos humanos que os demais ramos do direito não são suficientes para enfrentamento, e no qual houve uma mobilização dos atores sociais afetados por este problema, então, estamos diante de uma expansão legítima, entendimento que se harmoniza com o realismo de esquerda³⁴⁷.

³⁴² MASIERO, op.cit.

³⁴³ Ibidem.

³⁴⁴ MASIERO, op. cit., p. 145.

³⁴⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política criminal em la encrucijada. Montevideo, Buenos Aires. 2015. (apud. MASIERO, Op. Cit., p. 145.)

³⁴⁶ MASIERO, op. cit., p. 146.

³⁴⁷ Ibidem.

Infere-se, assim, que diversos movimentos sociais, especialmente aqueles que têm em suas pautas a luta contra o crime de ódio, possuem exemplos de conflitos que ascenderam à agenda pública por conta das atuações de seus participantes, que provocam dano a um bem jurídico relevante, visto que há violação dos seus direitos humanos e que demais ramos do direito não estão sendo suficientes para enfrentar o problema. Assim, desde que a lei criminalizante absorva o discurso dos afetados pela norma, ela será legítima³⁴⁸.

No que se refere ao dano a um bem jurídico relevante dos movimentos sociais que lutam contra os crimes de ódio, Masiero³⁴⁹ justifica:

O dano dos crimes de ódio se dá em duas ordens: tanto para a vítima direta, quanto para o grupo de pessoas que possui a mesma característica depreciada da vítima que desencadeou a violência. Com isso, acaba, ainda, prejudicando a própria efetivação de uma sociedade verdadeiramente plural e democrática. Afinal, como visto, os crimes de ódio possuem a capacidade de minar a autoconsciência, autonomia ou dignidade de suas vítimas, de modo que lhes obstaculize acessos iguais à esfera pública.

Dessa maneira, a existência de lesão à dignidade de grupos sociais vulneráveis político-socialmente é irrefutável, confirmando que o direito penal, sendo um instrumento utilizado em situações excepcionais (*ultima ratio*) de violações graves de direitos humanos estará dentro de suas funções ao criminalizar atos de preconceito e discriminação³⁵⁰.

Assim, o realismo de esquerda está em concordância com a pauta do direito penal mínimo, pois ambos são contrários à expansão desinformada e desenfreada do sistema jurídico penal (política criminal populista punitiva), autorizando essa expansão apenas em casos excepcionais para tutelar ameaças a relevantes bens jurídicos. Ainda, o realismo de esquerda pode agregar ao direito penal mínimo, ao trazer mais detalhadamente os requisitos necessários para se criminalizar ou não determinada conduta.

Logo, relacionando com o grupo objeto de estudo desse trabalho, a criminalização das condutas de discriminação e preconceito contra as pessoas LGBTQIA+ não possui, como objetivo, o encarceramento em massa de conjuntos LGBTfóbicos (objetivo que, além de inalcançável, atualmente não possui o condão de resolver o problema, como já visto), mas o reconhecimento de que esse grupo deve receber um tratamento penal especial, pois possui sua importância social, de modo a notabilizar que a discriminação é de fato nociva e repugnante³⁵¹.

³⁴⁸ MASIERO, op. cit., p. 146.

³⁴⁹ Ibidem, p.147.

³⁵⁰ Ibidem.

³⁵¹ MACHADO, op. cit, p. 63.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O movimento político-criminal crítico abolicionista contemporâneo, apesar de ter acrescentado ao meio criminológico crítico consideráveis reflexões acerca da pertinência do sistema penal, acaba por se auto anular ao clamar seus ideais utópicos em uma sociedade ainda aprisionada na mentalidade punitivista. A abolição imediata do sistema penal, ao confiar que a sociedade atual, onde tudo é volátil e inconstante, seria capaz de abdicar do seu egocentrismo, arraigado pela teologia capitalista ao longo dos séculos, para solidariamente adotar um projeto coletivista nunca antes feito, adota um pensamento simplista e até mesmo inocente³⁵².

Destarte, desenvolveu-se a ideia de ciência penal global concebida por Franz von Liszt, relacionando os conceitos de Criminologia, Política Criminal e Direito Penal. Questionou-se os fundamentos que mantêm o sistema penal, ao mesmo tempo em que se expôs os seus objetivos omitidos que concebem a sua identidade dogmática penal.

Entendendo que o direito penal não cumpre com as suas promessas dogmáticas, deixando de exercer devidamente as funções que pretende, se trouxe a contribuição dos movimentos político-criminais contemporâneos, oriundos da Ciência Criminológica Crítica, para o sistema de justiça criminal, no que diz respeito à criminalização ou descriminalização de condutas penais. Conjuntamente, debateu-se acerca de uma Criminologia *Queer*, ou seja, de uma criminologia que se preocupa com a proteção da comunidade LGBTQIA+.

Para aprofundar na dinâmica do controle penal relativo a tutela de direitos fundamentais de pessoas LGBTQIA+, foi analisado o julgamento da ADO 26 e do MI 4733 pelo Supremo Tribunal Federal, no qual verificou-se a inadequação da expansão da Lei nº 7.716/1989, assim como a falta de incorporação dos estudos criminológicos críticos por parte dos Ministros nos seus votos acerca da criminalização da LGBTfobia.

Em seguida, foram analisadas as consequências dessa criminalização para o sistema de justiça criminal e, também, para a sociedade, momento em que foi exibida a pesquisa empírica acerca da violência LGBTfóbica no Distrito Federal. Ainda, demonstrou-se como os movimentos político-criminais contemporâneos, teorizados na Criminologia Crítica, exercem um papel imprescindível na discussão da legitimidade da utilização do sistema penal no resguardo de bens jurídicos de grupos minoritários, em especial do grupo LGBTQIA+.

³⁵² . BAUMAN, Zygmunt, **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro Zahar, Rio de Janeiro, 2001, p. 14. Disponível em: <https://farofafilosofica.files.wordpress.com/2016/10/modernidade-liquida-zygmunt-bauman.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2021.

Constatou-se que, para se chegar a uma futura extinção do sistema penal, é preciso desenvolver, no judiciário e na sociedade, uma consciência coletiva e alternativa às justificativas de legitimação do sistema penal, valendo-se, para tanto, de um constante trabalho de crítica ideológica, de produção científica e também, principalmente, de uma defesa dos direitos humanos, a partir da contração no que couber do sistema punitivo estatal.

Dessa maneira compreende o movimento minimalista que, reconhecendo a debilidade do sistema penal, viabiliza a aproximação do discurso deslegitimador ao dos fundamentos normativos do ordenamento jurídico-penal e dos princípios garantistas. Também vai de encontro a este movimento, o movimento realista de esquerda, ao não ignorar a necessidade de ainda se ter um direito penal para resguardar bens jurídicos relacionados aos direitos fundamentais do homem.

Ora, enquanto é pertinente a descriminalização de certas condutas da criminalidade comum e sua substituição por controles sociais não estigmatizantes, ainda é crucial uma política criminal que proteja os mais fracos, para evitar injustiças e garantir o alcance de uma sociedade mais horizontalizada.

A criminalização da LGBTfobia é devida. O grande vício da questão está na inadequação da forma como foi realizada essa criminalização. Resta comprovada pela pesquisa a significativa subnotificação dos crimes LGBTfóbicos, decorrentes tanto da analogia feita ao racismo, quanto do despreparo das instituições públicas de lidar com esse problema.

Apesar de pensada, pelo Supremo, como uma medida de curto prazo, a analogia da LGBTfobia ao racismo ocasionou uma diluição do preconceito e da discriminação por orientação sexual e identidade de gênero na questão de raça, cor, religião, etnia e procedência nacional.

Assim como a discriminação por gênero tem seu amparo, mesmo que ainda deficiente, em uma lei específica, qual seja, a Lei Maria da Penha, a discriminação LGBTfóbica necessita também de um amparo legal específico, não só como finalidade pedagógica que leva potenciais agressores a “pensar mais antes de agir”, mas também como uma forma de gerar mais dados acerca dessa violência, que serão utilizados visando um maior aprimoramento do seu combate.

Além disso, essa falta de protocolos de atendimento e de procedimentos operacionais específicos para investigação da LGBTfobia fazem com que as instituições estatais se tornem mais um ambiente hostil para as pessoas desse grupo ao buscarem proteção.

É fundamental ressaltar que, apenas a criminalização, não é o suficiente para que se consiga garantir os direitos da comunidade LGBTQIA+. Como se nota pelo despreparo das próprias instituições estatais ao lidar com esse problema, a população carece de informação, de

educação acerca da orientação sexual e da identidade de gênero, o que torna imprescindível que o Estado cumpra seu papel de educador e de disseminador de informações à sociedade, utilizando-se dos chamados controles informais para conscientizar e modificar crenças culturais preconceituosas tão enraizadas na população.

Ainda, contrariando o pensamento abolicionista radical, evidencia-se que o minimalismo penal e, principalmente, o realismo de esquerda, esclarecem que a admissão de um controle penal estatal não significa em mais encarceramento, afinal, existem formas alternativas de pena que não a restrição de liberdade do indivíduo, formas estas que devem ser observadas na criminalização da LGBTfobia.

Desse modo, é lamentável a falta de adoção do pensamento criminológico crítico pelo Supremo Tribunal Federal na criminalização da discriminação LGBTfóbica, uma vez que o Judiciário tem um papel muito importante na conscientização social, bem como um papel muito mais direto que outros meios, como o acadêmico. Foi um momento de grande relevância para a sociedade que, infelizmente, também por pressão midiática, não foi bem aproveitado pelos Ministros, que, erroneamente, insistiram na utilização de uma mesma proteção para grupos distintos (comunidade LGBTQIA+ e comunidade Negra), com complexidades e necessidades de proteção diversas entre si.

Logo, acredita-se que a defesa da dignidade humana, da igualdade, da liberdade de identidade de gênero e de orientação sexual são fundamentos legítimos para uma criminalização da LGBTfobia (observando os requisitos expostos pelo realismo de esquerda), que leve em consideração a luta contra o encarceramento e a desigualdade social do sistema penal, pois, apesar dos avanços do grupo LGBTQIA+ na esfera civil (possibilidade de casamento e uso de nome social), a discriminação e o preconceito, ainda enraizados na psiquê social, são constantes nas vidas dessas pessoas e trazem prejuízos incomparáveis aos seus direitos humanos.

REFERÊNCIAS

- ACHUTTI, Daniel. Abolicionismo penal e justiça restaurativa: do idealismo ao realismo político criminal. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 15, n. 1, 2014. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/651/201>. Acesso em: 21 jan. 2021
- ALENCASTRO, Carlos. Por onde anda o direito penal? **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44281>. Acesso em: 14 jan. 2021.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Pelas Mãos da Criminologia: O Controle Penal Para Além da (dês)ilusão**. Ed. Revan, 2013.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 6ª edição, 2020.
- BARATTA, Alessandro. **Defesa dos direitos humanos e política criminal – Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1997.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, 2007.
- BECKER, Howard S. **Outsiders: estudos da sociologia do desvio**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.
- BENTO, Berenice. Política da diferença: feminismos e transexualidades. In: COLLING, Leandro (org.). **Stonewall 40 + o que no Brasil?**. Salvador: EDUFBA, 2011. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/stonewal-40-cult9-RI.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2021.
- BEZERRA, Aléxis Mendes. Política Criminal no Brasil?, **Revista Opinião Jurídica**, 2009, n. 11. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/1852-6055-1-SM.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2021.
- BRASIL, **Notícias Supremo Tribunal Federal**: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 01 fev. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). Ag. Reg. no Recurso Ordinário em **Habeas Corpus 121.835/PE**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13 de outubro de 2015. Disponível em: 07 fev. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público, Controle de Constitucionalidade, Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. **ADO 26**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13 de junho de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (PLENÁRIO). Mandado de Injunção. **MI 4733/DF**. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 16 de novembro de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhes.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 04 fev. 2021.

CAMPOS, Carmen H.; CARVALHO, Salo de. **Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Disponível em: https://assets-compromissoeatituded-ippg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/1_8_tensoes-atuais.pdf. Acesso em: 19 set. 2020.

CARRARA, Mariana Salomão. “Ponderações sobre a criminalização de condutas homofóbicas”. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, ano 18, n. 84, maio/jun. 2010.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Saraiva, 5º edição, 2013.

CARVALHO, Salo de. Sobre a Criminalização da LGBTfobia: perspectivas desde a criminologia *queer*. In: **O Direito da Sociedade: anuário**, vol. 1. ORG.: Fernanda Luiz Fontoura de Medeiros e Germano André Doederlein Schwartz – Canoas, RS. Ed: Unilasalle, 2014.

CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da Reação Social**. Rio de Janeiro: Forense, 1º edição 1983.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**. Trad. Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CHRISTIE, Nils; OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de (entrevistadora); FONSECA, André Isola (entrevistador). Conversa com um abolicionista minimalista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, 1998.

COSTA, Ângelo Brandelli. NARDI, Henrique Caetano. Homofobia e preconceito contra diversidade sexual: debate conceitual. **Instituto de Psicologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 23, n. 3, p. 715-726, set. 2015. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2015000300015. Acesso em: 15 mar. 2021.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. Revisitando a esquerda punitiva: relações sociais, poder e agenda atual da criminologia crítica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.1, 2019. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em: 19 jan. 2021.

ESCOBAR, Cecília. Núcleo de Enfrentamento à Discriminação (NED) do **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**.

FERREIRA, Carolina Costa, MASIERO, Clara Moura, MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. Pós-Constituição de 1988: um cruzamento entre produção legislativa e impactos de encarceramento. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 147, 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/Raquel%20Maroccolo/Downloads/2-FERREIRA,%20MASIERO,%20MACHADO%20-%20P%C3%B3s-Constitui%C3%A7%C3%A3o%20de%201988%20->

[%20um%20cruzamento%20entre%20produ%C3%A7%C3%A3o%20legislativa%20e%20seus%20impactos%20de%20encarceramento.pdf](#). Acesso em: 20 jan. 2021.

FERREIRA, Carolina Costa. **A política criminal no processo legislativo**. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2017. Disponível em: https://cdnv2.moovin.com.br/livrariadplacido/imagens/files/manuais/277_a-politica-criminal-no-processo-legislativo.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.

FERREIRA, Carolina Costa; FALLEIROS, Gustavo Torres. A margem chega ao centro? A Criminologia Crítica na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: GARCIA, Renata Monteiro et al (org.). **Sistema de Justiça Criminal e Gênero: Diálogos entre as Criminologias Crítica e Feminista**. João Pessoa: Editora do CCTA, 2020. Disponível em: file:///C:/Users/Raquel%20Maroccolo/Downloads/FERREIRA,%20Carolina%20Costa_%20FALLEIROS,%20Gustavo%20Torres%20-%20A%20margem%20chega%20ao%20centro%20-%20Criminologias%20Cr%C3%ADticas.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 20º ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2ª edição, 1991.

GAMA, Maria Clara. **Criminalização da homofobia e despatologização da homossexualidade no Congresso Nacional, da redemocratização à atualidade**. 2017. Tese (Doutorado – Direito) IESP-UERJ. 2017.

GAROFALO, Raffaele. **Criminologia: estudo sobre o direito e a repressão penal seguido de apêndice sobre os termos do problema penal**. Campinas: Pétrias, 1997.

GARRIDO, E.; PIMENTA, S.; MOURA, M. A pesquisa colaborativa na escola como abordagem facilitadora para o desenvolvimento da profissão de professor. In: MARIN, A. J. (Org.). **Educação continuada**. Campinas: Papirus, 2000.

GONÇALVES Antonio Baptista. STF e a criminalização da homofobia. **Revista Migalhas**, 2020. <https://migalhas.uol.com.br/depeso/319644/stf-e-a-criminalizacao-da-homofobia>. Acesso em: 01 fev. 2021.

GUIMARÃES, Allison Gomes. O Direito Penal de Emergência e Suas Implicações Nas Políticas Criminais Contemporâneas Do Brasil. **VI Jornada Internacional de Políticas Públicas**, São Luís – Maranhão, ago. 2013.

INCOTT JR, Paulo. Precisamos conversar sobre Abolicionismo Penal. **Revista Justificando**, 2017. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/01/19/precisamos-conversar-sobre-abolicionismo-penal>. Acesso em 18 out. 2020.

JUNQUEIRA, Rogério D. Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas. **Revista Bagoas**. Belo Horizonte: v.1, 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2256/1689>. Acesso em: 18 set. 2020.

JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 5543/DF**. Relator: Min. Edson Fachin, 11 de maio de 2020.

Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429684/false> Acesso em: 19 de fev. 2021.

JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 457/GO**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 27 de abril de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur425831/false>. Acesso em: 19 fev. 2021.

JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 526/PR**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur425819/false>. Acesso em: 19 fev. 2021.

KARAM, M. L. Pela Abolição do Sistema Penal. In: **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda Punitiva. **Revista Discursos Sediciosos**, n.1. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996.

LEMONS, Diego José Sousa Lemos. **Contando as mortes da violência trans-homofóbica**: uma pesquisa sociojurídica dos processos criminais na cidade do Recife e uma análise criminológico-queer da violência letal. 2017. 301f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

LO PRETE, Renata. O Assunto #284: Homo e transfobia – porque a lei não pega. **G1**, Podcasts. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/podcast/o-assunto/noticia/2020/09/28/o-assunto-284-lgbtifobia.ghtml>. Acesso em: 01 fev. 2021.

LOURO, Guacira Lopes. **O corpo estranho**: Ensaios sobre sexualidade e teoria *queer*. Belo Horizonte: Autêntica, 2004. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/entreideias/article/view/2771/1950>. Acesso em: 17 jan. 2021.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2.ed. revista e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MACHADO, Antonio Nahum. **Criminalização da Homofobia**: Aspectos político-criminais para consolidação de uma medida simbólica e restaurativa. 2018. Trabalho de conclusão de curso - (Graduação – Direito) Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/27129/1/CriminalizacaoHomofobiaAspectos.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2021.

MARTINS, Alexandre Nogueira. Abolicionismo Queer em tempos de criminalização: disputas em torno da criminalização da LGBTfobia. **4º Seminário Internacional Desfazendo o Gênero**. Campina Grande: Realize, 2019. Disponível em: <https://editorarealize.com.br/artigo/visualizar/64026>. Acesso em: 22 fev. 2021.

MASIERO, Clara Moura. **Lutas sociais e política criminal**: os movimentos feminista, negro e LGBTQ e a criminalização das violências machista, racista e LGBTQfóbica no Brasil. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018.

Disponível em:
http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/7118/Clara%20Moura%20Masiero_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 19 jan. 2021.

MASIERO, **O movimento LGBT e a homofobia**: novas perspectivas de políticas sociais e criminais. 1ed. Porto Alegre: Criação Humana, 2014.

MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XII – abolição, um sonho possível? **Revista Digital Verve** da PUC/SP, ed. nº 4, 2003, p. 96. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/4964/3512>. Acesso em: 18 out. 2020.

MAYA, Acyr C. L. **Homossexualidade**: saber e homofobia. Tese de doutorado apresentada no Programa de Pós- Graduação em Teoria Psicanalítica da UFRJ. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp083949.pdf>. Acesso em: 18 set. 2020

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Portal do MPDFT**: MPDFT recomenda efetivação de comitês e conselho voltados à proteção da população LGBT. <https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/noticias/noticias-2020/12648-mpdft-recomenda-que-gdf-efetive-comites-e-conselho-voltados-a-protecao-da-populacao-lgbt#:~:text=De%20acordo%20com%20a%20Secretaria,contra%20essas%20pessoas%20no%20DF>. Acesso em: 17 fev. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Portal do MPDFT**: Estatísticas e Denúncias. <https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/conhecampdft-menu/nucleos-e-grupos/nucleo-de-enfrentamento-discriminacao-ned/557-denuncias>. Acesso em: 18 fev. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Recomendação n. 06, 2020**. Disponível em: https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/Recomenda%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_06-2020_reativa%C3%A7%C3%A3o_dos_comit%C3%AAs_e_conselho_LGBT_.pdf. Acesso em: 17 fev. 2021.

MIRANDA, Olinson Coutinho e GARCIA, Paulo César. A Teoria Queer como representação da cultura de uma minoria. **III Encontro Baiano de Estudos em Cultura**. Disponível em: <http://www3.ufrb.edu.br/ebecult/wp-content/uploads/2012/04/A-teoria-queer-como-representa%C3%A7ao-da-cultura-de-uma-minoria.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2021.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. Criminología: *Una Introducción a sus fundamentos teóricos para Juristas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

MOMBAÇA, Jota. Rumo a uma redistribuição desobediente de gênero e anticolonial da violência. In: **Cadernos do grupo de pesquisa Oficina de Imaginação Política**. Publicação comissionada pela 32ª Bienal de São Paulo. São Paulo: Incerteza Viva, 2016. Disponível em: https://issuu.com/amilcarpacker/docs/rumo_a_uma_redistribuicao_a_o_da_vi. Acesso em: 19 fev. 2021.

NARDI, Henrique Caetano. Homofobia e preconceito contra diversidade sexual: debate conceitual. **Instituto de Psicologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, 2015. Disponível em:

http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2015000300015. Acesso em: 15 mar. 2021.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FONSECA, André Isola. Conversa com um abolicionista minimalista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 21, p. 13-22, 1998, p. 14

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL DO RIO GRANDE DO SUL. **CEDSG vai debater os efeitos práticos um ano após a criminalização da LGBTfobia no Brasil**. Disponível em: <https://www.oabrs.org.br/noticias/cedsg-vai-debater-os-efeitos-praticos-ano-apos-criminalizacao-lgbtfobia-no-brasil/44757>. Acesso em: 19 fev. 2021.

PASSETTI, Edson (org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

PAVAN, Janaína Fernanda da Silva. O pensamento abolicionista como solução para o problema do encarceramento: utopia ou realidade?. **Revista Liberdades**, n. 23, set/dez, 2016. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/28/EscolasPenais2.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

PEREIRA JUNIOR, Paulo Alves. **Criminalização da LGBTfobia e Política Criminal: Reflexões Críticas à Luz do Abolicionismo Penal**. Universidade Federal da Paraíba. 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/16366/1/PAPJ27092019.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2021.

PEREIRA, Carlos Eduardo Sousa. Movimentos do Direito Penal Moderno: Minimalismo, Garantismo e Abolicionismo. **Revista Âmbito Jurídico**, ano 2019, n 180, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/movimentos-do-direito-penal-moderno-minimalismo-garantismo-e-abolicionismo/>. Acesso em: 10 set. 2020.

PEREIRA, Maria Eduarda Camargo. NEVES, Helen Correa Solis. Criminalização da LGBTfobia: Uma Problematização Necessária. **Revista Âmbito Jurídico**. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/criminalizacao-da-lgbtfobia-umaproblematizacaonecessaria/#:~:text=Criminaliza%C3%A7%C3%A3o%20da%20LGBTfobia%3A%20Uma%20Problematiza%C3%A7%C3%A3o%20Necess%C3%A1ria,3%20de%20setembro&text=Por%20fim%2C%20delimitou%2Dse%20que,o%20interm%C3%A9dio%20do%20sistema%20educacional>. Acesso em: 17 fev. 2021.

POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. **Informativo Criminal nº 69/2020**. Crimes contra a Comunidade LGBTQI+ (2015 – nov/2020). 2020.

RIOS, Roger Raupp; PIOVESAN, Flávia. A discriminação por orientação sexual. In: **Seminário Internacional- As minorias e o direito**, 2001, Brasília (Série Cadernos do CEJ, v. 24).

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Zahar, 18ª edição, 1992.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SANTOS, Vinícius Marques. **Criminalização da LGBTfobia no Brasil fundamentada no Princípio da Isonomia Material**. 2018. Trabalho de conclusão de curso - (Graduação - Direito)

Universidade Federal do Maranhão, Imperatriz, 2018 p. 31. Disponível em: <http://monografias.ufma.br/jspui/bitstream/123456789/2588/1/ViniciusSantos.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2021.

SILVA, Danler Garcia. **Discurso Judicial e Criminalização da Homotransfobia no Brasil:** ponderações desde uma teoria e criminologia queer. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/29269/7/DiscursoJudicialCriminalizacao.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

SILVA, Gabriele. **Qual o significado da sigla LGBTQIA+?** Entenda o significado de cada letra e a sua importância para o movimento. Disponível em: <https://www.educamaisbrasil.com.br/educacao/dicas/qual-o-significado-da-sigla-lgbtqia>. Acesso em: 17 jan. 2021.

SINTRATEL, **Sindicato dos Trabalhadores em Telemarketing.** Disponível em: <http://www.sintratel.org.br/site/index.php/noticias/3109-criminalizacao-da-lgbtqia-nao-saiu-do-papel-e-seu-efeito-e-ainda-simbolico>. Acesso em: 22 fev. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Casos notórios 2019:** Criminalização da Homofobia. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaPesquisaGeral&pagina=casos_notorios_2019. Acesso em: 29 nov. 2020

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Proibição de doação de sangue por homens homossexuais é inconstitucional, decide STF.** Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443015#:~:text=As%20normas%20relacionavam%20a%20proibi%C3%A7%C3%A3o,doen%C3%A7as%20sexualmente%20transmiss%C3%ADveis%20\(DST\)](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443015#:~:text=As%20normas%20relacionavam%20a%20proibi%C3%A7%C3%A3o,doen%C3%A7as%20sexualmente%20transmiss%C3%ADveis%20(DST).). Acesso em: 19 fev. 2021.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <http://jornal.jurid.com.br>. Acesso em 17 nov. 2019.

WELZER-LANG, Daniel. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia. **Estudos Feministas**, v.1, 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ref/v9n2/8635.pdf>. Acesso em: 19 set. 2020.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 5ª edição, 2001.

ANEXO A – TESES FIXADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL³⁵³

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08.01.1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”);

2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;

3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

³⁵³ STF. Plenário. ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MI 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em em 13/6/2019 (Info 944).

**ANEXO B – PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF) NO MI N.
4733.³⁵⁴**

O Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros, em 25/07/2014, manifesta pelo provimento do agravo regimental interposto contra a decisão monocrática que não conheceu do mandado de injunção e extinguiu o feito sem julgamento do mérito.

Em seu parecer, o Ministério Público Federal (MPF) reconhece a ausência de norma regulamentadora que inviabiliza o exercício da liberdade constitucional de orientação sexual e de identidade de gênero, como também da liberdade de expressão, a comprometer o livre desenvolvimento da personalidade e a atentar contra a dignidade da pessoa humana.

Confirma que a existência de proposta legislativa em discussão no Congresso Nacional não constitui óbice ao mandado de injunção e que está superado o entendimento adotado no parecer anterior do MPF.

Ao acolher o pedido recursal, afirma que o Supremo Tribunal Federal pode adotar decisão de perfil moderadamente aditivo a partir da legislação existente, em razão da técnica de interpretação conforme a Constituição, para promover adequação da legislação à realidade social.

Rememora que o STF interpreta textos legislativos e confere maior ou menor extensão à literalidade da lei, como, por exemplo, fez o STF ao contemplar as uniões homoafetivas no art. 1.723 do Código Civil.

Aponta que razões de equivalência constitucional, ancoradas no princípio da igualdade, impõem a criminalização da discriminação e do preconceito contra cidadãos e cidadãs lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, pois a repressão penal da discriminação e do preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional já é prevista pela legislação criminal brasileira (Lei 7.716/1989) e não há justificativa para tratamento jurídico diverso, sob pena de intolerável hierarquização de opressões.

Destaca que as normas penais existentes são insuficientes para prevenir e reprimir atos de homofobia e transfobia, que se qualificam pelo desprezo originado pelo preconceito. No entanto, evidencia que o art. 5º, XLI e XLII, da Constituição Federal e a Lei 7.716/1989 reconhecem explicitamente que o preconceito e a discriminação são fatores de justificação para uma resposta penal específica.

Nesse viés, a proteção insuficiente caracteriza a inconstitucionalidade por omissão, a abrir ao STF a possibilidade de atuação por meio do mandado de injunção.

Ressalta que o princípio da legalidade estrita em matéria penal deve ser interpretado à luz da supremacia da Constituição, das determinações específicas de legislar para proteger a dignidade, do controle de constitucionalidade, da previsão de mecanismos processuais talhados para o enfrentamento da omissão inconstitucional (tais como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão) e do papel do Supremo Tribunal Federal na concretização constitucional, que geram reconfiguração desse princípio.

³⁵⁴ <http://www.mpf.mp.br/pgr/institucional/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/edicoes/informativo-no-3-de-25-06-2015/docs/MI-4733.pdf>

Evidencia que a procedência do mandado de injunção é de rigor, como forma de avanço institucional no reconhecimento das pessoas LGBT e contra a opressão delas.