



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
FACULDADE DE DIREITO  
VINÍCIUS OLIVEIRA PINTO MANOEL**

**DIREITO PENAL SIMBÓLICO E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA  
PELO STF NO BRASIL: análise dos efeitos concretos da decisão a partir de dados  
de mortes violentas contra a população LGBTQIA+**

**SÃO CRISTÓVÃO/SE  
2021**

VINÍCIUS OLIVEIRA PINTO MANOEL

**Direito penal simbólico e a criminalização da homotransfobia pelo STF no Brasil: análise dos efeitos concretos da decisão a partir de dados de mortes violentas contra a população LGBTQIA+**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Universidade Federal de Sergipe como pré-requisito para obtenção de graduação em Direito.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Daniela Carvalho Almeida da Costa.

SÃO CRISTÓVÃO/SE  
2021

## FICHA CATALOGRÁFICA

**Direito penal simbólico e a criminalização da homotransfobia pelo STF no Brasil: análise dos efeitos concretos da decisão a partir de dados de mortes violentas contra a população LGBTQIA+**

**VINÍCIUS OLIVEIRA PINTO MANOEL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Universidade Federal de Sergipe como pré-requisito para obtenção de graduação em Direito.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Daniela Carvalho Almeida da Costa.

São Cristóvão, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2021

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Dr<sup>ª</sup>. Daniela Carvalho Almeida da Costa**  
**(Orientadora)**

---

**Prof. Dr<sup>ª</sup>. Andréa Depieri de Albuquerque Reginato**  
**(Examinadora)**

---

**Prof. Me. Rubens Lira Barros Pacheco**  
**(Examinador)**

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais Gilvan e Rita, por sempre terem apoiado e estimulado o meu desenvolvimento pessoal e profissional, não só através de suporte material, mas também de suporte emocional, especialmente nas pequenas ações e carinhos diários.

À minha irmã Márcia, fonte de inspiração pessoal, acadêmica e profissional, por ter se feito disponível a me ajudar nessa e noutras jornadas.

A Dylan, meu companheiro há anos, que esteve ao meu lado diariamente durante a árdua produção de cada página deste trabalho.

À minha orientadora, Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup>. Daniela, por toda a orientação e suporte dado na concretização dessa pesquisa que, há tempos, pareceu ser uma tarefa impossível. A senhora foi a responsável pelo meu amor e interesse por cada matéria relacionada ao Direito Penal desde a primeira aula que tive o prazer de assistir, sempre indo para além da dogmática e nos alertando contra os absurdos do sistema penal que, infelizmente, ainda está vigente.

À Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Andréa, responsável por iniciar e encerrar o meu ciclo na universidade. Durante todo o primeiro ano do curso, introduziu os elementos iniciais do Direito através de vieses zetéticos que estimularam o pensamento crítico em todos nós. Fechando o círculo, já no final da graduação, teve a árdua tarefa de auxiliar inúmeros alunos ansiosos na criação de nossos projetos de TCC, sempre pedindo que tivéssemos calma pois aquela seria a parte mais difícil da jornada. E de fato foi.

Ao Me. Rubens, por, ainda mestrando, impactar positivamente todos que tiveram o prazer de ser seu aluno, ao valorizar a nossa voz e nos estimular a ser o nosso melhor sempre. Em somente um período, conseguiu se tornar um dos melhores professores de toda a graduação. Obrigado pela sensibilidade e confiança. Espero que continue nesse caminho pois, sem dúvidas, é o seu dom.

A todos os meus amigos da UFS, especialmente o Pintomóvel, com quem compartilhei todas as alegrias e chateações, tanto da graduação como da vida pessoal, durante todos os cinco anos. Me entristece lembrar que o nosso último ano na UFS teve que ser à distância, pois sinto muita falta do nosso convívio diário e, principalmente, das nossas saídas ao Rosa Elze para tomar açaí nos horários vagos.

A todos os meus outros amigos que, apesar de não compartilharem a graduação comigo, me apoiaram durante todo esse período de amadurecimento, sempre insistindo que acreditavam no meu potencial, quando até eu mesmo duvidava.

À UFS, que foi meu segundo lar – havia dias em que eu passava mais tempo lá do que em minha própria casa – durante toda graduação, por sempre ser um lugar de pluralidade, liberdade e, sobretudo, resistência.

Finalmente, a todos que de qualquer forma me ajudaram a crescer durante o curso, o meu mais sincero obrigado.

*“Eu estou no caminho certo,  
Eu nasci para sobreviver;  
Eu estou no caminho certo,  
Eu nasci para ser corajoso.”*

(Lady Gaga)

## RESUMO

Em junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme à Constituição Federal para enquadrar os crimes motivados por discriminação por orientação sexual e identidade de gênero à Lei de Racismo (Lei nº 7.716/89). Em virtude da intensa movimentação social da comunidade LGBTQIA+ e aliados clamando pela criminalização da homotransfobia às vésperas da decisão da Corte Suprema, a presente pesquisa se propõe a responder o seguinte problema da pesquisa: “é possível afirmar que a criminalização da homotransfobia pelo STF esgotou-se na função simbólica do Direito Penal, diante dos dados de mortes violentas de indivíduos LGBT+ no Brasil colhidos pelo Grupo Gay da Bahia (GGB) entre 2018 e 2020?”. Para atingir este objetivo, foi feito um estudo bibliográfico acerca das funções preventivo-gerais da pena, da racionalidade penal moderna e dos diferentes entendimentos de José Luis Díez Ripollés, Alessandro Baratta e Winfried Hassemer a respeito do fenômeno conhecido por Direito Penal Simbólico. Em seguida, estudou-se a argumentação responsável por embasar a decisão da Suprema Corte e os dados de mortes violentas contra a população LGBT+ obtidos pelo Grupo Gay da Bahia entre os anos de 2018 e 2020. Após, realizou-se uma análise crítica de todas as informações apresentadas durante a pesquisa, a fim de responder o problema da pesquisa de forma contextualizada e adequada. Em decorrência disso, notou-se que para os três teóricos a criminalização da homotransfobia pelo STF foi representação do Direito Penal Simbólico, sendo que, para Ripollés seria legítimo, *a priori*, porém recairia suspeita de ilegitimidade após análise aprofundada do caso em concreto, enquanto para Hassemer e Baratta a sua mera configuração já demonstraria uso ilegítimo da intervenção penal. Por fim, a pesquisa conclui que a decisão do STF não foi apta a gerar uma maior proteção do bem jurídico tutelado, tendo ela se esgotado na função simbólica do Direito Penal e sendo reflexo da crise no modelo de Direito Penal Liberal.

**Palavras-chave:** Homotransfobia; Criminalização; Direito Penal Simbólico; Prevenção; Pena.

## ABSTRACT

In June 2019, the Federal Supreme Court (STF) gave interpretation according to the Federal Constitution in order to apply the Racism Law (Law n° 7.716/89) to the crimes motivated by sexual orientation and gender identity discrimination. In light of the intense social movement by the LGBTQIA+ community and allies demanding the homotransphobia's criminalization on the eve of the Supreme Court's decision, the present paper aims to answer the following research problem: "has the homotransphobia's criminalization by the STF limited itself to the symbolic function of the Criminal Law, considering the data of LGBT+ individual's violent deaths in Brazil obtained by the Bahia's Gay Group (GGB) between the years of 2018 and 2020?". To achieve this objective, a bibliographical study was made about the general preventive functions of the criminal penalty, the modern criminal rationality and the different understandings of José Luis Díez Ripollés, Alessandro Baratta and Winfried Hassemer regarding the phenomenon known as Symbolic Criminal Law. Then, the study continued to analyze the argumentation that led to the Supreme Court's decision and the data collected by the Bahia's Gay Group of the violent deaths against the LGBT+ population between the years of 2018 and 2020. After, a critical analysis of all the information presented during the work is presented to answer the research problem in a contextualized and adequate manner. In light of this, we noticed that in the perspectives of the three researchers, the STF's decision was a representation of the Symbolic Criminal Law, being that, for Ripollés it would be legitimate, at first, however the analysis of the case could indicate an illegitimate approach, while for Hassemer and Baratta it's mere acknowledgement would demonstrate an illegitimate use of the criminal intervention. At last, the research concluded that the STF's decision wasn't able to create a better protection of the protected legal interest, serving only the symbolic function of the Criminal Law and being a reflection of the Liberal Criminal Law system's crisis.

**Key-words:** Homotransphobia; Criminalization; Symbolic Criminal Law; Prevention; Criminal Penalty.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 AS TEORIAS DA PREVENÇÃO GERAL COMO LEGITIMADORAS DA PENA ..</b>	<b>13</b>
<b>2.1 As teorias da prevenção como legitimadoras da pena .....</b>	<b>13</b>
2.1.1 A prevenção geral negativa.....	14
2.1.2 A prevenção geral positiva .....	15
<b>2.2 Críticas às teorias da prevenção geral inseridas no contexto da     racionalidade penal moderna .....</b>	<b>19</b>
<b>3 O DIREITO PENAL SIMBÓLICO.....</b>	<b>24</b>
<b>3.1 O Direito Penal Simbólico conforme José Luis Díez Ripollés .....</b>	<b>24</b>
<b>3.2 O Direito Penal Simbólico conforme Winfried Hassemer .....</b>	<b>28</b>
<b>3.3 O Direito Penal Simbólico conforme Alessandro Baratta .....</b>	<b>32</b>
<b>4 A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA PELO STF .....</b>	<b>38</b>
<b>4.1 #CRIMINALIZASTF: contexto político-social à época .....</b>	<b>38</b>
<b>4.2 Breve síntese das demandas constitucionais .....</b>	<b>40</b>
<b>4.3 Breve exposição dos fundamentos do voto do Relator na ADO N° 26 .....</b>	<b>43</b>
<b>5 A VIOLÊNCIA LETAL CONTRA A POPULAÇÃO LGBT+ A PARTIR DE DADOS APURADOS ENTRE OS ANOS DE 2018 A 2020.....</b>	<b>48</b>
<b>5.1 A metodologia empregada pelo Grupo Gay da Bahia (GGB).....</b>	<b>49</b>
<b>5.2 A violência letal contra a população LGBT+ em 2018 .....</b>	<b>50</b>
<b>5.3 A violência letal contra a população LGBT+ em 2019 .....</b>	<b>50</b>
<b>5.4 A violência letal contra a população LGBT+ em 2020 .....</b>	<b>51</b>
<b>6 ANÁLISE CONJUNTA DA DECISÃO DO STF E DOS ÍNDICES DE MORTES VIOLENTAS CONTRA A POPULAÇÃO LGBT+ À LUZ DO DIREITO PENAL SIMBÓLICO .....</b>	<b>54</b>
<b>7 CONCLUSÃO .....</b>	<b>65</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>68</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Pelo 12º ano consecutivo, o Brasil é o país que mais mata travestis e transexuais no mundo<sup>1</sup>. Não fosse suficiente, também é a nação que mais assassina a população LGBTQ+<sup>2</sup>, abarcando mais da metade das vítimas dessa minoria no mundo (WAREHAM, 2020, *apud* MOTT; OLIVEIRA, 2020, p. 13).

Dados alarmantes como esses revelam a necessidade de discussão da violência sofrida pela comunidade LGBTQIA+ – que por ser dissonante do padrão heteronormativo está sujeita a uma maior vulnerabilidade social, física e emocional – e das respostas estatais que visam sanar a problemática.

Numa tentativa de atrair a atenção estatal para a problemática e obter meios de efetivamente coibi-la, a movimentação política da comunidade LGBTQIA+ foi responsável pela propositura de duas ações junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) em 2013 visando a criminalização da LGBTQIA+fobia, baseando-se na obrigação constitucional do Estado de proporcionar uma proteção eficiente às minorias sociais.

Finalmente, em meio a intensas manifestações político-sociais nacionais e internacionais que exigiam a procedência dos pedidos, as demandas foram julgadas pela Suprema Corte em junho de 2019. Em julgamento polêmico<sup>3</sup> o Tribunal decidiu por criminalizar a homotransfobia e a ela aplicar a legislação pertinente ao racismo, também estipulando que ela configuraria motivo “torpe” capaz de qualificar o crime de homicídio doloso, se tornando um marco histórico na trajetória da comunidade LGBTQIA+ brasileira.

Diante desse cenário, essa pesquisa propõe analisar criticamente a decisão da Corte Suprema, através de estudo bibliográfico e análise de dados, a partir do problema de pesquisa: “é possível afirmar que a criminalização da homotransfobia

---

<sup>1</sup> Disponível em: <<https://exame.com/brasil/pelo-12o-ano-consecutivo-brasil-e-pais-que-mais-mata-transexuais-no-mundo/>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

<sup>2</sup> Durante toda a pesquisa, referir-se-á à comunidade através da sigla LGBTQIA+, englobando expressamente os indivíduos *queers*, intersexuais e assexuais. Todavia, na análise dos dados do Grupo Gay da Bahia (GGB) valer-se-á da sigla LGBTQ+, visto que a instituição optou por utilizá-la em virtude da dificuldade metodológica de se verificar em concreto a violência contra os *queers*, intersexuais, assexuais e as demais letras (MOTT; OLIVEIRA, 2020, p. 47).

<sup>3</sup> A polêmica se deu porque parte da comunidade jurídica entendeu que o STF não poderia ter enquadrado a homotransfobia no preceito do racismo, tendo realizado *analogia in malam partem* (prejudicial ao réu) e violado princípios como o da reserva legal e a separação dos poderes.

pelo STF esgotou-se na função simbólica do Direito Penal, diante dos dados de mortes violentas de indivíduos LGBT+ no Brasil colhidos pelo Grupo Gay da Bahia (GGB) entre 2018 e 2020?”.

A partir do questionamento posto, objetiva-se verificar se a criminalização da homotransfobia e a sua fixação como qualificadora do crime de homicídio doloso foram aptas a gerar maior proteção do bem jurídico tutelado, qual seja a incolumidade física e emocional dos indivíduos LGBTQIA+, exigida pelo movimento político-social da minoria.

O trabalho ainda se propõe a responder os subproblemas de pesquisa “a criminalização pelo STF visou primordialmente à proteção do bem jurídico tutelado?”; “é possível vislumbrar o efeito concreto pretendido pelos aspectos preventivos gerais da criminalização, tanto o negativo como o positivo?” e “é possível enxergar pontos positivos na criminalização meramente simbólica?”.

A relevância do tema está na verificação de se a decisão do Tribunal Supremo é capaz de impactar positivamente na segurança da população LGBTQIA+, como era o intuito do movimento político na propositura das ações.

Para tanto, o estudo valeu-se da pesquisa bibliográfica acerca das funções preventivo-gerais da pena e da função simbólica do Direito Penal, além da análise dos fundamentos da decisão da Corte Suprema e dos dados de mortes violentas da população LGBT+ colhidos pelo GGB entre os anos de 2018 e 2020.

O referencial teórico em relação às teorias preventivo-gerais da pena foi estipulado através dos expoentes de cada vertente das teorias apresentadas, após a verificação de suas relevâncias individuais em outras fontes bibliográficas. Quanto ao Direito Penal Simbólico em si, selecionaram-se teóricos que apresentassem diferentes visões acerca do mesmo instituto, de maneira a subsidiar uma análise mais aprofundada, completa e menos enviesada da decisão do STF.

No referencial prático, por sua vez, optou-se por utilizar os dados de mortes violentas no Brasil reunidos pelo GGB visto que a organização não governamental (ONG) é referência nacional na compilação e análise de informações de violência contra a população LGBT+ desde a década de 1980. Inclusive, a instituição desempenhou importante papel durante a tramitação das ações na Suprema Corte

visto que, além de seus relatórios terem subsidiado a decisão, também participou ativamente no processo na condição de *amicus curiae*<sup>4</sup>.

O primeiro capítulo tratará, inicialmente, das funções preventivo-gerais da pena, nas quais são expostas de maneira breve as dimensões negativa e positiva, ressaltando seus pontos principais e críticas realizadas por outros teóricos. Após essa conceituação necessária, realizar-se-á crítica específica às teorias da pena em razão de estarem inseridas dentro da racionalidade penal moderna, consoante Álvaro Penna Pires.

No segundo capítulo, analisar-se-á o fenômeno compreendido por Direito Penal Simbólico nas diferentes visões de José Luis Díez Ripollés, Alessandro Baratta e Winfried Hassemer.

O terceiro capítulo destacará o clima político-social que cercou o julgamento da criminalização da homotransfobia pelo STF e exporá os fatos e fundamentos que foram determinantes na decisão da Suprema Corte, de maneira a possibilitar posterior compreensão de seus aspectos preventivo-gerais.

No quarto capítulo, apresentar-se-á os dados de violência letal contra a população LGBT+ a partir de dados colhidos pelo GGB entre os anos de 2018 e 2020, de forma a permitir a análise das funções simbólicas da decisão da Corte Suprema, no viés de Winfried Hassemer a respeito do Direito Penal orientado à consequência.

Finalmente, o quinto capítulo será a culminação da concreção dos objetivos desta pesquisa, no qual serão analisados conjuntamente todos os aspectos apresentados isoladamente nos capítulos anteriores.

---

<sup>4</sup> Pode ser livremente traduzido como “amigo da corte”, um instituto jurídico democrático que permite que entidades especialistas em determinado tema auxiliem e forneçam subsídios ao Juízo para que este possua mais substrato ao decidir questões relevantes e de alto impacto (NOVO, 2018).

## **2 AS TEORIAS DA PREVENÇÃO GERAL COMO LEGITIMADORAS DA PENA**

Neste capítulo, primeiramente, tratar-se-á das características das teorias de prevenção geral da pena, negativas e positivas, visto que são imprescindíveis à análise do fenômeno compreendido como Direito Penal Simbólico.

As formas da prevenção especial da pena não serão detalhadas, em razão da natureza desta pesquisa requerer concisão e não desvio do tópico, visto que as funções simbólicas da pena são compreendidas como às que são direcionadas à sociedade em geral, ao contrário das especiais, que focam no delinquente.

Dentre as teorias preventivo-gerais da pena, destacar-se-á a positiva, uma vez que se observou ser a mais ligada ao Direito Penal Simbólico, como será demonstrado no capítulo 3.

Em seguida, apresentar-se-ão críticas às teorias da pena e à lógica punitivista atual do Direito Penal à luz da racionalidade penal moderna, denunciada por Álvaro Penna Pires, a fim de enrobustecer o arcabouço teórico da pesquisa para a posterior análise da decisão do Supremo Tribunal Federal.

### **2.1 As teorias da prevenção como legitimadoras da pena**

Ao contrário das teorias absolutas ou retributivas, as relativas ou preventivas da pena não visariam impor ao delinquente uma punição simplesmente por ter delinquido, pois isso configuraria um fim em si mesmo, mas para que ele não delinqua novamente. Dessa forma, também são chamadas de teorias utilitaristas da pena (BITENCOURT, 2016, p. 142; SANCHÉZ, 1992, p. 211).

Apesar de a teoria preventiva da pena considerar a pena um mal necessário, assim como as teorias retributivas, ela não seria um mero instrumento de realização de justiça, mas sim de efetivamente proteger os bens jurídicos tutelados através da inibição de realização de comportamentos delituosos (BITENCOURT, 2016, p. 142).

Nesse passo, a finalidade preventiva da pena se dividiria, inicialmente, quanto ao destinatário da prevenção, sendo a prevenção geral destinada ao coletivo social e a prevenção especial ao próprio delinquente. Posteriormente, dividir-se-ia em positivas ou negativas, de acordo com a função da natureza das prestações da pena (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 56).

À luz disso, Ferrajoli (1995, p. 263) vislumbra quatro espécies de teorias preventivas: prevenção geral negativa; prevenção geral positiva; prevenção especial negativa; e prevenção especial positiva.

As teorias da prevenção geral não visariam atingir o delinquente em si, mas o restante da comunidade, e dividir-se-iam nas prevenções gerais negativa ou intimidatória – objetivaria convencer a comunidade a não delinquir mediante a ameaça da pena ou a sua efetiva imposição – e positiva – pretenderia reforçar a confiança dos cidadãos à ordem social a que integram (BITENCOURT, 2016, p. 143).

### 2.1.1 A prevenção geral negativa

Cronologicamente anterior à geral positiva, a prevenção geral negativa ou intimidatória também pode ser encarada como a “teoria da coação psicológica”, como foi imaginada por um de seus notórios expoentes, Feuerbach (MIR PUIG, 1986, p. 50-51).

Conforme Roxin (1997, p. 89-90) e Bitencourt (2016, p. 144), Feuerbach defende que o Direito Penal seria instrumento idôneo ao controle da criminalidade tanto através da ameaça da pena – que pressupõe o conhecimento da norma pelo cidadão, mediante a cominação penal – como da efetiva aplicação da pena, de forma a demonstrar a disposição do Estado a cumprir a ameaça prometida.

Segundo essa teoria, a qual Roxin (1997, p. 89-90) apelidou de “teoria da ameaça penal”, a pena seria um meio de coação psicológica cujo fim seria fazer com que a comunidade se abstinhasse do cometimento de delitos, orgulhando-se de não apenas retribuir e punir o infrator, mas também de prevenir a atividade delituosa.

Além da intimidação, a prevenção geral negativa aproveitar-se-ia da noção iluminista de livre-arbítrio do indivíduo e pressuporia a sua livre capacidade racional, segundo a qual o cidadão, antes da realização de qualquer conduta delituosa, perceberia não valer a pena realizá-la diante da certa iminência do castigo (SÁNCHEZ, 1992, p. 212-214).

Nesse sentido, a ameaça da pena serviria como contra motivação para o indivíduo no tocante à prática de atividade delituosa (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 57).

Essa teoria é fortemente criticada sob inúmeros fundamentos, sendo um deles a impossibilidade empírica de se verificar o “suposto poder atuar racional do homem”.

De mais a mais, desconsideraria elementos psicológicos do delinquente que poderiam obstar o potencial preventivo negativo da norma, tal como a sua crença em não ser descoberto, de onde surgiriam os criminosos habituais, profissionais ou os “impulsivos ocasionais” (BITENCOURT, 2016, p. 145).

Por conseguinte, conforme Roxin (2004, p. 24) “cada crime constitui, aliás, pela sua mera existência, uma prova contra a eficácia da prevenção geral”.

Outra crítica realizada a essa teoria utilitarista, dessa vez por Sauer (1956, *apud* BITENCOURT, 2016, p. 145), seria a de que, na tentativa de intimidação coletiva, surgiria uma imposição sobre legisladores e magistrados de cada vez mais endurecer a pena, podendo extrapolar a culpabilidade do delinquente (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 59). Bitencourt (2016, p. 145-146) complementa ao entender que nunca foi possível constatar empiricamente que o agravamento das penas repercutiria na diminuição da criminalidade.

De mesmo modo, Roxin (2004, p. 25) e Ferrajoli (2002, p. 224-226) entendem que a prevenção geral negativa não seria suficiente para fundamentar o poder punitivo, visto que não conseguiria definir com precisão o escopo do punível nem determinar os limites necessários para as consequências que dela resultariam.

### 2.1.2 A prevenção geral positiva

Ao contrário das anteriores, a teoria da prevenção geral positiva não visaria transformar o delinquente nem intimidar a coletividade, mas sim utilizar a pena com uma finalidade pedagógica de reafirmação e fortalecimento do sistema jurídico e social, reforçando a consciência social da norma (MIR PIUG, 1986, p. 51).

Segundo Roxin (1997, p. 91-92), essa teoria relativa da pena possuiria três finalidades e efeitos distintos, porém interligados:

[...] o **efeito de aprendizagem**, social pedagogicamente motivado; o ‘exercício da confiança no Direito’ que se origina na população por causa da justiça penal; o **efeito de confiança** que surge quando o cidadão vê que o Direito é aplicado; e, finalmente, o **efeito de pacificação**, que se produz quando a consciência jurídica geral se tranquiliza, em virtude da sanção, sobre a violação da lei e considera encerrado o conflito com o autor. Principalmente quanto ao efeito da pacificação, mencionado por último, se refere frequentemente à justificação das reações jurídico-penais com o termo ‘prevenção-integradora’ (tradução e grifo nossos).

Diante do desenvolvimento dessas ideias, subdividiu-se a teoria da prevenção geral positiva em duas dimensões: a fundamentadora, ampliadora da intervenção do Direito Penal e a limitadora, que frearia o *jus puniendi* estatal (MIR PUIG, 1986, p. 51).

#### 2.1.2.1 A prevenção geral positiva fundamentadora

Essa vertente da prevenção geral positiva enxerga na pena a função de reafirmar a fidelidade e a confiança da comunidade no Direito, que se transformaria, portanto, no alicerce de todo o sistema penal (MIR PUIG, 1986, p. 51-52).

Conforme Mir Puig (1986, p. 52), Hans Welzel<sup>5</sup> concebe que garantir a vigência real dos valores do ordenamento jurídico seria mais importante que a tutela concreta dos bens jurídicos particulares, visto que esta cumpriria apenas uma função preventiva negativa.

Nesse sentido, a verdadeira missão do Direito Penal possuiria natureza ético-social positiva e, através da pena, expressaria a validade e vigência permanente dos valores do ordenamento jurídico, de maneira a reafirmar e fortalecer a moralidade e a confiança perante o Direito (MIR PUIG, 1986, p. 52).

Destarte, antes de preocupar-se e limitar-se a condutas danosas ou potencialmente ofensivas aos bens jurídicos particulares tutelados, o Direito Penal deveria estimular a consciência ético-social do cidadão e fortalecer a sua percepção interna da ordem jurídica (MIR PUIG, 1986, p. 52).

Em um viés mais moderno, Günther Jakobs entende que caberia ao Direito Penal, através da pena, a função orientadora das normas jurídicas, não lhe sendo imputada a proteção de bens jurídicos, uma vez que aquela não seria capaz de reparar estes. Dessa forma, as normas penais orientariam os indivíduos quanto à conduta socialmente adequada, de maneira a sedimentar e institucionalizar as experiências sociais (JAKOBS, 2000, p. 38-41).

Assim, a pena objetivaria reforçar a confiança da sociedade na norma e em sua função orientadora visto que, mesmo quando infringida, a norma continuaria a integrar o ordenamento jurídico e permaneceria vigente. Em outras palavras, sedimentaria que

---

<sup>5</sup> Apesar de Hans Welzel não compreender a sua teoria como preventiva geral, mas uma “retribuição justa”, a doutrina enxerga suas ideias como pioneiras da teoria de prevenção geral positiva fundamentadora da pena (MIR PUIG, 1986, p. 52).

a delinquência do cidadão não impediria a manutenção da norma no sistema (JAKOBS, 2005, p. 154-156).

Nesse sentido, diz Bitencourt (2016, p. 150) que “enquanto o delito é negativo, na medida em que infringe a norma, fraudando expectativas, a pena, por sua vez, é positiva na medida em que afirma a vigência da norma ao negar sua infração”.

Destarte, Jakobs nega a função preventiva geral negativa da pena, afirmando que essa objetivaria somente exercitar a confiança da coletividade na norma, a fidelidade ao Direito e a aceitação das consequências decorrentes de sua infração (JAKOBS, 2000, p. 38-41).

Na visão crítica de Mir Puig (1986, p. 54-57), a teoria encampada por Jakobs permitiria que a pena fosse aplicada, sob a justificativa da função de orientação do Direito Penal, ainda que a proteção dos bens jurídicos fosse desnecessária, questionando-se por que não se buscaria uma alternativa à intimidação que ainda assim fosse capaz de promover a confiança no ordenamento jurídico.

Baratta (1985), similarmente, indagava-se por qual motivo não seriam buscados meios menos gravosos, porém equivalentes à concretização da prevenção geral positiva fundamentadora, afirmando que a tese de Jakobs seria conservadora e que apenas reforçaria o movimento de expansão e agravamento da resposta penal diante de problemas sociais.

A teoria de Jakobs ainda ampliaria a intervenção penal do Estado pois retiraria os limites materiais que o poder punitivo deveria respeitar ao esvaziar os tipos penais e interpretá-los unicamente em função orientadora das normas, qualquer que fosse ela (MIR PUIG, 1986, p. 54).

Por fim, Zaffaroni, Alagia e Slokar (2002, p. 61) criticam que o único bem jurídico de fato protegido seria o sistema vigente, visto que se entenderia por delito não aquilo que violasse e ferisse direitos, mas qualquer conduta capaz de atingir a confiança no sistema, ainda que não afetasse o direito de ninguém.

#### *2.1.2.2 A prevenção geral positiva limitadora*

Ao contrário da fundamentadora, a prevenção geral positiva limitadora defende que a prevenção geral deveria preocupar-se em limitar o poder punitivo estatal num Estado Social e Democrático de Direito (MIR PUIG, 1986, p. 54-58).

Nesse sentido, o Direito Penal seria considerado apenas outro meio de controle social, sendo, contudo, formalizado e, portanto, limitado por princípios e garantias do Estado Democrático de Direito, de maneira que a comprovação da culpabilidade do delinquente para a imposição de pena não poderia ser dispensada ou diminuída em prol de seu caráter preventivo (SÁNCHEZ, 2006, p. 122-126).

Em outras palavras, a partir da formalização do Direito Penal, haveria a limitação da intervenção penal diante dos direitos titularizados pelo cidadão, que seria aplicado de forma prudente e restritiva, de modo que, mais do que mediante o enrijecimento das penas, ele fortaleceria a confiança da população na administração da Justiça (MIR PUIG, 1986, p. 55).

Conforme Sánchez (1992, p. 412-418), a culpabilidade do delinquente em relação ao fato passado seria indispensável à determinação da pena, que deveria levar em conta o desvalor do ilegal praticado e as circunstâncias do autor, em atenção aos princípios de proporcionalidade, igualdade e humanidade.

Similarmente, Roxin (1981, p. 102) concebe que a prevenção geral compensadora ou socialmente integradora (como a nomeava) se daria através da manutenção da ordem jurídica e da reafirmação da confiança no Direito através do respeito ao limite da culpabilidade.

Destarte, a pena submeter-se-ia aos pressupostos e limitações próprios do Direito Penal reconhecidos democraticamente pela sociedade – como os princípios da intervenção mínima, subsidiariedade, fragmentariedade, proporcionalidade, ressocialização, culpabilidade, entre outros – e apenas poderia ser imposta após procedimento dotado de todas as garantias jurídico-constitucionais conferidas ao delinquente, limitando consideravelmente o poder do Estado punitivo (BITENCOURT, 2016, p. 160-161).

Dessa forma, Hassemer (1982, p. 137, *apud* MIR PUIG, 1986, p. 55), entende que a função da pena, no sentido da prevenção geral positiva limitadora

não se opera mediante intimidação, senão persegue a proteção efetiva da consciência social da norma. Ela supõe duas coisas: por um lado, **que a pena deve estar limitada pela proporcionalidade**, pela retribuição de um feito; por outro lado, que a mesma deve supor uma **intenção de ressocialização do delinquente**, entendida como uma ajuda que deve ser prestada na medida do possível (tradução e grifo nossos).

Em razão disso, Bitencourt (2016, p. 161) concebe que essa vertente da prevenção geral positiva conseguiria legitimar satisfatoriamente o instituto da pena ao razoavelmente responder o porquê de se castigar, alinhado aos ideais de um Estado Democrático de Direito, de modo que

a finalidade de proteção de bens jurídicos, que legitima as normas penais, vê-se integrada como substrato valorativo da finalidade de prevenção da pena, evitando que esta possa ser desvirtuada, pelo menos no plano teórico. Sob essa perspectiva é possível oferecer não só garantias ao indivíduo, mas, ao mesmo tempo, um grau razoável de estabilidade ao sistema normativo.

Jakobs (1998, p. 33), porém, critica-a, pois não acredita ser possível unir a retribuição e a prevenção em uma só teoria, visto que a retribuição baseada na culpabilidade deslegitimaria o viés preventivo da norma.

Baratta (1985), por sua vez, novamente indaga por qual motivo não seriam buscados meios menos gravosos – para além do Direito Penal – porém equivalentes à concretização da prevenção geral positiva limitadora.

## **2.2 Críticas às teorias da prevenção geral inseridas no contexto da racionalidade penal moderna**

Apesar de se notar uma evolução no desenvolvimento das finalidades e funções das teorias que justificam a intervenção penal, saindo de aspectos negativos meramente retributivos para alguns não tão negativos na prevenção geral positiva, observa-se que todas elas ainda tentam esconder as falhas da racionalidade penal moderna e legitimá-la.

A racionalidade penal moderna, denunciada por Álvaro Penna Pires, se refere a um sistema de pensamento imbuído na sociedade ligado à justiça penal, oriundo da segunda metade do século XVIII, no qual se naturaliza a estrutura normativa punitiva determinada pelo sistema penal, que retira o poder de resolução de conflito das partes e o insere sob monopólio do Estado<sup>6</sup>, representando um obstáculo à inovação do sistema penal (PIRES, 2004, p. 40-43).

---

<sup>6</sup> Conforme Costa e Machado Júnior (2017, p. 66-69), a racionalidade penal moderna enfoca o crime como mera violação da lei, concedendo o papel de vítima central ao Estado, que afasta do conflito as partes mais ligadas a ele, havendo, portanto, uma verticalização das relações.

De acordo com Costa e Machado Júnior (2017, p. 70), a assunção pelo Estado do poder de resolução de conflitos na seara criminal visou a concretização e consolidação de um projeto de poder, “como instrumento para estruturar um modelo piramidal de dominação que simbolicamente representasse a superação da barbárie a partir do alijamento das partes do conflito”.

Nesse sentido, manteve-se o pensamento medieval de que a violação de uma norma de comportamento deveria ser imediatamente acompanhada pela imposição de uma pena aflitiva – normalmente o cárcere – pelo Estado, de maneira a comunicar à sociedade a reprovação de tal ação, gerando a falsa “impressão de que a norma de comportamento e a pena aflitiva formam um todo inseparável” (PIRES, 2004, p. 41).

Em outras palavras, esse sistema de pensamento justifica a punição como uma obrigação decorrente da violação de uma norma de comportamento (PIRES, 2004, p. 44).

Segundo Pires (2001, p. 71), somente após superarmos a racionalidade penal moderna seríamos capazes de sair de um “Direito Penal do inimigo”, conforme descrito por Günther Jakobs, para um “Direito Penal do cidadão”, no qual seria garantido o respeito à dignidade do cidadão dentro de um Estado de Direitos, ainda que ele tivesse praticado um ato ilícito.

Nesse sentido, Pires (2001, p. 72) enxerga as teorias da pena – inclusive as da prevenção geral, seja ela negativa ou positiva – como um empecilho epistemológico e cultural ao desenvolvimento de uma racionalidade penal mais humana e direcionada a um “Direito Penal do cidadão”, visto que adotam comportamentos negativos numa falha tentativa de proteger os bens jurídicos.

Esses comportamentos negativos podem ser vistos tanto sob a perspectiva de proteção da sociedade, da vítima ou até da moral contra o delinquente, como também de proteger este face a intervenção penal (PIRES, 2001, p. 73).

Sob a visão de proteção da sociedade, as teorias da pena<sup>7</sup> visam legitimar comportamentos institucionais punitivos e autoritários do Estado, e, sob a perspectiva de proteger o delinquente face o Estado, surge o “garantismo jurídico”, notadamente em sua dimensão negativa (PIRES, 2001, p. 75).

---

<sup>7</sup> As teorias da pena são descritas por Costa e Machado Júnior (2017, p. 68-71) como um véu que encobre a falência do sistema que sustenta/é sustentado pela racionalidade penal moderna, variando somente acerca da delimitação de em quais circunstâncias a pena poderia ser imposta.

Essas garantias jurídicas negativas, apesar de visarem limitar o avanço da intervenção penal do Estado numa perspectiva de intervenção mínima e subsidiária do direito penal, enxergado por elas como *ultima ratio*, ainda existem dentro da lógica punitivista característica da racionalidade penal moderna, sendo utilizadas como instrumento de legitimação do viés punitivo das teorias da pena, inclusive as de prevenção geral, sejam elas negativas ou positivas (PIRES, 2001, p. 76).

Esse fenômeno pode ser observado até na prevenção geral positiva<sup>8</sup> limitadora, que se vangloria na manutenção da ordem jurídica e da reafirmação da confiança no Direito através do respeito a garantias jurídicas negativas, especialmente ao limite da culpabilidade, porém ainda torna certa e inquestionável a aplicação das penas aflitivas, notadamente do cárcere.

Nas palavras de Pires (2001, p. 79, tradução e grifo nossos),

[...] as teorias da pena não colidem diretamente com o sistema de pensamento das garantias jurídicas negativas. Muito pelo contrário, essas teorias aceitam o sistema de garantias (sempre que não queiram introduzir alternativas positivas). Desse modo, essas teorias traçam a linha de defesa das garantias e se instalam comodamente no interior de seu sistema de pensamento, permanecendo elas mesmas como garantias puramente negativas e abstratas: quer dizer, como **garantias que não vislumbram outras alternativas senão a automática reação essencialmente punitiva.**

Para que o garantismo jurídico possa criar alternativas à tradição punitivista da racionalidade penal moderna, deve ser encarado numa dimensão positiva de ação – diferente da negativa que exige uma abstenção –, na qual se buscariam formas alternativas de solução de conflitos<sup>9</sup> – sem excluir as partes direta da solução do conflito, como a vítima e o cometedor do crime –, reduzir as infrações penais, desjudicializar os conflitos, recorrer a outras sanções previstas no ordenamento

---

<sup>8</sup> Para Pires (2004, p. 43), o termo “positivo”, empregado pelas teorias da pena inseridas no contexto da racionalidade penal moderna, seria enganoso, visto que apenas substitui a finalidade negativa de dissuasão ou retribuição da pena por uma positiva de reforçar a confiança dos cidadãos no sistema enquanto se vale de meios estritamente negativos, como as penas aflitivas.

<sup>9</sup> A Justiça Restaurativa é vista como uma possível alternativa ao viés punitivo do Estado, sendo um modelo consensual apoiado no viés da criminologia crítica e em propostas abolicionistas, visando humanizar o sistema penal “ao devolver o conflito às partes e à comunidade, sem, contudo, abrir mão das salvaguardas e garantias constitucionais, numa proposta de uma nova racionalidade que transcenda a vivência do crime como castigo e punição” (COSTA; MACHADO JÚNIOR, 2017, p. 88-89).

jurídico antes da aplicação das penas aflitivas, dentre outras hipóteses (PIRES, 2001, p. 76).

Dessa forma, as garantias jurídicas negativas ainda não são suficientes para afastar o totalitarismo, arbitrariedade e seletividade política na intervenção penal estatal ou até mascarar o seu fracasso, razão pela qual o garantismo jurídico positivo, mais complexo e diversificado na maneira de resolução de conflitos, poderia abandonar as visões negativas punitivistas, ultrapassar a racionalidade penal moderna e construir um Direito Penal novo, moderado e complexo, mais próximo do “Direito Penal do cidadão” (PIRES, 2001, p. 78).

Todavia, esse progresso não é possível na atual concepção hostil e negativa da proteção dos bens jurídicos, cuja dependência exacerbada da ideia de punição afasta cada vez mais o sistema penal vigente do almejado “Direito Penal do cidadão” (PIRES, 2001, p. 79).

Isto pois Pires (2001, p. 81) compreende que o mal acarretado pelo crime não deve ser combatido com o mal advindo da intervenção penal com vistas a atingir algum ideal de justiça, pensamento este comum a todas as teorias da pena inseridas na racionalidade penal moderna.

Da mesma forma, não é a mera presença da pena que torna o Direito Penal incompatível com os ideais da cidadania, mas sim o descarte de qualquer outro método de resolução de conflitos mais abertos às partes e menos aflitiva à dignidade do infrator (PIRES, 2001, p. 81).

Isso uma vez que, nas teorias da pena inseridas na racionalidade penal moderna – como estão as preventivo-gerais negativas e positivas –, a pena sempre é responsável pela ocorrência de um mal concreto e imediato, apenas com diferentes retóricas para justificar a produção de um suposto bem mediato e abstrato, impossível de se verificar empiricamente (PIRES, 2001, p. 82).

Conforme Pires (2001, p. 84, tradução e grifo nossos), **“em todas essas voltas filosóficas, algumas mais lindas que outras, surge a mesma ideia: ‘fique tranquilo: a pena produz sofrimento somente para produzir a felicidade ou a justiça’”**, quando se deve responder ao comportamento socialmente danoso através de uma expressão concreta, imediata e positiva de valores na mesma medida dos que querem ser protegidos após serem violados.

Afetados pela lógica decorrente dessa racionalidade penal moderna, Pires (2004, p. 46) aponta que movimentos sociais identificados como progressistas, a

exemplo dos que defendem e exigem a proteção dos direitos das minorias, caem na armadilha cognitiva desse sistema de pensamento ao demandarem a criminalização de comportamentos ou a imposição de penas aflitivas mais severas, em razão de princípios inseridos na estrutura punitivista, como o da igualdade e vedação à proteção penal insuficiente.

Dessa forma, não há distinção prática entre os grupos políticos de esquerda e direita em se tratando de matéria penal, visto que, normalmente, ambos aceitam o *status quo* vigente reforçado pelas teorias da pena (PIRES, 2004, p. 46).

Inclusive, Pires (2004, p. 46) aponta a existência de um paradoxo nas pautas progressistas de certos movimentos sociais que, ao advogarem por seus interesses, exigem uma grave violação dos direitos humanos do infrator, mediante a aplicação de pena aflitiva, para a defesa dos direitos humanos que lhes interessam, característica da aplicação negativa do Direito Penal.

Ademais, a racionalidade penal moderna ainda está sendo fortalecida atualmente pelo impacto da mídia e pela valorização da opinião do público pelos Poderes Legislativo e Judiciário nas matérias de direito penal, fenômeno que Pires (2004, p. 48-59) apelida de “juridicização da opinião pública e do público pelo sistema penal”, de maneira a estimular a normalização de “direitos ao anti-bem-estar dos outros em matéria penal”, a exemplo da majoração do tempo máximo de penas aflitivas.

Nesse sentido, refletindo sobre como “humanizar” o Direito Penal, Pires (2004, p. 58-59) sugere privilegiar a criação de normas de comportamento cujo descumprimento não desdobre na inflição de sofrimento; a despenalização de comportamentos – retirar a pena aflitiva ainda que a norma de comportamento subsista –; a redução de penas, extinção de penas mínimas, melhoria de condições para a população em situação de cárcere; aumentar as garantias jurídicas – notadamente as positivas – e, dentre outras medidas, a criação de novas maneiras humanas de resolução de conflito que retirem o monopólio agressivo do Estado.

### 3 O DIREITO PENAL SIMBÓLICO

Nesse capítulo, adentrar-se-á na análise do Direito Penal Simbólico sob a diferente ótica de três pesquisadores das ciências criminais, com o objetivo de possibilitar posterior análise mais contextualizada acerca de eventual simbolismo na decisão do Supremo Tribunal Federal

Optou-se por analisar o pensamento desses três pesquisadores na área criminal uma vez que, apesar de todos reconhecerem a presença de função ou finalidade simbólica no Direito Penal, eles a percebem e significam de maneiras diversas, seja numa perspectiva inserida na racionalidade penal moderna, ou noutra de viés crítico ao *status quo* vigente.

#### 3.1 O Direito Penal Simbólico conforme José Luis Díez Ripollés

Segundo Ripollés (2004, p. 40), o Direito Penal Simbólico seria tradicionalmente descrito como aquele cujas funções simbólicas sobressaem-se às instrumentais.

Nesse sentido, os efeitos instrumentais estariam vinculados à necessidade de proteção dos bens jurídicos penalmente tutelados, possuindo capacidade de modificar a realidade social e prevenir a realização de comportamentos, enquanto os efeitos simbólicos se destinariam a produzir representações mentais na sociedade a fim de influenciá-la através da transmissão de conteúdos valorativos (RIPOLLÉS, 2004, p. 27).

Através dessa conceituação tradicional, a função simbólica do Direito Penal não serviria, primariamente, para a proteção dos bens jurídicos tutelados nem acarretaria modificações comportamentais aptas a alterar a realidade social.

Enquanto essa constatação, para alguns, já seria o suficiente para deslegitimá-la por inteiro<sup>10</sup>, outros, como Ripollés, adotam uma posição intermediária e vislumbram no efeito simbólico um caráter secundário da intervenção penal, correlata às funções preventivo-gerais da pena<sup>11</sup> (RIPOLLÉS, 2004, p. 28).

---

<sup>10</sup> É o caso de Baratta (1991, p. 52-55) e Sánchez (1992, p. 306-307).

<sup>11</sup> Nesse sentido, Hassemer (1991).

Ripollés (2004, p. 28-41), por sua vez, defende que o Direito Penal Simbólico seria uma superação da mera função utilitária conferida à intervenção penal, argumentando que os efeitos simbólicos não deveriam ser categorizados como meros efeitos secundários da intervenção penal, mas ser encarados como imprescindíveis à proteção dos bens jurídicos tutelados diante da prevenção através da mudança comportamental provocada pela norma, afirmando que a expressão “simbólica” havia sido imbuída de conotação pejorativa, razão pela qual sugere a substituição da terminologia envolvida.

Dessa forma, passa a chamar os efeitos instrumentais clássicos de materiais e os simbólicos de expressivo-integradores, visto que estes envolveriam a criação de emoções e sentimentos na consciência individual e de representações valorativas na mente (RIPOLLÉS, 2004, p. 28-29).

Nesse entendimento, Ripollés (2004, p. 29) argumenta que os efeitos instrumentais clássicos (batizados por ele de materiais) não possuiriam monopólio na prevenção de comportamentos delinquentes, e defende que os efeitos instrumentais, na verdade, seriam os que demonstrariam utilidade face a prevenção de comportamentos perigosos ou lesivos aos bens jurídicos tutelados, englobando, portanto, tanto os efeitos materiais como os expressivo-integradores. Diz ele:

[...] para mim parece que os efeitos expressivos-integradores constituem um dos pilares fundamentais da utilização legítima da pena, já que constituem o núcleo da prevenção intimidadora, individual e coletiva, além de ter também o papel fundamental nas teorias preventivas que buscam reforçar determinadas socializações ou confirmar a vigência dos conteúdos básicos da ordem social entre os cidadãos.

Ou seja, o autor entende que os efeitos simbólicos da pena não ocupariam apenas um papel secundário na proteção dos bens juridicamente tutelados, mas que efetivamente exerceriam a função de protegê-los através da prevenção de comportamentos, seja através da intimidação de possíveis delinquentes (prevenção geral negativa) ou de reforço da ordem social vigente (prevenção geral positiva).

Partindo desse pressuposto, defende que a discussão acerca do Direito Penal Simbólico não deveria se referir à existência ou não de coerência quanto aos efeitos pretendidos na elaboração da norma e aos efetivamente alcançados, mas se a

produção dos efeitos sócio-pessoais<sup>12</sup> seria legítima ou não (RIPOLLÉS, 2004, p. 40-41).

De acordo com Ripollés (2004, p. 36-37), esses efeitos sócio-pessoais possuiriam nítido caráter expressivo-integrador, visando tanto intimidar os delinquentes à não comissão de crimes (não sendo essa característica exclusiva dos efeitos instrumentais clássicos, chamados por ele de materiais) como reforçar a validade das normas de determinada sociedade, razão pela qual seriam, *a priori*, legítimos.

Nesse sentido, o Direito Penal Simbólico perpassaria os limites utilitários da sanção penal conferidos à intervenção penal, podendo ser considerado ilegítimo não pela natureza dos efeitos expressivo-integradores, mas pelo descompasso entre eles e a política criminal fundamentadora da pena (RIPOLLÉS, 2004, p. 41). Aduz o autor:

Desse modo, poderemos discordar a respeito de quando uma intervenção penal merece ser qualificada como simbólica, mas em qualquer caso a discussão não deve abandonar o plano utilitário, isto é, deve girar sobre quando o emprego da sanção penal descansa de forma relevante sobre efeitos sócio-pessoais desnecessários a partir do princípio teleológico legitimador da sanção penal. Secundária é a perda da coerência entre o querido ou previsto e o realmente buscado ou obtido, e a outro lugar pertence a questão de se os efeitos sócio-pessoais implicados se tornam inacessíveis a partir do ponto de vista dos demais princípios, não utilitários, legitimadores da pena, como o da proporcionalidade e o da humanidade das penas (RIPOLLÉS, 2004, p. 42).

Isto é, o Direito Penal Simbólico seria ilegítimo a partir do momento em que seus efeitos sócio-pessoais expressivo-integradores fossem desnecessários à tutela do bem jurídico protegido através da prevenção de comportamentos delitivos, deixando para segundo plano a discussão de se o resultado obtido é compatível com o desejado.

A partir daí, o autor estabelece critérios de identificação de usos ilegítimos da função simbólica do Direito Penal. Para tanto, seria ilegítima ao analisá-la em função: do objetivo satisfeito, quando o efeito fundamentador da reação penal não atenderia à prevenção de comportamentos delitivos; das pessoas principalmente afetadas, quando a intervenção penal não recairia sobre os delinquentes reais ou potenciais

---

<sup>12</sup> Conforme Ripollés (2004, p. 33-34), seriam efeitos sócio-pessoais legítimos da pena a reabilitação do delinquente, ressocialização do delinquente, intimidação do delinquente, intimidação de possíveis delinquentes, socialização de possíveis delinquentes e a confirmação da ordem social básica vigente em cidadãos com capacidade delitiva.

próximos, e sim ampliaria a sua influência de responsabilidade aos delinquentes potenciais distantes ou a cidadãos que eventualmente poderiam delinquir; e do conteúdo dos efeitos sociais produzidos<sup>13</sup>, quando os efeitos da intervenção penal fossem além da necessidade de controle social necessário pelo sistema penal, ignorando-se o princípio da subsidiariedade (RIPOLLÉS, 2004, p. 42-47).

Seriam ilegítimas também as intervenções penais simbólicas que de fato prevenissem comportamentos delitivos, porém a bens jurídicos menos significativos ou as que “produzem conteúdo desnecessário para garantir o controle social penal” (RIPOLLÉS, 2004, p. 47).

Dessa forma, conclui que a ilegitimidade do Direito Penal Simbólico consistiria no “**uso patológico dos efeitos expressivo-integradores da sanção penal**” (RIPOLLÉS, 2004, p. 47, grifo nosso).

Isto porque, conforme o autor, seria impossível ignorar a importância e eficácia dos efeitos expressivo-integradores na repressão criminal visto que visariam proteger os bens jurídicos tutelados através de prevenção de comportamentos, sendo improdutivo defender que o controle social apenas poderia se dar através dos efeitos materiais (instrumentais clássicos) e da intimidação como único efeito expressivo-integrador possível.

Portanto, acredita ser necessário a criação de critérios puramente utilitários para diferenciar os efeitos expressivo-integradores de outros, tendo em vista que a legislação penal deveria visar precipuamente proteger os interesses jurídicos tutelados através da prevenção de comportamentos que os lesem e não apenas para “reforçar o consenso social em geral” (RIPOLLÉS, 2004, p. 48). Nesse sentido:

**Especialmente suspeitas e necessitadas de verificação serão aquelas intervenções penais que acreditam ou aumentam de um modo patente a imagem positiva do legislador ou do resto dos operadores penais, ou as que sejam posteriores a campanhas midiáticas ou de grupos de pressão realizadas pouco tempo antes sobre o objeto da intervenção penal**, ou que causem a impressão de que perseguem objetivos diferentes dos declarados.  
[...] Sujeitas a controle especial deverão ser, portanto, aquelas intervenções penais que priorizem as atuações penais ante outras atuações sociais, no momento de solucionar o problema, que sejam especialmente ambiciosas em seus objetivos ou no seu âmbito de

---

<sup>13</sup> RIPOLLÉS (2004, p. 45-46) destaca como exemplos na fase de cominação penal as leis: ativistas, que visam criar na sociedade uma sensação de confiança na resolução de problemas; apaziguadoras, com a função de acalmar as emoções da sociedade; e promotoras, que objetivam alterar a conduta social diante de algum problema social.

aplicação, ou que **ignorem, de forma patente, as exigências de correção técnica.**

[...] **Será emprestada vigilância singular às intervenções imediatas para eventos que têm suscitado grande inquietude social, as que se ocupem de assuntos imersos num intenso debate na sociedade, ou as que supõem um incremento súbito do nível punitivo a respeito de certas condutas** (RIPOLLÉS, 2004, p. 48-49, grifo nosso).

Em outras palavras, entende o autor que os efeitos expressivo-integradores não poderiam assumir uma função unicamente de prevenção geral positiva, devendo estar conjugados à de prevenção geral negativa, sendo imperioso que recaísse análise mais incisiva sobre a atuação legislativa criminalizadora posteriores a campanhas midiáticas e a pressões populares.

Isto pois Ripollés (2004, p. 25) percebe uma forte conexão entre o Direito Penal Simbólico e os meios de comunicação, visto que, no papel de agentes do controle social, proporcionariam um significativo espaço de discussão pública sobre assuntos sociais relevantes. Todavia, alerta para o fato de que, por tais debates não serem, normalmente, mediados por especialistas, haveria o risco de generalizarem certos pontos de vistas e atitudes.

Em outros termos, considera que conquanto haja lados positivos da midiática das discussões sociais, haveria também efeitos indesejáveis, numa perspectiva político-criminal, tais como o grave risco de distorção, por interesses mercadológicos, das condições reais da questão, dissimulando ou desconsiderando dados relevantes e ao identificar regras morais de comportamento ao previsto no Direito (RIPOLLÉS, 2004, p. 25-26).

Dessa forma, encara negativamente o fenômeno de que os dilemas sociais estariam sendo deslocados para análise no âmbito jurídico, principalmente no jurídico-penal, de maneira que o Poder Público, especialmente o Legislativo, visando atender os anseios da opinião pública, atenderia as demandas populares e as fomentaria através da criação de normas sem maiores considerações teóricas (RIPOLLÉS, 2004, p. 26).

### **3.2 O Direito Penal Simbólico conforme Winfried Hassemer**

Para Hassemer (1991), o Direito Penal Simbólico seria um conceito complexo que dependeria da verificação de inúmeros fatores para a sua configuração.

Primeiramente, considera imperioso analisar os efeitos reais das leis criminais, visando identificar se haveria discrepância entre a realidade e a aparência, os efeitos manifestos e latentes, a intenção verdadeira e a de fato aplicada, enxergando o “simbólico” como sinônimo de engano (HASSEMER, 1991, p. 22).

Dessa forma, a expressão “Direito Penal Simbólico” somente seria adequada ao se considerar o Direito Penal direcionado à consequência, notadamente à existência de diferença entre os efeitos manifestos e latentes (HASSEMER, 1991, p. 23).

Para tanto, não seria adequado basear-se nas intenções do legislador, visto que nem sempre estariam explícitas e, mesmo quando sim, poderiam estar encobertas por motivos políticos, razão pela qual dever-se-ia analisar a previsibilidade e os efeitos da lei (ao contrário de expectativas e intenções do Poder Legislativo) através de condições objetivas prévias de previsibilidade de seus efeitos. Destarte, estudar-se-ia as funções, não os fins (HASSEMER, 1991, p. 23).

De mais a mais, para que o Direito Penal Simbólico pudesse ser configurado e encarado negativamente, também deveria estar presente o elemento do engano, de maneira que não seria suficiente apenas apontar discrepâncias entre as funções manifestas e latentes do Direito Penal<sup>14</sup> (HASSEMER, 1991, p. 24).

O engano seria a discrepância entre aparência e realidade, a falsa aparência de efetividade e instrumentalidade, não através das intenções legiferantes, mas através de uma característica objetiva da norma, levando em consideração que a lei simbólica seria assim configurada através de critérios comparativos (HASSEMER, 1991, p. 24).

O conceito de simbolismo do Direito Penal, por sua vez, seria necessariamente comparativo, visto que toda lei penal possui o seu grau de simbolismo, não sendo possível definir as leis como simbólicas ou não, mas sim se são mais ou menos simbólicas que outras (HASSEMER, 1991, p. 23).

Dessa forma, acaso fosse censurada qualquer finalidade simbólica em leis criminais, invalidar-se-ia todo o sistema penal moderno, razão pela qual a designação de “Direito Penal Simbólico” deveria se restringir apenas às normas em que a

---

<sup>14</sup> Hassemer (1991, p. 24) entende que a discrepância entre as funções manifestas e latentes seria um traço do Direito Penal moderno.

proporção entre as funções instrumentais e simbólicas revelasse estar desequilibrada (HASSEMER, 1991, p. 23-24).

Ou seja, o Direito Penal Simbólico, enxergado criticamente, seria o Direito Penal em que as funções latentes se sobressaíssem às manifestas, concretizando objetivos alheios aos descritos na própria norma através do engano.

As funções manifestas seriam as condições objetivas de realização da norma, visando promover a proteção dos bens jurídicos nela previstos, cuja previsibilidade de aplicação da norma seria medida através da quantidade e qualidade dos meios de realização de sua função instrumental (HASSEMER, 1991, p. 24).

As latentes, por outro lado, possuiriam múltiplos objetivos, desde a necessidade de atuar do Estado à tranquilização da população na demonstração de um Estado forte e presente (HASSEMER, 1991, p. 24).

Dessa forma, o predomínio de funções latentes caracterizaria o engano ou a falsa aparência, ao notar-se que os fins declarados na regulação da norma seriam objetivamente distintos do que realmente a ela eram esperados (HASSEMER, 1991, p. 24-25).

Como dito anteriormente, Hassemer (1991, p. 25) entende que a compreensão do Direito Penal Simbólico somente se daria numa perspectiva do Direito Penal voltado às consequências, quando poderia se vislumbrar o contraste entre as funções manifestas e latentes.

Nesse sentido, o Direito Penal Simbólico seria um grave sintoma dessa perspectiva do Direito Penal, tendo em vista que esta lida com um desafio maior para a sua legitimação posto que, ao contrário do Direito Penal voltado ao interior (estritamente positivo, deve apenas cumprir os requisitos legais de validade), o orientado às consequências deve, além de ser estritamente legal, ser eficaz, de maneira a justificar a sua função preventiva, seja ela qual for (HASSEMER, 1991, p. 25).

Essa função preventiva do Direito Penal iria além do mero evitar ou minimizar determinado comportamento (prevenção negativa), visto que também visaria reforçar valores culturais e morais que simbolizassem certo estilo de vida ratificado e incentivado pelo Estado (prevenção positiva) (HASSEMER, 1991, p. 18).

É a luz disso que Hassemer (1991, p. 19-20) compreende que o simbolismo do Direito Penal seria um conceito necessariamente comparativo, posto que todas as leis

penais estariam, em maior ou menor grau, vinculadas aos efeitos simbólicos supramencionados.

O autor prossegue, afirmando que, no Direito Penal moderno, a defesa do ordenamento jurídico seria abordada por todas as finalidades preventivas da pena, especialmente a geral positiva, que iria além de um mero adestramento ou modificação de comportamento (HASSEMER, 1991, p. 21).

Ao realizar uma intervenção simbólica sobre todos os seus destinatários [o delinquente condenado nos casos de ressocialização (prevenção especial positiva) e todos os cidadãos (prevenção geral positiva)], a prevenção geral positiva estaria imbuída da função de inserir na mente da população uma visão do Direito Penal que ressaltasse sua invulnerabilidade, igualdade e a liberdade, de maneira a conseguir a aceitação do povo (HASSEMER, 1991, p. 21).

Segundo Hassemer (1991, p. 21), quanto mais exigente (ressocialização, intimidação, reafirmação da ordem jurídica) e extensos fossem os fins preventivos da pena, mais nítida restaria a faceta simbólica: transmitir, através da função instrumental do Direito Penal, a ideia de fidelidade ao direito.

Dessa forma, não se trataria apenas da aplicação instrumental do Direito Penal e da justiça penal, senão de objetivos preventivo-gerais e especiais, como transmitir ao delinquente o sentimento de responsabilidade, resguardar a consciência moral coletiva, manter a moral ético-social e confirmar a observância do Direito e das leis (HASSEMER, 1991, p. 22).

Destarte, o Direito Penal Simbólico seria fruto de uma política criminal moderna indicativa de crise no modelo de Direito Penal liberal – lastreado nos princípios da necessidade, intervenção mínima, subsidiariedade, fragmentariedade, dentre outros –, numa tentativa de cumprir com as crescentes e difusas expectativas preventivas sobre o Direito Penal (HASSEMER, 1991, p. 29).

Assim sendo, o Direito Penal Simbólico demonstraria o enfraquecimento da perspectiva liberal do Direito Penal, levando-se em conta a teoria de proteção dos bens jurídicos<sup>15</sup>, visto que “a ganância preventiva que leva consigo não produz

---

<sup>15</sup> Segundo essa teoria, o Direito Penal somente cumpriria sua função preventiva ao efetivamente proteger os bens jurídicos a qual estivesse incumbido de zelar e o legislador deveria punir apenas os comportamentos que ameaçassem algum bem jurídico, devendo este ser o mais determinado possível (HASSEMER, 1991, p. 26).

respeito à proteção dos bens jurídicos senão respeito à imagem do legislador como ‘empresário moral’” (HASSEMER, 1991, p. 30, tradução nossa).

Dessa forma, a partir do engano entre as funções manifestas e latentes, a capacidade real do Direito Penal de proteger os bens jurídicos por ele tutelados sequer seria levada em consideração (HASSEMER, 1991, p. 30).

Descreve, portanto, a legislação e execução penais como fanfarronas, afirmando que o movimento do Direito Penal moderno face o dilema da prevenção seria equivocado, visto que o Direito Penal Simbólico, ao ceder as suas funções manifestas face as latentes, acaba por infirmar a principiologia de um Direito Penal liberal, minando, ao fim, a confiança do povo na administração da justiça (HASSEMER, 1991, p. 30)

Em virtude disso, defende que, nessa época em que as teorias preventivas e a necessidade social global predominam, o Direito Penal deveria retomar o seu viés tradicional de apenas perseguir as ações concretas de lesão aos bens jurídicos (HASSEMER, 1991, p. 30).

### 3.3 O Direito Penal Simbólico conforme Alessandro Baratta

Ao contrário de Ripollés (2004), Baratta (1985; 1991; 1994) enxerga a função simbólica do Direito Penal como um mero desdobramento ou uma extensão da teoria da prevenção geral positiva, não percebendo nela uma intenção direta na defesa dos bens jurídicos penalmente tutelados. Nesse sentido, diz ele:

**A teoria da prevenção geral positiva é, portanto, uma teoria da função simbólica do direito penal**, no sentido de que as funções indicadas se relacionam diretamente com a expressão dos valores assumidos pelo ordenamento e com a afirmação da validade das normas, **confirmação esta simbólica e não empírica, por ser independente da quantidade de infrações e da sua redução**. Assim sendo, **a defesa dos bens jurídicos não pode ser considerada, segundo a teoria da prevenção-integração, como uma função principal das normas penais** (BARATTA, 1994, p. 21, grifo nosso)

Dessa forma, o “público-alvo” da prevenção geral positiva não seria nem os delinquentes atuais nem os em potencial, mas os que seguiriam a lei de livre e espontânea vontade. Nesse sentido, a função simbólica não visaria prevenir a delinquência, mas reforçar a validade das normas de determinado ordenamento

jurídico, objetivando “**restabelecer a ‘confiança institucional’ no ordenamento, quebrada pela percepção de desvio**” (BARATTA, 1994, p. 21, grifo nosso).

Em outras palavras, para o autor, a função simbólica não serviria para a proteção real dos bens jurídicos tutelados, mas apenas como uma resposta à exigência de pena e de segurança exigida pelo “público”, e não necessariamente os cidadãos, diante da espetacularização da política (BARATTA, 1994, p. 22).

Na visão da “política como espetáculo”, a prática legiferante na esfera penal não visaria alterar a realidade, mas apenas mudar sua percepção pelos espectadores, ignorando-se a vontade política real dos cidadãos em prol da satisfação da opinião pública (BARATTA, 1994, p. 22).

Ou seja, a criação de uma falsa sensação de segurança e de confiança no ordenamento jurídico e nas instituições fragilizadas objetivaria apenas mascarar a verdadeira carência na tutela dos bens jurídicos. Dessa forma, as normas permaneceriam sendo violadas, havendo uma alta cifra obscura da delinquência, enquanto as instituições de controle penal ainda se ocupariam com “tarefas instrumentais de realização impossível” (BARATTA, 1994, p. 22).

Nesse viés, Baratta (1994, p. 22-23) entende que o Direito Penal estaria declarando, falsamente, cumprir funções instrumentais, ao perseguir, na verdade, funções simbólicas<sup>16</sup>. Destarte, a falta de equilíbrio entre as funções instrumentais e simbólicas (cuja possibilidade é questionada pelo autor) tornaria as normas penais cada vez mais afastadas da natureza real dos conflitos e suas problemáticas.

Isto porque Baratta acredita estarmos diante de uma crise irreversível da legitimação instrumental dos sistemas punitivos. Segundo ele, a prevenção especial positiva (ressocialização do infrator) já estaria cientificamente refutada e a geral negativa (convencer potenciais infratores a não delinquir) seria tese impossível de ser empiricamente verificada, em virtude de sua natureza dispersa (BARATTA, 1994, p. 17-18).

Destarte, a prevenção especial negativa (neutralização ou intimidação específica do infrator) seria a última sustentação de resistência do Direito Penal instrumental nos Estados Unidos da América e, apesar de não ser prontamente refutável como as retromencionadas, é por ele considerada incompatível com o

---

<sup>16</sup> Hassemer (1991) também aponta essa contradição.

princípio da dignidade da pessoa humana, que valoriza e privilegia o homem sobre o sistema criminal (BARATTA, 1994, p. 18-19).

Apesar de considerar o último pilar de sustentação de resistência do Direito Penal instrumental, aponta várias vulnerabilidades na prevenção especial negativa, sendo a principal a dificuldade de se observar a efetiva proteção dos bens jurídicos tutelados (BARATTA, 1994, p. 19).

Ademais, sua análise conjuga a baixa efetividade na proteção dos bens juridicamente tutelados à alta seletividade do sistema punitivo, não somente na execução da norma penal, mas também quanto ao processo de criminalização de condutas e o perfil social de seus autores (camadas mais pobres e estigmatizadas da sociedade)<sup>17</sup>, concluindo que haveria o predomínio carcerário de infrações menos socialmente danosas, a exemplo de crimes contra o patrimônio, o que o faz questionar se a intervenção da justiça criminal seria significativa, levando-se em conta os “custos sociais produzidos por sua intervenção” (BARATTA, 1994, p. 19-20).

Destarte, à prevenção especial negativa caberia justificar-se constante e convincentemente em virtude das graves violações ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista a reificação da pessoa humana (BARATTA, 1994, p. 20-21).

Diante desse sinal de fraqueza da função instrumental do Direito Penal, fortalecer-se-ia a função simbólica da pena, “na qual **o controle do delito, a proteção dos bens jurídicos e a defesa social não são a finalidade principal da pena**” (BARATTA, 1994, p. 20-21, grifo nosso).

No estudo das teorias de proteção do bem jurídico, Baratta (1991, p. 37-39) aponta uma distinção tradicional entre as funções do Direito Penal à tutela do bem jurídico: uma intra-sistemática, inerente ao Direito Penal positivo, e outra extra-sistemática.

Aquela se referiria a uma interpretação teleológica diante da construção normativa do ordenamento jurídico, onde haveria responsabilidade penal apenas quando se verificasse antijuridicidade formal (previsão legal) e material (o bem jurídico foi posto em perigo), enquanto esta observaria a valorização dos bens jurídicos protegidos e analisaria questões de política criminal, de maneira que poderia se

---

<sup>17</sup> Zaffaroni, Alagia e Slokar (2002, p. 58) apresentam pensamento similar.

separar a antijuridicidade formal da material; ou seja, poderia tutelar bens não merecedores e vice-versa (BARATTA, 1991, p. 37).

Partindo de um ponto de vista epistemológico, enxerga essa distinção como problemática, tendo em vista não serem absolutamente independentes e gerarem uma circularidade da argumentação, visto que os interesses e valores extra-positivos seriam definidos dentro da lógica do discurso punitivista, sendo este responsável por segregar a sociedade entre uma minoria desviada de uma maioria de valores e interesses homogêneos, excluindo conflitos estruturais entre grupos (BARATTA, 1991, p. 39).

De mesmo modo, o conteúdo dogmático do Direito Penal (intra-sistemático) seria idealizado e legitimado através da vinculação de princípios e valorações de políticas criminais (extra-sistemáticos), que possuiriam em comum com o discurso punitivista a visão consensual e homogênea da sociedade e a visão parcial acerca dos conflitos (BARATTA, 1991, p. 40).

Destarte, de nada nada adiantaria discutir e defender a teoria instrumental do Direito Penal na dimensão quantitativa (conter a expansão do sistema punitivo) sem tratar da dimensão qualitativa, ou seja, sobre o conceito da função instrumental do Direito Penal por si só, verificando o que o legitima (BARATTA, 1991, p. 40).

Dessa forma, para definir quais os bens ou interesses dignos de proteção penal, sob pena de incorrer numa interpretação enviesada, seria necessário deixar de lado a visão do penalista, de maneira a levar em conta que a negatividade social<sup>18</sup> e os sistemas de controle seriam objetos de uma construção social e institucional que refletiria a dinâmica dos conflitos, a transformação do poder de definir os indivíduos envolvidos e a relação de poder entre eles (BARATTA, 1991, p. 41).

Conforme o autor, a problemática se daria quando os juristas, sem relevarem outras ciências sociais, tentariam valorar quais problemas ou conflitos seriam capazes de ser tutelados pela função instrumental do sistema criminal, ao invés de se questionarem se os instrumentos institucionais (ou outros a serem possivelmente criados) estariam aptos a encarar determinados problemas ou conflitos (BARATTA, 1991, p. 41).

---

<sup>18</sup> Inseto na sua teoria crítica ao sistema penal, considera socialmente negativos os comportamentos que vão de encontro às necessidades e interesses relevantes da sociedade, baseando-se em critérios de valoração válidos (BARATTA, 1994, p. 8; 2002).

Nesse sentido, a pretensão de ressaltar que apenas os bens e interesses jurídicos mais importantes seriam tutelados pelo Direito Penal incorreria novamente na circularidade da argumentação entre os aspectos intra e extra-sistemáticos, tendo em vista que o Direito Penal seria definido como um instrumento que tutela os bens e interesses mais relevantes do indivíduo e da sociedade e, ao mesmo tempo, define como imprescindível os assuntos tratados pelo Direito Penal. Por este motivo, considera que discutir a importância dos bens jurídicos seria uma tarefa impossível e vã (BARATTA, 1991, p. 42).

Trilhando um ponto de vista epistemológico mais adequado, uma análise extra-sistemática dos bens jurídicos deveria realmente pôr em xeque os conceitos de delito, pena e a própria existência da justiça criminal. Deveria considerar também, dentre as situações problemáticas, as ocasionadas a partir da intervenção do sistema penal (BARATTA, 1991, p. 42).

Portanto, entende o autor que, para além da discussão das funções instrumentais e simbólicas da pena, visando apenas a limitar a intervenção penal quantitativamente (reduzir as criminalizações), dever-se-ia revisar toda a estruturação da justiça criminal, visto que a proteção dos bens jurídicos por ela tutelados seria ínfima em relação ao impacto social negativo que ela produz.

Isto posto, as funções instrumentais da pena somente serviriam para mascarar as verdadeiras funções simbólicas e políticas do poder punitivo, encobrando a realidade da pena como violência institucional, servindo “à reprodução ideológica e material das relações de desigualdade na sociedade” (BARATTA, 1994, p. 23).

Todavia, entende que, mesmo assim, o sistema de justiça criminal dos Estados Democráticos de Direito deveria, ao menos, ser coerente com os seus próprios princípios garantistas de intervenção mínima<sup>19</sup>, “de igualdade, de respeito ao direito das vítimas, dos imputados e dos condenados” (BARATTA, 1994, p. 24).

Segundo Baratta (1994, p. 24), dever-se-ia garantir a aplicação desses princípios fundamentais enquanto se lutaria para encontrar uma alternativa à política criminal atual, incapaz de tutelar satisfatoriamente os bens jurídicos, advogando pela defesa civil das minorias:

Refiro-me à luta civil e cultural pela organização da tutela pública dos interesses dos indivíduos e da comunidade, da defesa dos direitos dos

---

<sup>19</sup> Como defendido pela teoria da prevenção geral positiva limitadora do poder punitivo penal estatal.

mais fracos contra a prepotência dos mais fortes, com formas mais diferenciadas, justas e eficazes (instrumentais) que aquelas “simbólicas” oferecidas pelo sistema de justiça criminal. **Durante todo este tempo, o “uso alternativo do direito penal” significará usar o direito como instrumento para uma rigorosa limitação, política e técnica, daquela que em períodos anteriores parecia ter sido uma função útil, e que hoje aparece cada vez mais como a violência inútil das penas. Isto implica numa concessão instrumental do direito penal liberada da ilusão da instrumentalidade da pena** (BARATTA, 1994, p. 24, grifo nosso).

Em outras palavras, enquanto não se revisasse a função instrumental do Direito Penal na dimensão qualitativa, mediante a promoção de reformas nos pilares que justificam tal função e a busca por alternativas socialmente menos gravosas, dever-se-ia, ao menos, conter a intervenção criminal na dimensão quantitativa, de maneira a demonstrar coerência com os princípios garantistas de intervenção mínima e subsidiariedade do sistema penal num Estado Democrático de Direito.

## 4 A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA PELO STF

Nesse capítulo, abordar-se-á o clima político-social ao redor do julgamento da criminalização da homotransfobia pelo Supremo Tribunal Federal em junho de 2019 e os fatos e fundamentos que o levaram a tomar a sua decisão.

Adianta-se que não se adentrará na polêmica questão de possível violação do princípio constitucional da reserva legal na decisão, mas apenas dos aspectos fáticos, sociais e jurídicos concernentes à teoria da pena que levaram à criminalização pelo STF.

### 4.1 #CRIMINALIZASTF: contexto político-social à época

O mês de junho de 2019 ficou marcado na história brasileira por ter sido um mês de bastante alvoroço em seu contexto político-social. Inúmeros cidadãos, agentes públicos e políticos, partidos políticos, ONGs, OS, OSCs, OCIPs<sup>20</sup>, celebridades nacionais e até internacionais compareceram e reuniram-se na internet para bradar entre os seus seguidores: #CRIMINALIZASTF.

No mês do Orgulho LGBTQIA+<sup>21</sup>, a *hashtag* #CRIMINALIZASTF foi levantada nas redes sociais como forma de apoio ao movimento capitaneado por lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, *queers*, intersexuais e outros, em virtude do iminente julgamento no Superior Tribunal Federal.

Nesse julgamento, seriam decididas a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n° 26 e o Mandado de Injunção (MI) n° 4733 — ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Popular Socialista (PPS) e pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) — que visavam determinar a omissão do Congresso Nacional em votar projeto de lei que efetivasse a criminalização específica de qualquer ato de homofobia e transfobia.

O movimento da *hashtag* #CRIMINALIZASTF foi fortalecido diante de estatísticas inquietantes de mortes violentas contra os integrantes dessa minoria no ano de 2018, anterior ao do julgamento. Os dados foram colhidos pelo banco de dados

<sup>20</sup> Respectivamente, Organizações Não Governamentais, Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

<sup>21</sup> O “+” da sigla LGBTQIA+ objetiva acolher e demonstrar a diversidade da comunidade, que ainda abrange outras características dos seres humanos como, por exemplo, a pansexualidade.

e hemeroteca digital “Homofobia Mata”<sup>22</sup> e pelo Grupo Gay da Bahia (GGB)<sup>23</sup> e juntados em relatório.

Nesse relatório, constatou-se que em 2018, a cada vinte horas um LGBTQIA+ morreria de forma violenta, relacionada à LGBTQIA+fobia, tornando o Brasil campeão mundial de crimes contra essa minoria, conforme dados de agências internacionais de Direitos Humanos<sup>24</sup>.

Observou-se ainda que 420 membros da comunidade LGBTQIA+ foram vítimas fatais da discriminação e preconceito no ano de 2018<sup>25</sup>, sendo 320 homicídios (76%) e 100 suicídios (24%).

A pesquisa destacou que a preocupação somente crescia, tendo em vista que, em menos de vinte anos, esses índices de violência mais que triplicaram, saindo de 130 mortes em 2000 para 420 em 2018<sup>26</sup>. Frise-se que tais índices podem ser ainda mais preocupantes, visto que não conseguem levar em conta a cifra oculta da subnotificação.

Tais dados foram utilizados pelo movimento #CRIMINALIZASTF como uma forma de chamar a atenção nacional aos alarmantes índices de violência contra membros da comunidade LGBTQIA+, objetivando obter a atenção da mídia e influenciar a atuação da Suprema Corte brasileira.

Dessa forma, as demandas conjuntas da comunidade e do movimento viraram destaque recorrente em toda a mídia nacional<sup>27</sup> — inclusive através de debates e consultas a especialistas — principalmente no mês de junho de 2019, às vésperas da aguardada decisão do STF.

---

<sup>22</sup> Disponível em: <<https://homofobiamata.wordpress.com/homicidios-de-lgbt-no-brasil-em-2018/>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

<sup>23</sup> Disponível em: <<https://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-lgbti/>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

<sup>24</sup> Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2019/07/brasil-o-pais-da-diversidade-que-mais-mata-lgbtqia.shtml>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

<sup>25</sup> No ano de 2019 houve uma redução de 22% em comparação ao ano anterior, tendo vitimado 329 LGBTQIA+, sendo 297 homicídios (90,3%) e 32 suicídios (9,7%). Disponível em: <<https://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-lgbti/>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

<sup>26</sup> Todavia, é importante frisar que o aumento no número de violência fatal registrada não significa necessariamente o seu crescimento em termos absolutos gerais, visto que apesar de ainda haver alta taxa de subnotificação, é razoável inferir que há 20 anos esta seria maior, em virtude da menor visibilidade para a causa à época.

<sup>27</sup> A exemplo deste editorial do jornal Folha de São Paulo. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2019/05/homofobia-justica-e-lei.shtml>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

Responsáveis por influenciar seus milhares de fãs e seguidores, artistas e ativistas sociais populares nacionais como Pablo Vittar, Daniela Mercury, Ivete Sangalo, Preta Gil<sup>28</sup> e internacionais, como as estrelas do *reality show* LGBTQIA+ estadunidense *RuPaul's Drag Race*<sup>29</sup>, valeram-se de suas redes sociais para espalhar os objetivos do movimento.

Como resultado dessa intensa mobilização, a *hashtag* #CRIMINALIZASTF, acompanhada da *hashtag* #ÉCRIMESIM, chegou à primeira posição do *trending topics* (assuntos mais comentados) brasileiro da rede social *Twitter*<sup>30</sup>, face a sua notoriedade.

Finalmente, no dia 13 de junho de 2019, o movimento colheu o fruto dos seus esforços, quando o Supremo Tribunal Federal, em decisão polêmica<sup>31</sup>, optou por enquadrar a homofobia e transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei nº 7.716/1989), ao reconhecer que o Congresso Nacional estava em mora inconstitucional por não editar lei que criminalizasse tais atos.

#### 4.2 Breve síntese das demandas constitucionais

Em 13 de junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal decidiu conjuntamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e o Mandado de Injunção (MI) nº 4733.

As ações ajuizadas em 2013 tinham como pedidos, segundo o relatório do Ministro Celso de Mello no Acórdão da ADO nº 26:

Postulam-se, essencialmente, desse modo, as seguintes providências: **(a) “que seja reconhecido que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo** (STF, HC nº 82.424/RS), de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar o racismo constante do art. 5º, inc. XLII, da CF/88”; **(b) “que seja declarada a mora inconstitucional do**

<sup>28</sup> Disponível em: <<https://claudia.abril.com.br/famosos/famosas-se-posicionam-e-pedem-que-o-stf-criminalize-da-homofobia/>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

<sup>29</sup> Disponível em: <<https://www.grupodignidade.org.br/criminalizastf/>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

<sup>30</sup> Disponível em: <<https://www.diariodocentrodomundo.com.br/essencial/criminalizastf-e-o-assunto-mais-comentado-do-twitter-com-possibilidade-de-criminalizacao-da-homofobia/>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

<sup>31</sup> A polêmica se deu porque parte da comunidade jurídica entendeu que o STF não poderia ter enquadrado a homotransfobia no preceito do racismo, tendo realizado analogia *in malam partem* (prejudicial ao réu) e violado princípios como o da reserva legal e a separação dos poderes.

**Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia** (...), determinando-se que ele aprove legislação criminal que puna, de forma específica, especialmente (mas não exclusivamente) a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de ‘praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação’ por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa”; (c) **“que seja fixado prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e transfobia** (...), sugerindo-se aqui o prazo de um ano já que o Congresso Nacional debate o tema há aproximadamente doze anos”; (d) **“caso transcorra o prazo fixado por esta Suprema Corte sem que o Congresso Nacional efetive a criminalização/punição criminal específica citada ou caso esta Corte entenda desnecessária a fixação deste prazo, [requer-se] sejam efetivamente tipificadas a homofobia e a transfobia como crime(s) específico(s) por decisão desta Suprema Corte**, por troca de sujeito e atividade legislativa atípica da Corte, ante a inércia inconstitucional do Parlamento em fazê-lo, de sorte a dar cumprimento à ordem constitucional de punir criminalmente a homofobia e a transfobia (...), superando-se a exigência de legalidade estrita parlamentar”; (e) **“a inclusão da criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente), das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima na Lei de Racismo (Lei n.º 7.716/89) ou em outra lei que venha a substituí-la, determinando-se a aplicação da referida lei (e outra que eventualmente a substitua) para punir tais atos até que o Congresso Nacional se digne a criminalizar tais condutas”** e (f) **“que seja fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro, inclusive dos parlamentares responsáveis pela inércia inconstitucional do Estado** como devedores solidários por serem eles os efetivamente responsáveis por tal inércia, ante a responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, §6º, da CF/88) em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADO nº 26, 2019, p. 15-16, grifo nosso).

Para melhor analisar o conteúdo das ações, a Suprema Corte valeu-se do instituto democrático *amicus curiae*, previsto na Lei nº 9.868/99 e no artigo 138 do Código de Processo Civil, que são, basicamente, entidades que auxiliam e dão subsídio ao Juízo para que este possua mais substrato ao decidir questões relevantes e de alto impacto (NOVO, 2018).

Dessa forma, foram admitidas como *amici curiae* a favor da referida criminalização: a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra); o Grupo Gay da Bahia (GGB); o Grupo de Advogados pela Diversidade (GADvS); o Grupo Dignidade - Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros; o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM); o Conselho Federal de Psicologia (CFP); o Partido

Socialista dos Trabalhadores Unificado (PSTU) e Defensoria Pública do Distrito Federal (DPDF).

Tendo em vista o viés democrático do instrumento, participaram na condição de *amici curiae* contra a criminalização: a Frente Parlamentar Mista da Família e Apoio à Vida; a Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas (Cobim); e a Associação Nacional de Juristas Evangélicos (Anajure).

Ao final, foi vencedor o voto do Relator Celso de Mello, razão pela qual acordou-se o seguinte:

Por maioria e nessa extensão, **julgá-la procedente**, 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 incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBTI+; 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; 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, seja por considerar-se, nos termos deste voto, 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 LGBTI+, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque 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 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, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADO nº 26, 2019, p. 10-12, grifo nosso).

Em suma, decidiu-se que o Congresso Nacional incorreu em mora inconstitucional por não ter cumprido o mandado de criminalização previsto nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição Federal.

Em decorrência dessa omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União, foi dada interpretação conforme à Constituição, para que a homofobia e a transfobia fossem enquadradas, qualquer que fosse a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89 (Lei do Racismo), até que sobreviesse legislação autônoma, e fixou-se tese no sentido de que seria circunstância apta a qualificar o crime de homicídio doloso, por configurar motivação torpe.

Isto pois a homotransfobia foi encarada pelo Tribunal como uma espécie de racismo social, visto que os indivíduos LGBTQIA+ sofreriam processos de discriminação e de exclusão social em virtude de sua orientação sexual ou identidade de gênero, possuindo maior dificuldade quanto ao gozo de seus direitos em virtude da opressão dos grupos hegemônicos (heterossexuais e cisgêneros).

Dessa forma, expor-se-á brevemente a fundamentação empregada no voto do Relator da ADO nº 26, de maneira a compreender a construção lógico-jurídica que o levou à decisão.

#### **4.3 Breve exposição dos fundamentos do voto do Relator na ADO N° 26**

Inicialmente, o Ministro Celso de Mello expôs as diferentes acepções à significação da sigla LGBTQIA+ e afirmou que, apesar de não se tratar de uma comunidade homogênea, os seus integrantes seriam unidos por sua vulnerabilidade face às práticas discriminatórias e atentatórias aos seus direitos e liberdades fundamentais (BRASIL, 2019, p. 42-48).

Conforme o voto do Relator, a referida vulnerabilidade da comunidade se agravaria diante da “ausência de adequada proteção estatal”, visto que o Estado não coibiria a demonstração de desprezo, repúdio e ódio contra os LGBTQIA+, forçando-os a se submeter a padrões existenciais cis-heteronormativos (BRASIL, 2019, p. 48-50).

Esses atos lesivos à minoria, decorrentes de séculos de forte preconceito histórico-social, estariam atingindo níveis alarmantes e inaceitáveis, entendendo haver a “banalidade do mal homofóbico e transfóbico” nos tempos atuais, ao levar em

consideração os dados apresentados pelos *amici curiae*<sup>32</sup> que teriam demonstrado as diversas violências sofridas pela comunidade LGBTQIA+ no Brasil, sendo este o campeão mundial de crimes do gênero mesmo sem incluir a alta taxa de subnotificação (BRASIL, 2019, p. 71-73).

Para o Min. Celso de Mello, as sucessivas violações a direitos fundamentais da população LGBTQIA+, aliadas às preocupantes estatísticas, revelaria inegável e inaceitável racismo, na sua aceção social, “tendo-os por seres menores, inferiores, degradados em sua essencial dignidade, que devem – segundo perversamente acreditam os seus agressores – ser excluídos da sociedade!!!” (BRASIL, 2019, p. 75-76).

Dessa forma, a seletiva omissão do Congresso Nacional referente à elaboração de normas de proteção jurídico-penal da comunidade LGBTQIA+ revestir-se-ia de ilicitude afrontosa à Lei Maior, em virtude do inadimplemento manifesto da obrigação jurídica decorrente das cláusulas constitucionais mandatórias de criminalização previstas nos incisos XLI e XLII do art. 5º (BRASIL, 2019, p. 76-77).

Em outras palavras, a criminalização da LGBTQIA+fobia seria necessária para garantir a eficácia e operabilidade dos preceitos constitucionais e evitar a degradação da Carta Política, revelando-se uma reação jurídico-institucional do vigente ordenamento jurídico, visto que

**o desprestígio da Constituição** – resultante da inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais tormentosos aspectos do processo de **desvalorização funcional da Lei Fundamental da República**, ao mesmo tempo em que **estimula**, gravemente, **a erosão da consciência constitucional**, evidenciando, desse modo, o inaceitável desprezo dos direitos básicos e das liberdades públicas pelo aparelho estatal.

[...] A ação direta por omissão, por isso mesmo, **deve traduzir significativa reação jurisdicional** autorizada pela Carta Política, que a forjou como instrumento destinado a **impedir o desprestígio da própria Constituição**, consideradas **as graves consequências que decorrem do desrespeito ao texto da Lei Fundamental**, seja por ação do Estado, seja, como no caso, por omissão – e prolongada inércia – do Poder Público (BRASIL, 2019, p. 79-80, grifo nosso).

Assim, o saneamento dessas omissões constitucionais revelar-se-ia “um **gesto de respeito** que a Alta Corte manifestaria **pela autoridade suprema da Constituição**”

<sup>32</sup> Os dados foram apresentados pelo Grupo Gay da Bahia (GGB), que desde 1983 monitora a violência contra LGBT+ no país.

**da República**”, uma vez que não se poderia reputar a Carta Magna como aplicável somente quando compatível com os interesses dos governantes e da maioria, em despreço de sua autoridade e das minorias (BRASIL, 2019, p. 86-87, grifo nosso).

Por outro lado, conforme o Relator, a edição de lei penal criminalizadora também seria imperativa à punição necessária, completa e adequada de atos e comportamentos violentos e discriminatórios, inclusive os praticados pelo próprio Estado, contra a pessoa em decorrência de sua orientação sexual e/ou identidade de gênero (BRASIL, 2019, p. 81-94).

Ao analisar os pedidos da ação, levou-se em consideração que o mero apelo ao legislador para a edição da norma revelaria ser, na prática, uma solução inócua, em razão do desinteresse do Poder Legislativo que, mesmo com a procedência dos pedidos de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, permaneceria em um estado de crônica inconstitucionalidade de omissão normativa impossível de ser tolerada (BRASIL, 2019, p. 100-102).

Em virtude desse cenário, seria medida adequada e constitucional, através de interpretação conforme a Constituição, enquadrar os atos LGBTQIA+fóbicos no conceito de racismo **“em ordem a prevenir e a reprimir comportamentos que objetivam excluir e marginalizar, no contexto das práticas sociais e do sistema jurídico”**, essa minoria, instituindo, por conseguinte, um sistema protetivo de seus direitos e liberdades fundamentais ameaçados (BRASIL, 2019, p. 106-108, grifo nosso).

Isto é, a não criminalização da homotransfobia ofenderia a vedação à proteção penal insuficiente e, ao não oferecer proteção estatal apta a evitar a violência e reprimi-la, pôr-se-ia em risco a preservação de valores como a dignidade da pessoa humana, igualdade e o respeito mútuo, incitando a discriminação (BRASIL, 2019, p. 107).

Essa proteção penal insuficiente dos direitos da população LGBTQIA+ geraria o descrédito das instituições e comprometeria a aplicação do princípio da igualdade, solidariedade, respeito, tolerância e alteridade, inerentes ao conceito de Estado Democrático de Direito (BRASIL, 2019, p. 136-143).

Haveria, contudo, uma ressalva, ao se ter entendido que a exposição e reprodução de orientações religiosas potencialmente LGBTQIA+fóbicas não poderiam ser criminalizadas em virtude dos princípios das liberdades religiosa e de expressão, a não ser que os pronunciamentos de caráter religioso ultrapassassem os limites da

livre manifestação de ideias e estimulassem a intolerância e ódio público contra os integrantes da comunidade LGBTQIA+ (BRASIL, 2019, p. 154).

A luz de todo o exposto, entendeu o Relator da ADO em seu voto vencedor que o STF, exercendo a sua função contramajoritária na defesa das minorias sociais submetidas à vontade hegemônica da maioria, preservando e garantindo a intangibilidade da Lei Maior e restaurando a Constituição pela inércia dos demais poderes do Estado, deveria criminalizar a homotransfobia (BRASIL, 2019, p. 177-191), tendo a Alta Corte fixado as seguintes teses:

Em seguida, por maioria, fixaram-se as seguintes teses: 1. **Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional** destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, **as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém**, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, **ajustam-se**, por identidade de razão e mediante adequação típica, **aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716**, de 08/01/1989, **constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe** (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); 2. **A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa**, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, **desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio**, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. **O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos**, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema

geral de proteção do direito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu as teses propostas. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes (BRASIL, 2019, p. 11-12, grifo nosso).

## 5 A VIOLÊNCIA LETAL CONTRA A POPULAÇÃO LGBT+ A PARTIR DE DADOS APURADOS ENTRE OS ANOS DE 2018 A 2020

Pelo 12º ano consecutivo, o Brasil é o país que mais mata travestis e transexuais no mundo<sup>33</sup>. Outrossim, também é a nação que mais mata a população LGBT+<sup>34</sup>, abarcando mais da metade das vítimas dessa minoria no mundo (WAREHAM, 2020, *apud* MOTT; OLIVEIRA, 2020, p. 13).

Nesse cenário preocupante, os relatórios anuais da organização não governamental (ONG) Grupo Gay da Bahia (GGB)<sup>35</sup> analisam e sistematizam as violências sofridas pela comunidade LGBT+, possuindo o propósito de expor à população as graves violações desses direitos humanos de maneira a incentivar o Estado na viabilização de políticas públicas de enfrentamento das variadas formas de violência (MOTT *et al.*, 2021, p. 14).

O presente capítulo exporá os índices de violência contra a população LGBT+ nos últimos três anos (2018 a 2020)<sup>36</sup> colhidos pelo Grupo Gay da Bahia — e a metodologia empregada na colheita e sistematização dos dados — de maneira a analisar, no próximo capítulo, se é possível vislumbrar impacto da criminalização da LGBTQIA+fobia pelo STF nos dados concretos da violência sofrida pela comunidade, à luz do Direito Penal Simbólico.

Em outras palavras, os dados aqui apresentados serão utilizados para verificar se eventual alteração no índice de violência fatal sofrida pela comunidade LBGTQIA+ podem ser descritos como efeitos concretos da decisão da Corte Suprema, a partir dos pressupostos estabelecidos acerca do Direito Penal Simbólico.

---

<sup>33</sup> Disponível em: <<https://exame.com/brasil/pelo-12o-ano-consecutivo-brasil-e-pais-que-mais-mata-transexuais-no-mundo/>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

<sup>34</sup> Durante toda a pesquisa optou-se por se referir à comunidade através da sigla LGBTQIA+, englobando expressamente os indivíduos *queers*, intersexuais e assexuais. Todavia, em análise dos dados, observou-se que o GGB utiliza a sigla LGBT+ em virtude da dificuldade metodológica de se verificar em concreto a violência contra os *queers*, intersexuais e assexuais (MOTT; OLIVEIRA, 2020, p. 47).

<sup>35</sup> O GGB participou do julgamento conjunto das Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e Mandado de Injunção nº 4.733 na condição de *amicus curiae*, defendendo a criminalização da homotransfobia.

<sup>36</sup> Escolhemos esse período como referencial de análise por englobar o ano da criminalização da homotransfobia pelo STF e os seus imediatamente anterior e posterior.

## 5.1 A metodologia empregada pelo Grupo Gay da Bahia (GGB)

A metodologia empregada pelo Grupo Gay da Bahia consiste em monitorar as mortes violentas de LGBTQ+ — incluindo-se o suicídio, também chamado de “morte voluntária” — através de matérias ou notas jornalísticas publicadas nos diversos meios de comunicação, tarefa encabeçada pelos militantes e simpatizantes do movimento e verificadas pelos antropólogos responsáveis (MOTT; OLIVEIRA, 2020, p. 20).

A pesquisa é realizada através do buscador online *Google* através de palavras-chave como “travesti”, “transsexual”, “homossexual”, “gay”, “lésbica” e “bissexual”, valendo-se da data de publicação e informações da matéria para a delimitação dos dados<sup>37</sup> (MOTT *et al.*, 2021, p. 17).

Como nem toda morte violenta de indivíduo LGBTQ+ é decorrente do preconceito, adotou-se a postura epistemológica de considerar homotransfobia não só as que possuíam indícios diretos de ódio, mas também a homotransfobia estrutural visto que

é tarefa fácil apontar uma causa única de tais mortes violentas, mesmo porque a condição de ser travesti em situação de rua/prostituição, de lésbicas serem perseguidas por seus ex-parceiros ou conflitos conjugais com outras mulheres, do gay morar sozinho e ser alvo de bullying de vizinhos e parentes, tais constrangimentos podem conduzir a adoção de práticas de risco, a exemplo de levar desconhecidos para casa e terminar em latrocínio (MOTT *et al.*, 2021, p. 20).

Os dados obtidos são categorizados com a indicação do número de registro, data, cidade, estado, orientação sexual, idade, cor, profissão, tipificação, causa, local, circunstâncias, fonte e link, entre outros (MOTT *et al.*, 2021, p. 18).

Contudo, a subnotificação é obstáculo à formação de índices mais precisos e é fenômeno experienciado e reconhecido pelo GGB tendo em vista as deficiências presentes na atuação da mídia, nos registros policiais e também em virtude de a

---

<sup>37</sup> Frisa-se aí a dificuldade no reconhecimento de casos de suicídios, tendo em vista nem sempre ser possível identificar a homotransfobia estrutural como a causa da destruição da autoestima da vítima (MOTT; OLIVEIRA, 2020, p. 25). Todavia, o GGB opta por incluí-los junto aos homicídios em virtude do crescimento exponencial no número de suicídios por LGBTQ+, principalmente de jovens, que são potencializados por discriminações de gênero e sexualidade (MICHELS; MOTT, 2019, p. 10).

violência contra os LGBT+ ser difusa e multiforme, não havendo instrumentos extremamente precisos para o seu monitoramento<sup>38</sup> (MOTT *et al.*, 2021, p. 15).

Diante dessas dificuldades na apuração de violência homotransfóbica e em virtude de rigor metodológico, descartam-se dados por ausência de comprovação explícita acerca da orientação sexual ou identidade de gênero das vítimas, significando que os números podem ser ainda mais preocupantes (MICHELS; MOTT, 2019, p. 23).

## **5.2 A violência letal contra a população LGBT+ em 2018**

Em 2018, a cada 20 horas uma pessoa LGBT+ morria de forma violenta, tornando o Brasil campeão nas estatísticas de crimes contra a minoria (MICHELS; MOTT, 2019, p. 1).

Do total de 420 mortes, 320 se deram em virtude de homicídios (76%) e 100 por suicídios (24%), representando uma ínfima redução (6%) comparada ao índice recorde do ano anterior, no qual foram vítimas 445 indivíduos LGBT+ (MICHELS; MOTT, 2019, p. 1).

Apesar de em números absolutos predominarem as mortes de gays, a letra mais relativamente vulnerável é a “T”, ao se ter constatado que as travestis e os transexuais possuem uma chance 17 vezes maior de ser assassinada do que os gays, através de análises proporcionais entre o índice de violência sofrida por cada grupo e o número de sua população (MICHELS; MOTT, 2019, p. 2/4).

Em números absolutos predominaram as mortes de gays (191, 45%), seguido de transexuais e travestis (164, 39%), lésbicas (52, 12%), bissexuais (8, 2%) e heterossexuais<sup>39</sup> (5, 1%).

## **5.3 A violência letal contra a população LGBT+ em 2019**

---

<sup>38</sup> A deficiência poderia ser sanada, em parte, caso o GGB recebesse recursos públicos que possibilitassem uma análise mais aprofundada diante da profissionalização da coleta dos dados (MOTT; OLIVEIRA, 2020, p. 28-29).

<sup>39</sup> Heterossexuais são incluídos nos índices pois foram assassinados por terem sido confundidos com pessoas LGBT+, por com eles ou com a situação terem qualquer espécie de envolvimento direto quando vitimados ou por apresentarem comportamentos e performances que se distanciam da norma heterossexual (MICHELS; MOTT, 2019, p. 2; (MOTT *et al.*, 2021, p. 25).

Em 2019, a cada 26 horas uma pessoa LGBTQ+ morria de forma violenta, permanecendo o Brasil na posição de campeão nas estatísticas de crimes contra a minoria (MOTT; OLIVEIRA, 2020, p. 14).

Nesse passo, a nação brasileira abarcaria mais da metade dos LGBTQ+ assassinados no mundo (WAREHAM, 2020, *apud* MOTT; OLIVEIRA, 2020, p. 20-21).

Em números absolutos, 329 LGBTQ+ sofreram mortes violentas em decorrência da homotransfobia, separados em 297 homicídios (90,3%) e 32 suicídios (9,7%), o que representou uma “surpreendente” redução sem justificativa sociológica cabível<sup>40</sup>, notando-se uma diminuição de 26% em relação a 2017 — ano recorde com 445 vítimas — e de 22% face a 2018 (MOTT; OLIVEIRA, 2020, p. 12).

Conforme o GGB, haveria a explicação plausível, sem prejuízo de outras, de que o incessante discurso de ódio homotransfóbico proferido pelo presidente da República Jair Bolsonaro e reproduzido pelos seus seguidores, faria com que a comunidade LGBTQ+ se acautelasse mais ainda, de maneira a evitar situações de risco com o fim de não serem vitimados (MOTT; OLIVEIRA, 2020, p. 13).

De mesmo modo, a entidade especula que a redução poderia ter se dado em virtude da decisão do STF que reconheceu condutas LGBTQIA+fóbicas como criminosas ao encará-las como uma dimensão de racismo social (MOTT; OLIVEIRA, 2020, p. 34).

Seguindo o mesmo padrão desde o início das pesquisas em 1980, apesar de em números absolutos predominarem as mortes de gays, as travestis e os transexuais permanecem representando a letra mais relativamente vulnerável da sigla LGBTQ+, ao se ter constatado que eles possuem uma chance 17 vezes maior de ser assassinada do que os gays (MOTT; OLIVEIRA, 2020, p. 15).

#### **5.4 A violência letal contra a população LGBTQ+ em 2020**

Em 2020, o Brasil novamente permaneceu líder nos índices estatísticos de violência contra a comunidade LGBTQ+ (MOTT *et al.*, 2021, p. 26).

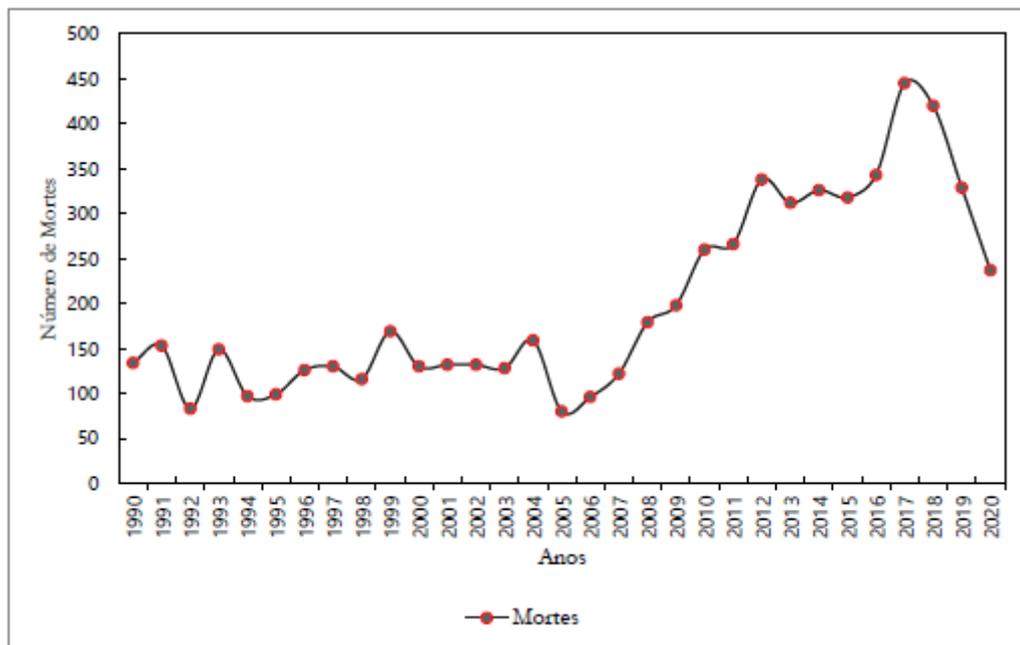
---

<sup>40</sup> A tendência de queda de mortes violentas também foi percebida pelo Brasil como um todo (19%), conforme dados oficiais do Monitor da Violência, e da Associação Nacional de Trans, que indicou redução de 24% (MARTINELLI, 2020, *apud* MICHELS; MOTT, 2020, p. 12).

A despeito disso, o relatório anual de mortes violentas do Grupo Gay da Bahia referente ao ano de 2020 registrou a tendência de diminuição existente desde 2018, apresentando uma queda de 28% em relação a 2019 (MOTT *et al.*, 2021, p. 10).

Em números absolutos, o GGB apurou a morte violenta de 237 LGBT+ em 2020, sendo 224 mortes involuntárias<sup>41</sup> (94,51%) e 13 suicídios (5,49%). Trata-se do menor número de mortes registrado pela ONG desde 2009<sup>42</sup> (MOTT *et al.*, 2021, p. 24/32):

Gráfico 1 - Número de mortes de LGBTI+ por ano de 1990 a 2020



Fonte e organização dos dados em gráfico: Acontece LGBTI+, Grupo Gay da Bahia (MOTT *et al.*, 2021, p. 9).

Embora a tendência da redução quantitativa tenha se mantido em 2020, o GGB entende que “não existem motivos reais e factíveis para se comemorar” visto que esse fenômeno inexplicável não teria se dado pela participação ativa do Estado formulador e promotor de políticas públicas de inclusão e proteção da comunidade LGBT+, mas sim por uma oscilação numérica “imponderável e pela enorme subnotificação identificada durante as buscas, pesquisas e registros e também pelo desmonte – a

<sup>41</sup> Na classificação de “mortes involuntárias” se insere os homicídios (215) e os roubos seguidos de morte (9), comumente conhecidos por latrocínios, tendo em vista ser comum que além do elemento do ódio violento, também haja a subtração do patrimônio da vítima.

<sup>42</sup> De 2009 para 2010, os casos de mortes violentas registrados pela Organização Não Governamental saltaram de 199 para 260 (MOTT *et al.*, 2021, p. 24).

partir de 2018 – dos investimentos em políticas públicas, campanhas de incentivo à denúncia e proteção às vítimas”, notadamente na gestão do presidente da República Jair Bolsonaro<sup>43</sup> (MOTT *et al.*, 2021, p. 10).

Apesar disso, reconhece que a decisão do STF ao aplicar a Lei do Racismo (Lei nº 7.716/89) aos casos de LGBTQIA+fobia pode ter impactado indireta e positivamente na redução dos casos, ressalvando-se, ainda, os altos índices de subnotificação (MOTT *et al.*, 2021, p. 10/25).

De mesmo modo, frisa que se deve atentar para o cenário atípico que o mundo e, principalmente, o Brasil vivem desde março de 2020, em virtude da pandemia do novo Coronavírus (Covid-19), cujos reflexos certamente impactaram na diminuição da violência contra os LGBTQ+, em virtude da redução de mobilidade da população em decorrência da necessidade de isolamento social (MOTT *et al.*, 2021, p. 10).

A pandemia provavelmente também influenciou a dinâmica anteriormente encontrada na violência sofrida por cada letra da sigla LGBTQ+. Pela primeira vez desde o início da elaboração dos relatórios pelo GGB na década de 1980, nesse ano preponderou tanto absoluta como relativamente a morte violenta de pessoas transexuais e travestis (69,2%), seguido de gays (21,5%), lésbicas (4,2%), bissexuais (1,26%) e heterossexuais<sup>44</sup> (0,84%) (MOTT *et al.*, 2021, p. 25).

Isto pois inúmeras transexuais e travestis, em virtude da ausência de políticas públicas, continuaram sendo forçadas a se prostituírem nas ruas durante a pandemia da Covid-19 para a sua subsistência, não lhes sendo facultada a opção do isolamento social conferida aos demais integrantes da sigla LGBTQ+. Inclusive, 60,82% das mortes violentas de LGBTQ+ em 2020 deram-se em espaço público (MOTT *et al.*, 2021, p. 34).

---

<sup>43</sup> Bolsonaro, quando deputado, inclusive questionou a legitimidade e veracidade dos relatórios de mortes violentas contra a população LGBTQ+ elaborados pelo GGB (MOTT *et al.*, 2021, p. 27). Disponível em: <<https://grupogaydabahia.com.br/2020/02/20/ggb-e-luiz-mott-contra-bolsonaro-e-vice-versa-2006-2020/>>. Acesso em: 24 mai. 2021.

<sup>44</sup> Vide a nota de rodapé número 40.

## 6 ANÁLISE CONJUNTA DA DECISÃO DO STF E DOS ÍNDICES DE MORTES VIOLENTAS CONTRA A POPULAÇÃO LGBT+ À LUZ DO DIREITO PENAL SIMBÓLICO

Como demonstrado no capítulo 4, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu a homotransfobia como uma dimensão do racismo social, razão pela qual determinou que a ela se aplicasse a Lei nº 7.716/89 e fixou tese no sentido de que seria circunstância apta a qualificar o crime de homicídio doloso, por configurar motivação torpe<sup>45</sup>.

Apesar dos movimentos sociais à época, a exemplo do #CRIMINALIZASTF, defenderem a criminalização da homotransfobia sob a expectativa de se tornar uma futura causa de redução de crimes contra a população LGBTQIA+, na fundamentação do voto vencedor do Ministro Relator Celso de Mello na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 é possível identificar a preponderância das teorias preventivas – ou relativas – gerais da pena, notadamente a positiva fundamentadora.

De fato, da análise depreende-se que a argumentação dominante na decisão do STF acompanhou o viés preventivo geral positivo fundamentador de que a não criminalização caracterizaria um ilícito afrontoso à Constituição Federal, de forma que a criminalização evitaria a degradação, o desprestígio e a desvalorização da Lei Maior brasileira.

Dessa forma, a criminalização da homotransfobia impediria a “grave erosão da consciência constitucional” (BRASIL, 2019, p. 79-80) decorrente da omissão estatal, de maneira a manter – ou, ao menos, recuperar – o sentimento de respeito e confiança na Lei Fundamental, numa clara observância aos preceitos da prevenção geral positiva fundamentadora que, conforme Mir Piug (1986, p. 51), utiliza a pena com a finalidade pedagógica de reafirmação e fortalecimento do sistema jurídico social, visando reforçar a consciência social da norma.

Corroborando essa tese, o Relator ainda menciona que a criminalização da homotransfobia revelaria ser “**um gesto de respeito que a Alta Corte manifestaria pela autoridade suprema da Constituição da República**”, evitaria o descrédito das

---

<sup>45</sup> Artigo 121, § 2º, I, do Código Penal Brasileiro.

instituições oficiais brasileiras e preservaria valores inerentemente constitucionais (BRASIL, 2019, p. 86-87, grifo nosso).

De forma secundária e menos relevante, o Min. Celso de Mello ainda aludiu à prevenção geral negativa, perpassando a mera especial negativa, ao defender que a criminalização, além de ser imperativa à punição e repressão dos delinquentes, objetivaria prevenir a violência e outras condutas atentatórias à comunidade LGBTQIA+ e instituir um sistema protetivo de seus direitos e liberdades fundamentais ameaçados, em observância ao princípio da vedação da proteção penal deficiente.

A tendência preventiva geral negativa nesse pensamento é clara, visto que o Tribunal entendeu que a criminalização da homotransfobia seria capaz, conforme explica Roxin (1997, p. 89-90), de “coagir psicologicamente” a população ao não cometimento de delitos, prevenindo, portanto, a atividade delituosa e resultando na diminuição da violência contra os LGBTQIA+.

Contudo, ainda que presente na fundamentação do voto, a prevenção geral negativa foi ofuscada pela massiva argumentação positiva fundamentadora, a denotar que o STF, ao criminalizar a homotransfobia, se preocupou mais em garantir e reforçar a vigência real dos valores da ordem constitucional e a confiança da população no ordenamento jurídico que a tutela concreta dos bens jurídicos particulares, conforme Jakobs (2000, p. 38-41 e 2005, p. 154-156) e Hans Welzel segundo Mir Puig (1986, p. 52).

Em outras palavras, diante de toda a movimentação social clamando pela criminalização da homotransfobia, a Suprema Corte, em sua argumentação jurídica, privilegiou a vontade de acalmar e satisfazer o público e de reforçar a confiança deste no ordenamento jurídico como um todo e em suas instituições públicas sobre, realmente, prevenir e diminuir os comportamentos violentos que de fato atacam a comunidade LGBTQIA+.

O enfoque de que a decisão do STF se revestiu de função preventivo geral positiva fundamentadora para satisfazer o público ainda é reforçada pelas inúmeras críticas de juristas que a consideram um polêmico exemplo de ativismo jurídico ilegal, por violar princípios jurídicos constitucionais penais, como a reserva legal, e a separação de poderes, ao invadir competência do Poder Legislativo.

Diante dessa constatação inicial, adentra-se a discussão acerca do Direito Penal Simbólico.

Conforme José Luis Díez Ripollés (2004, p. 28-41), o Direito Penal Simbólico *a priori* seria legítimo visto que significaria apenas a superação da função meramente utilitária (efeitos instrumentais ou materiais) da intervenção penal, reconhecendo os efeitos simbólicos (expressivo-integradores) como imprescindíveis à proteção dos bens jurídicos tutelados diante da potencialidade de mudança comportamental provocada pela norma.

A ilegitimidade do Direito Penal Simbólico surgiria apenas diante do “uso patológico dos efeitos expressivo-integradores da sanção penal”, consistente na verificação de descompasso entre estes e a política criminal vigente e de se o Direito Penal poderia, em tese, atingir o objetivo pretendido<sup>46</sup>, se afetaria somente os delinquentes reais ou em potencial próximos e se fosse necessário e adequado ao controle social, em respeito ao princípio da subsidiariedade (RIPOLLÉS, 2004, p. 41-47).

Nesse sentido, a decisão da Corte Suprema pode ser inicialmente compreendida como uma atuação legítima do Direito Penal Simbólico, visto que apesar de assumir uma função preponderantemente de prevenção geral positiva fundamentadora, também esteve conjugada, ainda que em menor relevância, à prevenção geral negativa, não demonstrando estar em desarmonia com a tendência da intervenção penal expansionista e punitivista presente no país.

Todavia, seguindo o viés de Ripollés (2004), ainda assim há suspeita de uso ilegítimo do Direito Penal Simbólico pelo STF, tendo em vista ter proferido decisão ativista, apaziguadora<sup>47</sup> e juridicamente polêmica e controversa<sup>48</sup> favorável aos movimentos sociais que se fortaleceram e iniciaram campanhas cercadas por celebridades e políticos pouco tempo antes do julgamento<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Em tese pois, segundo Ripollés (2004, p. 40-41), o Direito Penal Simbólico não deveria se preocupar com a existência ou não de coerência quanto aos efeitos pretendidos na elaboração da norma e aos efetivamente alcançados (por exemplo a efetiva proteção do bem jurídico tutelado), mas se a produção dos efeitos sócio-pessoais seria legítima ou não.

<sup>47</sup> Para Ripollés (2004, p. 45-46), as normas penais ativistas seriam as que visam criar na sociedade uma sensação de confiança na resolução de problemas, enquanto as apaziguadoras teriam a função de acalmar as emoções da sociedade.

<sup>48</sup> Como dito anteriormente, a criminalização da homotransfobia é controversa entre os juristas uma vez que há a alegação de que o STF teria ferido o princípio constitucional penal da reserva legal, segundo o qual apenas a lei em sentido formal pode determinar quais condutas são delituosas, e da separação de poderes, ao invadir competência do Poder Legislativo.

<sup>49</sup> Vide a citação direta da página 27.

Em seguida, observa-se o fenômeno da intervenção criminal simbólica sob a perspectiva de Winfried Hassemer.

Segundo a tese de Hassemer, a constatação do Direito Penal Simbólico somente seria adequada ao se considerar o Direito Penal orientado à consequência, sendo imprescindível analisar os efeitos reais das leis criminais numa tentativa de verificar se haveria discrepância entre a realidade e a aparência, os efeitos manifestos e latentes, a intenção verdadeira e a de fato aplicada, enxergando o “simbólico” como sinônimo de engano (HASSEMER, 1991, p. 22-23).

Destarte, na criminalização da homotransfobia, não se deveria analisar a intenção dos ministros ou Tribunal como um todo, mas a previsibilidade e os efeitos da decisão através de condições objetivas prévias de previsibilidade de seus efeitos, encarando-se o engano objetivamente como a discrepância entre aparência e a realidade ou a falsa aparência entre a efetividade e instrumentalidade (HASSEMER, 1991, p. 22-24).

A partir disso, Hassemer (1991, p. 23-24) conclui que, por todas as normas penais possuírem um quê de funções simbólicas, a denominação de “Direito Penal Simbólico” deveria se restringir apenas às normas em que a proporção entre as funções instrumentais e simbólicas revelasse estar desequilibrada, ou seja, quando as funções latentes se sobressaíssem às manifestas, concretizando objetivos alheios aos descritos na própria norma através do engano.

Nesse sentido, em uma análise prematura, já é possível suspeitar que a criminalização da homotransfobia pelo STF foi uma representação do Direito Penal Simbólico, ao se constatar que as funções latentes sobressaíram-se às manifestas, visto que o foco de sua argumentação jurídica girou em torno de preservação da confiança na Constituição Federal e nas instituições, deixando a proteção dos bens jurídicos ali indicados em segundo plano.

Vale lembrar que as funções manifestas seriam as condições objetivas de realização da norma, visando promover a proteção dos bens jurídicos nela previstos, cuja previsibilidade de aplicação da norma seria medida através da quantidade e qualidade dos meios de realização de sua função instrumental, enquanto as latentes, por outro lado, possuiriam múltiplos objetivos, desde a necessidade de atuar do Estado à tranquilização da população na demonstração de um Estado forte e presente (HASSEMER, 1991, p. 24).

Como Hassemer (1991) julgava ser imperioso analisar os efeitos reais das leis criminais, essa pesquisa valeu-se dos dados colhidos pelo Grupo Gay da Bahia (GGB) entre os anos de 2018 e 2020 – abrangendo um ano antes e um após da decisão do STF – para verificar se é possível enxergar o impacto preventivo geral negativo da criminalização e fixação da tese da qualificação por torpeza em se tratando de homicídios nos índices de mortes violentas contra a comunidade LGBTQ+.

Dos dados apresentados no capítulo 5, observa-se que desde a criminalização da homotransfobia em junho de 2019, os números de mortes violentas contra a comunidade LGBTQ+ vêm diminuindo. Todavia, isso não pode ser objetivamente imputado à decisão da Suprema Corte.

Apesar de o próprio GGB reconhecer que a criminalização da homotransfobia pode ter influenciado a diminuição dos índices, a tendência de queda já vem desde o ano anterior à decisão da Suprema Corte<sup>50</sup>, o que a entidade julga ser uma surpreendente redução sem justificativa sociológica cabível, ressaltando, porém os altos índices de subnotificação, que os discursos de ódio do presidente da República e seus seguidores e o isolamento pela pandemia do novo Coronavírus podem ter feito os LGBTQ+ se acutelarem mais, evitando situações de risco (MICHELS; MOTT, 2019; MOTT; OLIVEIRA, 2020; MOTT *et al.*, 2021).

A despeito da queda nos números de violência registrada, o GGB entende não existir razões para ânimo uma vez que esse fenômeno inexplicável não teria se dado pela participação ativa do Estado formulador e promotor de políticas públicas de inclusão e proteção da comunidade LGBTQ+, mas por uma oscilação numérica “imponderável e pela enorme subnotificação identificada durante as buscas, pesquisas e registros e também pelo desmonte – a partir de 2018 – dos investimentos em políticas públicas, campanhas de incentivo à denúncia e proteção às vítimas”, notadamente na gestão do presidente da República Jair Bolsonaro (MOTT *et al.*, 2021, p. 10).

Aliado a isso, impende ressaltar que a maior relevância preventivo geral negativa da decisão da Alta Corte foi enquadrar as condutas homotransfóbicas na Lei nº 7.716/89, cuja aplicabilidade é extremamente baixa diante de sua redação considerada ineficiente e pouco técnica (RODRIGUES, 2020).

---

<sup>50</sup> Vide a tabela 1, no item 4.4 deste trabalho.

Inclusive, em 2017, o então presidente da Comissão da Verdade sobre a Escravidão Negra da OAB/RS Jorge Luís Terra da Silva confirmou<sup>51</sup> a baixa aplicação da lei no país e explicou que isso se deve à má redação técnica legislativa, às contradições internas da lei e ao fato de que os tipos legais exigem do ofendido prova diabólica, difícil de se produzir.

À luz do exposto, não se pode atribuir objetivamente a redução das mortes violentas contra a população LGBTQIA+ – as registradas pelo GGB, pelo menos – à Corte Suprema, visto que já se encontravam em queda desde 2018, devendo ser levados em conta também outros fatores sociológicos identificados e desconhecidos pela organização não governamental.

Na verdade, a possibilidade de constatação empírica dos efeitos práticos da prevenção geral negativa é bastante questionada por teóricos das ciências criminais, a exemplo de Baratta e Zaffaroni.

Este, inclusive, entende não existir um método metodologicamente aceitável para a verificação desta teoria preventiva, frisando que existem inúmeros outros fatores sociais, éticos e afetivos que impedem que o indivíduo realize determinadas condutas consideradas criminosas, para além da criminalização em si (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 58), pensamento também compartilhado por Baratta (1994, p. 17-18).

Diante disso, seguindo o raciocínio de Hassemer (1991), é possível perceber que as funções latentes da decisão do STF em muito superaram as manifestas, tendo em consideração que a única função capaz de ser sustentada é a preventiva geral positiva, que de fato conseguiu atingir o seu propósito de acalmar e satisfazer o público que clamava pela criminalização, não havendo nenhuma grande manifestação organizada, no sentido de promoção dos direitos da comunidade LGBTQIA+, como a #CRIMINALIZASTF desde então<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Disponível em: <[https://www.jornaldocomercio.com/\\_conteudo/2017/11/cadernos/jornal\\_da\\_lei/596693-ha-28-anos-em-vigor-lei-do-racismo-e-pouco-executada-no-pais.html](https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2017/11/cadernos/jornal_da_lei/596693-ha-28-anos-em-vigor-lei-do-racismo-e-pouco-executada-no-pais.html)>. Acesso em: 02 jun. 2021.

<sup>52</sup> A criminalização da homotransfobia foi comemorada entre a comunidade LGBTQIA+, celebridades e até agentes políticos. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/14/dodge-comemora-decisao-do-stf-que-permitiu-criminalizar-a-homofobia.ghtml>> e <<https://contigo.uol.com.br/noticias/ultimas/famosos-celebram-criminalizacao-da-homofobia-no-brasil-e-crime-sim.phtml>>. Acessos em: 09 de jun. de 2021.

Todavia, essa satisfação do público pode ser encarada, até certo ponto, positivamente pelos militantes da área, visto que, apesar de insuficiente, o julgamento da Suprema Corte evidencia e reconhece as demandas da comunidade LGBTQIA+, que pede por reconhecimento e implora pela valorização de suas vidas, como compreendido por Silva (2020, p. 50).

Isto posto, trilhando o viés proposto por Hassemer – pensamento comungado com Baratta (1994, p. 17-21)<sup>53</sup> – a criminalização da homotransfobia pelo Tribunal Maior é fruto de uma política criminal moderna indicativa de crise no modelo de Direito Penal liberal que preza pela teoria de proteção dos bens jurídicos, numa tentativa de cumprir com as crescentes e difusas expectativas preventivas sobre a intervenção penal, visto que “a ganância preventiva que leva consigo não produz respeito à proteção dos bens jurídicos senão respeito à imagem do legislador como ‘empresário moral’” (HASSEMER, 1991, p. 30, tradução nossa).

Assim sendo, o “engano” teria sido realizado com sucesso pelo Supremo Tribunal Federal, configurando, portanto, mais uma manifestação do Direito Penal Simbólico no Brasil.

Finalmente, se adotarmos o entendimento de Alessandro Baratta (1985, 1991, 1994), a decisão de criminalizar a homotransfobia nos moldes realizados pela Suprema Corte também caracteriza o Direito Penal Simbólico e isso, por si só, já é suficiente para torná-la ilegítima.

Isso porque, consoante Baratta (1994, p. 21), o Direito Penal Simbólico seria um mero desdobramento ou extensão da teoria da prevenção geral positiva fundamentadora da pena, não enxergando nele uma intenção direta na defesa dos bens jurídicos penalmente tutelados.

Ao contrário, ao invés de visar prevenir a delinquência, objetivaria reforçar a validade das normas de determinado ordenamento jurídico de maneira a “restabelecer a ‘confiança institucional’ no ordenamento, quebrada pela percepção de desvio”, diante da fraqueza da função instrumental da intervenção penal (BARATTA, 1994, p. 20-21).

A partir desse viés, é possível identificar que a decisão da Suprema Corte se encaixa nessa conceituação visto que, apesar de fazer algumas menções à proteção

---

<sup>53</sup> Conforme Baratta (1994, p. 20-21), diante do enfraquecimento da função instrumental do Direito Penal, fortalecer-se-ia a função simbólica da pena, “na qual o controle do delito, a proteção dos bens jurídicos e a defesa social não são a finalidade principal da pena”.

do bem jurídico tutelado, fez predominar em muito a lógica preventiva geral positiva da pena.

Seguindo o raciocínio de Baratta (1994, p. 22-23), o Tribunal Supremo declarou, falsamente, cumprir funções instrumentais de proteção ao bem jurídico ao perseguir, verdadeiramente, as funções simbólicas positivas da intervenção penal, de maneira a mascarar o fracasso daquelas e a verdadeira carência na tutela dos bens jurídicos.

Isto pois a criminalização da homotransfobia teria sido somente uma resposta à exigência de pena e de segurança demandada pelo público – não necessariamente os cidadãos – diante de toda a espetacularização ao redor do julgamento, que adquiriu caráter eminentemente político (BARATTA, 1994, p. 22).

Dessa forma, na visão da “política como espetáculo”, a criminalização da homotransfobia não objetivou alterar a realidade, mas apenas mudar sua percepção pelos espectadores, ignorando-se a vontade política real dos cidadãos em prol da satisfação da opinião pública, criando-se uma falsa sensação de segurança e de confiança no ordenamento jurídico e nas instituições fragilizadas (BARATTA, 1994, p. 22).

Nesse ponto, impende frisar novamente que a determinação do STF de subsunção das condutas homotransfóbicas à Lei do Racismo provavelmente gerou e gerará pouco – se algum – efeito social prático<sup>54</sup>, como suscitado há pouco.

Por conseguinte, não há motivo para se considerar que, tratando-se de homotransfobia, as dificuldades não serão as mesmas experienciadas no combate ao racismo, a indicar a inocuidade prática preventivo geral negativa da criminalização pela Corte Suprema, já que não haveria efetivamente a ameaça de pena.

Ainda assim, o Direito Penal Simbólico na atuação do STF já restou configurado diante de sua fundamentação eminentemente preventivo geral positiva, tendo em vista que, conforme Baratta (1994, p. 17-21), essa confirmação seria simbólica e não empírica, ao diferir da prevenção geral negativa, cuja legitimidade seria alcançada

---

<sup>54</sup> Inicialmente, um dos objetivos dessa pesquisa era de realizar pesquisa de campo no Departamento de Atendimento a Grupos Vulneráveis (DAGV) em Aracaju/SE para verificar a aplicação da Lei nº 7.716/89 aos casos de homotransfobia na capital, porém restou inviabilizado em virtude da dificuldade de comunicação gerada pela pandemia do Coronavírus.

através de análise – por ele considerada impossível<sup>55</sup> – da redução da quantidade de infrações após a cominação legal da intervenção criminal.

Em sentido similar ao pensamento de Baratta é a crítica formulada por Álvaro Penna Pires (2001, p. 75) à política criminal vigente, impregnada pelo sistema de pensamento da racionalidade penal moderna, ao enxergar as teorias da pena e a função simbólica do Direito Penal retromencionadas como um mero instrumento de legitimação de comportamentos institucionais punitivos e autoritários do Estado.

Nesse passo, as teorias da pena são descritas por Costa e Machado Júnior (2017, p. 68-71) como um véu que encobre a falência do sistema que sustenta/é sustentado pela racionalidade penal moderna, variando somente acerca da delimitação de em quais circunstâncias a pena poderia ser imposta.

Em outras palavras, as teorias da pena – inclusive as de prevenção geral, seja ela negativa ou positiva – e a função simbólica do Direito Penal, tais como existem, são um empecilho epistemológico e cultural ao desenvolvimento de uma racionalidade penal mais humana e direcionada a um “Direito Penal do cidadão”, uma vez que elas ainda permanecem dentro da atual lógica punitivista do Direito Penal na qual as penas aflitivas são obrigatórias e supervalorizadas (PIRES, 2001, p. 72-76).

Diante disso, consoante Pires (2004, p. 46), até as minorias sociais – aqui inserida a comunidade LGBTQIA+ – em pautas inadequadamente descritas como progressistas caem na armadilha cognitiva desse sistema de pensamento e demandam a criminalização de comportamentos ou a imposição de penas aflitivas mais severas, em razão de princípios inseridos na estrutura punitivista, como o da igualdade e vedação à proteção penal insuficiente.

Nesse passo, incorrem no paradoxo de, ao advogarem por seus interesses, exigirem uma grave violação dos direitos humanos do infrator, mediante a aplicação de pena aflitiva, para a defesa dos direitos humanos que lhes interessam, característica da aplicação negativa do Direito Penal inserido na falida racionalidade penal moderna (PIRES, 2004, p. 46).

À vista disso, mantém-se o *status quo* vigente, tal qual descrito por Baratta (1994, p. 19-20), da baixa efetividade na proteção dos bens juridicamente tutelados aliada à alta seletividade do sistema punitivo, não somente na execução da norma

---

<sup>55</sup> Conforme Baratta (1994, p. 17-18), a prevenção geral negativa seria tese impossível de ser empiricamente verificada em virtude de sua natureza dispersa e da existência de outros fatores sociais.

penal, mas também quanto ao processo de criminalização de condutas e o perfil social de seus autores (camadas mais pobres e estigmatizadas da sociedade)<sup>56</sup>, visto que há o predomínio carcerário de infrações menos socialmente danosas, a exemplo de crimes contra o patrimônio, o que o faz questionar se a intervenção da justiça criminal é significativa, levando-se em conta os “custos sociais produzidos por sua intervenção”, e não um mero higienismo social.

A decisão de criminalização da homotransfobia pelo STF ainda é retrato de uma nova faceta da racionalidade penal moderna: a “juridicização da opinião pública e do público pelo sistema penal”, como apelada por Pires (2004, p. 48-59).

Este fenômeno ocorre a partir da supervalorização pelos Poderes Legislativo e Judiciário, em matéria penal, da opinião dos meios midiáticos e do público, de maneira a estimular a normalização de “direitos ao anti-bem-estar dos outros em matéria penal”, a exemplo da criminalização para a imposição de penas aflitivas sob a falida justificativa de proteção dos bens jurídicos (PIRES, 2004, p. 48-59).

Assim sendo, Baratta (1994, p. 24) entende que enquanto não for encontrada uma alternativa à atual política criminal – inserida na racionalidade penal moderna e, por conseguinte, demasiadamente gravosa e incapaz de tutelar satisfatoriamente os bens jurídicos escolhidos –, dever-se-ia, pelo menos, observar os postulados da intervenção penal mínima e investir em políticas públicas referentes à defesa civil, social e cultural das minorias:

Refiro-me à luta civil e cultural pela organização da tutela pública dos interesses dos indivíduos e da comunidade, da defesa dos direitos dos mais fracos contra a prepotência dos mais fortes, com formas mais diferenciadas, justas e eficazes (instrumentais) que aquelas “simbólicas” oferecidas pelo sistema de justiça criminal. **Durante todo este tempo, o “uso alternativo do direito penal” significará usar o direito como instrumento para uma rigorosa limitação, política e técnica, daquela que em períodos anteriores parecia ter sido uma função útil, e que hoje aparece cada vez mais como a violência inútil das penas. Isto implica numa concessão instrumental do direito penal liberada da ilusão da instrumentalidade da pena** (BARATTA, 1994, p. 24, grifo nosso).

Em conclusão, observa-se que para os três teóricos a criminalização da homotransfobia pelo STF foi representação do Direito Penal Simbólico, sendo que, para Ripollés (2004) seria legítimo, *a priori*, porém recairia suspeita de ilegitimidade

---

<sup>56</sup> Zaffaroni, Alagia e Slokar (2002, p. 58) apresentam pensamento similar.

após análise aprofundada do caso em concreto, enquanto para Hassemer (1991) e Baratta (1985, 1991, 1994) a sua mera configuração já demonstraria uso ilegítimo da intervenção penal.

## 7 CONCLUSÃO

Observa-se que a pesquisa atingiu o seu objetivo ao se verificar que a criminalização da homotransfobia e a sua fixação como qualificadora do crime de homicídio doloso não foram aptas a gerar maior proteção do bem jurídico tutelado, qual seja a incolumidade física e emocional dos indivíduos LGBTQIA+, exigida pelo movimento político-social da minoria.

Nesse passo, também se respondeu o problema de pesquisa, ao se constatar que, diante dos dados de mortes violentas de indivíduos LGBT+ no Brasil colhidos pelo Grupo Gay da Bahia entre 2018 e 2020, é possível afirmar que a criminalização da homotransfobia pelo STF esgotou-se na função simbólica do Direito Penal.

De mesmo modo, respondeu-se os subproblemas de pesquisa ao se verificar que a criminalização pelo STF não visou primordialmente à proteção do bem jurídico tutelado; que apenas foi possível vislumbrar o sucesso do aspecto preventivo geral positivo fundamentador; e que é possível enxergar pontos positivos, até certo limite, na criminalização meramente simbólica.

Como explorado no último capítulo, a decisão da Suprema Corte revelou ser apenas mais uma manifestação do Direito Penal Simbólico, de forma que o aspecto preventivo geral positivo fundamentador presente na decisão foi privilegiado sobre a intenção de efetiva proteção do bem jurídico, visando reforçar a confiança da população no ordenamento jurídico pátrio e nas suas instituições e acalmar os ânimos do público.

Essa tese é reforçada pela controvérsia que recai sobre a constitucionalidade do julgado e pela ausência de organização política da comunidade LGBTQIA+ em escala similar ao movimento #CRIMINALIZASTF em prol da conquista da transformação e promoção de direitos nas esferas social, civil e cultural desde então, demonstrando uma certa “resignação” com a criminalização pela Corte Suprema.

O entendimento apresentado é corroborado pela impossibilidade de associação do caráter preventivo geral negativo da decisão do Tribunal Maior com a diminuição dos índices de violência apurados pelo Grupo Gay da Bahia (GGB) desde o ano de 2018 e pelo estudo bibliográfico que revela a baixa aplicação da Lei de Racismo desde a sua promulgação em 1989.

Conquanto seja estritamente simbólica e insuficiente, a decisão pode ser cautelosamente encarada e sentida positivamente como um marco histórico para a

população LGBTQIA+, visto que evidencia e significa, até certo ponto, o acolhimento do pedido de reconhecimento da minoria e da valorização de suas vidas perante o órgão supremo do Poder Judiciário, integrante do Estado, como compreendido por Silva (2020, p. 50).

Todavia, o exagerado caráter simbólico na decisão do STF revela ser o que Hassemer (1991, p. 30) e Baratta (1994, p. 17-21) entendem por fruto de uma política criminal moderna indicativa de crise no modelo de Direito Penal liberal que preza pela teoria de proteção dos bens jurídicos, numa tentativa de cumprir com as crescentes e difusas expectativas preventivas sobre a intervenção penal e melhorar a imagem das instituições.

Outrossim, a decisão da Suprema Corte representa uma nova faceta da há muito falida racionalidade penal moderna, intitulada por Pires (2004, p. 48-49) de “juridicização da opinião pública e do público pelo sistema penal”, visto que o Tribunal supervalorizou a opinião dos meios midiáticos e do público para contribuir à normalização e obrigatoriedade das penas aflictivas sob a fracassada justificativa de proteção dos bens jurídicos.

À luz do exposto, é possível inferir que a luta da comunidade LGBTQIA+ por reconhecimento e proteção estatal ainda está longe de acabar, sendo certo que a tutela penal revela-se insuficiente e inadequada para este fim.

Como destacado por Mott e Oliveira (2020, p. 36), apesar do Brasil ser líder na ocorrência de crimes LGBTQIA+fóbicos no mundo, o Poder Público não traça medidas urgentes de resolução do problema, apesar de estabelecerem para a população em geral.

Ao prosseguirem, entendem que a violência contra a população que diverge da heteronormatividade não deve ser resumida a ações de segurança pública, mas combatida através de políticas públicas de promoção da cidadania que diminuam as suas vulnerabilidades sociais (MOTT; OLIVEIRA, p. 46).

Isto posto, conclui-se que a reivindicação da intervenção criminal na tentativa de combate à LGBTQIA+fobia perpetua o ideal punitivista e falido do Direito Penal inserido na racionalidade penal moderna, além de incorrer no paradoxo de, ao advogar pelos interesses da minoria social, exigir uma grave violação dos direitos humanos do infrator, mediante a aplicação de pena aflictiva, para a defesa dos direitos humanos que interessam a comunidade LGBTQIA+ (PIRES, 2004, p. 46).

Da mesma forma, depreende-se que a busca incessante pela intervenção criminal – insuficiente – na proteção da comunidade LGBTQIA+, não obstante legítima, diminui e invisibiliza as demandas políticas que exigem reconhecimento e proteção nas esferas social, civil e cultural, mais aptas a tutelar satisfatoriamente os bens jurídicos discutidos, quais sejam as incolumidades física e psicológica da minoria.

## REFERÊNCIAS

ANJOS, Fernando Vernice dos. Direito penal simbólico e a finalidade da pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n° 171, v. 14, p. 2-3, fevereiro, 2007. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/280/4281>>. Acesso em: 05 jan. 2021.

ANJOS, Fernando Vernice dos. Direito Penal Simbólico E Lei De Combate À Violência Doméstica E Familiar Contra a Mulher. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 167, p. 10, 2006.

BACH, Marion; CARVALHO VEIGA, Daniel Rogério de. Função simbólica do direito penal e o princípio da intervenção mínima. **Caderno PAIC**, Curitiba 2013-2014, p. 425-443. Disponível em: <<https://cadernopaic.fae.edu/cadernopaic/article/download/73/72>>. Acesso em: 25 jan. 2021.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002. Disponível em: <[https://www.academia.edu/35757522/Criminologia\\_Critica\\_e\\_Critica\\_Do\\_Direito\\_Penal\\_Alessandro\\_Baratta\\_pdf](https://www.academia.edu/35757522/Criminologia_Critica_e_Critica_Do_Direito_Penal_Alessandro_Baratta_pdf)>. Acesso em: 02 fev. 2021.

BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. Tradução de Maurício Martínez Sanchez. **Pena y Estado**, n. 1, 1991. p. 37-55. Disponível em: <<http://ibccrim.dyndns.info:5180/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=75793&IndexSrv=1>>. Acesso em: 05 jan. 2021.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Tradução de Ana Lucia Sabadell. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 2, n. 5, jan.1994, p. 5-24. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/21983675/1994-alessandro-baratta-funcoes-instrumentais-e-simbolicas-do-direito-penal-line>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BARATTA, Alessandro. Integración-Prevención: Una "Nueva" Fundamentación de la Pena Dentro de la Teoría Sistémica. **Revista Doctrina Penal**, Buenos Aires, Ano 8, n. 29, p. 9-26, 1985.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, v. 1. 22ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n° 26** (Processo n° 9996923-64.2013.1.00.0000). Requerente: Partido Popular Socialista. Intimados: Congresso Nacional. Relator: Ministro: Celso de Mello.

BUDÓ, Marília de Nardin; GINDRI, Eduarda Toscani. A função simbólica do direito penal e sua apropriação pelo movimento feminista no discurso de combate à violência contra a mulher. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 19, n. 19, jan/jun. 2016, p. 236-268. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/651>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

CARDOSO, Arthur Martins Andrade. Criminalização da homofobia. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 304, v. 26, 2018, p. 17-19.

CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia *queer*. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, n. 99, v. 20, 2012, p. 187-212.

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da; MACHADO JÚNIOR, Elísio Augusto de Souza. Justiça Restaurativa: um caminho possível na superação da racionalidade penal moderna? **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 1, p. 65-91, abr. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/54226>>. Acesso em: 30 abr. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v63i1.54226>.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GORGA, Maria Luiza. A LGBTQI-fobia e a inércia estatal à luz do mandado constitucional de criminalização: 30 anos de negativa à vigência plena do art. 5º, XLI. *In: Direito penal, processo penal, execução penal e criminologia nos 30 anos da constituição cidadã: novos caminhos e desafios*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 347-359. Disponível em: <<http://ibccrim.vpn.acelerati.com.br:5180/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=103612&ilIndexSrv=1>>. Acesso em: 05 mai. 2021.

GRUPO GAY DA BAHIA. **Grupo Gay da Bahia**, 2021. Página inicial. Disponível em: <<https://grupogaydabahia.com.br/>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Tradução de Elena Larrauri. **Nuevo Foro Penal**, Medellín, n. 51, jan. 1991, p. 17-30. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/290652864.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2021.

HASSEMER, Winfried. Por qué y con qué fin se aplican las penas? Sentido y fin de la sanción penal. **Revista de derecho penal y criminología**, Madrid, n. 3, 1999. p. 317-331.

HOMOTRANSFOBIA MATA. **Homotransfobia mata**, 2021. Página inicial. Disponível em: <<https://homofobiamata.wordpress.com/>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

JAKOBS, Günther. ¿Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. *In: Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Dr. Günther Jacobs*. Lima: Aras, 2005, p. 137-156.

JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, n. 11, v. 7, 2001, p. 23-42.

JAKOBS, Günther. **Sobre la teoría de la pena**. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C., 1899. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000147.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2021.

MICHELS, Eduardo; MOTT, Luiz. **Mortes violentas de LGBT+ no Brasil – relatório 2018**. Grupo Gay da Bahia (GGB), 2019. Disponível em: <<https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2019/01/relat%C3%B3rio-de-crimes-contralgbt-brasil-2018-grupo-gay-da-bahia.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

MIR PUIG, Santiago. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, n. 1, v. 39, 1986, p. 49-58.

MOTT, Luiz; OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de. **Mortes violentas de LGBT+ no Brasil – 2019**. Grupo Gay da Bahia (GGB), 2020. Disponível em: <<https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2020/04/relatc3b3rio-ggb-mortes-violentas-de-lgbt-2019-1.doc>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

MOTT, Luiz; GASTALDI, Alexandre Bogas Fraga; OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de; AYRES, Carla Simara Luciana da Silva; SOUZA, Wilians Ventura Ferreira; SILVA, Kayque Virgens Cordeiro da. **Relatório: observatório de mortes violentas de LGBTI+ no Brasil em 2020**. Grupo Gay da Bahia (GGB) e Acontece Arte e Política LGBTI+. Disponível em: <<https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2021/05/observatorio-de-mortes-violentas-de-lgbti-no-brasil-relatorio-2020.-acontece-lgbti-e-ggb.pdf>>. Acesso em: 17 de mai. 2021.

NOVO, Benigno Núñez. Amicus Curiae. **DireitoNet**, 2018. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10419/Amicus-Curiae>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

PIRES, Álvaro Penna. Alguns obstáculos a uma mutação “humanista” do direito penal. **Revista Sociologias**, PPGS/UFRGS, Porto Alegre, ano 1, n° 1, jan./jun. 1999, p. 64-95.

PIRES, Álvaro Penna. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Revista Novos Estudos**, CEBRAP, São Paulo, n° 68, mar. 2004, p. 39-60.

PIRES, Álvaro Penna. La “línea maginot” en el derecho penal: la protección contra el crimen versus la protección contra el príncipe. *In*: **Nueva Doctrina Penal**. Buenos Aires, 2001/A, p. 71-96.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

QUEIROZ, Paulo. Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 74, p. 09, jan. 1999. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/174/2>>. Acesso em: 24 jan. 2021.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. O direito penal simbólico e os efeitos da pena. **Revista de Ciências Penais**, São Paulo, v. 1, n. 0, 2004, p. 24-49. Disponível em: <<http://ibccrim.dyndns.info:5180/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=73618&iIndexSrv=1>>. Acesso em: 08 jan. 2021.

RODRIGUES, Gustavo Távora. O racismo escondido sob o manto da lei. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 3, n. 5, p. 70-92, 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/download/4151/3451>>. Acesso em: 02 jun. 2021.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención em derecho penal**. Tradução de Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: fundamentos**. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. Sentidos e limites da pena estatal. *In*: \_\_\_\_\_. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos e Luis Nastscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 15-47.

SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo. Las teorías clásicas de la pena. **Revista Peruana de Ciencias Penales**, Lima, n. 11, 7/8, 2002, p. 331-455

SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo. Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, tomo 59, 2006, p. 111-134.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992. Disponível em: <[https://www.derechopenalenlared.com/libros/silva\\_sanchez\\_aproximacion\\_al\\_derecho\\_penal\\_contemporaneo.pdf](https://www.derechopenalenlared.com/libros/silva_sanchez_aproximacion_al_derecho_penal_contemporaneo.pdf)>. Acesso em: 26 jan. 2021.

SILVA, Renan Cassiano. **Criminalização da homotransfobia pelo STF: limites da resposta penal para gerar reconhecimento**. Orientadora: Daniela Carvalho Almeida da

Costa. São Cristóvão, 2020. Monografia (graduação em Direito) – Departamento de Direito, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2020. Disponível em: <<https://ri.ufs.br/jspui/handle/riufs/13756>>. Acesso em: 29 jan. 2021.

THOMASI, Tanise Zago; FONTES, Luanny Corrêa. Femicídio: Feminismo e Direito Penal Simbólico. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ijuí, Editora Unijuí, ano 6, n. 11, jan/jun. 2018, p. 232-257. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/6364/5781>>. Acesso em: 25 nov. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.