



SENADO FEDERAL  
Consultoria Legislativa

## NOTA INFORMATIVA Nº 2.478, DE 2014

Sobre a STC nº 2014-07171, do Senador Vital do Rêgo, que solicita análise sobre os pressupostos constitucionais da criminalização da homofobia, inclusive nos termos do Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006, à luz do Direito Brasileiro e Comparado.

O Senador Vital do Rêgo solicita a elaboração de Nota Informativa em que sejam analisados os pressupostos constitucionais sobre a criminalização da homofobia no Brasil, bem como o estágio do tratamento legal do tema no Direito Comparado. O levantamento destina-se a instruir os debates sobre o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 122, de 2006, no âmbito da discussão do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 236, de 2012 (Novo Código Penal), na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal (CCJ).

Adotaremos como referência, neste trabalho, o Substitutivo ao PLC, apresentado pelo Senador Paulo Paim, e aprovado na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH). De acordo com esse Substitutivo, incluem-se a identidade de gênero e a orientação sexual como motivos de discriminação que se amoldam ao crime de racismo, bem como de incitação ao racismo.



SF/14979.72121-33

## Análise do Direito Comparado

A criminalização da homofobia e da discriminação por motivo de orientação ou identidade sexual ainda é tema polêmico, inclusive no Direito Comparado.

Nos Estados Unidos da América, em que a competência para legislar sobre Direito Penal é dos Estados-membros, tem-se uma variedade de legislações que vão desde a criminalização da homoafetividade até a criminalização da homofobia<sup>1</sup>.

Nas Américas Central e do Sul, existe também uma gama variada de soluções legislativas, desde países que combatem a homofobia com a utilização do Direito Penal (Argentina) até países que ainda criminalizam a homossexualidade em si, ou a prática de atos homossexuais (Jamaica)<sup>2</sup>.

Na União Europeia, o Programa Daphne III recomenda a criminalização da homofobia como uma “boa prática de combate ao discurso do ódio” (*hate speech*)<sup>3</sup>, embora reconheça a dificuldade de

---

<sup>1</sup> Para uma visão panorâmica, cf. WILETS, James D. *Conceptualizing Private Violence against Sexual Minorities as Gendered Violence: An International and Comparative Law Perspective*. Albany Law Review, n. 60, 1996-1997, pp. 989 e seguintes.

<sup>2</sup> Cf. WHITE, Chrishana M. *Human Rights and the Impact of Criminalization: Legalizing Homophobia in Jamaica, Nigeria, and Uganda*. International Criminal Law AWR Papers, 2012. Disponível em: [http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1325&context=student\\_scholarship&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.bing.com%2Fsearch%3Fq%3Dhomophobia%2Bcriminalization%2Bjamaica%26form%3DIE10TR%26src%3DIE10TR%26pc%3DMASAJIS#search=%22homophobia%20criminalization%20jamaica%22](http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1325&context=student_scholarship&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.bing.com%2Fsearch%3Fq%3Dhomophobia%2Bcriminalization%2Bjamaica%26form%3DIE10TR%26src%3DIE10TR%26pc%3DMASAJIS#search=%22homophobia%20criminalization%20jamaica%22). Acesso em 11.12.2014.

<sup>3</sup> O discurso do ódio (*hate speech*) pode ser definido, de forma ampla, como a expressão cujo conteúdo ofende a honra ou a imagem de grupos sociais, especialmente minorias, ou prega a discriminação contra os integrantes desses grupos. Cf. HOLMES, Stephen. *Waldron, Machiavelli, and Hate Speech*. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking regulation and responses*. New York: Cambridge University Press, 2012, pp. 345-347.



implementar essa legislação em países de forte tradição cristã, especialmente do Leste Europeu<sup>4</sup>.

Nesse sentido, a *European Union Agency for Fundamental Rights* (FRA) noticia que:

Em doze Estados-Membros (Bélgica, Dinamarca, Alemanha, Estónia, Espanha, França, Irlanda, Letónia, Países Baixos, Portugal, Roménia e Suécia) e na Irlanda do Norte (Reino Unido), o incitamento ao ódio, à violência ou à discriminação em razão da orientação sexual constitui crime.

Em quatro Estados-Membros (Áustria, Bulgária, Itália e Malta), o discurso de ódio é crime quando visa [a] certos grupos, mas a população LGBT não é incluída nesses grupos, o que restringe seriamente a possibilidade de aplicação da lei a casos de homofobia.

Nos restantes Estados-Membros, o discurso de ódio contra a população LGBT não é um crime expressamente previsto, mas os termos da lei são suficientemente genéricos para permitir a sua utilização na protecção desta população<sup>5</sup>.

A propósito, mesmo a legislação alemã, conhecida pelo avanço na adoção de política anti-homofobia e pela defesa da utilização do Direito Penal como mecanismo de reforço de valores contra o discurso do ódio, vem sofrendo recentes críticas, especialmente pelo fato de que a criminalização da homofobia tem produzido o deletério efeito de estigmatizar e promover o encarceramento de grupos (também minoritários) que, por questões culturais ou religiosas, combatem a homossexualidade<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> DAPHNE III PROGRAMME of the European Union. **EU Suggested Best Practice Document: critical analysis and policy recommendations for EU-wide hate crime laws**, pp. 36-37. Disponível em: [http://www.uclan.ac.uk/research/environment/projects/assets/EU\\_SUGGESTED\\_BEST\\_PRACTICE\\_DOCUMENT.pdf](http://www.uclan.ac.uk/research/environment/projects/assets/EU_SUGGESTED_BEST_PRACTICE_DOCUMENT.pdf). Acesso em 11.12.2014.

<sup>5</sup> European Union Agency for Fundamental Rights. **Discurso de Ódio e Crimes de Ódio contra a População LGBT**. Disponível em: [http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/1226-Factsheet-homophobia-hate-speech-crime\\_PT.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1226-Factsheet-homophobia-hate-speech-crime_PT.pdf). Acesso em 11.12.2014.

<sup>6</sup> HARITAWORN, Jin. **Queer Injuries: The Racial Politics of "Homophobic Hate Crime" in Germany**. *Social Justice*, vol. 37, n. 1, 2010-2011, pp. 69-89.



Não se pode desconsiderar, aliás, o contexto cultural como influência determinante para a criminalização (ou não) do discurso do ódio, em geral, e da homofobia, em particular. Justamente por isso, Christoph Safferling adverte que:

Em muitos aspectos, o Direito Penal se distingue de outras áreas do Direito. Aproveitando-se da ferramenta mais grave e mais dissuasiva de controle social – a sanção penal – que estabelece os limites máximos aceitáveis de comportamento e em que forma protege os valores mais importantes da comunidade. Como uma expressão essencialmente da vontade comum, sanções penais refletem uma especial desaprovação social e são, nesse contexto, de natureza qualitativamente diferente em comparação com outras punições, tais como sanções administrativas. Assim, mais do que outros campos do Direito, o Direito Penal espelha em grande parte as atitudes culturais, morais, financeiras e outras específicas de uma comunidade e é especialmente sensível à evolução da sociedade<sup>7</sup>.

A partir desse rápido levantamento do Direito Comparado, é possível traçar duas conclusões preliminares: a) a utilização do Direito Penal como meio para reprimir a homofobia constitui tema polêmico, que suscita divergências mesmo entre países integrantes do mesmo Bloco (União Europeia, por exemplo); e b) a influência cultural na criminalização, ou não-criminalização, da homofobia, é fator decisivo para essa tomada de posição legislativa.

### **Breves considerações acerca da criminalização da homofobia no Brasil**

No caso brasileiro, embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheça a liberdade de expressão como um

---

<sup>7</sup> SAFFERLING, Christoph J. M. **Europe as Transnational Law – A Criminal Law for Europe: Between National Heritage and Transnational Necessities**. German Law Journal, n. 10, 2009, p. 1383 (tradução livre).



direito fundamental componente da ideia basilar de democracia, obviamente esse direito pode sofrer conformações, restrições e limitações.

Assim, o STF já considerou constitucional, em sede de controle incidental, a criminalização da incitação ao racismo (nos termos do art. 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989)<sup>8</sup>. Não há, contudo, dispositivo legal que, atualmente, criminalize diretamente a homofobia.

Dessa forma, a prática de violência verbal ou física contra homossexuais, transexuais ou transgêneros é punida na forma do Direito Penal comum, sem causas de agravação ou aumento de pena. Quando se trata, porém, de discursos ou palavras, a tensão entre a liberdade de expressão e a proteção à honra e à dignidade deve ser resolvida, no caso concreto, mas com a utilização de mecanismos do Direito Civil, Administrativo, etc., já que não existe uma tipificação legal da incitação à homofobia (diferentemente, relembre-se, do que ocorre com a incitação ao racismo).

É preciso alertar, porém, para o fato de que não necessariamente a criminalização seja a forma mais adequada de se combater a homofobia.

Em primeiro lugar, porque é polêmica, como já vimos, a conveniência (e, diríamos até, a própria constitucionalidade) de se utilizar a ferramenta punitiva estatal mais forte (o Direito Penal) para a solução específica desse problema social.

Em segundo lugar, a criação de um tipo muito aberto ou abstrato pode levar ao questionamento da própria constitucionalidade da

---

<sup>8</sup> Trata-se do famoso “Caso Ellwanger”: STF, Pleno, Habeas Corpus (HC) nº 82.424/RS, Relator Ministro Moreira Alves, Relator para o Acórdão Ministro Maurício Corrêa. DJ de 19.03.2004.



lei, por possível violação ao princípio da legalidade penal (Constituição Federal – CF, art. 5º, XXXIX), especificamente quanto ao subprincípio da lei certa.

E, em terceiro lugar, há que se ter cuidado para não se fomentar a utilização do Direito Penal com caráter meramente simbólico. É de se perguntar: a punição dos crimes motivados por homofobia já não é possível com base na legislação atual? A efetiva persecução penal dos autores desses delitos com base na lei vigente já não seria mais efetiva no combate à homofobia do que a alteração legislativa?

É consabido que nenhum direito fundamental é absoluto – nem mesmo a liberdade de expressão<sup>9</sup>. Contudo, qualquer restrição a um direito dessa natureza deve ser justificada, para atender ao critério da proporcionalidade, com base no triplo teste sucessivo de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, em caso de conflito entre direitos fundamentais (no caso, entre liberdade de expressão e direito à não-discriminação), uma restrição a um desses princípios-direitos só será legítima quando for positiva a resposta a três perguntas: a) a restrição atingirá o fim a que se propõe?; b) a restrição é o meio menos gravoso possível de se obter esse resultado?; e c) os custos da restrição são superados pelos seus benefícios?<sup>10</sup>

No momento, não temos certeza em responder afirmativamente a nenhuma das três indagações, o que não nos permite recomendar a aprovação do tipo que criminaliza a homofobia. Isso porque há dúvidas se a criminalização da homofobia (especialmente no aspecto

---

<sup>9</sup> Cf., a título de exemplo, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 230-231.

<sup>10</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 97 e seguintes.



discursivo, isto é, da incitação) reprimiria essa prática ou estimularia a “resistência” dos que a defendem<sup>11</sup>. Demais disso, temos dúvidas sobre se o Direito Penal seria o meio menos gravoso para se combater essa reprovável prática. E, por fim, não há sequer uma análise de impacto legislativo sobre os custos da criminalização da homofobia, em face dos seus possíveis benefícios.

Sobre esse ponto específico, verifica-se que há estudos apontando a necessidade de uma análise econômica sobre os custos da intervenção legislativo-penal na seara da criminalização do discurso do ódio (o que pode ser perfeitamente aplicável ao caso específico da homofobia)<sup>12</sup>.

No caso brasileiro, e especificamente em relação ao PLC n° 122, de 2006, não encontramos sequer uma análise de impacto legislativo da medida, providência que entendemos inescapável para a discussão de uma legislação tão polêmica. Necessária seria, portanto, uma análise *ex ante* sobre o impacto legislativo<sup>13</sup>, para que o legislador possa racionalmente decidir sobre a conveniência da adoção da mudança proposta pelo PLC.

Advirta-se, ademais, que uma avaliação de impacto dessa monta dificilmente seria compatível com o contexto de uma avaliação – logicamente mais generalista – de um Código Penal. Pode-se até mesmo afirmar que uma análise tão específica e detalhada não deveria, a nosso ver,

---

<sup>11</sup> Sobre a problemática da criminalização do discurso do ódio estimular sua prática, cf. BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o Direito Alemão e o Americano**. In: Direito Público, Brasília, n. 15, Jan/Mar. 2007, pp. 117-136.

<sup>12</sup> DHARMAPALA, Dammika; MCADAMS, Richard. **Words that Kill: An Economic Perspective on Hate Speech and Hate Crimes**. Illinois Law and Economics Working Papers Series, n.34, nov.2001.

<sup>13</sup> Nos moldes propostos, por exemplo, por Carlos Blanco de Moraes. Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Guia de Avaliação de Impacto Legislativo**. Coimbra: Almedina/Ministério da Justiça da República Portuguesa, 2001, especialmente pp. 20 e seguintes.



ter sido apensada ao PLS nº 236, de 2012. Mesmo tratando de assuntos conexos, o escopo de cada um desses projetos é diverso (um, reformar toda a legislação penal; outro, criminalizar uma conduta específica hoje atípica), o que, em tese, desaconselharia até mesmo a tramitação conjunta.

### **Conclusões**

Com base em todo o exposto, concluímos que a utilização do Direito Penal como forma de reprimir a homofobia não é isenta de polêmicas no Direito Comparado. Ainda que se tenha em conta apenas o caso brasileiro, a adoção dessa medida necessitaria de uma cuidadosa avaliação de impacto legislativo, que analisasse inclusive os custos e benefícios da intervenção legislativa, e que dificilmente teria como ser compatibilizada com a tramitação característica de um projeto de Código.

Com essas considerações, permanecemos à disposição do Senador Vital do Rêgo para as providências e esclarecimentos que julgar necessários.

Consultoria Legislativa, 12 de dezembro de 2014.

João Trindade Cavalcante Filho  
Consultor Legislativo

