

**A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE  
CRIMINOLÓGICA DO ENQUADRAMENTO PELO STF DE PRÁTICAS  
HOMOTRANSFÓBICAS NA ESPÉCIE DE RACISMO SOCIAL**  
*THE CRIMINALIZATION OF LGBTFOBIA IN BRAZIL: A CRIMINOLOGICAL ANALYSIS  
OF THE FRAMEWORK BY THE STF OF HOMOTRANSFIBIC PRACTICES IN THE  
SPECIES OF SOCIAL RACISM*

**Francielle Benini Agne Tybusch**

Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM com bolsa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul, FAPERGS. Bacharel em Direito pela Faculdade Palotina de Santa Maria - FAPAS. Professora do Curso de Direito da Universidade Franciscana - UFN. Coordenadora do Laboratório de Extensão da Universidade Franciscana - UFN. Foi professora Substituta do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM (2018-2020). Membro da equipe técnica da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global da Universidade Federal de Santa Maria. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade (GPDS) da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM e e do Grupo de Pesquisa em Direito, Risco e Ecocomplexidade da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Rio Grande do Sul (Brasil).  
E-mail: francielleagne@gmail.com.  
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4400702817251869>.

**Priscilla Silva**

Bolsista pela CAPES. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Aprovada no XXXII Exame de Ordem da OAB. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Democracia e Constituição (GPDECON) e do Grupo de Pesquisa em Direito dos Animais (GPDA), coordenados pela Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>o</sup> Nina Trícia Disconzi Rodrigues Pigato. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade (GPDS), coordenado pelo Professor Doutor Jerônimo Siqueira Tybusch. Todos os grupos de pesquisa vinculados ao Curso e Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Rio Grande do Sul (Brasil).  
E-mail: priscillasilva1095@gmail.com.  
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9478894923210420>.

**Renato Reis dos Santos**

Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Rio Grande do Sul (Brasil).  
E-mail: renatoareiss@gmail.com.

Submissão: 04.08.2020.

Aprovação: 11.11.2022.

# A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO ENQUADRAMENTO PELO STF DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA ESPÉCIE DE RACISMO SOCIAL

## RESUMO

---

Este trabalho tem por objetivo analisar o processo de criminalização da homotransfobia que ocorreu no Brasil através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26/DF) e do Mandado de Injunção (MI 4733/DF), verificando seu efeito simbólico e sua efetiva necessidade frente à um direito penal já punitivista e que reforça desigualdades sociais já existentes na sociedade brasileira. No estudo, foi utilizado o voto do Ministro Celso de Mello relator no caso supracitado, assim como os posicionamentos de diversos autores favoráveis e contrários a uma maior intervenção estatal na conduta a ser criminalizada. Dessa forma, o método predominante no artigo foi o dialético e conceitual-analítico, visto que o artigo utiliza conceitos e ideias de outros autores para a construção de uma análise científica sobre o referido objeto de estudo, predominando como fonte de pesquisa a fonte histórica e documental. Pretende-se, dessa forma, construir uma solução efetiva para o enfrentamento da violência homotransfóbica que não recaia na sobrepenalização daqueles setores sociais mais vulneráveis à criminalização de qualquer conduta, a juventude negra e periférica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Criminalização da homotransfobia; efeito simbólico; abolicionismo penal.

## ABSTRACT

---

*This work aims to analyze the criminalization process of homotransphobia that occurred in Brazil through the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality by Default (ADO 26 / DF) and the Injunction Warrant (MI 4733 / DF), verifying its symbolic effect and its effective need in the face of an already punitive criminal law that reinforces social inequalities that already exist in Brazilian society. In the study, the vote of Minister Celso de Mello, the rapporteur, was used in the aforementioned case, as well as the positioning of several authors in favor and against greater state intervention in the conduct to be criminalized. Thus, the predominant method in the article was the dialectic and conceptual-analytical method, since the article uses concepts and ideas from other authors to build a scientific analysis on the referred object of study, with the historical and scientific source predominating as a research source. In this way, the intention is to build an effective solution to tackle homotransphobic violence that does not fall on the over-penalization of those social sectors most vulnerable to the criminalization of any conduct, black and peripheral youth.*

**KEYWORDS:** Criminalization of homotransphobia; symbolic effect; penal abolitionism.

---

## INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a temática sobre a criminalização da homotransfobia e a sua contextualização na conjuntura brasileira, haja vista os inúmeros casos de violência psicológica, verbal e física dos quais a comunidade LGBTQI+ é vítima. Inicialmente, visando a melhor elucidação do contexto social que ensejou a criminalização da homofobia e da transfobia, discorreu-se, no presente artigo, acerca das mudanças de paradigma criminológico e da possibilidade de um paradigma criminológico queer, tendo em vista o processo histórico

# A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO ENQUADRAMENTO PELO STF DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA ESPÉCIE DE RACISMO SOCIAL

de naturalização da hetero-cisnormatividade, que acarretou na violência à diversidade sexual e de gênero ao longo dos séculos e na exclusão da comunidade LGBTQI+ de espaços de poder. Por intermédio de uma criminologia *queer*, portanto, busca-se compreender primeiramente os fatores que tornaram as pessoas vulneráveis aos processos de vitimação e criminalização.

O processo da criminalização da homotransfobia no Brasil ocorreu por intermédio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26/DF) e do Mandado de Injunção (MI 4733/DF). A defesa à população que se encontra com os seus direitos individuais violados devido a preconceitos sociais é legítima. Devido a esse cenário, questiona-se: A criminalização da homotransfobia no Brasil é o melhor caminho a ser seguido? Há outras possibilidades e trajetórias mais eficazes e que não reforçam o punitivismo estatal existente?

Para responder ao questionamento proposto, utilizou-se como metodologia o método de abordagem dialético e conceitual-analítico, visto que o artigo utiliza conceitos e ideias de outros autores para a construção de uma análise científica sobre o referido objeto de estudo. Já como método de procedimento, utilizou-se do método comparativo, e com relação a técnica empregada foi tanto a análise bibliográfica (bibliografias, documentos e doutrina) como de análise documental (legislação).

O tema proposto, portanto, é estruturado a partir da análise criminológica e contextualização das práticas discriminatórias existentes neste país. Assim, nos seguintes capítulos e subcapítulos, abordamos a relevância e pertinência da decisão assumida pelos ministros do Supremo Tribunal Federal na ADO 26/DF, principalmente, em seu caráter simbólico, todavia atentando-se sempre à realidade brasileira e à importância da erradicação da cultura punitivista.

## **1 MUDANÇAS DE PARADIGMA: O PARADIGMA CRIMINOLÓGICO *QUEER***

Antes de adentrarmos o assunto do artigo propriamente dito, cabe realizar uma breve análise das rupturas e desafios epistemológicos encontrados pela criminologia ao longo de sua existência e que resultaram no desenvolvimento da Criminologia Crítica. Esta, hoje, que demonstra o papel do racismo e da colonialidade como eixos estruturantes do controle punitivo. Assim, busca-se relacionar as teorias críticas raciais com os estudos sociológicos do campo *Queer*, ou seja, que abordam questões atinentes à sexualidade, identidade de gênero e orientação sexual.

## A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO ENQUADRAMENTO PELO STF DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA ESPÉCIE DE RACISMO SOCIAL

Dessa forma, a construção discursiva da criminologia positivista no Brasil é decisiva para compreender as práticas de nosso sistema penal. Conforme abordado pelo professor da UFSC Evandro Piza Duarte:

O racismo apresenta um limite da Criminologia Positiva como ciência, quer porque a Criminologia Positiva nasce das teorias raciais, quer porque suas hipóteses e pontos de chegada reforçam práticas de discriminação. Em outras palavras, a Criminologia Positiva constitui os dispositivos de poder (biopoder), instaurados na virada do século XIX (DUARTE, 2017).

O nascimento da Criminologia, portanto, foi contemporâneo ao desenvolvimento da Teoria dos Tipos e do Darwinismo Social, ou seja, às teorias das raças. Desde seu surgimento, a raça foi um conceito político que servia para justificar as relações de poder existentes à época. Nesse contexto, a miscigenação, por exemplo, implicava dizer que outrora ocorreu a existência de raças puras e que o cruzamento entre as raças provocavam a sua degeneração (BANTON, 1977). Assim, as concepções de Darwin acerca do papel da seleção natural na criação de raças puras e da hereditariedade forneceram pressupostos centrais da eugenia da época, influenciando a “ideologia do branqueamento” e o senso comum sobre a mistura de raças predominante entre os brasileiros. Ainda conforme o professor Evandro:

Os fundadores da criminologia foram influenciados pela Teoria dos Tipos em vários aspectos: a) a transposição do conceito de tipo racial para o de tipo criminoso e a conseqüente aproximação entre a inferioridade racial e a inferioridade dos criminosos; [...] d) a preocupação com uma administração das populações em seus aspectos físicos e morais; Por sua vez, o Darwinismo Social [...] acentuava o caráter instrumental do saber científico, permitindo falar, em nome da ciência, em profilaxia social, das raças e da criminalidade; [...] Logo, era possível propor intervenções estatais, marcadas pelo intento de fazer perecer raças inferiores, como se tais políticas não fossem uma opção política, mas mera consequência das características da natureza reconhecidas pela ciência. (DUARTE, 2002).

Na escola positivista italiana, Cesare Lombroso foi quem mais se destacou ao relacionar o criminoso à sua identificação racial. Isto, pois supôs descobrir uma semelhança física entre o homem criminoso e o homem primitivo, relacionando o perfil criminoso ao atavismo. Sem comprovações empíricas nos estudos anatômicos, mesmo assim, suas teses foram amplamente difundidas, reproduzindo o senso comum europeu sobre a inferioridade dos povos no resto do mundo. Suas analogias aproximaram os encarcerados às classes pobres dos países centrais submetidas à degradação do sistema capitalista. Além disso, também associaram a criminalidade à prostituição, à homossexualidade, às populações ciganas, aos intelectuais revolucionários, aos deficientes físicos, entre outros (LOMBROSO, 1883).

## A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO ENQUADRAMENTO PELO STF DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA ESPÉCIE DE RACISMO SOCIAL

Rafael Garófago, por sua vez, ao beber nas mesmas fontes que Lombroso, construiu também uma ideologia segregacionista, que tinha como conceito central de sua obra o delito natural, cuja finalidade era refutar a objeção de que o crime/criminoso era variável no tempo e espaço, e, como tal, historicamente construído. Seu discurso converge para a justificação da conquista de povos subalternos, defendendo, inclusive, o extermínio de povos não-europeus, e empenhando-se na construção de um sistema penal autoritário, preocupado com a “eugenia social”. A profilaxia racial, portanto, seria apenas o exercício do papel do Estado.

Propondo uma nova tipologia criminal em substituição à de Lombroso, Enrico Ferri buscou estabelecer uma distinção entre fatores antropológicos, físicos ou telúricos, contudo, a ruptura foi superficial, pois manteve o paradigma etiológico de Criminologia e os fundamentos da ideologia de Defesa Social. Para Ferri, o que deveria ser levado em conta era a periculosidade, ou seja, a potencialidade de um indivíduo vir a praticar crimes. O medo passa a ser “administrado” pela ciência a partir da suspeita (DUARTE, 2017). Logo, o discurso sobre o homem criminoso passa a convergir para a defesa de uma intervenção crescente do Estado na busca da garantia da própria ordem.

A Escola Positivista, portanto, concentrou sua atenção no autor do crime, no homem criminoso e na sua personalidade. Em contraste à Escola Clássica, que construiu o direito penal do fato e se preocupava em descrever as condições segundo as quais um indivíduo poderia ser responsabilizado por um ato tido como criminoso. Cesare Beccaria foi o precursor da Escola Clássica, ele preconizava que a conduta criminosa é baseada em uma escolha puramente racional do indivíduo, que analisa de maneira comparativa os benefícios e os riscos inerentes ao ato criminoso, optando pelo crime se este lhe for mais vantajoso. Inspirado por diversos pensadores iluministas, previa a reclusão como forma de punição e um período de reflexão do criminoso sobre o seu delito.

No Brasil, Nina Rodrigues foi um dos cientistas que adaptou e deu legitimidade a uma visão racial da sociedade. Nina se opunha à defesa da mestiçagem, um dos elementos constituintes do mito da formação nacional brasileira. Para ele, o mestiçamento era a forma pela qual se eliminaria a presença africana e indígena brasileira. Contudo, influenciado pela criminologia européia quanto ao caráter criminógeno das “raças inferiores”, sua teoria justificava, sobretudo, a intervenção médica para a determinação de quanto havia de “herança criminosa” (“negra” ou “selvagem”) e como ela se encontrava disposta nos indivíduos.

Assim, enquanto as elites brasileiras se referiam à emigração branca como capaz de transformar os ‘caracteres negativos’ da sociedade brasileira, Nina

## A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO ENQUADRAMENTO PELO STF DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA ESPÉCIE DE RACISMO SOCIAL

Rodrigues ‘empretecia’ a criminalidade para alertar sobre o constante perigo do ‘negro’ que sobrevivia no mestiço (DUARTE, 2017).

Em outras palavras, sua obra é sobre a implementação do controle social através da sua racionalização na periferia do capitalismo. Entretanto, a ideologia predominante sobre a raça, no Brasil, ainda é a da “democracia racial”. Ela condiciona todas as percepções das questões políticas sobre a discriminação, negando-a. Como ideologia, nega a existência de desigualdades e desvantagens simbólicas e materiais entre os diversos grupos humanos. Isto é problemático, pois do ponto de vista que gera uma cegueira científica e colabora para a continuidade de práticas racistas, acaba corroborando para a existência de um sistema penal que recai, majoritariamente, sobre a juventude negra. Nesse aspecto, Eugênio Raul Zaffaroni destaca:

O controle social existente na região é produto da transculturação protagonizada pelas revoluções mercantil e industrial, as quais nos incorporam às suas respectivas civilizações universais, transformando o sistema penal num verdadeiro genocídio em ato (ZAFFARONI, 1991).

Nesse mesmo sentido, Clovis Moura argumenta que:

As formas de controle social são, sobretudo, o resultado das necessidades de exercer um controle social voltado para a subjugação das populações não brancas (negras e indígenas), reproduzindo o espaço de subalternidade racial, elemento central da reprodução política do sistema econômico (MOURA, 1994).

A passagem do Paradigma Etiológico para o Paradigma da Reação Social na Criminologia, portanto, foi o que levou ao afastamento do debate etiológico presente no paradigma racial. A teoria do etiquetamento, de influência norte-americana, por sua vez, estabeleceu o crime como uma construção social fruto de um processo de criminalização primário (legislativo) e secundário (aplicação da lei pelas instituições - judiciário e polícia). Dessa forma, permite-se concluir que há uma seletividade acerca das condutas a serem punidas, sendo o controle social formal a saída para quando as instituições como a escola, mídia, igreja, entre outras, forem incapazes de docilizar estes corpos. Ademais, ao incorporar-se na teoria do etiquetamento a noção marxista de luta de classes, demonstrando a sobrecriminalização das camadas mais pobres, constitui-se efetivamente o campo da Criminologia Crítica.

A digressão acima exposta é pertinente, pois, encontra-se presente no senso comum produzido pelo direito penal positivista e, portanto, nas instituições brasileiras, a reprodução de um sistema punitivo racista e desigual. Tal debate é fundamental do ponto de vista da

## A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO ENQUADRAMENTO PELO STF DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA ESPÉCIE DE RACISMO SOCIAL

criminalização da homofobia, pois além da prática da homossexualidade já ter constituído crime, no Brasil, a sua criminalização ocorreu justamente através do enquadramento da homotransfobia como uma espécie de racismo social. Insta salientar, que a pesquisa sobre a variável raça como fator criminógeno, por óbvio, não possui qualquer valor teórico válido. Porém, a pesquisa sobre o porquê e como sistemas penais modernos passaram a incluir tal variável como determinante na seleção de grupos sociais a sofrerem a intervenção estatal de forma mais incisiva é de extrema importância. Portanto, cabe às teorias sobre racismo conduzirem a Criminologia Crítica para uma teoria complexa sobre as relações de poder e as formas de superação da discriminação na busca de suplantar o punitivismo acentuado sobre a população negra. Assim, deixamos para os capítulos conclusivos do artigo o debate acerca da dicotomia entre a criminalização da homofobia e o abolicionismo penal.

### 1.1 O PARADIGMA CRIMINOLÓGICO *QUEER*

As teorias queer, já difundidas e estudadas nas ciências sociais, começam a ganhar espaço dentro das ciências criminológicas ao propor, assim como as teorias feministas, um novo paradigma criminológico, criticando o processo histórico de naturalização da heteronormatividade. Conforme o Professor de Direito Penal Salo de Carvalho conceitua “A naturalização da norma heterossexual, ao aprisionar as subjetividades no binarismo hétero/homossexual, cria automaticamente mecanismos de saber e poder nos quais a diferença é exposta como um desvio ou como uma anomalia.” (CARVALHO, 2017, p. 204). O controle social é realizado, dessa forma, através de processos de criminalização e de patologização da diferença, potencializando formas de violência nas quais a diversidade sexual é vitimizada (homofobia).

Assim, o Professor desenvolve a tese de que a violência homotransfóbica pode ser decomposta em três níveis:

1. da **violência simbólica** (cultura homofóbica), a partir da construção social de discursos de inferiorização da diversidade sexual e orientação de gênero;
- 2 da **violência das instituições** (homofobia de Estado), com a criminalização e a patologização das identidades não-heterossexuais;
- 3 da **violência interpessoal** (homofobia individual), na qual a tentativa de anulação da diversidade ocorre por meio de atos brutos de violência (CARVALHO, 2017, p. 206, grifo nosso).

No aspecto da violência simbólica, os primeiros discursos científicos acabaram por reforçar um senso comum teórico homofóbico, semelhante ao processo que aconteceu com as

## A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO ENQUADRAMENTO PELO STF DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA ESPÉCIE DE RACISMO SOCIAL

teorias racistas que influenciaram a criminologia positivista. Nesse contexto, instaura-se uma hierarquização de desigualdades que se concretizam em atos de violências contra esses grupos minoritários.

Historicamente, o comportamento sexual “desviante” constitui-se como uma personalidade patológica e criminosa em potencial, e segundo Michel Foucault isso ocorre, pois “[...] no final das contas, nada escapa à sua sexualidade. Ela está presente nele todo: subjacente a todas as suas condutas, já que ela é o princípio insidioso e infinitamente ativo das mesmas; inscrita sem pudor na sua face e no seu corpo que é um segredo que trai sempre[...]” (FOUCAULT, 1988, p. 50).

Assim, Salo de Carvalho teoriza 3 movimentos de ruptura com a criminologia ortodoxa. O primeiro ocorre com a despatologização do delito e do delinquente (CARVALHO, 2017, p. 212) devido ao desenvolvimento da teoria do etiquetamento (labelling approach) nas ciências criminais, que modifica o entendimento referente ao desvio, não se tratando mais da qualidade de um ato cometido pela pessoa, mas sim da consequência de um processo de criminalização de condutas selecionadas intencionalmente pelo legislador. Logo, “o desviante é a pessoa a quem se aplicou com sucesso este rótulo; o comportamento desviante é o comportamento assim rotulado pelas pessoas” (BECKER, 1991, p. 9).

O segundo movimento, por sua vez, teve influência dos diagnósticos da criminologia feminista, no que se refere ao funcionamento sexista do sistema penal. Isso, pois o paradigma da rotulação universaliza o crime na vida pública, contudo, o feminismo, principalmente devido aos estudos acerca da violência doméstica, demonstra a presença do delito na esfera íntima das pessoas. Por fim, a perspectiva institucional da violência contra a mulher, historicamente, relaciona o tema com o terceiro movimento que confronta a criminologia positivista, deflagrado pela criminologia crítica.

A criminologia crítica surge, então, para demonstrar não apenas a inexistência de uma diferença natural entre criminosos e não criminosos, como também para analisar criticamente:

[...] as formas de construção e de reprodução dos estereótipos criminais pelas instituições formais (esfera legislativa e judicial), informais de controle social (sistema educacional e religioso) e os processos de distribuição da criminalização (esfera executiva), a partir da (desigual) incidência das agências de punitividade (agências policial, carcerária, manicomial) (CARVALHO, 2017, p. 216).

Nesse sentido, o feminismo e a teoria queer partem das mesmas premissas no que diz respeito à influência da misoginia e do patriarcalismo nas estruturas da sociedade contemporânea. Cabe à criminologia, portanto, compreender os fatores que tornam as pessoas



## A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO ENQUADRAMENTO PELO STF DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA ESPÉCIE DE RACISMO SOCIAL

vulneráveis aos processos de vitimização e criminalização relacionados à identidade de gênero e orientação sexual.

Numa concepção mais engessada, a qualidade de uma ciência qualquer, principalmente a criminológica, está relacionada a sua capacidade de apresentar um modelo explicativo geral, ou seja, universal, coerente sobre o objeto de investigação. Para o professor Salo de Carvalho, isso significa “[...] que um paradigma para ser reconhecido “cientificamente”, deve apresentar um modelo lógico (método) de compreensão do crime, da criminalidade ou do controle social, seguido de uma proposição resolutiva coerente sobre o problema apontado (teoria da pena)” (CARVALHO, 2017, p. 222).

Contudo, o que diversos teóricos observam na atualidade é a fragmentação da criminologia em diversos campos, que impossibilitam “a formação de um pensamento unitário, coerente e orgânico” (CARVALHO, 2017, p. 223), o que é criticado por alguns, contudo, é visto como virtude por outros cientistas, pois criam novas formas de compreensão disciplinar, mais complexas e que refletem melhor as singularidades da sociedade contemporânea.

Portanto, é neste campo que se encaixa o paradigma criminológico Queer, fundamentado nas teorias queer estudadas pelas Ciências Sociais. Sua virtude não se encontra numa pretensão totalizadora, mas sim na inovação de campos de diálogos, fragmentados e conectados com questões pertinentes às instituições reproduzidas secularmente pela sociedade. Assim, é oportuno que a criminologia, devido à sua base sociológica (reflexão teórica) e capacidade metodológica, seja o campo pertinente para avaliar as vantagens e desvantagens da eventual criminalização da homotransfobia.

## 2 CONTEXTO HISTÓRICO: UMA ANÁLISE SOBRE PROJETOS DE LEI SOBRE HOMOTRANSFOBIA

[...] **iii)** ‘Homem que tirou foto antes de esquartejar admite ódio por gays’ (<http://g1.globo.com/santos-regiao/noticia/2014/11/homem-que-tirou-foto-antes-de-esquartejar-admite-odio-por-gays.html>);

**iv)** ‘Agricultor é morto a facadas pelo filho na Zona da Mata de PE – Rapaz de 20 anos não aceitava que o pai fosse homossexual.’ (<http://g1.globo.com/pernambuco/noticia/2014/11/agricultor-e-morto-facadas-pelo-filho-na-zona-da-mata-de-pe.html>);

**v)** ‘Menino teve fígado dilacerado pelo pai, que não admitia que criança gostasse de lavar louça – Alex, de 8 anos, era espancado repetidas vezes para aprender a ‘andar como homem’ ( <http://g1.globo.com/rio/menino-teve-figado-dilacerado-pelo-pai-que-nao-admitia-que-crianca-gostasse-de-lavar-louca-1785342>);

A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO ENQUADRAMENTO PELO STF DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA ESPÉCIE DE RACISMO SOCIAL

vi) ‘Homem é suspeito de tentar estuprar filha lésbica para fazê-la ‘virar mulher’ (http://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2016/01/homem-e-suspeito-de-tentar-estuprar-filha-lesbica-para-faze-la-virar-mulher.html); [...]

ix) ‘Polícia investiga homicídio de travesti que foi espancada até a morte em CE’ (http://g1.globo.com/ceara/noticia/2017/03/policia-investiga-homicidio-de-travesti-que-foi-espancada-ate-morte-no-ce.html) (DE MELLO, 2019, p. 39).

A situação supracitada, presente no voto do relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26/DF), reflete minimamente a situação enfrentada por Gays, Lésbicas, Bissexuais, Transsexuais, Travestis e demais membros da comunidade LGBTQI+ no Brasil do século XXI. Contudo, não é de hoje que o contexto social homotransfóbico impera na nossa sociedade. Ao analisarmos o Brasil desde seu tempo de colônia portuguesa, é possível observar que a orientação sexual e identidade de gênero “desviante” foi tratada institucionalmente sob forte repressão, resultando num Poder Público que jamais corrigiu os efeitos sociais dessa política de Estado homotransfóbica.

A legislação reinol que Portugal impôs ao Brasil, por exemplo, prevê como punição para as práticas homossexuais, no Livro V, a pena de morte. A atividade persecutória que a Coroa real portuguesa promoveu contra os homossexuais, em Portugal, estendeu-se ainda mais com o processo de expansão colonial lusitana, devido a preocupação com as relações homossexuais entre portugueses e os povos por estes conquistados, levando a edição da Lei sobre o Pecado de Sodomia, como assinala o ilustre Antropólogo e Professor Luiz Mott em “Relações Raciais entre Homossexuais no Brasil Colonial”. Outra instituição que possui papel fundamental na LGBTfobia propagada pelas instituições brasileiras foi a Igreja, como informa Ronaldo Vainfas, em sua obra “Confissões da Bahia”, os mesmos foram reprimidos e punidos severamente, em nosso país, como se vê dos documentos que registram a atuação do Santo Ofício no Brasil:

As punições previstas em tais leis tinham, sobretudo, a finalidade de suscitar o medo, explicitar a norma e dar o exemplo a todos aqueles que assistissem às sentenças e às penas sofridas pelos culpados, fossem humilhações perante todo o público, fosse a flagelação do seu corpo ou, até mesmo, a morte na fogueira, chamada de pena capital. Essas punições possuíam menos o intuito de punir os culpados do que espalhar o terror, a coerção, o receio. Elas espalhavam um verdadeiro temor, fazendo com que as pessoas que presenciassem esses espetáculos punitivos examinassem suas consciências, refletissem acerca de seus delitos. O ritual punitivo era uma cerimônia política de reativação do poder e da lei do monarca. A sodomia propriamente dita, segundo o livro Quinto das Ordenações Filipinas, se equiparava ao de lesa-majestade e se estendia tanto aos homens quanto às mulheres que cometessem o pecado contra a natureza. Todos os culpados seriam queimados e feitos por fogo em pó, seus bens confiscados para a coroa e

# A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO ENQUADRAMENTO PELO STF DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA ESPÉCIE DE RACISMO SOCIAL

seus filhos e netos seriam tidos como infames e inábeis (NAPOLITANO, 2004, p. 02).

Os exemplos de nosso passado colonial e o registro de práticas sociais menos antigas revelam o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório que tem sido dispensado à LGBTQI+ em nosso País. Nesse sentido, é fundamental, para entender a dimensão desta violência, observarmos os dados trazidos no voto do Ministro Celso de Mello, produzidos pelo “amicus curiae”, o “Grupo Gay da Bahia – GGB”, na ADO 26/DF:

- [...] **a)** aumento de 30%, em 2017 em relação ao ano anterior, dos homicídios contra o grupo LGBT, atingindo o número de 445 mortes no período;
- b)** 56% dos assassinatos ocorrem em via pública;
- c)** das 445 vítimas referidas, 194 (43,6%) eram gays, 191 (42,9%) trans, 43 (9,7%) lésbicas, 5 (1,1%) bissexuais e 12 (2,7%) heterossexuais, estes incluídos porque foram mortos em circunstâncias que revelam condutas homofóbicas dos agressores, v.g. em defesa de gays amigos/parentes;
- d)** o número de transgêneros mortos entre 2016 e 2017 demonstra que o Brasil é o primeiro colocado no ‘ranking’ mundial, tal como referido pelo Relatório Mundial da Transgender Europe, organização que registra dados relacionados ao tema;
- e)** jovens que são rejeitados por sua família têm alto índice de tentativa de suicídio (8,4 vezes mais);
- f)** foram registrados, até outubro, no ano de 2018, 347 homicídios de pessoas LGBT no país. (DE MELLO, 2019, p. 37).

Insta salientar, ainda, a subnotificação dos dados apresentados, constatada pelo próprio “amicus curiae”, devido a falta de empenho institucional de órgãos públicos na notificação de crimes homotransfóbicos, produzindo um impecilho na produção de políticas públicas adequadas para a superação desse quadro. Por mais contraditório que pareça, contudo, no âmbito dos direitos discriminatórios o movimento LGBTQI+ brasileiro tem sido bem sucedido, ampliando significativamente suas conquistas, devido à uma ingerência positiva do Poder Judiciário na política.

No plano político-criminal, conforme analisa o Professor Salo de Carvalho, podemos identificar duas pautas distintas do movimento LGBTQI+: “**(a) pauta negativa** (limitadora de intervenção penal), nas esferas do direito e da psiquiatria, voltada à descriminalização e à despatologização da homossexualidade; **(b) pauta positiva** (expansiva da intervenção penal), no âmbito jurídico, direcionada à criminalização das condutas homofóbicas.” (CARVALHO, 2017, p. 235).

No Brasil, embora a descriminalização da homossexualidade tenha ocorrido em 1830, é importante lembrar que, na prática, não há uma situação de plena abolição da criminalização de prática voluntária de ato sexual entre duas pessoas do mesmo sexo, visto que, encontra-se

## A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO ENQUADRAMENTO PELO STF DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA ESPÉCIE DE RACISMO SOCIAL

vigente o Código Penal Militar, que estabelece pena de detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano para quem “praticar ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito à administração militar” (art. 235 do Código Penal Militar). Tal conduta só foi revista em julgamento pelo STF, que estabeleceu que a Constituição Federal não permitiu que tal discriminação fosse acolhida no ordenamento jurídico pós 1988.

A despatologização da homossexualidade, por sua vez, também é recente. Somente na década de 70, a Associação Americana de Psiquiatria (1973), a Associação Americana de Psicologia (1975) e, posteriormente, a Organização Mundial da Saúde (1990) deixaram de considerar a homossexualidade uma doença psiquiátrica e excluíram a homossexualidade do catálogo de doenças mentais. A transsexualidade, contudo, mantém-se tipificada como transtorno de identidade de gênero pela Associação Americana de Psiquiatria.

Logo, podemos observar que as conquistas dos movimentos LGBTQI+ são recentes e ainda incompletas. Visando combater mais uma face da discriminação sofrida por esse grupo minoritário, surgiu no Brasil, os Projetos de Lei que visam, de uma forma ou de outra, a criminalização da homotransfobia. Uma análise breve deles será feita para, então, adentrarmos à forma que a criminalização acabou se dando na prática no Brasil, ou seja, através da ADO 26/DF que enquadrou a homotransfobia como uma espécie de racismo social.

### 2.1 PROJETOS DE LEI SOBRE HOMOTRANSFOBIA

Esse subcapítulo fará uma breve análise de Projetos de Lei já propostos desde a CF de 1988 em âmbito nacional para punir, de alguma forma, a homotransfobia, visando estabelecer um comparativo entre o que foi estabelecido pelo Poder Judiciário com a decisão proferida e o que já foi proposto pelos representantes do Congresso Nacional durante as últimas décadas, órgão, em tese, de maior representatividade dos anseios da sociedade. Em 2006, foi criado o primeiro Projeto de Lei da Câmara (PLC) 122/2006 que propusera a criminalização da homofobia e transfobia, equiparando-os aos demais preconceitos que já são objetos da Lei 7716/89 (Lei de Racismo). Visando à inclusão das expressões “orientação sexual” e “identidade de gênero” na Lei de Racismo, a Câmara dos Deputados almejou a aprovação, pelo Senado, de uma Lei que se encontrasse em consonância com a realidade brasileira, qual seja: um país que registra, a cada 23h00min, uma morte por homofobia (G1, 2019). Tal Projeto de Lei se tornou paradigma para a decisão que o STF veio a proferir no ano de 2019.

## A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO ENQUADRAMENTO PELO STF DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA ESPÉCIE DE RACISMO SOCIAL

Ocorre que, após oito anos de tramitação no Senado, o PLC 122/2006 teve de ser arquivado, pois, de acordo com as regras de regimento interno da casa, as propostas podem tramitar tão somente durante o período de duas legislaturas e, caso seja aprovado em plenário o requerimento de pelo menos 27 senadores, poderão tramitar por mais uma legislatura. Nesse viés, considerando que a PLC 122/06 se encontrava em trâmite há oito anos, a proposta teve de ser arquivada.

Em 2016, foi proposto, pelo cidadão Lucas Veiga Couto, do Paraná, no portal e-Cidadania, Ideia Legislativa visando a punição de pessoas que atacam e ofendem outras por sua orientação sexual. Após ter ultrapassado o mínimo percentual de apoio (20 mil manifestações), totalizando mais de 50 mil manifestações favoráveis à Ideia Legislativa, transformou-se na Sugestão nº 28/2017. Assim, pode ser encaminhada e aprovada pela Comissão de Direitos Humanos, a qual é responsável por receber as propostas pelos cidadãos em primeira instância, e passou a ser o Projeto de Lei do Senado nº 515 de 2017 que objetivava a alteração da Lei nº 7.716/89 e do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para punir a discriminação ou preconceito de origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

Além disso, Gustavo Don, de São Paulo, também propôs uma Ideia Legislativa, a qual transformou-se na SUG 5/2016 e se encontra, atualmente, em tramitação na Comissão de Direitos Humanos, a fim de ser analisada e ser posteriormente transformada em Projeto de Lei, caso seja aprovada pela CDH (Senado Federal, 2019). Essa SUG 5/2016 também objetiva a criminalização dos casos de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, além de equipará-los ao crime de racismo (SENADO NOTÍCIAS, 2017).

Em 2014, o PL 7.582/14, de autoria da deputada federal Maria do Rosário (PT-RS), tentou definir o que são crimes de ódio, entre eles os motivados por orientação sexual e identidade de gênero, e estabelecendo uma pena de um a seis anos de prisão e multa para quem "praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito". Entretanto, em janeiro de 2019, o PL foi arquivado de acordo com regras do regimento interno da Casa. Novamente, em 2018, talvez a proposta mais inovadora do ponto de vista da criminalização da homotransfobia, o PLS 134/18, proposto pela ex-senadora Marta Suplicy (SP), propôs criar o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero que, entre outras disposições, regulamenta o "crime de intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero", o "crime de indução à violência" e discriminações no mercado de trabalho e nas relações de consumo, punidos com penas de prisão de um a cinco anos. O projeto, contudo, está parado atualmente na Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor.

## A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO ENQUADRAMENTO PELO STF DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA ESPÉCIE DE RACISMO SOCIAL

Por fim, em 2019, a CCJ do senado também deu prosseguimento a um substitutivo do Projeto de Lei 672/19, do senador Weverton Rocha (PDT-MA), que alteraria a Lei de Racismo para incluir o preconceito contra orientação sexual e identidade de gênero, e do Projeto de Lei 191/17, do senador Jorge Viana (PT-AC), que alteraria a Lei Maria da Penha para incluir pessoas transexuais. A principal mudança proposta pelo substitutivo aprovado seria a criação das hipóteses qualificadas de homicídio, lesão corporal e injúria, praticadas “em razão de ser a vítima lésbica, gay, bissexual, travesti, transexual, intersexo e demais pessoas trans”. O substitutivo também tipificaria como crime “discriminar, impedir o exercício ou interferir negativamente no exercício regular de direito em razão de a vítima ser lésbica, gay, bissexual, travesti, transexual, intersexo e demais pessoas trans” e “induzir ou incitar a discriminação contra vítima lésbica, gay, bissexual, travesti, transexual, intersexo e demais pessoas trans”. Apenas no caso da injúria o substituto fez a ressalva de que “não constitui injúria punível a manifestação de crença em locais de culto religioso, salvo quando houver incitação à violência”.

Estes dois últimos projetos, contudo, só foram debatidos com o avanço do julgamento da criminalização pelo STF, visto que a bancada evangélica do Congresso Nacional encarregou-se de articular a aprovação desses projetos na tentativa de garantir, através de uma suposta defesa da liberdade religiosa, que no projeto de lei estaria presente a garantia de liberdade de expressão para pastores emitirem opiniões preconceituosas em cultos religiosos, mas ambos não foram exitosos devido a ausência de consenso entre os parlamentares.

Portanto, os Projetos de Lei que sucederam o PL 122/2006 pouco inovaram na forma de propor um sistema capaz de criminalizar e coibir as práticas discriminatórias atinentes ao preconceito por orientação sexual e identidade de gênero. A articulação de uma proposta viável de ser aprovada, aparentemente, só ocorreu depois que líderes religioso viram ameaçada a possibilidade de expressar suas opiniões criminosas em cultos religiosos. Assim, cabe elaborar um breve debate acerca dos pontos levantados pela frente parlamentar evangélica a fim de espantar os espantalhos criados em torno da discussão da criminalização da homotransfobia, que mais prejudicam a sociedade criando falsas polêmicas do que assiste às minorias vítimas de discriminação.

### 2.2 A “IDEOLOGIA DE GÊNERO” E A LIBERDADE RELIGIOSA

Conforme observado no subcapítulo anterior, a bancada evangélica detém considerável influência na decisão dos parlamentares, apresentando obstáculos aos Projetos

## A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO ENQUADRAMENTO PELO STF DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA ESPÉCIE DE RACISMO SOCIAL

de Leis que, desde 2006, são apresentados para criminalizar as práticas discriminatórias atinentes à comunidade LGBTQI+. Ora, um exemplo inicial acerca dessas condutas se refere à Lei 2.615/2000 que, tão somente após três dias de decretada a sua regulamentação, a Câmara Legislativa do Distrito Federal conseguiu derrubar a decisão do governador Rodrigo Rollemberg, porquanto objetivava uma suposta proteção à “família tradicional”. Nessa senda, por intermédio da incansável tentativa de criminalizar a homofobia e a transfobia, observa-se a urgência de uma efetiva separação entre Igreja e Estado, tendo em vista que, embora a Constituição Federal de 1988 garanta o Estado “Laico”, a bancada evangélica interfere significativamente nas decisões legislativas, comprometendo seriamente a proteção dos direitos individuais das minorias.

A interferência da bancada evangélica nas decisões do Senado e da Câmara restou tão expressiva que o próprio Supremo Tribunal Federal, em razão da demora inconstitucional do Legislativo em discutir o tema enquadrou, por meio do julgamento da ADO 26 e do MI 4733, a homofobia e a transfobia como racismo. Assim, a frente parlamentar evangélica, visando à garantia dos seus interesses, agiu com o intuito de interferir, também, na decisão do STF, todavia, não obteve êxito. A comunidade religiosa e, sobretudo, a evangélica neopentecostal afirma temer que a criminalização da homotransfobia afete a sua liberdade de expressão, salientando que há receio de que essa criminalização a “impeça de pregar que o relacionamento íntimo entre pessoas do mesmo sexo constitui pecado ou mesmo que sejam obrigados a celebrar a união afetiva” (El País, 2019). No entanto, cumpre destacar que a mesma Constituição Federal que prevê a garantia da liberdade religiosa estabelece, em seu artigo 3º, inciso IV, que o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil é promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Na verdade, o que ocorre na prática é que pastores fundamentalistas, por muitas vezes, utilizam seu púlpito para destilar preconceito e condenar práticas homoafetivas. Isso ocorre na forma de condenação à união civil entre pessoas do mesmo sexo ou até mesmo na condenação de adoção e constituição de famílias por casais homoafetivos, atentando frontalmente contra princípios e garantias constitucionais. Ora, a liberdade de consciência de crença e o livre exercício dos cultos religiosos não se tratam de princípios absolutos, pois encontram limite ao afrontarem a constituição e servirem como propagadores de discurso de ódio. Importante ressaltar que se não existissem tais limites à liberdade de expressão a CF de 1988 seria incapaz de punir crimes relacionados a calúnia, difamação e injúria, tratados pelo

## A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO ENQUADRAMENTO PELO STF DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA ESPÉCIE DE RACISMO SOCIAL

ordenamento jurídico infraconstitucional como limitadores do exercício da liberdade de expressão, da mesma forma a apologia à prática de crimes também não seria punida.

Assim, determinados grupos políticos e sociais, inclusive confessionais, vêm estimulando o desprezo, promovendo o repúdio e disseminando o ódio contra LGBTQI+, negando noções de gênero e orientação sexual como aspectos inerentes à condição humana, buscando impedir o debate público em torno de questões atinentes à sexualidade, por meio de desqualificação dos estudos e negação da consciência de gênero, reduzindo-os à condição de mera teoria social. Tal como denuncia o advogado Paulo Iotti em sua obra:

**Veja-se a que ponto chega a ideologia de gênero heteronormativa e cisnormativa, ao impor a heterossexualidade e a cisgeneridade compulsórias: quer tornar obrigatórios verdadeiros estereótipos de gênero, decorrentes das normas de gênero socialmente hegemônicas, que impõem um tipo específico de masculinidade, absolutamente incompatível com as condutas afetivas entre homens, como se isso fosse um traço específico apenas da feminilidade, que exige das mulheres condutas bem sintetizadas na expressão bela, recatada e do lar. Versões tóxicas da masculinidade e da feminilidade que acabam gerando agressões a quem ‘ousa’ delas se distanciar, no exercício de seu direito fundamental e humano ao livre desenvolvimento da personalidade. Ou seja, sob o espantinho moral criado por fundamentalistas religiosos e reacionários morais em geral, relativamente à chamada ideologia de gênero (sic), para com isso designarem a defesa de algo distinto da heteronormatividade e da cisnormatividade, ou seja, da normalidade social e naturalidade das identidades não-heterossexuais e não-cisgêneras, bem como o dever de igual respeito e consideração às minorias sexuais e de gênero (as pessoas não-heterossexuais e não-cisgêneras, que se configuram como as ‘maiorias sexuais’, no sentido do grupo socialmente e culturalmente hegemônico na sociedade), cabe destacar que, se algo aqui é ‘ideológico’, no sentido pejorativo [...] de algo contrário à realidade objetiva, é a tese que defende que as pessoas ‘nascem’ heterossexuais e cisgêneras e que, por opção sexual (sic), posteriormente, passam a ‘escolher alguma identidade sexual não-heterossexual ou identidade de gênero transgênera (VECCHIATTI, 2019, grifo nosso).**

Nesse viés, oportuno destacar o embate ideológico entre esses grupos antagônicos desde que o Ministério da Educação (MEC), no ano de 2014, visou à inclusão da educação sexual, combate às discriminações e da promoção da diversidade de gênero e orientações sexuais no Plano Nacional de Educação (PNE). Na época, grupos religiosos conservadores, ao lado do movimento Escola sem Partido, opuseram-se veementemente, resultando na aprovação do Plano Nacional de Educação sem a inclusão supracitada. O argumento utilizado pelos setores conservadores da sociedade e do congresso era de que o “kit gay” (termo pejorativo para se referir à Escola sem Homofobia) seria uma afronta aos valores da família e parte dessa ideologia.



## A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO ENQUADRAMENTO PELO STF DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA ESPÉCIE DE RACISMO SOCIAL

No entanto, não obstante grupos religiosos afirmarem que a “ideologia de gênero” vai de encontro aos valores da “família”, ou melhor, do seu conceito excludente de família, necessário salientar a importância da discussão acerca da educação sexual e de identidade de gênero nas Escolas, para que, futuramente, os casos de violência não só relativos à comunidade LGBTQI+, mas também de casos de violência sexual diminua consideravelmente. Aliás, visando à real proteção da família brasileira, imprescindível se faz o entendimento da identidade de gênero, tendo em vista que, em virtude desse preconceito, milhares de adolescentes e jovens são expulsos de suas próprias casas anualmente em virtude da violência homotransfóbica.

Conforme elucidou Michele Escoura, antropóloga e pesquisadora do Núcleo de Marcadores Sociais da Diferença da Universidade de São Paulo (USP) e do Núcleo de Estudos de Gênero Pagu da Unicamp, “o Estado está se desresponsabilizando de ter materiais pedagógicos, garantir formação continuada e de construir políticas públicas que visem de maneira mais incisiva combater discriminações contra estudantes homossexuais e transgêneros, por exemplo” (SEMIS, 2017). Nessa perspectiva, a intervenção de grupos religiosos e dos setores conservadores da sociedade tem prejudicado o desenvolvimento social e a criação de políticas públicas de inclusão.

Essa visão de mundo, fundada na ideia artificialmente construída de que diferenças biológicas entre homens e mulheres determinam os seus papéis sociais, impõe à comunidade LGBTQI+ uma restrição às suas liberdades fundamentais, submetendo-lhe a um padrão heteronormativo, incompatível com o pluralismo e a diversidade de uma sociedade democrática. É por isso que Simone de Beauvoir, em sua renomada obra “O Segundo Sexo” já manifestava a sua percepção em torno da realidade de que sexo e gênero constituem expressões conceituais dotadas de significado e de sentido próprios, sintetizando, em uma fórmula tipicamente existencialista e fenomenológica o famoso entendimento acerca do gênero, onde “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher”.

Ademais, nesse mesmo sentido o eminente Ministro Nelson Jobim, ao participar do julgamento do HC 82.424/RS (“Caso Ellwanger”), em sua confirmação de voto, demonstrou o alcance da liberdade de expressão no seguinte trecho:

[...] As opiniões consubstanciadas no preconceito e no ódio racial não visam contribuir para nenhum debate inerente às deliberações democráticas para o qual surge a liberdade de opinião. Não visam contribuir para nenhuma deliberação, não comunicam idéias que possam instruir o compromisso que preside a deliberação democrática. Os crimes de ódio não têm a intenção de transmitir ou receber comunicação alguma para qualquer tipo de deliberação.

## A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO ENQUADRAMENTO PELO STF DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA ESPÉCIE DE RACISMO SOCIAL

O objetivo, seguramente, é outro. Não está na base do compromisso do deliberar democrático. Quer, isto sim, impor condutas antiigualitárias de extermínio, de ódio e de linchamento; desconhecer o lócus da liberdade de expressão e seu objetivo no processo democrático leva ao desastre; a miopia do fundamentalismo histórico conduz ao absurdo. A liberdade de opinião na democracia é instrumental ao debate e à formação da vontade da maioria com respeito à minoria [...] (JOBIM, 2004).

Isso significa, portanto, que a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos. Logo, as expressões de ódio público – veiculadas com evidente superação dos limites da propagação de ideias – transgridem, de modo inaceitável, valores tutelados pela própria ordem constitucional.

Assim, os argumentos utilizados pela bancada evangélica pertinentes à liberdade religiosa e à “ideologia de gênero” representam uma afronta às normas constitucionais e à laicidade do Estado, tendo em vista que a criminalização da agressão à comunidade LGBTQI+ objetiva a tutela dos direitos individuais dos cidadãos brasileiros que estão, há anos, sendo mortos e violentados sem quaisquer proteção efetiva das instituições. Portanto, embora a existência da ilustre decisão do Supremo Tribunal Federal e da proposta não exitosa do Plano Nacional da Educação do ano de 2014, é de se observar que o Brasil tem de progredir ainda no debate de gênero e orientação sexual, a fim de buscar meios efetivos de tutelar a defesa integral da comunidade LGBTQI+.

### **3 ANÁLISE DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA ATRAVÉS DO ENQUADRAMENTO NO CONCEITO DE RACISMO SOCIAL**

A criminalização da homotransfobia começou a ser debatida no plenário no Supremo Tribunal Federal em 13 de fevereiro de 2019, sendo concluído em 13 de junho de 2019 (4 meses depois). Foram ouvidos os autores da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26/DF e do Mandado de Injunção (MI) 4733/DF, a Procuradoria-Geral da República (PGR), a Advocacia-Geral da União (AGU), o Senado e grupos favoráveis e contrários à criminalização da homotransfobia. Ao final do julgamento, 8 ministros votaram favoráveis à criminalização (Celso de Mello, Luis Fachin, Alexandre de Moraes, Luíz Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Carmén Lúcia e Gilmar Mendes) e 3 contrários (Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Dias Tofoli).

Buscou-se, através deste julgamento, o reconhecimento formal da Suprema Corte da existência de situação de omissão inconstitucional imputável ao Poder Legislativo, resultando

## A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO ENQUADRAMENTO PELO STF DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA ESPÉCIE DE RACISMO SOCIAL

na cientificação do Congresso Nacional, para que adote as providências necessárias à concretização das normas constitucionais transgredidas (CF, art. 5º, XLI e XLII), estabelecendo-se prazo razoável para esse fim. Contudo, em razão da mora já existente no combate à discriminação homotransfóbica, em caráter subsidiário a colmatação jurisdicional da lacuna normativa existente, foi dada interpretação conforme às disposições normativas previstas na Lei nº 7.716/89, em harmonia com o que dispõe a Constituição (CF, art. 5º, XLI e XLII), que os atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero dos integrantes da comunidade LGBT acham-se compreendidos na definição ampla de racismo.

No seu voto, o relator e Ministro Celso de Mello aponta a linha de raciocínio que o fez enquadrar a homotransfobia como racismo social, mediante provocação, nosso objeto de análise a seguir. Acerca das críticas de que a conduta do STF no julgamento se trata de ativismo judicial, onde o tribunal estaria usurpando a função do Poder Legislativo, o ministro é categórico em seu voto:

A imposição constitucional de legislar, de um lado, e a situação de omissão abusiva no adimplemento da prestação legislativa, de outro – caracterizada, esta última, diante do estado de mora do legislador, pela superação excessiva de prazo razoável –, qualificam-se, desse modo, como requisitos condicionantes da declaração de inconstitucionalidade por omissão. Isso significa, portanto, que a ação direta por omissão deve ser vista e qualificada como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do Poder Público, impedindo-se, desse modo, que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum. (DE MELLO, 2019, p. 45).

Dessa forma, é unicamente atribuído ao Poder Legislativo a obrigação de formular diplomas legislativos indispensáveis à efetivação dos mandados de incriminação a que aludem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição. Já decorridos 30 anos da promulgação da CF/88, ainda não houve a necessária intervenção concretizadora do Congresso Nacional, que se absteve, até o presente momento, de editar o ato legislativo essencial ao desenvolvimento da plena eficácia jurídica dos preceitos constitucionais a que aludem os incisos do artigo citado no tocante à punição dos atos e comportamentos resultantes de discriminação contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

Ademais, ressalta o ministro:

## A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO ENQUADRAMENTO PELO STF DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA ESPÉCIE DE RACISMO SOCIAL

Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A idéia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como ‘ultima ratio’, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade. Abre-se, com isso, a possibilidade do controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal (DE MELLO, 2019, p. 64).

O entendimento de que a homofobia e a transfobia, quaisquer que sejam as formas pelas quais se manifestem, enquadram-se, mediante interpretação conforme à Constituição, na noção conceitual de racismo prevista na Lei nº 7.716/89, portanto, resulta da mora do legislativo na regulamentação da punição de comportamentos discriminatórios e atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais do grupo vulnerável.

Tal entendimento foi o que vigorou, por exemplo, com o exercício do direito de greve por servidores públicos civis. No caso, o STF reconheceu a ausência da legislação indispensável à prática do direito de greve autorizada aos servidores civis pelo art. 37, VII, da Constituição Federal, e determinou a aplicação do diploma legislativo que regula o exercício desse mesmo direito no âmbito do setor privado, visando viabilizar, “como alternativa legítima”, a proteção judicial efetiva requerida ao Supremo Tribunal Federal referente ao direito à greve (MI 670/ES, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES – MI 708/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES – MI 712/PA, Rel. Min. EROS GRAU).

Adentrando a questão do enquadramento das práticas de homofobia e transfobia no conceito de racismo propriamente dito, previsto na Lei 7.716/89, é importante ressaltar que o constituinte originário, ao estabelecer a dignidade do ser humano como norma, o princípio da igualdade e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como objetivo fundamental da República, insculpido no art. 3º, IV, da CF, assim como, conferiu à lei a função de punir discriminação atentatória de direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, CR) dedicou-se à erradicação de práticas discriminatórias.

Portanto, condutas contrárias à liberdade de orientação sexual possuem nítido caráter discriminatório e violador da dignidade do ser humano, em patente confronto com esse conjunto de normas constitucionais. Nesse mesmo sentido, defendem ser constitucionalmente lícito o enquadramento de atos homofóbicos e transfóbicos no conceito de racismo, visando reprimir comportamentos que objetivam excluir e marginalizar um determinado grupo, os juristas Guilherme de Souza Nucci, em “Leis Penais e Processuais Penais Comentadas”, Clara Moura Maziero, em “Virada Teórico-Democrática ao Problema da Legitimidade da Jurisdição

A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO ENQUADRAMENTO PELO STF DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA ESPÉCIE DE RACISMO SOCIAL

Constitucional e o Mandado de Injunção sobre a Criminalização da Homofobia e da Transfobia” e Paulo Roberto Iotti, em “Constitucionalidade (e Dever Constitucional) da Classificação da Homofobia e Transfobia como Crimes de Racismo”.

Por conseguinte, o ministro Celso de Mello, seguindo esse entendimento - referendado por mais 7 ministros -, proferiu o seguinte em seu voto:

Entendo, por tal motivo, Senhor Presidente, que este julgamento impõe, tal como sucedeu no exame do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), que o Supremo Tribunal Federal reafirme a orientação consagrada em referido precedente histórico no sentido de que **a noção de racismo** – para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei nº 7.716/89 – **não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica**, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero. **A prática do racismo** – eliminada a construção artificial e equivocada do conceito de “raça” – **traduz a expressão do dogma da desigualdade entre os seres humanos, resultante da exploração do preconceito e da ignorância**, significando, em sua concreta expressão, a injusta denegação da essencial dignidade e do respeito mútuo que orienta as relações humanas. A identidade fundamental que evidencia a correlação entre a homofobia (e a transfobia) e o racismo torna-se ainda mais acentuada se se considerar que tanto no plano internacional (Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial) quanto na ordem positiva interna (Estatuto da Igualdade Racial) **os critérios que identificam a discriminação racial resultam da conjugação de dois fatores** presentes em ambas as situações: **a motivação** orientada pelo preconceito e **a finalidade** de submeter a vítima a situações de diferenciação quanto ao acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades tanto no domínio público quanto na esfera privada (DE MELLO, 2019, grifo nosso).

Essa relação reúne sob a mesma lógica discriminatória todas as formas de preconceito e intolerância contra o grupo social em questão, estabelecendo como critério para a sua identificação a união entre a motivação e a finalidade do ato discriminatório. Insta salientar que atualmente, no Brasil, poucas pessoas são efetivamente condenadas pela Lei de Racismo, dessa forma, cabe indagar se na prática mudar a interpretação acerca da abrangência em torno do conceito de racismo terá resultados efetivos ou, como dito na expressão popular, servirá apenas para “inglês ver”.

Contudo, critica-se não o entendimento exposto pelo ministro, mas sim a inefetividade do impacto simbólico de criminalizar a homotransfobia sem criar uma tipificação penal específica que a trate como crime. Além da impossibilidade de criar um levantamento de dados oficial que retrate a violência de cunho homotransfóbico, conforme se buscou com a Lei Maria da Penha e do Femicídio, tal entendimento parece diluir o impacto cultural

## A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO ENQUADRAMENTO PELO STF DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA ESPÉCIE DE RACISMO SOCIAL

conscientizador que, apesar de não ser função primeira da norma penal, buscou-se obter com o referido julgamento.

Assim, corroboramos a reflexão crítica sobre a homofobia de Daniel Borrillo, especialista em direito dos homossexuais, na Argentina, que enxerga nessa forma de discriminação a mesma lógica utilizada por outras formas de inferiorização, buscando desumanizar o outro, através de uma “ideologia racista, classista ou antisemita”. Logo, o preconceito motivado pela identidade de gênero e pela orientação sexual segue o mesmo raciocínio intolerante que, em momentos diferentes da História, “produziu a exclusão tanto dos escravos e dos judeus quanto dos protestantes”. Neste sentido, insta trazer também a análise do jurista Fabiano Silveira:

[...] Na verdade, **o que define** determinado agrupamento humano como **raça** não são as qualidades biológicas inatas do grupo, se é que as tem, mas a presença de um **discurso racializante que permeia as relações intergrupais**. Esse discurso é construído historicamente por quem recebe o qualificativo racial, ou por quem o manipula exteriormente (ainda que manipulação sutil e constantemente negada, como no caso brasileiro), ou por ambos. Como quer que seja, o discurso racializante não se prende às dessemelhanças físicas entre grupos contrastados, podendo, inclusive, inventá-las artificialmente. Assim, as diferenças físicas e/ou culturais entre determinados grupos não criam, elas mesmas, a ideia de raça. Podem ser capturadas, no entanto, por um discurso **cujo propósito é o de agudizar ao máximo tais diferenças e de fazer acreditar que elas existem em termos raciais – a tônica discursiva, com efeito, poderá recair ora sobre o elemento biológico, ora sobre o elemento cultural**, mas, em maior ou menor intensidade, ambos tendem a combinar-se. O discurso racializante, pois, pode proliferar-se mesmo quando inexistem claras diferenças físicas entre as parcelas cotejadas, conquanto dissimule, mediante um verniz racial, conflitos subjacentes de outra natureza. Com efeito, **o pano de fundo do conceito de raça reuniria situações conflitantes, manifestas em diferentes disputas (daí a complexidade etiológica do racismo), mormente a religiosa, a de classe ou a de culturas**. O essencial, portanto, para caracterizar o racismo (e a raça como sua ideia principal), menos do que as diferenças físicas e/ou culturais eventualmente existentes entre agrupamentos humanos, é a presença de um discurso racializante superficial, verificável do ponto de vista político-histórico e dotado de razoável repercussão social. Esse discurso, calçado no preconceito, é que grava grupos como raças, podendo ser reproduzido por falsas teorias, crenças, narrações místicas, propagandas, etc. [...] **Como elemento normativo dos crimes raciais, a partícula raça, em suma, cumpre a função de detectar os grupos aos quais se aplicam os conectores preconceito e discriminação**. Tem-se, com efeito, ‘preconceito de raça’ e ‘discriminação de raça’. Vale dizer, preconceito e discriminação que recaem sobre determinadas parcelas pelo fato de serem apontadas como racialmente inferiores (ou simplesmente como raças) (SILVEIRA, 2007, grifo nosso).

Assim, podemos observar que o STF adotou como sinônimo de racismo o conceito de opressão contra grupos minoritários. Do ponto de vista da garantia de um direito no qual o

## A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO ENQUADRAMENTO PELO STF DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA ESPÉCIE DE RACISMO SOCIAL

Congresso estava sendo omissivo em regulamentar, a proposta até parece atender uma demanda social da comunidade LGBTQI+. Contudo, com base em projetos de lei que criminalizaram o racismo e tipificaram a violência doméstica, apesar de bem intencionada, talvez seja equivocada a conduta do Supremo como meio de efetivar o direito suprimido através de comportamentos abusivos que disseminam criminosamente o exercício da intolerância.

Isto, pois a diferenciação qualitativa dos crimes homofóbicos e transfóbicos dos demais crimes decorrentes da inferiorização de um grupo minoritário buscaria adjetivar condutas que implicam em danos concretos a bens jurídicos tangíveis como a vida, a integridade física e a liberdade sexual. Portanto, mesmo aqueles que defendem que o direito penal é incapaz de solucionar o problema em questão, devem concordar que a produção de dados estatísticos acerca da conduta homofóbica, na atual conjuntura brasileira, só poderia ser verificada a partir de sua tipificação. Nesse sentido, Salo de Carvalho ressalta:

[...] a mera especificação da violência homofóbica em um *nomen juris* próprio, designado para hipóteses de condutas já criminalizadas, não produz o aumento da repressão penal, sendo compatíveis, inclusive, com as pautas político-criminais minimalistas (CAMPOS; CARVALHO, 2011).

Nesse quadro, as experiências promovidas pelas Leis 7.716/89 e 11.340/2006 constituíram exemplos que podem trazer reflexões importantes ao tema. A Lei 7.716/89 se tornou o estatuto de referência no projeto de criminalização da homofobia, pois foi a primeira legislação que criou um sistema próprio de criminalização das condutas resultantes de preconceito racial. Logo, ao mudar a interpretação acerca do conceito de racismo social, o STF agiu influenciado pela evolução histórica da legislação pátria buscando coibir a prática discriminatória contra a identidade de gênero e orientação sexual diversas do padrão heteronormativo.

Entretanto, foi a Lei Maria da Penha (11.340/2006) que produziu o menor dano possível no que tange à expansão do sistema de criminalização e proporcionou o levantamento de dados referentes à violência doméstica. Assim, conforme Salo de Carvalho, pensamos que o erro na criminalização da homofobia e da transfobia no Brasil se deu na estratégia do movimento LGBTQI+ de buscar na via judicial o enquadramento da conduta na espécie de racismo social, apesar da urgência na causa que é fruto de uma mora legislativa que deixa a população LGBTQI+ desassistida há décadas.

Acerca dos dados proporcionados pela Lei Maria da Penha, ainda, cabe ressaltar o papel que os mesmos exercem no âmbito cultural. Pesquisas evidenciam que o nível de consciência do problema da violência doméstica na sociedade brasileira ganhou densidade e

## A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO ENQUADRAMENTO PELO STF DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA ESPÉCIE DE RACISMO SOCIAL

sofisticação (IBOPE/THEMIS, 2008) depois da Lei 11.340/2006. Sobretudo na forma pela qual os meios de comunicação e de entretenimento passaram a noticiar os atos de violência contra as mulheres. Sendo, portanto, inegável o papel que a lei desempenhou, talvez ainda incipiente devido a proporção do problema na sociedade brasileira, mas estratégico para essa mudança cultural.

O Professor de Direito Penal, excepcionalmente, ainda aborda o tema pelo seguinte viés:

Penso que a pauta político-criminal do movimento LGBTs estaria adequada às premissas de um direito penal de garantias se, em primeiro lugar, as condutas identificadas como homofóbicas fossem circunscritas àquele horizonte de criminalização da violência contra pessoas concretas de carne e osso, e, em segundo, se a criminalização ficasse restrita ao plano simbólico de nomenclatura da violência, sem habilitação do poder punitivo sancionador. Nesse sentido, acredito que a via eleita pelo movimento LGBT, ao optar pela inclusão da homofobia na Lei nº 7.716/89, 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), [...] cada um desses fenômenos guarda uma complexidade própria. [...] **Segundo, porque as condutas tipificadas pela Lei nº 7.716/89, acrescidas de outras propostas no PL 122/2006, referem em sua maioria, obstaculizações ou impedimentos de acesso a oportunidades, bens, serviços ou locais, situações que, desde uma perspectiva garantista/minimalista, poderiam ser geridas de forma mais adequada fora do âmbito do direito penal, p. ex., nas esferas civil, trabalhista, consumerista ou administrativa. Em terceiro, [...] porque não nomeia como crime homofóbico as condutas violentas praticadas** contra lésbicas, gays, bissexuais, transsexuais, travestis e transgêneros motivadas por preconceito ou discriminação. A questão parece ser de fundamental análise, porque são exatamente esses dados sobre o volume de delitos violentos, impulsionado pela homofobia, que justificam empiricamente a demanda de criminalização (CARVALHO, 2017).

Entretanto, seria demasiadamente idealista acreditar que o movimento LGBTQI+ não buscaria a via criminalizadora, tendo em vista a urgência de sua demanda, mormente quando movimentos sociais análogos já trilharam esse caminho. Portanto, tratando-se o Brasil de um país culturalmente embriagado pela visão punitivista, é inegável perceber que a criminalização possui um efeito simbólico (CARVALHO, 2017). Assim, o impacto cultural positivo no sentido de desestabilizar a cultura homofóbica ainda pode ser produzido com a tipificação da conduta pela via legislativa, desde que se restrita ao plano simbólico, visando a modificação do tecido social heteronormativo e não um aumento no punitivismo estatal. Nesse sentido, poderíamos esperar algum efeito virtuoso da criminalização da homofobia, tendo em vista o papel que o direito penal ainda exerce na nossa cultura.



#### 4 A DICOTOMIA ENTRE A CRIMINALIZAÇÃO E O ABOLICIONISMO PENAL

Evidente que o debate levantado para o artigo não problematiza o tema por intermédio da perspectiva abolicionista, a qual percebe como ilegítima qualquer espécie de criminalização, todavia, considerando que a criminalização acarreta no encarceramento majoritário de jovens, sobretudo negros e pobres, importante a feitura de alguns apontamentos atinentes ao abolicionismo penal. Primeiramente, insta salientar que o abolicionismo penal não prevê a ausência do controle social, todavia objetiva a erradicação da cultura punitivista, a qual se encontra enraizada no poder de punir (Michel Foucault, 1975) utilizado em face daqueles subversivos à ordem vigente.

Ao realizarmos uma digressão histórica e social do poder de punir, torna-se evidente que as classes sociais dominantes utilizam-no em detrimento de grupos minoritários. Afinal, por intermédio do paradigma abolicionista, tem-se o conhecimento da inexistência de uma perspectiva ontológica do crime, haja vista que uma conduta torna-se criminosa por meio de processos de criminalização. Um exemplo pertinente para se trazer à baila se trata da guerra às drogas, um exemplo clássico de que uma conduta não nasce, por si só, criminosa, visto que, de acordo com Deise Helena Krantz, doutora em Ciências Criminais pela PUCRS:

O significado do que é ‘proibido’ interfere no que as instituições sociais considerarão como sendo ‘droga’ e, por conseguinte, em quais circunstâncias determinarão a imposição de uma sanção penal como resultado da utilização ou comércio de uma substância tida por si como ilegal (KRANTZ, 2002, p. 54).

Além disso, Deise afirma que o “abolicionismo defende a total e absoluta ineficácia da realização do controle social pela punição, traduzindo-se em uma proposta de superação do paradigma existente” (2002, p. 49). Nessa perspectiva, partindo da premissa de que o encarceramento como única política pública de enfrentamento a prática homotransfóbicas não surte efeitos positivos e eficazes nos casos concretos, alguns ativistas passaram a defender a superação da homofobia e de outras formas de preconceito através de vias alternativas e não por intermédio do direito penal, tendo em vista que o preconceito é produto de um problema estrutural, social, educacional e político, e que, portanto, a penalização deveria ser tratada como *ultima ratio* (último recurso).

Nesse sentido, políticas públicas afirmativas como cotas para pessoas transsexuais, debate de gênero em instituições de ensino, respeito ao uso do nome social em

## A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO ENQUADRAMENTO PELO STF DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA ESPÉCIE DE RACISMO SOCIAL

estabelecimentos públicos e privados, despatologização das identidades de gênero, entre outras ações, produzem um efeito prático de verdadeiro enfrentamento aos processos sociais que acentuam a exclusão de pessoas LGBTQI+ de espaços de poder, através da redução de desigualdades e preconceitos existentes. Ainda nesse viés, Renan Quinalha, ativista LGBTQI+ e professor de Direito da Unifesp, defende que o julgamento no STF, se decidir pela criminalização, não será exatamente uma solução para os problemas da comunidade, mas terá importância em um país marcado pela violência (O GLOBO, 2019).

Dentro dos limites propostos para o debate, compartilhamos com Nils Christie o pensamento no qual

[...] nessa situação, o que mais me toca pode ser chamado de minimalismo. Ele está próximo do abolicionismo, mas aceita que, em certos casos, a pena é inevitável. Tanto abolicionistas quanto minimalistas têm como ponto de partida atos indesejáveis, e não crimes. Ambos se perguntam como se pode lidar com tais atos. Compensar o ofendido, estabelecer uma comissão para a verdade, ajudar o ofensor a pedir perdão? O minimalismo proporciona alternativas [...] afasta a visão rígida da pena como obrigação absoluta, mas obriga a motivar a escolha pela pena ou pela impunidade' (CHRISTIE, 2011).

Portanto, analisando a atual conjuntura brasileira, o fortalecimento da frente conservadora e reacionária e a difusão que tais valores possuem, inclusive nos extratos sociais mais baixos, resultando na violência homotransfóbica de diversas maneiras, a decisão do Supremo Tribunal Federal se tornou pertinente, embora talvez tenha ocorrido de forma inadequada, à defesa da integridade física e psicológica da comunidade LGBTQI+. Contudo, é de se ressaltar que a lógica punitivista estatal recai, há décadas, sobre os setores mais vulneráveis da sociedade. Assim, atentando-se à proteção da comunidade negra e pobre, as quais são vítimas da criminalização em massa, é possível e necessário pensar em alternativas ao cárcere que não fortaleçam as relações de poder, mas também sejam capazes de proteger a vida de pessoas que têm orientação sexual ou identidade de gênero contrários ao sistema heteronormativo predominante.

### CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, buscou-se entender como depois de décadas sem uma tipificação específica que punisse a homotransfobia, o poder Judiciário brasileiro, no julgamento da ADO 26/DF e do Mandado de Injunção (MI) 4733/DF, encontrou um meio de criminalizar a conduta aventada. Assim como, procurou-se refletir sobre o efeito simbólico de

## A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO ENQUADRAMENTO PELO STF DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA ESPÉCIE DE RACISMO SOCIAL

tal decisão no enfrentamento às práticas discriminatórias que impedem a comunidade LGBTQI+ de exercer dignamente seus direitos individuais.

Concluiu-se que, ao passo que o debate acerca do abolicionismo penal é fundamental em países periféricos do capitalismo, tendo em vista que o sistema penal brasileiro é permeado pela visão da criminologia positivista e reforça desigualdades raciais e classistas, a criminalização da homotransfobia pode coexistir com um debate acerca do abolicionismo penal, sem reforçar um punitivismo estatal que precisa ser revisto. Isto, pois legislações já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, como a Lei Maria da Penha, foram paradigmas na qualificação e sofisticação do enfrentamento à opressão de gênero, trilhando um caminho possível a ser seguido através da tipificação específica da homotransfobia pelo poder legislativo, diferentemente do que foi feito pelo STF.

Nesse sentido, a demanda social pela criminalização da homotransfobia não é incompatível necessariamente com um futuro debate que revise o papel do sistema penal na nossa sociedade, debate que necessita de uma amplitude na qual abarque não só a forma na qual as penalizações são feitas hoje pelo poder judiciário como também a própria existência do sistema carcerário, assim como, se tem-se obtido o que se objetiva com ele. Logo, impedir a criação de novos tipos penais não parece o caminho mais racional a ser adotado em nome do ideal abolicionista, que ainda encontrará diversos empecilhos para ser efetivado, se vier a ser.

Portanto, através dos elementos discutidos ao longo desse trabalho, buscamos analisar e propor a forma de melhor atender a necessária demanda pela criminalização das condutas homotransfóbicas, de maneira a não reforçar o punitivismo estatal existente. Se hoje a comunidade LGBTQI+ busca a seara penal como instrumento de enfrentamento à violência que sofre, é porque, enquanto sociedade, falhamos na produção de políticas públicas efetivas que combatessem a discriminação e o discurso de ódio. Sendo assim, a criminalização parece ter sido o caminho possível de trilhar diante do momento histórico no qual nos encontramos. Contudo, não podemos deixar de pesar o papel do sistema penal na acentuação de desigualdades sociais, visando evitar criar possíveis novos problemas através da criminalização da homotransfobia.

### REFERÊNCIAS

BARIFOUSE, Rafael. *BBC News Brasil*, São Paulo, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47206924>. Acesso em: 08 maio 2020.

BORGES TEIXEIRA, Lucas. *Bancada Evangélica percebeu que temos direito de viver, diz ativista LGBT*. Uol, São Paulo, 09 de junho de 2019. Disponível em

A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO ENQUADRAMENTO PELO STF DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA ESPÉCIE DE RACISMO SOCIAL

<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/06/09/bancada-evangelica-direito-de-viverativista-lgbt.htm>. Acesso em: maio 2020.

CALCAGNO, Victor. Eficácia da criminalização da homofobia divide ativistas LGBTI. *O GLOBO*, Rio de Janeiro, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/eficacia-da-criminalizacao-da-homofobia-divide-ativistas-lgbti-23464237>. Acesso em: 08 maio 2020.

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

CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade*. Rio de Janeiro, Brasil: Graal, 1988. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2940534/mod\\_resource/content/1/História-da-Sexualidade-1-A-Vontade-de-Saber.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2940534/mod_resource/content/1/História-da-Sexualidade-1-A-Vontade-de-Saber.pdf). Acesso em: 7 abr. 2020.

KRANTZ, Deise Helena. *Abolismo do Controle Penal: Utopia da Realidade ou Realidade da Utopia*. Florianópolis, abril de 2002.

LOMBROSO, Cesare. *O Homem Criminoso*. 4. ed. Tradução de Maria Carvalho Carlota Gomes. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1983.

MOURA, Clovis. *Historia do Negro Brasileiro*. São Paulo, Brasil: Atica, 1994. Disponível em: [https://drive.google.com/file/d/0ByZ8\\_5AA1sIUZ19VeEc1OXpHOuK/view](https://drive.google.com/file/d/0ByZ8_5AA1sIUZ19VeEc1OXpHOuK/view). Acesso em: 7 abr. 2020.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, Brasil, 7 ago. 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm) Acesso em: 7 abr. 2020.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989*. Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, Brasil, 5 jan. 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm). Acesso em: 7 abr. 2020.

SENADO FEDERAL. *Criminalização da homofobia e transfobia*. Ideia Legislativa - Senado Federal, Distrito Federal, 24 de outubro de 2015. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/cidadania/visualizacaoideia?id=42705> Acesso em: 7 abr. 2020.

SENADO FEDERAL. *Ideia Legislativa propõe criminalização da homofobia e recebe mais de 50 mil apoios*. Senado Federal, Distrito Federal, 28 de junho de 2017. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/06/28/ideia-legislativa-propoe-criminalizacao-da-homofobia-e-recebe-mais-de-50-mil-apoios> Acesso em: 7 abr. 2020.

SENADO NOTÍCIAS, Distrito Federal, 07 de janeiro de 2015. *Projeto que criminaliza homofobia será arquivado*. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/01/07/projeto-que-criminaliza-homofobia-sera-arquivado>. Acesso em: 20 abr. 2020.

A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO ENQUADRAMENTO PELO STF DE PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA ESPÉCIE DE RACISMO SOCIAL

SENADO FEDERAL. *Sugestão nº 05/2016*. Distrito Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125495>> Acesso em: 03 maio 2020.

SEMIS, Laís. Os termos "Gênero" e "orientação sexual" têm saído dos documentos sobre Educação no Brasil. Por que isso é ruim?. In: *Nova Escola*, São Paulo, 11 de abril de 2017. Disponível em <https://novaescola.org.br/conteudo/4900/os-terminos-genero-e-orientacao-sexual-tem-sido-retirados-dos-documentos-oficiais-sobre-educacao-no-brasil-por-que-isso-e-ruim>. Acesso em: 20 abr. 2020.

SOUZA, Viviane; ARCOVERDE, Leonardo. *Brasil registra uma morte por homofobia a cada 23 horas, aponta entidade LGBT*. G1, São Paulo, 17 de maio de 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/05/17/brasil-registra-uma-morte-por-homofobia-a-cada-23-horas-aponta-entidade-lgbt.ghtml>. Acesso em: 20 abr 2020.

STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ADO 26/Distrito Federal*. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ 20/02/2019. JotaInfo, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2019/02/a39f528bfc2a27aa9ad6ad7cad69c2b.pdf> Acesso em: 03 maio 2020.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade*. Brasil: Editora Pessotto, 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Argentina: Editora Revan, 1991. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/Monsouzas2/01-zaffaroni-eugenio-em-busca-das-penas-perdidas-completopdfpdf-compressor2003911>. Acesso em: 7 abr. 2020.