

PROJETO DE CÓDIGO PENAL E LGBTI: a *mise-en-scène* do enfrentamento ao preconceito e discriminação

PROYECTO DE CÓDIGO PENAL Y LGBTI: la *mise-en-scène* del enfrentamiento al prejuicio y la discriminación

Thiago Gomes Viana¹

Resumo: O trabalho aborda a polêmica temática da criminalização da discriminação por orientação sexual e identidade de gênero no projeto de Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012 – PLS nº 236/2012). Primeiramente, são explorados conceitos-operativos para melhor entendimento, tais como orientação sexual, identidade de gênero, homofobia, transfobia, bem como se traça um panorama do fenômeno social da homofobia e transfobia e o arcabouço legislativo a respeito. Em seguida, trabalham-se os fundamentos político-criminais que embasam a criminalização da discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. Por fim, são analisados, do ponto de vista dogmático, técnico-legislativo e político-criminal, os dispositivos da parte geral e da parte especial do PLS nº 236/2012 que tratam de tão importante tema.

Palavras-chave: Orientação sexual. Identidade de gênero. Homofobia. Transfobia. Criminalização. PLS nº 236/2012.

Resumen: La obra aborda al polémico tema de criminalización de la discriminación por orientación sexual e identidad de género en el proyecto de Código Penal (Proyecto de Ley del Senado nº 236/2012 – PLS nº 236/2012). En primer lugar, son explotados conceptos de funcionamiento para una mejor comprensión, como orientación sexual, la identidad de género, la homofobia, transfobia, del mismo modo se delinea una descripción del fenómeno social de la homofobia y transfobia y en relación con el marco legislativo. Asimismo, se tratan los fundamentos político-criminales que apoyan la penalización de la discriminación por orientación sexual e identidad de género. Finalmente, se analizan desde el punto de vista de la dogmática, técnica legislativa y política criminal, las disposiciones de la parte general y de la parte especial de la PLS nº 236/2012 que hacen frente a un tema tan importante.

Palabras clave: Orientación sexual. Identidad de género. Homofobia. Transfobia. Criminalización. PLS nº 236/2012.

1 Introdução

A criminalização da homofobia e transfobia, atualmente, representa uma das pautas mais candentes no debate público.

Tal assertiva se comprova pelo acalorado debate que se desenvolveu ao longo de 13

¹ Advogado; Pós-graduando em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC)/Centro Universitário Internacional (UNINTER); Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA); Diretor jurídico da Liga Humanista Secular do Brasil (LiHS); Presidente da Comissão da Diversidade Sexual (CDS), Membro da Comissão de Estudos Constitucionais, Institucionais e Acompanhamento Legislativo e do Grupo de Estudos em Direito Constitucional (GEC), todos da OAB/MA. Co-autor dos livros “Direito Criminal contemporâneo” (organizado por André Gonzalez Cruz; Brasília: Kiron, 2012) e “Estudos atuais de Direito Constitucional” (organizado por André Gonzalez Cruz, Hildélis Silva Duarte Junior e Thiago Allisson Cardoso de Jesus; Rio de Janeiro: Barra Livros, 2014).

anos de tramitação do Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006 (PLC nº 122/2006) – originalmente, Projeto de Lei nº 5.003/2001 (PL nº 5003/2001) –, que propõe, dentre outros pontos, incluir a homofobia e transfobia, mais precisamente, a discriminação ou preconceito de orientação sexual e identidade de gênero na Lei nº 7.716/89 (Lei Antirracismo). No final de 2013, o PLC nº 122/2006 foi apensado ao Projeto de Lei do Senado nº 236/2012 (PLS nº 236/2012).

O debate, contudo, ainda está em aberto, não só porque o tema se faz presente em discussões no Parlamento e na sociedade civil, como também pela grave insegurança jurídica ao exercício e gozo dos direitos fundamentais de lésbicas, *gays*, bissexuais, pessoas trans e intersexuais (LGBTI) causada pela ausência de uma legislação específica que enfrente o fenômeno da homofobia e transfobia.

O trabalho se propõe a, partindo dos fundamentos que justificam a proteção jurídico-penal da orientação sexual e identidade de gênero, analisar a inclusão desse tema no debate acerca da reforma penal proposta pelo PLS nº 236/2012.

2 Fundamentos político-criminais da criminalização da discriminação por orientação sexual e identidade de gênero

A teoria funcionalista teleológica ensina uma indeclinável necessidade quando se pretende (re)pensar os rumos da política criminal:

O Direito Penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica. [...] Um divórcio entre construção dogmática e acertos político-criminais, é de plano impossível, e também o tão querido procedimento de jogar o trabalho dogmático-penal e o criminológico um contra o outro perde o seu sentido: pois transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, estas em regras jurídicas, da *lex lata* ou *ferenda*, é um processo em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto (ROXIN, 2000, p. 82).

É a partir dessa premissa, em cotejo com as ponderações de Zaffaroni, Alagia e Slokar (2002, p. 155 e ss.), que o trabalho se desenvolve.

2.1 Conceitos-operativos: um olhar sobre o mosaico da diversidade sexual

Desde 1973, várias entidades e associações de profissionais da Medicina, Psicologia e Psiquiatria paulatinamente retiraram a homossexualidade de seu código de patologias, culminando, em 17 de maio de 1990, com a Assembleia-geral da Organização Mundial de

Saúde (OMS), que a excluiu da Classificação Internacional de Doenças (CID) (VECCHIATTI, 2013, p. 34).

Assim, a orientação sexual² e identidade de gênero³ passam a ser consideradas manifestações naturais da miríade de identidades e expressões afetivas e sexuais dos seres humanos, conseqüências da “[...] dimensão fundamental da constituição da subjetividade, alicerce indispensável para a possibilidade do livre desenvolvimento da personalidade” (RIOS, 2001, p. 90-91), merecedora de ampla proteção jurídica por representar um bem jurídico personalíssimo.

Ao longo da história, a perseguição contra as pessoas LGBTI por particulares ou pelo Estado, de regimes políticos da direita à esquerda, é um fato incontestável e hoje ainda está presente nos mais diferentes países, em distintos graus de intensidade. A esse fenômeno, dá-se o nome de *homofobia*⁴:

[...] [a] hostilidade, geral, psicológica e social, em relação àqueles e àquelas de quem se supõe que desejam indivíduos de seu próprio sexo ou tenham práticas sexuais com eles. Forma específica de sexismo, a homofobia rejeita a todos os que não se conformam com o papel determinado por seu sexo biológico. Construção ideológica consistente na promoção de uma forma de sexualidade (hétero) em detrimento de outra (homo), a homofobia organiza uma hierarquização das sexualidades e extrai dela conseqüências políticas. (BORRILLO, 2001, p. 36, tradução nossa)

Juridicamente, pode-se conceituar a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero como qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, motivada por

² “A orientação sexual é uma componente da sexualidade enquanto conjunto de comportamentos relacionados com a pulsão sexual e com sua concretização. Se a atração sexual é dirigida para pessoas do mesmo sexo, designamos tal orientação por ‘homossexualidade’; se ela se inclina para o sexo oposto, trata-se da ‘heterossexualidade’; e, ainda, de ‘bissexualidade’, se o sexo do parceiro é indiferente.” (BORRILLO, 2010, p. 23).

³ A identidade de gênero, relacionada basicamente às pessoas trans (transexuais, travestis, intersexuais – vulgarmente conhecidos por “hermafroditas” – e demais pessoas que não se encaixam no modelo binário dos papéis dos gêneros masculino e feminino), por sua vez, diz respeito à “[...] experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos”. (CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS, 2007, p. 7, 10). Em 02 de dezembro de 2012, a Associação Americana de Psicologia, na revisão do Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais (DSM), retirou a identidade trans da categoria de desordem mental e a incluiu como “disforia de gênero”, ou seja, correspondente o sofrimento emocional, resultado de “uma incongruência marcante entre o gênero experimentado/exprimido e o gênero atribuído” (FORD, 2012, tradução nossa). Contudo, alerte-se que a permanência desse item no código represente uma disfarçada ingerência sobre o direito à autodeterminação corporal das pessoas trans.

⁴ A expressão “homofobia” é de uso corrente para definir a atitude de hostilidade contra LGBTI, mas também se pode falar em “fobias” – não no sentido patológico, mas sim no sentido de aversão pessoal de natureza afetiva que se reflete na rejeição de LGBTI e de natureza cognitiva cujo objeto da aversão não é o indivíduo LGBTI, mas a condição das pessoas LGBTI em si, como fenômeno psicológico e social (BORRILLO, 2010, p. 22) – específicas e suas respectivas implicações peculiares: em *gayfobia* (fobia contra *gays*); *lesbofobia* (fobia contra lésbicas); *bifobia* (fobia contra bissexuais); e, por fim, *transfobia* (fobia contra pessoas trans) (BORRILLO, 2010, p. 23).

orientação sexual ou identidade de gênero, que tenha o propósito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública⁵.

Esse fenômeno se traduz num conjunto de ideias e práticas culturais, sutis ou ostensivas, que disseminam o preconceito e discriminação motivados pela orientação sexual e identidade de gênero, atingindo, inclusive, heterossexuais não-cisgêneros⁶, em outros termos, heterossexuais confundidos com LGBTI⁷. A sua manifestação se dá no meio familiar e social, desde a violência moral até espancamento, torturas, mutilações, castrações, agressões sexuais, e, nos casos mais graves, assassinatos bárbaros (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011, p. 09 e ss.). São os chamados *hate crimes*⁸. A situação de vulnerabilidade de LGBTI e os deletérios efeitos por estes sofridos⁹ resta patente.

A ONG Grupo Gay da Bahia (GGB), que há mais de 30 anos realiza coleta hemerográfica de homicídios contra LGBTI, apontou que, em 2013, foram 310 casos, o que pode ser maior, dado o alto índice de subnotificação (ARRUDA, 2014).¹⁰

⁵ Em igual sentido, os Princípios de Yogyakarta (CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS, 2007, p. 12) e Rios (2013, p. 05). O conceito remete à definição constante do art. I da Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (BRASIL, 1969).

⁶ Cisgênera é a pessoa que se identifica com o gênero socialmente atribuído a seu sexo biológico. Travestis e transexuais são pessoas que não se identificam com o mesmo, tendo assim identidade de gênero diversa àquilo que socialmente se espera de pessoas que se identificam com o seu sexo biológico. Quem tem tal identificação é uma pessoa cisgênera. Homossexualidade, heterossexualidade e bissexualidade referem-se à *orientação sexual*, ao passo que travestilidade, transexualidade e cisgeneridade referem-se à *identidade de gênero*.

⁷ Dentre tantos casos, em 24 de junho de 2012, na cidade baiana de Camaçari, dois irmãos gêmeos, José Leandro e José Leonardo, andavam abraçados quando foram abordados por um grupo de 08 jovens que passou a agredi-los pensando se tratar de um casal homoafetivo, o que resultou no falecimento de José Leonardo, consequência das agressões e pedradas na cabeça, e em lesões graves em José Leandro (MENESES, 2012).

⁸ “[...] delitos em que o autor do fato seleciona a vítima pela pertença, real ou suposta, a um grupo (racial, étnico, religioso, por exemplo), corrente filosófica ou política, origem, sexo ou orientação sexual; enfim, o motivo do autor para o crime, no todo ou em parte, é uma escolha existencial ou condição pessoal da vítima” (VIANA, 2012a, p. 112).

⁹ Hill (apud VIANA, 2012a, p. 116-117) compilou várias pesquisas sobre a situação da vítima em relação aos *hate crimes*, apurando que tal vítima se sente menos segura, enxerga o mundo como menos ordenado e significativo, tem baixa autoestima, apresenta quadro depressivo e fica mais propensa ao uso de álcool e drogas, dentre outros pontos, e, ainda segundo esse mesmo autor, em relação às vítimas de crimes que não os de ódio, as vítimas destes delitos têm quase três vezes mais probabilidade de sofrer ferimentos graves, relatar níveis mais elevados de medo, ansiedade, relacionar contratempos pessoais com o preconceito, bem como relatar o incidente como tendo um grande impacto sobre suas vidas, dentre outros sintomas.

¹⁰ O argumento corrente de que os 310 homicídios são ínfimos se comparados aos 50 mil crimes letais intencionais cometidos por ano, segundo dados do Anuário Estatístico do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) 50 mil crimes letais intencionais por ano (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2013, p. 14), resvala na *falácia de falsa analogia*, pois ignora que esse índice é um dado bruto, ao passo que os cometidos contra LGBTI têm recorte específico de motivação por homofobia e transfobia, direta ou indireta (diz-se direta ou indireta por um simples motivo: há homofobia direta quando o crime foi cometido com evidente motivação homofóbica; a indireta, por seu turno, é o pano de fundo onde a intolerância que proscree LGBTI para a marginalidade social, fazendo-os socialmente vulneráveis, com tendência à depressão, suicídio, consumo de drogas lícitas e ilícitas, e, claro, vitimização em crimes como roubos, latrocínios e homicídios). Ainda que os 310 homicídios não fossem motivados pela homofobia ou transfobia, o Federal Bureau of Investigation (FBI) relatou que em 2012 foram 1.318 crimes de ódio contra LGBTI (UNITED STATES OF AMERICA, 2012),

Em 2013, a Secretaria de Direito Humanos da Presidência da República, no segundo relatório sobre homofobia e transfobia, com dados referentes ao ano de 2012, apurou: foram registradas 9.982 violações de direitos contra LGBTI (aumento de 166% em relação a 2011), das quais 310 foram homicídios (em 2011, foram 278); no tocante às vítimas, a grande maioria é do sexo masculino (71%), gay (60,44%) e com idade entre 15 e 29 anos (61,33%) e, a maioria dos autores é conhecida da vítima (51%), tais como familiares e vizinhos, sendo que 25,54% das violações ocorreram nas casas da vítima e 30% nas ruas (BRASIL, 2013, p. 18 e ss.).

Diante desse quadro de grave insegurança jurídica, urge serem repensados os rumos da política criminal, especialmente a legislativa, tomando por base os dados empíricos tal qual sugerido pela teoria funcionalista teleológica.

Ademais, há razões outras de ordem político-criminal que embasam a punição criminal da discriminação por orientação sexual e identidade de gênero: princípios da proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) e da igualdade, em sua faceta material – o tratamento jurídico do Código Penal (CP) vigente e leis criminais esparsas, por não trabalharem a perspectiva específica dessa discriminação, permite concluir que o mesmo representa uma forma de discriminação indireta¹¹; homofobia e transfobia como espécies do gênero racismo, entendido, em sua perspectiva ontológico-constitucional cristalizada no caso Ellwanger (*Habeas corpus* nº 82.424/RS), como toda ideologia/prática que pregue a inferioridade de um grupo relativamente a outro, o que inclui LGBTI no rol de tutelados pelo mandado constitucional de criminalização do racismo¹², ou, ao menos, como formas de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, penalmente punível¹³; na analogia *lato sensu* calcada no fato de que pessoas LGBTI, tal qual negros, minorias étnicas, mulheres, imigrantes etc., são um grupo social vítima de histórica e intensa discriminação, logo merecedores de específica proteção legislativa; leis penais punindo homofobia e/ou transfobia em ao menos 59 países (VIANA, 2012a, p. 114-121; VIANA, 2012b, p. 03, 13).

sendo que nesse mesmo período a Coalizão Nacional de Programas Anti-violência (NVCAP) apontou ocorrência de, pelo menos, 30 homicídios de ódio homofóbico e transfóbico (SHAPIRO, 2012).

¹¹ Ou seja, “[...] regulação aparentemente neutra e geral, que, todavia, produz um tratamento diferenciado a um indivíduo ou grupo, desproporcional e injustificado” (RIOS, 2001, p. 27), vez que a homofobia e transfobia são fenômenos tão ou mais intensos que o racismo, a violência doméstica e familiar contra a mulher, violência contra idosos, crianças e adolescentes, pessoas vivendo com HIV/AIDS, grupos sociais vulneráveis que já possuem um diploma legal que lhes garante um *plus* de proteção jurídica.

¹² “Art. 5º [...] XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.” (BRASIL, 1988). No mesmo sentido, v. Nucci (2012, p. 194-195) e Vecchiatti (2011, p. 520 e ss.).

¹³ “Art. 5º [...] XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.” (BRASIL, 1988).

É de se dizer, ainda, que, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Brasil, de forma pioneira, lidera iniciativas de ações e documentos para proteção dos direitos humanos de LGBTI tanto no sistema global junto à Organização das Nações Unidas (ONU)¹⁴ como no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH)¹⁵.

Nem se cogite da hipótese de que a tese de criminalização aqui aventada representaria uma expansão do Direito Penal. Nesse sentido, Salo de Carvalho (2012, p. 200) sustenta:

[...] justificável, do ponto de vista da tutela dos direitos fundamentais, a motivação homofóbica adjetivar condutas que implicam em danos concretos a bens jurídicos tangíveis, como a vida (*homicídio homofóbico*), a integridade física (*lesões corporais homofóbicas*) e a liberdade sexual (*violação sexual homofóbica*). Inclusive porque *estes bens jurídicos invariavelmente integram a restrita pauta de criminalização defendida nos programas de direito penal mínimo*. Retomo (e adapto), portanto, uma conclusão que externei em outro momento, relativa ao debate sobre a violência contra a mulher: *a mera especificação da violência homofóbica em um nomen juris próprio designado para hipóteses de condutas já criminalizadas não produz o aumento da repressão penal, sendo compatíveis, inclusive, com as pautas político-criminais minimalistas*. (grifo nosso)

Foi esse quadro de grave violação de direito que motivou a então deputada Iara Bernardi a propor o referido PL nº 5003/2001, que, após aprovação unânime pela Câmara dos Deputados, foi autuado no Senado como PLC nº 122/2006, hoje com redação dada pela Emenda nº 01 da Comissão de Assuntos Sociais (CAS) do Senado (Emenda nº 01 – CAS), afinal o parecer do relator Senador Paulo Paim (PT/RS) sequer foi apreciado (BERNARDI, 2006). Desde a Câmara dos Deputados, são 13 anos de tramitação desse projeto, que, sobretudo de 2006 até o presente, tem encontrado aguerrida resistência das alas conservadoras do Congresso Nacional, especialmente da “bancada evangélica” (Frente Parlamentar Evangélica – FPE).

¹⁴ Além dos tratados e convenções de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário (Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional dos direitos civis e políticos, Pacto Internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais, Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas contra a mulher etc.), em 2008 foi aprovada a “Declaração nº A/63/635 – Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero”, na qual, reafirmando a vigência do princípio da não-discriminação, os países signatários se mostraram preocupados com a homofobia e transfobia e conclamaram os Estados a buscar mecanismos de punição às violações de direitos humanos de LGBTI (BAHIA, 2012, p. 01). Para mais, v. Viana (2012b, p. 06-13).

¹⁵ Sem olvidar a Convenção Americana de Direitos Humanos (1948) e o Pacto de São José da Costa Rica (1969), as Resoluções nº 2.504/2009, 2.600/2010, 2.653/2011 (BAHIA, 2012, p. 1), 2.721/2012 e 2.807/2013 (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2013b, 2014), que tratam dos direitos humanos de LGBTI, em 05 de junho de 2013, a Assembleia Geral da Organização do Estados Americanos (OEA), em sessão histórica, aprovou a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, o primeiro documento internacional juridicamente vinculante que, de forma expressa, condena a discriminação baseada em orientação sexual, identidade e expressão de gênero, prescrevendo uma série de medidas a serem tomadas pelos Estados-parte no enfrentamento da transfobia e homofobia, além de disciplinar a responsabilização dos Estados por violação de direitos humanos de LGBTI (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2013a).

Insta dizer que o referido projeto, em seu cerne, se assemelha ao que inicialmente propunha o PLS nº 236/2012, ora objeto de análise, daí as comparações que serão traçadas ao longo do trabalho.

3 A criminalização da discriminação por orientação sexual e identidade de gênero no PLS nº 236/2012

O Código Penal de 1940, de notória inspiração fascista, paulatinamente sofreu uma série de reformas¹⁶ que demonstravam a necessidade de sua adequação à realidade brasileira contemporânea, sobretudo depois de promulgada a Carta Magna em 1988.

Nesse passo, em 18 de outubro de 2011, foi instalada a “Comissão de Juristas com a finalidade de elaborar Anteprojeto de Código Penal” (CJECP), responsável por elaborar não só o anteprojeto de CP, como também dar organicidade a toda a legislação penal esparsa brasileira. Após cerca de sete meses de audiências públicas e reuniões, em 18 de junho de 2012, a CJECP apresentou o Anteprojeto de Novo Código Penal, autuado como PLS nº 236/2012 em 09 de julho de 2012 (SARNEY, 2012).

O texto do PLS nº 236/2012, em que pese alguns pontos louváveis, sofreu severas críticas, a esmagadora maioria delas acertada.¹⁷

No que diz respeito ao tema em análise, atenta aos fenômenos da homofobia e transfobia e do vácuo legislativo para combatê-los, a comissão aprovou texto do anteprojeto em que constara a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero nos mesmos dispositivos onde foi incorporada a Lei Antirracismo, dentre outros pontos.

Como se viu até aqui, as bases jurídicas nacionais, internacionais e de Direito Comparado estão há muito assentadas. A CJECP nada fez além de acolhê-los, sintonizando a legislação brasileira com esses prâmetros.

¹⁶ Destaque para a reforma empreendida pelas Leis nº 7.209/84 (reformulou a parte geral), 11.106/2005 (extinguiu delitos de sedução, rapto de mulher honesta mediante fraude e o de adultério, bem como o casamento como causa de extinção da punibilidade nos crimes antes chamados de “crimes contra os costumes”, hoje “crimes contra a dignidade sexual”, tais como estupro, atentado violento ao pudor, aos já revogados posse sexual mediante fraude, rapto etc.) e nº 12.015/09 (reformou a parte referente aos crimes sexuais, não mais se falando em crimes contra os costumes, mas em crimes contra a dignidade sexual, de modo que o estupro, por exemplo, é consignado como delito contra a liberdade sexual), todas elas com o precípuo objetivo de adequar a legislação penal codificada aos novos valores sociais e constitucionais da atualidade (BRASIL, 1984).

¹⁷ O texto do Anteprojeto da CJECP merece aplausos pela coragem em abordar temas polêmicos de uma forma sensata no geral: descriminalização do rufianismo, da maconha para consumo próprio, da eutanásia, ampliação dos casos de aborto legal, em especial a criminalização da discriminação motivada por orientação sexual e identidade de gênero. Contudo, tais avanços são ofuscados pela quantidade e gravidade de erros, como se pode verificar nas análises de vários autores em artigos na edição especial da Revista Liberdades sobre a reforma do CP (INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2012) e na Revista da EMERJ (ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2012).

Todavia, o PLS nº 236/2012, louvável na maior parte dos aspectos referentes ao enfrentamento do fenômeno da discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, sofreu um grave retrocesso com a relatoria do senador Pedro Taques (PDT/MT) cujo parecer foi aprovado *in totum* pela Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal (CTERCP), como será demonstrado a seguir.

3.1 A “síndrome da Rainha Vermelha”¹⁸: análise político-criminal do PLS nº 236/2012

Em primeiro lugar, questionável foi unificar quase toda a legislação penal esparsa no código, inclusive a Lei nº 7.716/89.

O Direito Antidiscriminatório brasileiro tem dentre seus principais diplomas normativos a Lei Antirracismo cuja incorporação ao códex penal não foi salutar. Sem dúvida, digna de aplausos a intenção dos juristas em eliminar a caatinga legislativa das leis penais especiais, entretanto o resultado final se deu em detrimento de micro sistemas penais que, por lógica e sistematicidade, deveriam ficar em apartado¹⁹.

A prática do racismo é dos poucos crimes que o Poder Constituinte Originário se preocupou em tratar, apenando a mesma com a imprescritibilidade, inafiançabilidade e pena de reclusão²⁰. Tem fundamento a maior parte das críticas endereçadas à Lei Antirracismo cujos erros, causas de sua notória inefetividade, se espraiam em projetos de leis outros que tratam do tema (VIANA, 2012a, p. 114-121).

Assim, além do comando constitucional de criminalização do racismo, como salienta Gómez (2002, p. 18, tradução e grifo nossos):

¹⁸ Essa expressão foi cunhada por Marcos Rolim (2006, p. 36-37), cuja inspiração em última instância foi na obra “Alice através do espelho”, de Lewis Carroll, para explicar que no modelo reativo de policiamento, por maiores que sejam os esforços policiais, costumam eles acabar em “lugar nenhum” porque sua “intervenção se faz presente apenas e tão-somente quando o crime já ocorreu (...). ‘Corre-se’ assim para se permanecer onde está, diante das mesmas perplexidades e temores”. A metáfora serve para ilustrar também o ponto crucial das críticas à Lei Antirracismo: se insiste na pura e simples criminalização do racismo, mas não se trabalham os motivos de sua quase completa inefetividade (não inclusão da “injúria racial” no corpo do referido diploma legal, descaso com a vítima e com o ofensor etc.) (VIANA, 2012a, p. 112-121).

¹⁹ A transcrição praticamente *ipsis litteris* da Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), inserida no Anteprojeto (arts. 41-44) (SARNEY, 2012, p. 13-15) é sintoma da ausência de critérios, além de se ignorar a nítida necessidade de ser uma lei autônoma (afinal, a responsabilização penal da pessoa jurídica conflita com categorias centrais da responsabilidade subjetiva do Direito Penal clássico) e os graves problemas (a exemplo da ausência de normas processuais para crimes cometidos pela pessoa jurídica) apontados pela doutrina.

²⁰ Como sedimentado no acórdão do HC 84.424/RS, a Constituição “[...] impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática” (NUCCI, 2012, p. 191). Apesar da intenção de punir severamente, há que se dizer que, no sistema processual vigente, pode ser aplicado ao racismo liberdade provisória sem fiança e, a depender do tipo penal, pode incidir os benefícios da Lei 9.099/95 (suspensão condicional do processo ou transação) (NUCCI apud VIANA, 2012a, p. 115-116).

[...] o benefício marginal de punir os delitos motivados por ódio racial é plausivelmente maior que um crime semelhante carente dessa motivação (porque *os benefícios psicológicos para o seu autor advindos do cometimento do delito colocam seus autores na parte superior da distribuição de delinquentes, isto é, entre os mais inclinados a cometer o delito*); se são considerados os custos de defesa e prevenção de crimes em relação aos membros das minorias ameaçadas, um aumento da sanção também é aconselhável. Claro também é que, *se a motivação racista é considerada per se má e indigna de entrar no cálculo do bem-estar social, o modelo econômico padrão do crime e punição recomendam aumentar a pena em relação aos quais seria imposta sobre os outros crimes em que a motivação (econômica, passional, etc.) não é, como tal, excluída da função de bem-estar social.*

O tratamento legal do PLS nº 236/2012, no geral, não mais ignorava a especificidade da violência decorrente da orientação sexual ou identidade de gênero da vítima, como dito anteriormente. Contudo, houve nítido recuo no parecer aprovado na CTERCP. O relator assim justificou a exclusão de todas as referências a “gênero”, “identidade de gênero”, “identidade sexual”, “opção sexual” ou “orientação sexual” em diversos dispositivos²¹:

[...] seguimos os fundamentos de emendas oferecidas pelo Senador MAGNO MALTA (Emendas nºs 755, 756, 757, 758, 760, 761, 762, 763 e 764) e VITAL DO RÊGO (Emenda n. 809). Tais expressões não encontram definição consensual na doutrina nem constam de nossa tradição legislativa. Conforme argumenta o Senador em suas emendas, há vasta literatura que denuncia o uso de tais conceitos mais como uma “ideologia de gênero” do que propriamente como uma “política de gênero”. O conceito de gênero foi inicialmente introduzido no ambiente político pela Conferência de Pequim de 1995, que o adotou como sinônimo de sexo. Depois tal conceito passou a significar também auto-percepção que cada ser humano tem de sua própria sexualidade, o que pode não coincidir com a sexualidade biológica. Essa perspectiva conceitual já deixaria os dispositivos penais muito abertos. É necessário maior amadurecimento dessa discussão antes que tais conceitos possam ser incorporados à legislação. (SARNEY, 2013, p. 295-296)

Metodologicamente, nas considerações seguintes a respeito da supracitada alteração, se usará “Projeto de CP – CJEC” para designar a redação original do PLS nº 236/2012 (coincidente com o texto da CJEC) e “Projeto de CP – CTERCP” em referência ao parecer do senador Pedro Taques aprovado pela CTERCP, que define a redação atual do projeto.

A uma, além do equivocado apensamento do projeto (com amplo apoio da FPE) do projeto, sob protestos do Movimento LGBTI e de juristas²², reforça as críticas acerca da

²¹ Nos arts. 75, inc. III, alínea “n” (circunstâncias agravantes); art. 121, inc. I (homicídio qualificado); art. 129, §7º, inc. III (lesão corporal qualificada); art. 143, §1º (injúria qualificada); art. 249, III (terrorismo); art. 478 (transferência forçada de população); art. 479 (perseguição); art. 480 (genocídio); art. 481, inc. I, alínea “c” (tortura); e art. 486 (racismo e crimes resultantes de preconceito e discriminação), todos referentes ao Parecer final da CTERCP (SARNEY, 2013b, p. 331-332, 344, 348, 352, 387, 452-453, 455-456).

²² Em 26 de novembro de 2013, diversas ONGs LGBTI, advogados e ativistas independentes veicularam a “Carta Aberta Ao Senado Federal sobre o PLC122”, criticando, em síntese, a não votação do PLC nº 122/2006, por pressão de parlamentares da FPE, a pretexto de buscar novamente um “texto de consenso”, que, ao fim e ao cabo, não foi elaborado (CARTA..., 2013). Após o apensamento do PLC nº 122/2006 ao PLS nº 236/2012, diversas ONGs LGBTI, advogados e ativistas independentes divulgaram a “Nota de Repúdio ao Senado Federal por enterrar o PLC 122/06”, criticando, em suma, que o fato de ter sido apensado o projeto significou, na prática,

subserviência do Congresso Nacional às pressões do fundamentalismo religioso, em grave ameaça ao Estado laico, considerando que o senador Magno Malta (PR/ES) compõe a FPE, ferrenha opositora de todo e qualquer projeto pró-LGBTI²³. Tanto assim é que sequer foi apreciada, a título de exemplo, os argumentos da emenda apresentada em 06 de novembro de 2012 pela senadora Lídice da Mata (SARNEY, 2012b).

A duas, ignorou-se, por completo, os fundamentos científicos e político-criminais elencados na primeira parte do trabalho sobre a orientação sexual e identidade de gênero, os quase 13 anos de debates (incluindo as inúmeras audiências públicas) e produção jurídica a respeito do direito à diversidade sexual²⁴ e do PLC nº 122/2006, os dados oficiais (constantes dos relatórios sobre homofobia e transfobia, as políticas públicas para LGBTI, decisões do Judiciário, dentre outros), a postura internacional do Brasil na defesa de direitos humanos de LGBTI junto à ONU e OEA. Inusitado notar que o senador Pedro Taques renegou seu próprio PLS nº 457/2011, no qual propõe incluir a orientação sexual e identidade de gênero como elementos para injúria qualificada, com agravamento de pena (OLIVEIRA, 2012, p. 100). Ademais, reside aqui uma contradição: o Projeto de CP – CTERCP mantém o crime de transgenerização forçada²⁵, mas ao mesmo tempo nega à orientação sexual e à própria identidade de gênero (que implica percepção social e individual de gênero) a natureza de bens jurídicos com dignidade penal.

A três, não se sustenta a tese de que os termos orientação sexual e identidade de gênero não “encontram definição consensual na doutrina”, tendo em vista o Direito Comparado e vários documentos do governo federal, resoluções da Assembleia-geral da OEA, documentos da ONU – em ambas as entidades, a maioria deles propostos pelo Brasil ou apoiados por este –, de profissionais e estudiosos da Medicina, Psicologia, etc., ou que não “constam de nossa tradição legislativa”, quando, em verdade, a expressão “preferência sexual” ou “orientação sexual” estão presentes em algumas Constituições estaduais²⁶, leis

o sepultamento do mesmo, ante a conhecida “longa demora na deliberação definitiva de um código” (GIORGI, 2013).

²³ PLS nº 3.323/2008, e nº 7.018/2010, que propõem alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente, para vedar a adoção por casal do mesmo sexo, Projeto de Decreto Legislativo (PDC) nº 234/2011, o PDC da “cura gay”, dentre vários outros (OLIVEIRA, 2012, p. 83 e ss.).

²⁴ A bibliografia é imensa, mas ilustrativamente cite-se: Maria Berenice Dias (2011, 2010) e Paulo Iotti Vecchiatti (2013).

²⁵ “Art. 191. Realizar em alguém, contra a sua vontade, qualquer ato tendente a alterar a percepção social de seu gênero designado pelo nascimento, com o fim de submetê-lo, induzi-lo ou atraí-lo à prostituição ou qualquer forma de exploração sexual: Pena – prisão, de oito a quinze anos. [...]” (SARNEY, 2013b, p. 369). Para uma análise mais profunda, v. Viana (2013).

²⁶ Alagoas (2001), Distrito Federal (1993), Mato Grosso (1989), Pará (2003), Santa Catarina (2002), Sergipe (1989) (ITABORAHY; ZHU, 2013, p. 27).

aprovadas pelo Congresso Nacional²⁷, leis estaduais e municipais²⁸. As emendas dos senadores atacaram as confusões terminológicas do Projeto de CP – CJEC (que ora falava em “identidade sexual”, ora em “opção sexual” em vez de apenas “orientação sexual” e “identidade de gênero”) e, pior, detiveram-se em tecer elucubrações sem referenciar qualquer estudioso que embasasse as ideias apresentadas. Em resumo, o Projeto de CP – CTERCP fez-se cego e surdo para o “fato do pluralismo” (Rawls) das vivências do afeto e sexualidade das pessoas LGBTI, do preconceito discriminação por estes sofrido, marca da homofobia e transfobia institucionais que há muito assolam o Parlamento brasileiro.

O trabalho, a partir do item seguinte, cotejará analiticamente os dispositivos do Projeto de CP – CJEC e o Parecer final da CTERCP.

3.2 Parte geral

A análise seguirá a ordem dos artigos disposta no Projeto de CP – CJEC.

Impende ressaltar que se parte da premissa segundo a qual o racismo, em seu conceito ontológico-constitucional aqui adotado, compreende a discriminação por gênero, raça, cor, etnia, orientação sexual, identidade de gênero, religião ou origem, daí serem abordados os dispositivos que utilizam o termo “racismo” ou “raça”.

No art. 7º do Projeto de CP – CJEC, que trata da extraterritorialidade incondicionada, inovou-se tão-só para citar de forma expressa o crime de racismo (inc. III) (SARNEY, 2012a, p. 03), antes, previsto implicitamente no art. 7º, inc. II, alínea “a” do CP (BRASIL, 1948). A previsão também consta do Projeto de CP – CTERCP (SARNEY, 2013b, p. 313).

A coação moral irresistível e obediência hierárquica (art. 37, § único) do Projeto de CP – CJEC, em seu parágrafo único, explicita que é manifestamente ilegal qualquer ordem

²⁷ As Leis nº 9.612/1998 (institui o Serviço de Radiodifusão Comunitária e dá outras providências), nº 10.216/2001 (dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental), nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher), nº 11.707/2008 (altera a Lei nº 11.530/2007, que institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – Pronasci) e nº 12.414/2011 (disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplimento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito) são as únicas que mencionam “preferências sexuais” ou “orientação sexual” (ausente a questão da identidade de gênero) (OLIVEIRA, 2012, p. 104-108).

²⁸ Rio Grande do Sul, Distrito Federal (Lei Distrital 2.615/00); Minas Gerais (Lei Estadual 14.170/02); São Paulo (Lei Estadual 10.948/01); Mato Grosso do Sul (Lei Estadual 3.157/05); Piauí (Lei Estadual 5.434/04); Pará (Lei Estadual 6.971/07); Paraíba (Lei Estadual 7.309); e Maranhão (Lei Estadual 8.444/06); entre os municípios, destacam-se Macapá (AP), Salvador (BA), São Raimundo das Mangabeiras (MA), Arraial do Cabo (RJ) etc. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS, 2014)

para prática do racismo (SARNEY, 2012a, p. 12), prescrição não mantida pelo Projeto de CP – CTERCP (SARNEY, 2013b, p. 319).

No art. 56 do Projeto de CP – CJEC, definindo o crime de racismo como delito hediondo (BRASIL, 2012a, p. 20), o que foi preservado pelo Projeto de CP – CTERCP (SARNEY, 2013b, p. 325). Embora do ponto de vista meramente técnico até haja razões para defender esse dispositivo, do ponto de vista mais amplo da Política Criminal, no tocante à efetividade da Lei nº 8.072/90 (Lei dos crimes hediondos – LCH), ampliar-se as hipóteses não foi recomendável, já que a LCH, ainda hoje vista como tábua de salvação, não teve qualquer efeito prático na redução da criminalidade²⁹. As sanções de imprescritibilidade, inafiançabilidade, a pena de reclusão, como propõe o PLS nº 236/2012, tanto no Projeto de CP – CJEC (SARNEY, 2012a, p. 173) como no Projeto de CP – CTERCP (SARNEY, 2013b, p. 325, 451-453, 457), bem como a não concessão de fiança, graça ou anistia já constituem severa reprimenda à prática do racismo.

O art. 77 do Projeto de CP – CJEC (SARNEY, 2012a, p. 27-28) trata das circunstâncias agravantes e na alínea “n” constam as expressões “orientação sexual” e “identidade de gênero”, suprimidas no Projeto de CP – CTERCP. Retrocesso preocupante porque tal dispositivo não será aplicado subsidiariamente para punir com mais rigor um delito no qual a discriminação de qualquer espécie (repudiada pela Constituição Cidadã, sempre bom lembrar) não integre o tipo, seja uma qualificadora ou configure hipótese de aumento de pena. Necessário o retoque para incluir a acertada locução “ou por outro motivo assemelhado, indicativo de ódio ou intolerância”. Evita-se, a um só tempo, a criação desnecessária de qualificadoras para os tipos penais e, também, a hipótese de que crimes de ódio não sejam punidos a contento, tais como dano a objetos ou monumentos de valor cultural³⁰ ou

²⁹ Segundo estudo a pedido do Ministério da Justiça, o Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente (ILANUD) apurou que não houve redução da criminalidade, pelo contrário, ela aumentou, inclusive superando projeções em cenários em que a lei não existisse (BARBOSA, 2006). O Brasil, como recentemente noticiado pelo Conselho Nacional de Justiça, ultrapassou a Rússia e tem hoje a terceira maior população carcerária do mundo, com 715.655 presidiários, com o ranking encabeçado pelos Estados Unidos com 2.228.424 presos, seguido da China com 1.701.344; o sistema prisional brasileiro tem capacidade para 357.219 presos, sendo o déficit nacional de 210.436 vagas, que aumenta para 358 mil vagas, se considerado o número de prisões domiciliares (BRASIL..., 2014). Ademais, em 2012 houve 50.062 crimes violentos letais intencionais (homicídio doloso, latrocínio e lesão corporal seguida de morte) (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2013, p. 14).

³⁰ Em São Paulo, foi inaugurado em 2013 o Museu da Diversidade, para promover a sensibilização e conscientização da sociedade sobre a importância do respeito e a valorização da diversidade sexual, além de reunir as referências de produção acadêmica, cultural e artística sobre a temática LGBTI no país, que será transferido para um prédio na Avenida Paulista, que abrigará o Museu da Diversidade, sexual, racial (FUTURA..., 2014). Um alvo factível de vandalismo, invasão, atentados, frutos de hostilidade contra LGBTI.

propriedade particular³¹, crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos, tão comuns na legislação estrangeira³², por configurarem hipóteses merecedoras da atenção do legislador.

Feitas as devidas considerações da parte geral do PLS nº 236/2012, passa-se à análise da parte especial do projeto.

3.3 Parte Especial

De início, ressalte-se que as críticas e sugestões adiante desenvolvidas se aplicam aos dispositivos do Projeto de CP – CJECP e, com mais razão ainda, ao Projeto de CP – CTERCP, que aboliu as referências à orientação sexual e identidade de gênero do projeto.

No Projeto de CP – CJECP, o art. 121 tipifica o crime de homicídio e, no §1º, inc. I, inclui na modalidade qualificada quando cometido por preconceito de “raça, cor, etnia, orientação sexual e identidade de gênero, deficiência, condição de vulnerabilidade social³³, religião procedência regional ou nacional, ou por outro motivo torpe”, apenado com prisão de 12 a 30 anos (SARNEY, 2012a, p. 44).

Não se duvida que o homicídio motivado por orientação sexual e identidade de gênero, real ou suposta, sempre se configurou como “motivo torpe” do homicídio qualificado previsto no art. 121, § 2º, inc. I, do CP, por mais que as decisões judiciais não o reconheçam de forma expressa. Entretanto, o manto da igualdade formal sempre escamoteou sob a forma de discriminação indireta as cotidianas e específicas violências sofridas por grupos sociais vulneráveis, de modo que a previsão legal com essa peculiaridade, a um só tempo, evita eventual divergência jurisprudencial acerca do tema mediante algum conceito restritivo que se possa ter de motivação “torpe” e sinaliza o enfrentamento incisivo o fenômeno da intolerância contra LGBTI refletida na sua face mais cruel, o homicídio.

O crime de lesão corporal, previsto no art. 129 do Projeto de CP – CJECP, prescreve

³¹ Tanto de pessoas LGBTI individualmente consideradas como de ONGs que promovem direitos dessa população, como ocorrido recentemente na cidade de Niterói (RJ), em que a ONG Grupo Diversidade Niterói foi invadida, teve suas dependências, objetos e móveis depredados ou roubados (CARVALHO, 2014).

³² Art. 258 do Código Penal da Bulgária, art. 453 do Código penal de Luxemburgo, §292 do Código Penal de Montenegro, arts. 225-17 e 322-2 do Código Penal francês, dentre outros (ORGANIZATION FOR SECURITY AND CO-OPERATION IN EUROPE, 2014).

³³ Salutar o acréscimo da locução “condição de vulnerabilidade social” em resposta ao recrudescimento de grupos neonazistas por todo o país, não só fazendo vítimas pessoas LGBTI, negros, nordestinos, mas sobretudo moradores de rua. Segundo informações do Centro Nacional de Defesa dos Direitos Humanos da População em Situação de Rua e dos Catadores de Material Reciclável (CNDDH), de março de 2011 a março de 2012 foram 91 assassinatos de moradores de rua no Brasil, o que contudo ainda é uma estatística que sofre com subnotificação (VIOLÊNCIA..., 2012). O caso mais recente, foi o do jovem Vítor Suarez Cunha, que sofreu afundamento na testa e na região dos olhos decorrentes do espancamento que sofreu ao defender um mendigo agredido por um grupo de cinco jovens, na Ilha do Governador (RJ) (HERINGER; CARVALHO, 2012).

que tal delito, se cometido por preconceito de “identidade ou orientação sexual”, terá pena aumentada de um a dois terços, qualquer que seja a modalidade (SARNEY, 2012a, p. 48-49). O fato de o delito de lesão corporal ser o mais relatado pelas denúncias³⁴ representa mais uma justificativa favorável ao aumento de pena. Sugere-se acrescentar “discriminação” e retificar os termos para “orientação sexual” e “identidade de gênero”.

No art. 138 do Projeto de CP – CJECP, inclui-se “sexo ou opção sexual” no § 1º, com cominação de pena de 01 a 03 anos, no rol de critérios da injúria qualificada (SARNEY, 2012a, p. 53), a chamada “injúria racial”, inserida pela Lei nº 9.459/1997 no CP (BRASIL, 1984).

Além do descaso com a organicidade legislativa, a figura da injúria racial, desde que foi incluída no CP, é alvo de críticas de juristas e outros estudiosos, sobretudo por parte do Movimento Negro, vez que, após sua inclusão, se assistiu a uma enxurrada de processos antes capitulados no art. 20 da Lei Antirracismo, referencial para punição do *hate speech* (discurso de ódio), serem desclassificados para o supracitado art. 140, § 3º, do CP, dando azo a abrandamento das penas e raros casos de condenação, sobretudo em virtude da ocorrência de prescrição punitiva (VIANA, 2012a, p. 114)³⁵. Duvidosa a constitucionalidade dessa diferenciação entre “racismo” e “injúria racial”, por se entender que esta é espécie do gênero racismo, devendo ser punida nos termos da Lei nº 7.716/89. Os crimes contra a honra motivados por preconceito de orientação sexual e identidade de gênero totalizam 8,56% dos casos denunciados (BRASIL, 2013, p. 33), o que provavelmente pode ser maior, dado o alto grau de subnotificação.

No art. 239 do Projeto de CP – CJECP, tipifica-se o crime de terrorismo como “causar terror na população” mediante a prática de condutas tais como sequestrar ou manter alguém em cárcere privado, ou ameaçar de morte ou lesão pessoas, ainda que indeterminadas, com pena de prisão de 08 a 15 anos (SARNEY, 2012a, p. 97-98) – redação do *caput* idêntica ao seu correspondente art. 249 no Projeto de CP – CTERCP (SARNEY, 2013b, p. 388). No inc. III do referido dispositivo, fala-se em delito de terrorismo motivado por preconceito “identidade ou orientação sexual”, equívoco terminológico que precisa ser sanado (SARNEY, 2012a, p. 97).

³⁴ Segundo dados oficiais do 2º relatório sobre violência homofóbica, lesões corporais representam 59,35% do total de violências físicas, seguidas por maus tratos, com 33,54% (BRASIL, 2013, p. 35).

³⁵ Para distinguir um e outro, a doutrina pátria se divide entre os critérios de “destinatário da ofensa” e “âmbito da ofensa”: pelo primeiro, o critério mais utilizado, se a ofensa é individual, caracteriza-se a injúria racial do art. 140, § 3º, CP, se coletiva, incide o art. 20 da Lei Caó (NUCCI, 2012, p. 217); pelo segundo, “[...] há quem defenda, como critério, não o destinatário, mas o limite da expressão. Se restrita à própria pessoa contra a qual é proferida (‘preto safado’) é injúria, se extrapola o âmbito da pessoa (‘todo preto é safado mesmo’) é racismo.” (FIGUEIREDO, 2010, p. 107-108).

O mencionado dispositivo vem, finalmente, cumprir o mandato constitucional de criminalização inserido no art. 5º, inc. XLIII, da Carta Magna³⁶.

A redação do tipo não atende a mais elementar técnica legislativa³⁷. Na precisa análise de Zaffaroni (2004, p. 64 e ss.), o terrorismo, não obstante carecer de um consenso internacional, consiste numa ideia nebulosa que, construída sobre o “[...] fato concreto [...] da morte em massa e indiscriminada”, abrange condutas de distintas gravidades e serve de justificativa para as medidas repressivas que alimentam o modelo inquisitorial, para autorizar a intervenção penal nos países árabes, sob o pretexto de “guerra preventiva” unilateral e, ainda, conferir a tais legislações poderes excepcionais, inclusive no âmbito doméstico dos países democráticos. O comando constitucional de criminalização do terrorismo, sem dúvida, deve ser cumprido, contudo tal não pode se dar em descompasso com a própria Constituição, como ocorre com o texto proposto pelo Projeto de CP – CJEC e Projeto de CP – CTERCP.

O crime genocídio, atualmente disciplinado pela Lei nº 2.889/56, foi incorporado no art. 459 do Projeto de CP – CJEC, com redação diferenciada, incluindo-se o critério de orientação sexual e identidade de gênero, com pena de reclusão de 20 a 30 anos (SARNEY, 2012a, p. 165-166). No Projeto de CP – CTERCP, o dispositivo equivale ao art. 480 (SARNEY, 2013b, p. 452).

A pena privativa de liberdade de 20 a 30 anos cominada a esse delito, sem prejuízo das penas correspondentes aos tipos penais comuns, viola a regra da proporcionalidade por ser a única pena para várias condutas de diferentes graus de gravidade: pune-se o homicídio (inc. I) e a ofensa à integridade física ou mental de alguém (inc. II) ou, pior, a incitação pública de genocídio (§ único) com igual intensidade – incitar publicamente a prática de genocídio tem a mesma punição que o latrocínio e maior do que a do homicídio qualificado, tal qual ambos constam do Projeto de CP – CJEC (SARNEY, 2012a, p. 44, 63, 165-166). O Projeto de CP – CTERCP comete o mesmo equívoco (SARNEY, 2013b, p. 452).

³⁶ Além do repúdio ao terrorismo como uma de suas diretrizes nas relações internacionais, a teor do art. 4º, inc. VIII, da Constituição de 1988, esta também determina: “Art. 5º [...] XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem” (BRASIL, 1988).

³⁷ Como expõem Jacinto Coutinho e Edward de Carvalho: “A tipificação, então, do ponto de vista técnico, é sofrível, pois o preceito primário diz respeito a ‘causar terror na população’ mediante condutas que, em si, são sim lesivas. A questão não está nos parágrafos, que descrevem a lesividade, mas no ato de ‘causar terror’, o que remonta ao velho conceito de tipos abertos, rejeitados por toda e qualquer doutrina comprometida com a Constituição e a democracia. Veja-se o problema de uma forma concreta: destruir um bem público pode tanto ser terrorismo (art. 239, § 3º, pena de 8 a 15 anos) quanto dano qualificado (art. 163, § 1º, III, pena de 6 meses a 3 anos), tudo a depender do ‘terror’ causado. O que seria isso? Seria preciso um laudo psicológico coletivo para o determinar? Parece evidente a inconstitucionalidade e a desproporcionalidade de tal tipificação, sem desconsiderar a real motivação para o ato.” (REFORMA..., 2012).

Dada a necessidade do capítulo referente aos crimes de discriminação e preconceito ser explorado em tópico à parte, adianta-se a análise do art. 468, que tipifica o crime de tortura, o qual prescreve que constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, ou após ter-lhe reduzido a capacidade de resistência, causando-lhe sofrimento físico ou mental, por motivo de discriminação ou preconceito de “identidade ou orientação sexual”, *ex vi* do inc. I, alínea “c” (SARNEY, 2012a, p. 169). No Projeto de CP – CTERCP, corresponde ao art. 481 (SARNEY, 2013b, p. 453).

A Constituição Cidadã preceitua que ninguém será submetido à tortura (art. 5º, inc. III), sendo esta um crime inafiançável, insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, inc. XLIII) (BRASIL, 1988). Além desse expreso mandado constitucional de criminalização, o Brasil é signatário da Convenção da ONU contra Tortura (1984) e da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985) (PIOVESAN, 2010, p. 212).

A tortura é uma herança maldita que deita suas raízes nas históricas relações de poder eivadas de autoritarismo que marcam o Brasil desde o processo de colonização, com o suplício de índios, pobres, e, sobretudo, escravos e, ainda hoje, se mantém no imaginário da população como um mecanismo legítimo para obter informações em crimes, como comprova a pesquisa do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (USP): 47,95% da população são a favor de tortura para obtenção de provas (STOCHERO, 2012). Vê-se aí, comprovado empiricamente, a necessidade de punição penal de tão odiosa prática, a despeito da aceitação social da mesma.

Incluir “orientação sexual” e “identidade de gênero”, dessa forma, se faz bastante salutar porque preenche mais uma lacuna do Direito brasileiro e concretiza o princípio da igualdade. Como já observara Piovesan (2010, p. 212), a lei brasileira peca por restringir a discriminação apenas aos fatores racial e religioso quando “[...] qualquer discriminação deveria ser considerada, e não apenas racial ou religiosa. [...] no País há elevado número de denúncias envolvendo discriminação por orientação sexual das vítimas”. A tortura, também, pode ser uma manifestação praticada em atos de homofobia e transfobia, como relatado por vários *experts* da ONU sobre tortura e outros tratamento cruéis, desumanos e degradantes, além das denúncias de ONGs LGBTI (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011, p. 12-13).

Por fim, diga-se que o projeto, na versão do Projeto de CP – CJECP ou do Parecer final da CTERCP, perdeu a oportunidade de eliminar a hipótese de um particular ser sujeito ativo do crime de tortura, o que prejudica a especialização dos agentes de investigação, perseguição e implica menor eficácia preventiva da lei (FRANCO apud JUNQUEIRA, 2010,

p. 595). Ademais, tal hipótese está inquinada de inconstitucionalidade porque conflita com o conceito das convenções supracitadas, que exigem o vínculo, direto ou indireto, do agente com o Estado (PIOVESAN, 2010, 73, 79, 211-212).

3.3.1 A Lei Antirracismo no PLS nº 236/2006: uma tragédia anunciada

Pela complexidade, o Capítulo V, do Título XVI do Projeto de CP – CJEC (SARNEY, 2012a, p. 171-173) merece análise pormenorizada, o que se faz a seguir:

Crimes Resultantes de Discriminação ou Preconceito

Art. 472. Constitui crime, quando praticado por motivo de discriminação ou preconceito de gênero, raça, cor, etnia, identidade ou orientação sexual, religião, procedência regional ou nacional ou por outro motivo assemelhado, indicativo de ódio ou intolerância:

I – impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias ou permissionárias de serviços públicos ou ao serviço das Forças Armadas, ou obstar sua promoção funcional;

II – negar ou obstar emprego em empresa privada, demitir, impedir ascensão funcional ou dispensar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, sem justificação razoável;

III – exigir teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

IV – recusar ou impedir acesso a qualquer meio de transporte público ou estabelecer condições diferenciadas para sua utilização;

V – recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau;

VI – impedir o acesso ou recusar:

a) hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou qualquer estabelecimento similar;

b) atendimento em estabelecimento comercial de qualquer natureza, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador;

c) atendimento em estabelecimentos esportivos, casas de diversões, ou clubes sociais abertos ao público;

d) entrada em edifícios públicos e elevadores ou escada de acesso aos mesmos.³⁸

O capítulo em comento incorpora, basicamente, as Leis nº 7.716/89, 7.853/89 e 9.029/95.

O primeiro problema repousa na não inclusão de “identidade de gênero” no *caput*.

O segundo consiste na ausência absoluta de cominação de penas aos crimes tipificados nos incisos do art. 472 do Projeto de CP – CJEC (SARNEY, 2012a, p. 172-173). Tampouco existe remissão às penas de outros delitos. Tem-se, em flagrante violação ao princípio da legalidade, crimes sem penas (*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*). O Projeto de CP – CTERCP corrigiu tamanha excrescência e cominou pena de 01 a 05 anos para todos os tipos delitivos (SARNEY, 2013b, p. 456), certamente com o objetivo de abranger as

³⁸ No Projeto de CP – CTERCP, corresponde ao Capítulo VII, do Título XVII (SARNEY, 2013b, p. 455-457).

penas cominadas na Lei Antirracismo, que variam de 01 a 05 anos. Todavia, em todas as figuras típicas, pelo proposto no Projeto de CP – CTERCP é possível a *sursis* processual da Lei nº 9.099/95, o que contradiz a orientação legislativa até aqui firmada pela Lei Antirracismo que atribui pena maior a alguns tipos por se revestirem de especial gravidade³⁹. Recomenda-se cominar pena de 01 a 03 anos para todos os tipos penais constantes do referido artigo, à exceção do inc. VII, por razões explicadas mais à frente.

Quanto ao terceiro, seria recomendável que o dispositivo inaugural do capítulo fosse redigido da maneira que segue:

Para os fins deste capítulo, constitui discriminação racial qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, motivada por preconceito de pertença ou não pertença, real ou suposta, a uma raça, cor, etnia, religião, convicções, procedência regional ou nacional ou em virtude da condição, real ou suposta, de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero, que tenha o propósito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública (VIANA, 2012a, p. 119).⁴⁰

Necessária definição conceitual também dos termos orientação sexual e identidade de gênero⁴¹, constar a expressão “pertença ou não pertença, real ou suposta” porque, embora tal característica possa apenas ser presumida pelo autor do fato, é o motivo que o leva ao cometimento do delito. No Direito Comparado, a título exemplificativo, o *Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act*, dos EUA, também utiliza essa expressão⁴².

Apesar das manobras da FPE para excluir da tutela legal toda e qualquer referência a LGBTI, o *caput* traz a cláusula de interpretação analógica “outro motivo assemelhado, indicativo de ódio ou intolerância”, que abrange as pessoas LGBTI. Caso os termos “orientação sexual” e “identidade de gênero” não seja reintegrados ao texto final aprovado do Projeto de CP, embora persista a invisibilidade de tais termos na redação (em

³⁹ Comina-se pena de 03 a 05 anos para as condutas de “recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau” (art. 6º) ou “impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou qualquer estabelecimento similar” (art. 7º), bem como a pena de 02 a 04 anos para “impedir ou obstar o acesso de alguém ao serviço em qualquer ramo das Forças Armadas” (art. 13) (BRASIL, 1989).

⁴⁰ Proposta acolhida pela emenda da senadora Lídice da Mata protocolada no dia 06 de novembro de 2012 (SARNEY, 2012b).

⁴¹ O Projeto de Lei nº 7.582/2014, da deputada federal Maria do Rosário (2014), atendeu a essa necessidade. Recorde-se que orientação sexual refere-se à homossexualidade, heterossexualidade e bissexualidade e a identidade de gênero à travestilidade, à transexualidade, à transgeneridade e à cisgeneridade, o que afastaria a (absurda) crítica contra a compreensão de tais termos pela pessoa mediana.

⁴² “§ 249. Atos de crimes de ódio [...] (A) EM GERAL - Quem, mesmo agindo sob aparente legalidade, em qualquer circunstância descrita no parágrafo (B) ou parágrafo (3), intencionalmente provoca ferimentos a qualquer pessoa ou, através do uso do fogo, arma de fogo, arma perigosa, ou um dispositivo explosivo ou incendiário, com objetivo de provocar ferimentos a qualquer pessoa, por causa da *real ou suposta* religião, origem nacional, gênero, orientação sexual, identidade de gênero ou deficiência de qualquer pessoa” (UNITED STATES OF AMERICA, 2009, p. 07, tradução e grifo nossos).

típica prática de discriminação indireta, como sustentado), a população LGBTI e toda e qualquer pessoa cuja escolha existencial ou condição pessoal que motive um *hate crime* poderá contar com a tutela legal desse diploma normativo.

No inciso I, inexistente fundamento para punir apenas as práticas discriminatórias no acesso ao serviço em qualquer ramo das Forças Armadas⁴³ e não fazê-lo com relação aos órgãos de segurança pública (BRASIL, 1988), vale dizer, a Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Civis, Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições onde a homofobia e transfobia ainda grassam. A redação, portanto, deveria acrescentar “órgãos de segurança pública e Guarda Municipal”.

O inc. I do Projeto de CP – CJEC (SARNEY, 2012a, p. 171-172) representou um avanço em relação ao art. 3º da Lei Antirracismo, que fala apenas em “impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos”, haja vista não se vislumbrar em quê as diferenças (precariedade e a contratação em nome de pessoa física ou jurídica e/ou consórcio de empresas) entre as permissionárias e as concessionárias autorizariam excluir aquelas da previsão normativa da Lei Antirracismo, vez que ambas prestam serviços públicos.

Antes de passar à análise do inc. VII, há que se tecer algumas linhas sobre o crime de “impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social” constante do art. 14, com pena de 02 a 04 anos, da Lei Antirracismo, que foi expurgado no Projeto de CP – CJEC e no Projeto de CP – CTERCP.

Os bens jurídicos penalmente tutelados nesse dispositivo são as relações no âmbito familiar, este que goza de especial proteção do Estado, *ex vi* do art. 226 da Constituição da República (BRASIL, 1988), e social, já que em ambos o indivíduo pode desenvolver suas potencialidades enquanto ser humano, no plano individual e coletivo. Assim, especialmente quanto a crianças, adolescentes e jovens LGBTI, esse tipo penal avulta em importância em face dos casos de preconceito e discriminação perpetrados para impedir o

⁴³ As Forças Armadas compreendem, por força do art. 2º do Estatuto dos Militares, a Marinha, Exército e Aeronáutica (BRASIL, 1980) e, embora as mesmas integrem a Administração Direta, a previsão específica tem valor simbólico em face da homofobia e transfobia institucionais nesses órgãos, espelhadas no receio das vítimas em relatar os crimes perante as autoridades policiais, além do cerceamento que a polícia perpetra em relação aos direitos à integridade física, honra, de manifestação, associação (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011, p. 09, 13, 15, 21). Com relação ao Superior Tribunal Militar: “Considerando-se ainda que seja um Tribunal Superior, chama a atenção o fato de sua quase totalidade (50 recursos num universo de cerca de 300, no total de tribunais pesquisados) seja relacionado ao crime de pederastia. Poucos casos tratavam de crimes sexuais contra mulheres de militares, cometidos por médicos em hospitais das forças armadas. A grande maioria [...] é relacionada a crimes de pederastia” (OLIVEIRA, 2012, p. 78), envolvendo militares acusados de manter relações sexuais homossexuais em instalações militares. É bem sintomático que o quase absoluto silêncio legal sobre LGBTI seja rompido justamente pela tipificação penal de uma conduta que, na prática, os criminaliza em maior número.

pleno e sadio convívio familiar e social, como relatam documentos da ONU⁴⁴ e dados oficiais do relatório sobre violência homofóbica⁴⁵. São diversos os casos de pais que, após a descoberta/revelação da condição de LGBTI de seus filhos, expulsam estes de casa, os impedem de sair, inclusive para a escola, usar celular, internet, cortam laços dos filhos com amigos (ainda mais se estes também forem LGBTI). Não se ignoram as conhecidas e sensíveis implicações decorrentes da questão penal nas sociedades contemporâneas, ainda mais no seio familiar, entretanto é dever constitucional incumbido à família, à sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com prioridade absoluta, os direitos fundamentais básicos e, ainda, resguardá-los de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, como determina o art. 227 da Carta Magna (BRASIL, 1988).

VII – praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito, pela fabricação, comercialização, veiculação e distribuição de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que a indiquem, inclusive pelo uso de meios de comunicação e internet. (SARNEY, 2012a, p. 172)

De início, há que se reconhecer como positiva a mudança em não mais restringir a veiculação e distribuição de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda apenas à ideologia nazista, como atualmente faz a Lei Antirracismo no art. 20, § 1º (BRASIL, 1989).

A pretexto de, certamente, afastar a suposta ofensa à taxatividade penal do art. 20 da Lei nº 7.716/89, na esteira do que defende Nucci (2012, p. 216-217), o Projeto de CP – CJECP e o Projeto de CP – CTERCP incorreram no equívoco infeliz de ignorar alguns aspectos indeclináveis.

Como expõe Viana (2014, p. 245 e ss.), partindo do exemplo de Patrícia Vanzolini Figueiredo (2010, p. 102), suponha-se que Caio seja proprietário de um restaurante e Tício o

⁴⁴ “Ainda que as famílias e as comunidades sejam muitas vezes uma importante fonte de apoio, suas atitudes discriminatórias podem impedir que as pessoas lésbicas, gays, bissexuais e trans gozem de todos os direitos humanos. Essa discriminação se manifesta de várias maneiras, tais como a expulsão do lar, deserção, proibição de ir à escola, internação em instituições psiquiátricas, o casamento forçado, a renúncia forçada à convivência com os filhos, a imposição de castigos por desenvolver atividades na militância política pró-LGBT e ataques à honra. Em casos muitos, lésbicas, mulheres, bissexuais e transgêneros correm risco especial em virtude da arraigada desigualdade gênero, o que acaba restringindo a autonomia no processo de tomada de decisão sobre sexualidade, reprodução e vida familiar.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011, p. 22, tradução nossa)

⁴⁵ Do total, 25,54% das violações de direito ocorreram nas casas da vítima, sendo que 17,72% dos suspeitos das violações são familiares (com destaque para os irmãos, com 6,04% das ocorrências, seguidos pelas mães e pais, respectivamente, com 3,93% e 3,24%, respectivamente), embora seja alta a subnotificação (apenas 28,77% das vítimas relatam algum tipo de vínculo com os suspeitos da violação), 1,37% das principais relações relatadas são as familiares; por fim, das 215 violações tipificadas como negligência (amparo e responsabilização, alimentação, limpeza e higiene etc.), que somam 6,8% do total de violações, apurou-se que as faixas etárias mais negligenciadas se situam entre 12 a 18 anos (67,8%) (BRASIL, 2013, p. 29, 31, 36, 45).

incite a não permitir a entrada de negros, sendo que Caio cede, caso em que acaba por praticar o delito do art. 8º da Lei Antirracismo⁴⁶; na mesma situação, Caio repele a incitação de Tício, assim a conduta deste seria impunível não fosse o art. 20 da Lei Antirracismo (como determina o art. 31, CP⁴⁷), também seria atípica a incitação pública dirigida a um número indeterminado de pessoas para cometer qualquer dos crimes de racismo ainda que tais crimes não fossem tentados, hipóteses que não guardam coerência com a teleologia legal e com o disposto no art. I, item 01, da Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, que determina como criminalmente puníveis incitar/induzir⁴⁸ a prática de discriminação racial (BRASIL, 1969). Viana (2014, p. 246-247) avança a interpretação seguinte: salvo se configurar outro crime previsto na Lei Antirracismo⁴⁹ ou no projeto ora sob análise, incide o dispositivo em comento quando houver prática de uma conduta que incorra em qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, motivada por orientação sexual ou identidade de gênero, que tenha o propósito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública.

Considerando o exposto até o momento, o dispositivo do inc. VII ignora que a vagueza do art. 20 Lei nº 7.716/89 (“Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”) se faz necessária justamente para abranger as inúmeras formas que a discriminação racial pode assumir (VIANA, 2014, p. 247), o que faz desse dispositivo um farol em meio às prescrições casuísticas da Lei Antirracismo, acriticamente seguidas pelo Projeto de CP – CJECP e pelo Projeto de CP – CTERCP. O dispositivo *sub examine* vulnera o princípio da proibição de proteção deficiente.

Ora, salta aos olhos que se restringiu, drasticamente, o campo de incidência da norma ao dizer que constitui crime apenas e tão-só praticar, induzir ou incitar a discriminação ou

⁴⁶ “Art. 8º - Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público. Pena: reclusão de um a três anos.” (BRASIL, 1989).

⁴⁷ “Art. 31 – O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.” Tal disposição corresponde ao art. 40 do Anteprojeto da CJECP (SARNEY, 2012a, p. 13) e art. 37 do Relatório da CTERCP (SARNEY, 2013b, p. 320).

⁴⁸ “Como já dito, dispõe o art. 31 do CP (com equivalente no art. 40, PLS nº 236/2012) que o ‘ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado’. Ora, no que diz respeito a ‘induzir’ e ‘incitar’, inexistem maiores dificuldades: é disposição expressa que excepciona justamente essa norma do art. 31, CP. Assim, *de lege ferenda*, avança-se a criação de um outro artigo na Lei nº 7.716/89: ‘Nos crimes previstos nesta Lei, é punível a incitação ou instigação, ainda que o delito não venha a ser tentado.’” (VIANA, 2014, p. 247).

⁴⁹ No CP, essa locução é equivalente a “se o fato não constitui elemento de outro crime”, que consta do art. 249 (subtração de incapaz) e, sob certo aspecto, guarda similaridade com a expressão “se o fato não constitui crime mais grave” presente nos arts. 132 (perigo para a vida ou saúde de outrem), 163, inc. II (dano qualificado por emprego de substância inflamável ou explosiva), 238 (simulação de autoridade para celebração de casamento), 314 (extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento), 325 (violação de sigilo funcional) e 327 (subtração ou inutilização de livro ou documento) (VIANA, 2014, p. 246).

preconceito *pela (ou seja, por meio da)* fabricação, comercialização, veiculação e distribuição de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que a indiquem, inclusive pelo uso de meios de comunicação e *internet*, previsão distinta da constante do art. 20 da Lei nº 7.716/89. Tanto é assim que, v. g., será penalmente atípica a conduta de um professor excluído do pleito para representante de turma um aluno negro por causa da cor deste, afinal caracteriza-se como crime tão-somente recusar, negar ou impedir a “inscrição ou ingresso” de aluno em estabelecimento de ensino, público ou privado – o exemplo pode ser aplicado à intolerância religiosa, por origem e, claro, a pessoas LGBTI. A redação do *caput* art. 20 da Lei Antirracismo deve, assim, ser mantida no correspondente dispositivo no PLS nº 236/2012, sem alterar o delito de fabricar, comercializar, veicular e distribuir símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda indicativos de racismo, preconceito e discriminação e não apenas para fins de divulgação do nazismo. Para equacionar o problema, aventa-se a seguinte redação: “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito, *inclusive* pela fabricação, comercialização...”.

O § 1º, ao determinar aumento de pena de um terço até a metade se a vítima for criança ou adolescente, presente no Projeto de CP – CJEC (BRASIL, 2012a, p. 172) e no Projeto de CP – CTERCP (SARNEY, 2013b, p. 456), reforça a orientação de certos dispositivos no CP vigente, tais como o aumento de pena dos crimes de homicídio culposo (§ 4º, art. 121, CP) e maus tratos (§ 3º, art. 136, CP) ou qualificadora do crime de cárcere privado (§ 1º, inc. IV, art. 148, CP) (BRASIL, 1984) em virtude da especial condição da vítima criança ou adolescente cujo regular desenvolvimento pessoal e social deve ser preservado, com absoluta prioridade, a teor do art. 227 da Carta Magna (BRASIL, 1988).

No tocante ao § 2º, de um lado embora louvável a possibilidade de se punir a prática do racismo com suspensão do exercício de cargo ou função pública por até 180 dias (inc. I) ou com a perda do cargo ou função pública quando as condutas se revestirem de especial gravidade (inc. II), de outro, o prazo de até 180 dias de suspensão do funcionamento do estabelecimento particular (inc. III), constante do Projeto de CP – CJEC (SARNEY, 2012a, p. 172) e do Projeto de CP – CTERCP (SARNEY, 2013b, p. 456) não se reputa razoável porque, em seu máximo, acaba por afetar negativamente o sustento econômico das famílias dos trabalhadores e empregadores da empresa.

O §3º, uma inovação do Projeto de CP – CTERCP se comparado ao Projeto de CP – CJEC, traz uma excludente de ilicitude ao preceituar que não constitui crime a livre manifestação do “pensamento de natureza crítica, especialmente a decorrente da liberdade de consciência e de crenças religiosas, salvo quando inequívoca a intenção de discriminar ou de

agir preconceituosamente” (SARNEY, 2013b, p. 456-457). Esse dispositivo representa, em definitivo, a mácula indelével da homofobia e transfobia institucionais. Qual seria o motivo para sua existência que não resguardar a liberdade religiosa e de expressão supostamente ameaçada pela criminalização da homofobia e transfobia, mesmo estas tendo sido, em um raciocínio embotado, extirpadas da atual versão do projeto?

Numa retrospectiva histórica, recorde-se a emenda que a então senadora Marta Suplicy (PT/SP), ainda informalmente, propôs no sentido de que, no bojo do PLC nº 122/2006, não seria punível a “manifestação pacífica de pensamento fundada na liberdade de consciência e de crença” (ÉBOLI, 2011)⁵⁰, para garantir aos religiosos o direito a expressar sua opinião sobre a homossexualidade. O *Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act*, que criminaliza a homofobia e transfobia nos EUA, na seção 8 estatui como regra hermenêutica (*rule of construction*) que nada na referida lei ou em qualquer das alterações por ela promovidas “[...] deve ser interpretado no sentido de proibir qualquer expressão ou conduta protegida por proibição legal ou quaisquer atividades protegidas pela Constituição” (UNITED STATES OF AMERICA, 2009, p. 13-14, tradução nossa) – o *medium tertium* que propiciou o consenso entre defensores e opositores para aprovação do projeto nos EUA.

Ora, a interpretação ortodoxa das religiões abraâmicas (Cristianismo, Judaísmo e Islamismo) sabidamente condena as práticas afetivas e sexuais de LGBTI e, não obstante a existência de uma corrente teológica inclusiva da diversidade sexual (ao menos no Cristianismo), não configurará crime sua defesa, desde que no exercício concreto dessa liberdade não haja abuso, ou seja, um juiz não decidirá qual a correta leitura dos textos sagrados, mas sim, por meio da ponderação de princípios, qual direito fundamental prevalecerá na colisão de direitos fundamentais entre liberdade de expressão/religiosa *versus* honra/segurança/vida/dignidade de LGBTI (VIANA, 2012a, p. 127). Uma leitura constitucionalmente adequada tanto do PLC nº 122/2006 quanto do PLS nº 236/2012 mostram a desnecessidade do § 3º em comento (por pura atipicidade material), embora se reconheça que talvez seja uma saída que, tal qual nos EUA, permita a aprovação do projeto incluindo pessoas LGBTI no rol art. 486 do Projeto de CP – CTERCP, a despeito da má-vontade política em aprovar qualquer lei pró-LGBTI.

⁵⁰ Certas as críticas do advogado criminalista Octavio Aronis, da Federação Israelita Paulista e a Confederação Israelita do Brasil (Conib), sobre a proposta: “Essa modificação não faz o menor sentido e vai abrir precedentes porque é muito difícil julgar o que é manifestação pacífica de pensamento. Vai abrir margem para qualquer coisa. Imagine nos tribunais: não, foi uma manifestação pacífica, não quis ofender e nem acusar ninguém! É rasgar a lei, que é espetacular no combate aos crimes raciais e invejada em outros países. E altera o artigo 20, que é o artigo capital, o mais importante, que se permite trazer a materialidade do crime” (ÉBOLI, 2011).

Merece aplausos a iniciativa de manter, no art. 473 (SARNEY, 2012a, p. 173) do Projeto de CP – CJEC – equivalente ao art. 487 do Projeto de CP – CTERCP (BRASIL, 2013b, p. 457) –, as mesmas disposições do art. 4º, §2º, da Lei 7.716/89. Seria salutar estender tal cumulação de sanções também aos demais delitos do capítulo em comento, considerando que, se oficialmente uma das funções da pena é a reintegração social, já que a pena de reclusão se impõe obrigatória, que esta ao menos seja acompanhada de outros mecanismos que possam se traduzir para o apenado como uma forma de aprendizado pela tolerância para com a diversidade sexual.

O art. 474 do Projeto de CP – CJEC (SARNEY, 2012a, p. 173), o que foi mantido no art. 488 do Projeto de CP – CTERCP (SARNEY, 2013b, p. 457), por sua vez, repete o comando constitucional da imprescritibilidade, inafiançabilidade e pena de reclusão à prática do crime de racismo, além de, acertadamente, definir esse crime também como insuscetível de graça ou anistia.

4 Conclusão

Como demonstrado no trabalho, urge uma alteração legislativa do tratamento do preconceito e discriminação no Brasil que dê a devida organicidade à matéria.

A orientação sexual e identidade de gênero, conforme amplos dados empíricos e fundamentos político-criminais, há muito ostentam dignidade penal para serem tuteladas pela Lei Antirracismo e, por conseguinte, serem incluídas no PLS nº 236/2012.

O avanço proposto pela CJEC para incluir orientação sexual e identidade de gênero sucumbiu à pressão do fundamentalismo religioso da FPE. O PLS nº 236/2012, hoje tramitando na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sob relatoria do senador Vital do Rêgo (também autor de emenda supressiva da questão LGBTI no projeto), merece resgatar a proposta original, observadas as críticas e sugestões apresentadas ao longo do trabalho, especialmente o grave retrocesso no tocante ao dispositivo que incorporou o art. 20 da Lei nº 7.716/89.

A demanda legislativa de enfrentamento da homofobia e transfobia se harmoniza com as pautas político-criminais minimalistas e indicam um caminho que, parcialmente, pode assegurar o gozo e exercício dos direitos fundamentais das pessoas LGBTI.

5 Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS – ABGLT. **Legislação** - proibição de discriminação por orientação sexual, 2014. Disponível em: <http://www.abglt.org.br/port/leis_os.php>. Acesso em: 20 jun. 2014.

ARRUDA, Roldão. Relatório aponta 310 assassinatos por homofobia em 2013. Maioria das vítimas era jovem. **Blog do Roldão Arruda**, 14 fev. 2014. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/roldao-arruda/relatorio-aponta-310-assassinatos-por-homofobia-em-2013-e-responsabiliza-governo-federal-e-dos-estados/>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Homofobia no Brasil, resoluções internacionais e a Constituição de 1988. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3269. 13 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21999>>. Acesso em: 18 maio 2014.

BARBOSA, Bia. Pesquisa revela ineficácia da lei de crimes hediondos. **Carta Maior**, 30 ago. 2006. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=12121>. Acesso em: 18 maio 2014.

BERNARDI, Iara. **Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006**. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604>. Acesso em: 18 maio 2014.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

_____. **Homofobia**. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2001.

BRASIL passa a Rússia e tem a terceira maior população carcerária do mundo. **Folha de São Paulo**, 5 jun. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/06/1465527-brasil-passa-a-russia-e-tem-a-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo.shtml>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal, alterado pela Lei n. 7.209/1984. Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 maio 2014.

_____. **Decreto nº 65.810, de 08 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Brasília, DF 1969. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>. Acesso em: 18 maio 2014.

_____. Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980. Estatuto dos Militares. Brasília, 1980. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1980. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 maio 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de out. 1988. Brasília, DF, 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 maio 2014.

_____. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 18 maio 2014.

_____. Lei n.º 2.889, de 1º de outubro de 1956. Define e pune o crime de genocídio. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1956. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L2889.htm>. Acesso em: 18 maio 2014.

_____. Secretaria de Direitos Humanos. **Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: o ano de 2012**. Brasília, 27 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>>. Acesso em: 18 maio 2014.

CARTA aberta ao Senado Federal sobre o PLC 122. Disponível em: <<http://www.plc122.com.br/carta-aberta-ao-senado-federal-sobre-o-plc122/#axzz39WW5ZACr>>. Acesso em: 15 maio 2014.

CARVALHO, Anderson. ONG LGBT é invadida e depredada em Niterói. **A Tribuna**, 20 fev. 2014. Disponível em: <<http://atribunarj.com.br/noticia.php?id=12096&titulo=ONG%20LGBT%20E9%20invadida%20e%20depredada%20em%20Niter%F3i>>. Acesso em: 18 maio 2014.

CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia *queer*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 99, nov. 2012. p. 187-211.

CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS. **Princípios de Yogyakarta**: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, 2007. Disponível em: <<http://www.clam.org.br/pdf/Yogyakarta.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2014.

DIAS, Maria Berenice Dias (Coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ÉBOLI, Evandro. Comunidade judaica critica proposta de Marta Suplicy que permite ofensas a minorias em cultos. **O Globo**, 19 maio 2011. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/politica/comunidade-judaica-critica-proposta-de-marta-suplicy-que-permite-ofensas-minorias-em-cultos-2767758>>. Acesso em: 15 maio 2014.

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 15 n. 60, 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista60/revista60_sumario.htm>. Acesso em: 24 jul. 2014.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

FIGUEIREDO, Maria Patricia Vanzolini. Racismo (Lei n. 7.716, de 5-1-1989). In: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda (Orgs.). **Legislação penal especial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 65-111.

FORD, Zack. APA Revises manual: being transgender is no longer a mental disorder. **ThinkProgress**, 3 dez. 2012. Disponível em: <<http://thinkprogress.org/lgbt/2012/12/03/1271431/apa-revises-manual-being-transgender-is-no-longer-a-mental-disorder/>>. Acesso em: 15 maio 2014.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário brasileiro de segurança pública**. São Paulo, ano 7, 2013. Disponível em: <<http://www2.forumseguranca.org.br/arquivos/anuario2013.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

FUTURA instalação do museu da diversidade será em casarão na Avenida Paulista. **Portal do Governo do Estado de São Paulo**. São Paulo, 4 maio 2014. Disponível em: <<http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/lenoticia2.php?id=236883>>. Acesso em: 15 maio 2014.

GIORGI, Majú. Nota de repúdio ao Senado. **iGay**, 19 dez. 2013. Disponível em: <<http://majugiorgi.ig.com.br/index.php/2013/12/19/nota-de-repudio-ao-senado/>>. Acesso em: 15 maio 2014.

GÓMEZ, Fernando. Recensión a Richard Posner, *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (2001). **Indret**, s. n., p. 1-29, 2002. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/081_es.pdf>. Acesso em: 15 maio 2014.

HERINGER, Carolina; CARVALHO, Paulo. Estudante é espancado por cinco jovens ao defender mendigo que estava sendo agredido em praça na Ilha do Governador. **Extra**, 3 fev. 2012. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policia/estudante-espncado-por-cinco-jovens-ao-defender-mendigo-que-estava-sendo-agredido-em-praca-na-ilha-do-governador-3863854.html>>. Acesso em: 15 maio 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Reforma do Código Penal. **Revista Liberdades**, ago. 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/10A/integra.pdf>. Acesso em: 15 maio 2014.

ITABORAHY, Lucas Paoli; ZHU, Jingshu. Homofobia do Estado: análise mundial das leis – criminalização, proteção e reconhecimento do amor entre pessoas do mesmo sexo. **Associação Internacional de Lésbicas, Bissexuais, Transexuais e Intersexuais-ILGA**, 2013. Disponível em: <http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2013_portugues_e.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2014.

JUNQUEIRA, Gustavo Otaviano Diniz. Tortura (Lei n. 9.455, de 7-4-1997). In: _____. FULLER, Paulo Henrique Aranda (Orgs.). **Legislação penal especial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 591-620.

MENESES, Rodrigo. Abraço de irmãos acaba em ataque homofóbico e morte na Bahia, **O Globo**, 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/abraco-de-irmaos-acaba-em-ataque-homofobico-morte-na-bahia-5330477>>. Acesso em: 15 abr. 2014

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 1, 2012.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. **Direitos sexuais de LGBTTT no Brasil**: jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General**, de 17 nov. 2011. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.41_sp.pdf>. Acesso em: 15 maio 2014.

ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Asamblea general. **Resolución n. 2721**, de 04 de jun. de 2012. Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2721_XLII-O-12_esp.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2014.

_____. **Convenção interamericana contra toda forma de discriminação e intolerância**. 2013a. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_Convencao_Interamericana_discriminacao_intolerancia_POR.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2014.

_____. Asamblea general. **Resolución n. 2807**, 6 de jun. de 2013b. Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2807_XLIII-O-13.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2014.

ORGANIZATION FOR SECURITY AND CO-OPERATION IN EUROPE. Hate crimes laws. **Legislation online**. 2014. Disponível em: <<http://legislationonline.org/topics/subtopic/79/topic/4>>. Acesso em: 15 maio 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REFORMA do Código Penal: “Há vícios de origem”. Entrevista especial com Jacinto Coutinho e Edward Rocha de Carvalho. **IHU Online**, 30 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/512777-reforma-do-codigo-penal-ha-vicios-de-origem-entrevista-especial-com-jacinto-coutinho-e-edward-rocha-de-carvalho>>. Acesso em: 18 maio 2014.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a

homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Notas sobre o substitutivo ao PL 122. **Centro latino-americano em sexualidade e direitos humanos (CLAM)**, 13 jun. 2013. Disponível em:

<<http://www.clam.org.br/destaque/conteudo.asp?cod=10638>>. Acesso em: 15 maio 2014.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha**: policiamento e segurança pública no século XXI. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2006.

ROSÁRIO, Maria do. **Projeto de Lei nº 7.582/2014**. Define os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos para coibi-los, nos termos do inciso III do art. 1º e caput do art. 5º da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 2014. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=616270>>. Acesso em: 22 maio 2014.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar: 2000.

SARNEY, José. **Projeto de Lei do Senado nº 236/2012**. Reforma do Código Penal Brasileiro. 2012a. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>. Acesso em: 15 abr. 2014.

_____. Emenda de Lídice da Mata. 06 nov. 2012b. Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=116293&tp=1>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

_____. Emendas de Magno Malta. 17 out. 2013a. Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=138564&tp=1>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

_____. **Parecer da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal (CTERCP)**, de 17 de dez. 2013b. Relator: Pedro Taques. Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143412&tp=1>>. Acesso em: 18 maio 2014.

SHAPIRO, Lila. Highest number of anti-gay murders ever reported in 2011: The National Coalition of Anti-Violence Programs. **Huffington Post**, 6 fev. 2012. Disponível em:

<http://www.huffingtonpost.com/2012/06/02/anti-gay-hate-crimes-murders-national-coalition-of-anti-violence-programs_n_1564885.html>. Acesso em: 15 maio 2014.

STOCHERO, Tahiane. 47,5% dos brasileiros toleram tortura para obter provas, diz pesquisa. **G1.com**, 5 jun. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/06/475-dos-brasileiros-tolera-tortura-para-obter-provas-diz-pesquisa.html>>. Acesso em: 15 maio 2014.

UNITED STATES OF AMERICA. Library of Congress. **In the Senate of the United States**. Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act of 2009. Disponível em:

<<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-111hr1913rfs/pdf/BILLS-111hr1913rfs.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2014.

_____. **Hate crime statistics program.** Federal Bureau of Investigation. New York, 2012. Disponível em: <http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/hate-crime/2012/tables-and-data-declarations/1tabledatadecpdf/table_1_incidents_offenses_victims_and_known_offenders_by_bias_motivation_2012.xls>. Acesso em: 15 abr. 2014.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade:** da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2. ed., São Paulo: Editora Método, 2013.

_____. Constitucionalidade da classificação da homofobia como racismo (PLC 122/2006). In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 511-528.

VENTURI, Gustavo. **Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil:** intolerância e respeito às diferenças sexuais. São Paulo, 12 fev. 2009. Disponível em: <<http://novo.fpabramo.org.br/content/diversidade-sexual-e-homofobia-no-brasil-intolerancia-e-respeito-diferencas-sexuais>>. Acesso em: 15 maio 2014.

VIANA, Thiago G. A inefetividade da Lei Caó: uma tragédia anunciada?. In: CRUZ, André Gonzalez (Org.). **Direito criminal contemporâneo.** Brasília: Editora Kiron, 2012a. p. 109-132.

_____. O racismo homofóbico e o PLC nº 122/2006: um olhar para além da *terrae brasilis*. CONGRESSO INTERNACIONAL DE ESTUDOS SOBRE A DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO DA ABEH, 1., 2012b. **Anais....** Salvador: UFBA, 2012b. Disponível em: <<http://abeh.org.br/index.php?option=comcontent&view=article&id=162&Itemid=96>>. Acesso em: 15 maio 2014.

_____. “La piel que habito” no Projeto de Código Penal (PLS n.º 236/2012)? **Atualidades do Direito**, 14 mar. 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/thiagoviana/2013/03/14/la-piel-que-habito-no-projeto-de-codigo-penal-pls-n-o-2362012-1/>>. Acesso em: 15 maio 2014.

_____. A criminalização do discurso de ódio: uma leitura constitucional do art. 20 da Lei nº 7.716/89. In: CRUZ, André Gonzalez; DUARTE JR., Hildelis Silva; JESUS, Thiago Alisson Cardoso de. (Orgs.). **Estudos atuais de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Barra Livros, 2014. p. 235-254.

VIOLÊNCIA contra morador de rua cresce em todo o país. **Estado de Minas**, 14 mar. 2012. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2012/03/14/interna_nacional,283317/violencia-contra-morador-de-rua-cresce-em-todo-o-pais.shtml>. Acesso em: 15 maio 2014.

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

_____. **O inimigo no direito penal.** 2. ed. v. 14. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004. Coleção pensamento criminológico.