

# A EFETIVIDADE DA TEORIA DO BEM JURÍDICO COMO DISPOSITIVO DE CONTENÇÃO DA INTERVENÇÃO PENAL ILEGÍTIMA

*THE EFFECTIVENESS OF THE LEGAL ASSET THEORY AS A MEANS OF CONTAINING UNLAWFUL CRIMINAL INTERVENTION*

*Henrique Zanola Paiva<sup>1</sup>*

## **Resumo**

O equilíbrio entre a proteção jurídico-penal a bens jurídicos e a afirmação da individualidade do sujeito expressa a compatibilidade entre a Dignidade da Pessoa Humana e o Estado Democrático de Direito. A teoria do bem jurídico se insere nesse cenário como dispositivo delimitador do exercício punitivo estatal, asseverando que a intervenção estatal só será legítima se sobrebaseada em um dano ou ameaça de dano ao bem jurídico tutelado. Mediante o julgado proferido nos autos da Ação Penal nº 5009103-54.2024.4.04.0000/RS, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, quer se demonstrar a efetividade da teoria do bem jurídico como instrumento de contenção da ingerência estatal para as condutas que não subtraíram ou diminuíram o bem jurídico tutelado pela norma penal.

## **Palavras-chave**

ADO 26. Discriminação por orientação sexual. Lei 7.716/89. Princípio da Legalidade. Teoria do bem jurídico.

## **Abstract**

*The balance between criminal-legal protection of legal assets and the affirmation of the individual's individuality expresses the compatibility between Human Dignity and the Democratic Rule of Law. The theory of the legal interest fits into this scenario as a restrictive device for state punitive power, asserting that state intervention is only legitimate if based on harm or threat of harm to the protected legal asset. The judgment handed down in Criminal Case No. 5009103-54.2024.4.04.0000/RS, of the Federal Regional Court of the 4th Region, seeks to demonstrate the effectiveness of the theory of the legal interest as an instrument to curb state interference in conduct that does not subtract or diminish the legal asset protected by criminal law.*

## **Keywords**

*ADO 26. Discrimination based on sexual orientation. Law 7.716/89. Principle of Legality. Theory of legal property.*

---

<sup>1</sup> Professor de Direito Penal na Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas. Mestre em Direito Penal pela PUC Minas. Bacharel em Direito pelo UNIPTAN. Bacharel em Teologia pela PUC Minas. Membro do grupo de pesquisa Imputação ao Método Penal - CNPq vinculado ao Programa de Pós-Graduação da PUC Minas. Contato: henriquezanola@gmail.com

## 1. 1 INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito, na seara penal, tem como vetor principal a regulação de condutas que visam a promoção de ações, as quais gerando a afirmação dos valores constitucionais, protegem bens jurídicos penais. Nesse panorama, o equilíbrio entre a proteção de bens jurídicos e a afirmação da individualidade do sujeito expressa a compatibilidade entre a Dignidade da Pessoa Humana e o modelo de Estado adotado.

A diligência pela liberdade individual e coletiva nem sempre vigorou como pauta fundamental para o Direito. O sistema penal, hoje compreendido como meio assecuratório de direitos vitais para a convivência humana salutar, era visto, outrora, como ferramenta de poder, castigo e exclusão (Foucault, 2014). Destarte, a necessidade impeliu à busca por mecanismos com a intenção de limitar o exercício punitivo estatal, como magistralmente observou o jurista francês Charles-Louis de Secondat, mais conhecido por Montesquieu: “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder”.

A teoria do bem jurídico se insere nesse cenário como dispositivo de restrição do aparato punitivo estatal, asseverando que a intervenção penal só será legítima se sobrebaseada em um dano ou ameaça de dano ao bem jurídico tutelado. A adequação ao tipo penal e a lesividade - reforçando a vigência do princípio da legalidade (tipo) e a desobediência ao imperativo comportamental (norma) - se classificam como as duas dimensões para a realização do primeiro grau do injusto penal, assegurando que a imputação penal esteja alicerçada em critérios científicos (por isso, rastreáveis).

No segundo capítulo se destrinchará a importância do princípio da legalidade e da teoria do bem jurídico como mecanismos que endossam o direito penal legítimo.

No terceiro e quinto capítulo, proceder-se-á a análise do julgado proferido nos autos da Ação Penal nº 5009103-54.2024.4.04.0000/RS, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em que se rejeitou a denúncia por ausência de justa causa (fato atípico), com fundamento na teoria do bem jurídico.

No quarto capítulo, acrescentar-se-á um adendo para analisar a importância do princípio da legalidade tendo em vista o funcionamento

adequado da teoria do bem jurídico, com base no julgado do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão de n.26.

No sexto capítulo far-se-á um estudo sobre os elementos integrantes do tipo penal como condição para a intervenção penal.

No sétimo capítulo, a conclusão.

## **2. 2 DIREITO PENAL GARANTISTA: QUALIDADE CORROBORADA PELO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E PELA TEORIA DO BEM JURÍDICO**

Deve-se a Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1794, §23) a primeira tentativa em oferecer um critério material sistemático apto a definir o delito<sup>2</sup>. O autor alemão defendeu a materialização do delito a partir da lesão de um direito individual, atrelando a imputação penal à tutela de tais direitos. O delito é, dessa maneira, uma ofensa a direitos subjetivos, *v.g.*, uma agressão ao direito à vida, ao direito à propriedade, ao direito ao meio ambiente, dentre outros tantos.

A racionalização do método jurídico-penal se fundamenta na teoria do contrato social. Referindo-se à diretriz social, o contrato preconiza que o indivíduo é livre para fazer as suas próprias escolhas, com o limite imposto por uma outra liberdade. Sob o vetor penal, a missão do direito está em garantir que o cidadão possa usufruir de sua liberdade.

Com um passo atrás, pode-se observar que a concepção feuerbachniana está em consonância com o opúsculo de Beccaria, em que se afirma que as relações sociais são estabelecidas por conveniência.

Os contratos sociais firmados são resultado da deliberação entre os próprios homens que se encontravam em uma posição de necessidade. Se, por um lado, o ser humano tinha o mundo inteiro ao seu dispor, vivia, por outro lado, a possibilidade sempre presente de conflitos com outros grupos, ocasionando o desapossamento de territórios conquistados, a subtração de bens e até a perda da própria vida. O indivíduo, na formalização do contrato social, renuncia à possibilidade de tudo possuir com dubiedade, a possuir

---

<sup>2</sup> A inserção do princípio da legalidade em âmbito penal foi promovida por Feuerbach, em 1801.

uma pequena porção de direitos, com razoável garantia e proteção.

A pessoa humana não faz renúncias somente visando o bem público. É a necessidade que a encoraja a renunciar parte de seus direitos em vista de resguardar uma porção dele. A submissão aos substratos político-jurídicos é produto da relação entre necessidade e conveniência (Beccaria, 2021, p. 23).

O princípio da legalidade se caracteriza como marco originário porque indica quais comportamentos devem ou não devem ser realizados pelos cidadãos, sob a ameaça da pena.

Na circunstância espaço-temporal do século XIX, a teoria de Feuerbach evidencia uma tentativa de limitação ao exercício punitivo estatal, no entanto, a tese foi fortemente criticada e, em âmbito científico, foi parcialmente superada.

A teoria do bem jurídico surge como uma crítica à tutela dos direitos subjetivos, tal como compreendida por Feuerbach, sobrebaseado na teoria kantiana da finalidade estatal. A partir de Johann Michael Franz Birnbaum (2010, p. 57), a tutela penal recai sobre a substância do bem, deixando para trás a ideia de que a finalidade do direito penal está na proteção de direitos<sup>3</sup>.

O direito penal, tampouco, intenta pela proteção de valores ético-sociais, como arquitetado por Hans Welzel. Para o autor, a proteção de bens jurídico é apenas acessória<sup>4</sup>:

A missão primária do direito penal não é a proteção atual de bens jurídicos, isto é, a proteção da pessoa individual, da sua liberdade etc. Pois, quando entra efetivamente em ação, em geral já é demasiado tarde. Mais essencial que a proteção de determinados bens jurídicos concretos é a missão de assegurar a real vigência (observância) dos valores de ação da consciência jurídica; eles constituem o fundamento mais sólido que sustenta o Estado e a sociedade. A mera proteção de bens jurídicos tem só um fim preventivo, de caráter policial e negativo. Pelo contrário, a missão mais profunda do direito penal é de natureza ético-social e de caráter positivo.

---

<sup>3</sup> “Se se quer considerar o delito como lesão, este conceito tem que referir-se naturalmente à lesão de um bem, não a de um direito” (Birnbaum, 2010, p. 57, tradução própria).

<sup>4</sup> Nessa perspectiva: Günther Stratenwerth, 2005, p. 54.

Ao proibir e castigar a inobservância efetiva dos valores fundamentais da consciência jurídica, revela [...] a vigência inquebrantável desses valores positivos de ação, dá forma ao juízo ético-social dos cidadãos e fortalece sua consciência de permanente fidelidade jurídica. (Welzel, 1997, p. 03, tradução própria).

Polaino Navarrete não é partidário da compreensão de Welzel e de seus adeptos, pois acredita que a fundamentação primária do direito penal não deve ser equiparada com o seu encargo essencial. O direito penal atua de forma subsidiária quando os demais ramos do direito se mostram inapropriados para proteger o objeto ofendido. A subsidiariedade atua para afastar a uniformização entre os valores éticos e o bem jurídico, visto que os outros ramos jurídicos protegem valores semelhantes. Do contrário, o direito penal poderia ser selecionado para tutelar todas as ocorrências que lesionam os valores ético-sociais, banalizando a sua atuação e o deslegitimando como *ultima ratio*.

Incumbe ao legislador a criação de tipos penais que materializem os valores fundamentais da sociedade, especificando os critérios para a identificação caso a caso. Não se afigura viável a configuração de um princípio geral que ofereça fundamento para todas as descrições típicas (Polaino Navarrete, 2000, p. 409).

Para Roxin (2009, p. 16), a legitimidade da atuação jurídico-penal se vincula intrinsecamente à sua função social. O direito atua, exclusivamente, quando sua atividade se faz indispensável para salvaguardar a liberdade e a convivência salutar dos indivíduos. Ratifica-se: se a intervenção por outro ramo do direito for suficiente como resposta ao comportamento deletério, torna-se ilegítima a manifestação do direito penal.

Verifica-se que a decisão pela defesa penal do bem jurídico se equilibra entre a qualidade do interesse tutelado e a qualidade da proteção jurídica, com notável ênfase sobre a última, conforme indica Franz von Liszt (1889, p. 102): “não é a qualidade do interesse protegido que determina a atuação jurídico-penal, mas a qualidade da proteção”. Para confirmar isto, basta se pensar na importância dos bens tutelados por outros ramos do direito: a família, a política, o menor, e outros tantos interesses. Destarte, a teoria reserva a utilização do direito penal somente quando a proteção do

bem valorado não se possa realizar de outro modo. Trata-se da reafirmação da natureza do direito penal como *ultima ratio*.

A ideia de bem foi utilizada pela primeira vez por Birnbaum, em 1834, indicando os valores aptos a fundamentar a imputação penal. Importante salientar que ele não foi o primeiro a utilizar a expressão “bem jurídico”, do alemão *Rechtsgut* (Brandão, 2022, p. 41), que fora empregada originariamente por Karl Binding<sup>5</sup>.

Birnbaum (2010, p. 35) assevera que o delito é uma lesão a um bem concreto, conforme se expressa: “O conceito natural de lesão parece ser aquele com o qual nos referimos a uma pessoa ou a uma coisa, em especial uma coisa que concebemos como nossa, ou a algo que para nós é um bem, que a ação de outra pessoa pode subtrair ou diminuir” (tradução própria).

Brandão (2022, p. 44) pontua que alguns autores compreendem que a exposição teórica de Birnbaum está na esteira dos postulados iluministas que, além de limitar o *jus puniendi*, intentam pelo afastamento da religião e da moral da tutela penal. Outros, defendem que ele se baseia em uma concepção positivista intermediária, sem deixar de afastar as temáticas relativas à religião e à moral da proteção jurídico-penal. (Brandão, 2022, p. 44). Nessa toada, depreende-se da tese de Birnbaum (2010, p. 59) a inserção dos delitos referidos à religião e à moral no arcabouço teórico dos bens coletivos.

Mir Puig (2003, p. 112), assevera que a referida teoria do bem jurídico não objetiva impor limites, senão atuar como *ratio legis*, isto é, na interpretação e sistematização da lei penal.

Distancia-se dessa proposição visto que, ao engendrar que o objeto do direito penal está atrelado à tutela de bens, o autor permitiu o fortalecimento de diversos institutos até então enfraquecidos na esfera penal, *v.g.*, a tentativa e o crime de perigo. Ademais, os avanços teóricos do autor atentaram para a remoção da perigosidade comum como fundamento da pena. Por fim, a separação entre bens individuais e coletivos tem se mostrado fundamental para os delineamentos liberais do direito penal. Assim, deve-se reconhecer o aspecto garantista alcançado pela teoria do

---

<sup>5</sup> Na obra *Die normen und ihre übertretungen*, publicada no ano de 1877, traduzida por Pedro Valls Feu Rosa como: “As normas e suas infrações”, conforme bibliografia utilizada.

bem jurídico ainda em Birnbaum.

### 3. 3 APLICABILIDADE DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

Nos autos da Ação Penal nº 5009103-54.2024.4.04.0000/RS<sup>6</sup>, julgada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, verifica-se a rejeição da denúncia por ausência de justa causa, conforme o Art. 395, III, do CPP, em face do Deputado Estadual Jessé de Faria Lopes, pela suposta prática de crime de discriminação por homofobia e transfobia. A conduta do parlamentar foi considerada, por dois votos a um – Rel. Des. Ângelo Roberto Ilha da Silva, acompanhado do voto do Des. Thompson Flores; vencido o voto da Des. Salise Monteiro Sanchotene - como atípica.

Respiga-se da denúncia que o réu, em exercício de suas funções na Assembleia Legislativa Estadual de Santa Catarina, teria realizado, em duas oportunidades, e em concurso material, o crime de discriminação social por homofobia e transfobia, se afigurando ao tipo previsto no Art. 20, *caput* e §2º da Lei nº 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa. [...] § 2º Se qualquer dos crimes previstos neste artigo for cometido por intermédio dos meios de comunicação social, de publicação em redes sociais, da rede mundial de computadores ou de publicação de qualquer natureza: Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. (Brasil, 1989, Art. 20).

A denúncia descreve que o réu, aos 25 dias do mês de maio de 2021 (fato 1), proferira um discurso discriminatório na tribuna, durante sessão

---

<sup>6</sup> O acórdão na Ação Penal foi objeto de Recurso Especial ao egrégio Superior Tribunal de Justiça, ainda não apreciado na data de publicação deste artigo.

ordinária da Assembleia Legislativa de Santa Catarina, por ocasião da votação do projeto “Criança Viada Show” que trata sobre a divulgação de uma série em formatos de vídeos e *podcast* sobre traumas na infância e resistência à comunidade LGBTQIAPN+<sup>7</sup>. O discurso fora transmitido ao vivo pela TV aberta e através da página da Assembleia Legislativa no Youtube (canal “assembleiasc”).

Eis, na íntegra, a transcrição do discurso proferido pelo deputado:

Parece que foi combinado, né? Mas não foi. Eu vim lá da minha cidade de Criciúma. né? 217 mil habitantes, pra vim aqui ter que ouvir pessoas defendendo eventos com o tema de ‘Criança Viada’. Não somos compreendidos. É sempre assim. Eles nunca são compreendidos. Stalin também não foi compreendido. O problema de tudo isso não é a liberdade de eles ir queimar onde eles bem entender, falar o que eles bem entender pra quem eles bem entender: O problema é usar o dinheiro público do pobre, que é a que mais paga impostos, pra fazer patifaria: que podem fazer, com o seu dinheiro, no seu espaço, e pra quem quiser ouvir Teve gente da cultura, músicos, que estão passando necessidade, que não tiveram oportunidade de conseguir esse recurso, mas pra esse tipo de sem vergonhice ai tem. Ai então, quer dizer que porque a gente não consegue, na internet, colocar tarja de segurança de idade pra tudo, então vamos liberar tudo. Então a gente não consegue acabar com o estupro, então vamos liberar o estupro. Não consegue acabar com o tráfico, vamos liberar o tráfico. Mas que relativização é essa? Nós estamos perdendo o senso, o bom senso do certo. Porque a gente não consegue alcançar o certo, ai acaba com o certo, com a referência do que é o correto, do convívio entre as pessoas. só porque a gente não consegue alcançar a máxima. Isso é um absurdo. Nem era sobre isso que eu ia falar presidente, mas eu parabeneizei o prefeito Morastoni pela ação, pela atitude. Tem meu total apoio e da maioria esmagadora dos catarinenses pela atitude do prefeito.

---

<sup>7</sup> Utilizar-se-á o termo atualizado LGBTQIAPN+, mas se observa que, na data da sentença, a expressão utilizada era LGBTI+.

No dia seguinte, 26/05/2021 (fato 2), o deputado postara conteúdo em suas mídias sociais, referindo-se ao projeto e à sua propositura pela colega parlamentar, Deputada Estadual Luciana Carminatti, nesses termos:

Deputada do PT defende o ‘roda bixa’ na ALESC - Este evento que foi escrachado pela sociedade catarinense não pode ser patrocinado com dinheiro dos impostos. - Fui pego de surpresa pela deputada defendendo o tema, mas ainda consegui, em tempo, me manifestar contra a sua atitude. - Natural de Criciúma e morador da cidade de Forquilha, não posso deixar que esse tipo de tema seja defendido na ALESC sem minha manifestação contrária. - Tudo o que os ‘incompreendidos’ querem é que aceitemos calados, enquanto eles impõem, de forma subliminar, suas patifarias em forma de ‘CU-Itura’!

A denúncia pontua que o réu “incita discriminação por identidade de gênero e orientação sexual” em ambas as manifestações.

#### **4. 4 ADENDO: A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26**

Prevenindo-se à discussão sobre a pertinência da teoria do bem jurídico, a matéria examinada nos autos da Ação Penal nº 5009103-54.2024.4.04.0000/RS, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Ação Penal de 2024), no quanto, apreciou o agasalho da Lei nº 7.716/89, para regência de episódios de homofobia e transfobia. O que no ano de 2019, o Supremo Tribunal Federal julgara a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO 26), fixando que, em razão da ausência de norma penal que trate sobre condutas homofóbicas e transfóbicas, até que o Congresso Nacional empreenda proteção nesse prisma, a Lei nº 7.716/89, que dispõe sobre os crimes resultantes de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, deverá ser aplicada às referidas posturas.

Em primeiro plano salienta-se, a decisão da corte constitucional resgata a gênese conceitual da homofobia e esclarece as distinções entre sexo, gênero e orientação sexual.

[...] O termo homofobia [4] foi cunhado na década de 1970 pelo psicólogo clínico George Weinberg [5] para definir sentimentos negativos com relação a homossexuais. Nos dias atuais, as palavras homofobia e transfobia costumam ser empregadas para designar emoções ruins - como aversão, raiva, desprezo, ódio, desconforto e medo - com relação aos membros da comunidade LGBTQI+. Ainda que não exista um conceito unívoco a seu respeito, é possível dizer que a homofobia e a transfobia significam a violência física ou psicológica contra uma pessoa, respectivamente em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, manifestando-se em agressões, ofensas e atos discriminatórios. 13. Nesse ponto, vale lembrar que sexo é uma condição física, biológica. Gênero diz respeito à autopercepção do indivíduo, ao sentimento de pertencimento ao universo feminino, masculino, ou a nenhuma dessas definições tradicionais. A orientação sexual, por sua vez, está associada à atração física, ao desejo de cada um. É aqui que a pessoa pode ser heterossexual, homossexual ou bissexual. A orientação sexual e a identidade de gênero não traduzem escolhas livres, são apenas fatos da vida. (Brasil, 2020, §§ 12-13).

Em continuidade, ressaltando a ausência de conceitos unívocos sobre a homofobia e a transfobia, quanto a inexistência de preceito normativo sobre os temas.

39. A ausência de norma criminal punitiva de atos de homofobia e transfobia configura mora inconstitucional do legislador, nos termos do art. 103, §2º, CF, decorrente da ausência de regulamentação suficiente do art. 5º, XLI e XLII, CF. 40. Em primeiro lugar, o art. 5º, XLI, CF estabelece que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Ainda que não exista uma definição unívoca a respeito do que são a homofobia e a transfobia, não há dúvidas de que constituem formas de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. O próprio constituinte, ao estabelecer comando para a edição de lei, optou por utilizar conceitos jurídicos indeterminados, construindo enunciado que pode

ser integrado à luz da realidade concreta de cada tempo. Como se viu, o preconceito fundado na aversão à orientação sexual e/ou à identidade de gênero dos indivíduos dá ensejo à sistemática violação de direitos fundamentais da comunidade LGBTI+, grupo historicamente marginalizado. Dito em outras palavras: no Brasil, a homofobia mata e, por isso, deve ser criminalizada. 41. Nesse ponto, vale fazer uma observação. O art. 5º, XLI, CF diz que “a lei punirá” condutas atentatórias de direitos e liberdades fundamentais, sem especificar textualmente se esse comando deve ser cumprido por meio da tipificação penal ou da punição administrativa desses atos. No entanto, a interpretação constitucional não pode se desvincular do contexto em que se insere. Em razão de três fatores que exponho a seguir, entendo que o princípio da proporcionalidade, em sua dimensão da vedação à proteção insuficiente, impõe que a proteção da integridade física e psíquica da população LGBTI+ se dê por meio da criminalização da discriminação contra a orientação sexual e/ou a identidade de gênero. (Brasil, 2020, §§ 39-41, grifo próprio).

Em derradeiro, retoma-se a consideração de que o racismo pode ser compreendido de forma conceitualmente apta a abarcar outras manifestações:

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

2020, Ementa, III).

O STF entendeu que os comportamentos homofóbicos e transfóbicos devem ser punidos na medida em que o princípio basilar da dignidade da pessoa humana reclama pela repulsa de permissão a formas de perpetrar desigualdade entre os seres humanos, advindos de filtros como a raça, a cor, a etnia, a religião, a procedência nacional, a ideologia ou a compreensão filosófica (isto é, o modo de vida elegido).

Não se discute a primordialidade da tutela dos direitos inerentes à comunidade LGBTQIAPN+, porque os pertencentes são indivíduos contemplados com igual dignidade aos não pertencentes. Entretanto, contesta-se a atuação do Supremo Tribunal Federal, pois ao equalizar conceitos como racismo e homofobia e transfobia (até então, imprecisos) - com a (reta) intenção de tutelar pelos direitos mencionados, incidiu em manifesta configuração de analogia *in malam partem*, aplicando-se instituto jurídico desautorizado pelo direito penal.

A despeito do que afirma parcela minoritária da doutrina, a melhor técnica difere o princípio da legalidade do princípio da reserva legal, uma vez que o primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei. (Silva, 2000, p. 421).

O Princípio da Legalidade ou Princípio da Reserva Legal - primeiro marco garantista da ciência penal -, perpetrado ainda no início do século XIX pelo penalista alemão Feuerbach, sob o adágio: *nullum crimen, nulla poena sine lege* (critério formal), foi recepcionado no rol dos direitos fundamentais, previsto no Art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (Brasil, 1988). A proibição da analogia *in malam partem* na seara penal se caracteriza como uma das diretrizes resultantes do Princípio da Legalidade: “*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*” (critério material), vedando de forma absoluta a analogia que prejudique o réu.

Prado (1991, p. 92) ensina que a criação de tipos penais sancionadores depende da subsunção a critérios formais e materiais, isto é, uma lei anterior que reúna os elementos objetivos que permitam identificar o crime, além de uma predeterminação normativa indicando o conteúdo da norma penal.

O Princípio da Reserva Legal estabelece que a lei penal deve ser “certa”, com sentido claro e o mais preciso possível, de tal maneira que o conceito selecionado pelo legislador para integrar o corpo do texto jurídico não deixe dúvidas quanto ao seu significado. Esta condição cumpre com a garantia política do referido princípio, determinando que a intervenção penal esteja submetida ao conhecimento prévio do direito pelos cidadãos que integram o Estado.

A norma penal demanda interpretação, posto que que nem sempre a constituição textual é clara o suficiente para que se possa determinar o seu real significado. O ato interpretativo, todavia, não se trata de um método de concepção normativa, se utilizando de um escrito existente para criar um outro que inexistente. Interpretar é determinar o significado da norma. Nessa percepção, Guilherme de Souza Nucci ensina:

Interpretar significa captar o real sentido de algo, clareando o que se afigura nebuloso, porém presente. [...] Isto não acarreta *carta branca* ao intérprete para fazer da lei o que bem entende. Uma das regras básicas da interpretação, que se deve aplicar, em primeiro plano, na interpretação literal, é que ‘lei clara não carece de interpretação - em sendo claro o texto, não se admite pesquisa de vontade’ (*in claris cessat interpretatio*). (grifo próprio) (Nucci, 2018, p. 148).

O termo “racismo”, analisado sob o condão da interpretação - literal, sistemática, lógica, histórica e teleológica -, não oferece abertura para que se criminalize outras condutas para além daquelas que se referem à raça, tanto que não existiria o denominado “racismo reverso”<sup>8</sup>, de sorte que o

---

<sup>8</sup> O Superior Tribunal de Justiça manifestou entendimento de que não existe racismo contra pessoa da cor de pele branca, visto que o racismo se trata de um fenômeno

vocabulo “racismo” não abarca condutas, preconceituosas ou discriminatórias, por homofobia e transfobia.

A palavra racismo<sup>9</sup> foi criada para explicar a relação hierárquica estabelecida entre as raças, isto é, uma diferenciação valorosa entre os vários grupamentos humanos e suas características preponderantes que, *in casu*, se referiam especificamente à pele preta. O vocabulo “racista” se designa como adjetivo (qualidade da pessoa racista), indicando uma redução do outro em virtude do tom de sua pele.

São muitos os exemplos paradigmáticos que demonstram a vinculação natural entre racismo e a tonalidade da pele, ou outras características fenotípicas (por vezes, falseadas), a exemplo do formato dos lábios, força física, saúde da pele, entre outros. Dentre os episódios de racismo, pode-se mencionar os casos em partidas futebolísticas, onde a torcida ou os jogadores ofendem a outros torcedores ou jogadores devido à cor negra da pele. Este fato demonstra que, majoritariamente, o racismo é a depreciação do indivíduo em consequência da cor da pele.

Isto posto, a correspondência entre racismo e dignidade sexual se mostra uma conclusão forçosa, sem aparato técnico-semântico ou técnico-sintático, se tratando de um manifesto episódio de analogia *in malam partem*.

Em que pese o voto do Des. Angelo Roberto Ilha da Silva não avançar no mérito discutido na ADO 26, pressupondo a aplicabilidade da decisão da Suprema Corte, faz-se necessário, no entanto, reafirmar que o direito penal se configura como uma complexa rede de princípios e normas que se entrelaçam para regular todo o arranjo processual e material. Nesse panorama, a relativização do Princípio da Legalidade representa um descompasso imposto ao sistema penal, desequilibrando, inclusive, o funcionamento da teoria do bem jurídico.

Vale recordar a construção jurídica no nacional-socialismo alemão que relativizou o princípio da legalidade para incluir a analogia como

---

estrutural de discriminação baseado na hierarquia racial, que não se verifica no caso dos indivíduos de pele branca (Brasil. Superior Tribunal de Justiça, 2025).

<sup>9</sup> O termo foi utilizado pela primeira vez em 1902, por A. Maybon, na revista francesa *Blanche*.

método interpretativo permitido no direito penal<sup>10</sup>. O distanciamento da legalidade enseja o critério acusador do “são sentimento popular”, em detrimento do “critério de determinação da danosidade”, conforme expressa Giovanni Fiandaca e Enzo Musco (2023, p. 11, tradução própria<sup>11</sup>): “A mudança na relação entre o Estado e o cidadão, como resultado da revolução nacional-socialista, significa que a violação do dever de lealdade para com o Estado ético, personificado pelo Führer, tornou-se o foco do crime”.

Guardadas as devidas proporções, alia-se à compreensão de que a ampliação do método penal para “fora” do alcance da legalidade, condescende com a ofensa do princípio da legalidade, axioma de estatura constitucional, ferindo-se, por corolário, os conceitos material e formal de crime.

## 5 TESES JURÍDICAS

O voto do Des. Relator pressupõe, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que a discriminação por homofobia e transfobia se adequam ao tipo do art. 20, da Lei nº 7.716/89. No entanto, abriga a tese de que não ocorrera ofensa ao bem jurídico tutelado. O voto vencido da Desa. Salise Monteiro Sanchotene aludira demasiadamente à ADO 26 para afirmar que a discriminação e o preconceito aos membros da comunidade LGBTQIAPN+ deveriam ser rechaçadas juridicamente -

---

<sup>10</sup> O princípio da legalidade foi inserido no direito alemão em 1871 sob a assertiva: “Uma ação só pode ser castigada com uma pena, se esta pena estava determinada por uma lei antes de que a ação fosse cometida”. Mais tarde, em 28 de junho de 1935, sob o domínio político do nacional-socialismo alemão, a citada disposição teve sua redação alterada para: “Será castigado quem comete um fato em que a lei declara punível ou que segundo o conceito fundamental de uma lei penal e o são sentimento popular merece castigo. Se nenhuma lei penal determinada resulta aplicável diretamente ao fato, este será castigado segundo a lei cujo conceito fundamental correspondente melhor a ele”. (Mezger, 1958, p. 64).

<sup>11</sup> Texto original: L'intervenuto mutamento del rapporto Stato-cittadino, quale effetto della rivoluzione nazionalsocialista, fa sì che al centro del reato assurga la violazione del dovere di fedeltà nei confronti dello Stato etico, impersonato dal Führer.

porque tuteladas pela Lei nº 7.716/89 - e que o caso particular revelava uma verdadeira ofensa ao bem jurídico tutelado.

### 5.1 Voto vencido da Desembargadora Salise Monteiro Sanchotene

A Desa. Salise Monteiro Sanchotene divergiu do voto do Des. Relator, apontando que a conduta do réu ofendera, nas duas oportunidades, a dignidade sexual da vítima. A Magistrada defendeu que as falas do réu não se restringiram à análise política da destinação de verbas públicas para o programa “Criança Viada Show”, mas consubstanciaram ofensas desnecessárias à dignidade sexual - visto que o discurso do parlamentar poderia se limitar à expressão de contrariedade pela utilização de recursos públicos para o financiamento do referido programa educacional e cultural. Afirma que a intenção do parlamentar era inferiorizar e segregar os membros da comunidade LGBTQIAPN+. Na visão da Desembargadora, a recusa à destinação dos recursos se evidencia como:

Controle ideológico (eliminação do local de fala), da dominação política (realizada por representante do povo que possui agremiação política), subjugação social (pela invisibilização), e pela negação da alteridade, da dignidade e da humanidade dos integrantes do grupo LGBTI+, que foram reconhecidos no julgamento da ADO 26-DF como não pertencentes ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social e, por isso, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito (inclusive direitos fundamentais). (Brasil, 2024).

O voto vencido faz alusão a obra de Salo de Carvalho, sobre a possibilidade de uma criminologia *queer*, demonstrando que o crime

perpetrado pelo réu é uma chaga cultural que patenteia uma estrutura de domínio dos mais fortes sobre o mais fracos.

5.2 Rejeição da denúncia por ausência de violação ao bem jurídico: voto (vencedor) do Relator Des., acompanhado pelo Desembargador Thompson Flores

A tese do Des. Relator Ângelo Roberto Ilha da Silva, seguida pelo voto do Des. Thompson Flores, indica que o bem jurídico compõe o tipo objetivo, como conteúdo material do injusto penal. A tipificação de um comportamento cria, naturalmente, a tutela de um bem jurídico, que se traduz na proteção mais gravosa do ordenamento jurídico. O bem jurídico, nesse sentido, se identifica como o valor social tutelado pela norma, merecedor da máxima proteção jurídica.

Em consequência da elevação do bem jurídico como conteúdo material do injusto, a conduta humana voluntária somente se adequa integralmente ao tipo penal se houver uma lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico. Na fase pré-processual, os fatos devem indicar a ocorrência do crime com razoável convicção, do contrário, o processo investigatório não deverá ser instaurado.

A lesão da moralidade, dos costumes ou dos “são sentimentos do povo” (como intentou a Escola de Kiel) não se configuram como lesões a bens jurídicos, na esteira do direito penal legítimo. O Desembargador colaciona como exemplo, o caso de incesto, que viola o sentimento de grande parte dos indivíduos, mas não se corporifica como conduta legitimamente criminalizável, pela ausência de lesividade.

Na análise da conduta do parlamentar, o Des. Rel. reitera, sumariamente, que o réu se utiliza de expressões e modo de linguagem impróprios, que deveriam ser evitados, sobretudo ao se tratar do cargo de um Deputado Estadual. Entretanto, as falas do réu não se amoldariam ao tipo objetivo constante no Art. 20 da Lei nº 7.716/89, dada a ausência de lesividade contra o bem jurídico tutelado.

Segundo o Des. Relator, a referida lei penal não objetiva a

intervenção penal em discursos morais ou reprováveis. O bem jurídico protegido pelo tipo se baseia na igualdade material entre todos os seres humanos, rompida

mediante elisão da propagação de ideias concretamente voltadas ao ódio, à discriminação e cujo escopo seja o de ativamente impulsionar ações lastreadas no seguinte tripé axiológico: a) valoração positiva da desigualdade entre os indivíduos; b) defesa da superioridade de determinados grupo sobre outro, e, principalmente; c) legitimação da subjugação de indivíduos. (Brasil, 2024).

Observa-se que o discurso do réu não indica a finalidade de estabelecer uma superioridade ou distinção valorosa entre os grupamentos humanos (*hetero* de um lado, e *homo* e *trans* de outro), tampouco, sob este fundamento, incitar a violência, o ódio ou a discriminação contra os membros do grupo. Especifica o magistrado que, “não há no contexto do discurso, ‘finalidade de repressão, dominação, supressão ou eliminação’, elementos subjacentes imprescindíveis à caracterização objetiva da conduta violadora do bem jurídico tutelado pelo art. 20, *caput*, da Lei nº 7.716/89” (Brasil, 2024).

O Des. Rel. menciona um julgado do STF, relatado pelo Min. Edson Fachin, no RHC 134682, publicado em 28/08/2017, onde se computa que a efetivação da conduta discriminatória deve superar as seguintes etapas:

Uma de caráter cognitivo, em que atestada a desigualdade entre grupos e/ou indivíduos; outra de viés valorativo, em que se assenta suposta relação de superioridade entre eles e, por fim; uma terceira, em que o agente, a partir das fases anteriores, supõe legítima a dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente que compreende inferior. (Brasil, 2017).

O item 8 da ementa anota:

8. Conduta que, embora intolerante, pedante e prepotente, se insere no cenário do embate entre religiões e decorrente da liberdade de proselitismo, essencial ao exercício, em sua inteireza, da liberdade de expressão religiosa. Impossibilidade, sob o ângulo da tipicidade conglobante, que conduta autorizada pelo ordenamento jurídico legitime a intervenção do Direito Penal. 9. Ante a atipicidade da conduta, dá-se provimento ao recurso para o fim de determinar o trancamento da ação penal pendente. (Brasil, 2017).

Na mesma esteira, o Des. Ângelo, no seu voto vencedor, entendeu que o discurso do deputado, embora desrespeitoso, não se classificaria como fala voltada à “dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais” (Brasil, 2024), por isso, ausente a tipicidade objetiva.

Por fim, indicou que o réu estava abrangido pela imunidade parlamentar (Cf. Art. 53, da CF/88), que se materializa na garantia de exposição de ideias, dentro dos limites constitucionais. Os comportamentos que violam a moral e a ética nem sempre serão objeto de análise do direito penal. Destarte, as condutas que se assentam em disputas ideológicas ou político-partidárias deveriam permanecer distantes do âmbito processual e, especificamente, da seara jurídico-penal.

O bem jurídico se posiciona como um limitador do exercício punitivo estatal<sup>12</sup>, em que apenas a partir da lesão ou a ameaça de lesão efetivada contra o bem jurídico, se torna legítima a intervenção penal.

## 6 ESTRUTURA OBJETIVA DO TIPO

Associa-se à tese levantada pelo Des. Relator, amparado na compreensão de que as condutas do deputado não se amoldaram à incitação

---

<sup>12</sup> Nesse sentido: Franz von Liszt (1889), Edmund Mezger (1958), Polaino Navarrete (2000), Karl Binding (2002), Hassemer (2005), Claus Roxin (2009), Brandão (2022) e Tavares (2022).

da “discriminação por identidade de gênero e orientação sexual”, como afirmava a denúncia.

Referente ao “Fato 1”, o parlamentar manifestara a sua indignação pela destinação de recursos públicos à promoção de um programa, cunhado por “Criança Viada Show”, que sob a roupagem da cultura e da educação, pretenderia, na verdade, inculcar conceitos que se vinculam aos ideários próprios da comunidade LGBTQIAPN+. O pensamento do parlamentar aponta na direção de que o dinheiro público não poderá ser utilizado para a promoção de “pretextos particulares”. Conjectura-se: caso semelhante seria a manifestação de um parlamentar que se visse contrariado pela destinação de recursos públicos para a divulgação de um conteúdo antropológico-doutrinário da Igreja Católica ou mesmo de qualquer outra religião.

No “Fato 2”, o parlamentar rediz o seu posicionamento perpetrado na tribuna da Assembleia Legislativa, reiterando - de forma ainda mais clara: *“Tudo o que os ‘incompreendidos’ querem é que aceitemos calados, enquanto eles impõem, de forma subliminar, suas patifarias em forma de ‘CU-Itura!’*” - que a propositura do projeto “Criança Viada Show” se classifica como a tentativa de empreender uma iniciativa de cunho pessoal, ou melhor, de grupo.

Desse modo, está-se de acordo com a visão do Des. Rel., ao identificar nas palavras do réu a expressão do seu descontentamento pela utilização de recursos públicos para uma causa particular, mas que, em momento algum - embora tenha utilizado um linguajar escusável - incitou a discriminação, o preconceito e a violência.

Na análise objetiva do tipo: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” (Art. 20, Lei nº 7.716/89), os verbos destacados dão a tônica ao tipo, com a indicação do seu núcleo<sup>13</sup>. Os elementos objetivos “praticar, induzir ou incitar” não se amoldam ao discurso do réu, faltando o primeiro e principal dos elementos para a Teoria do Crime, a Tipicidade, que se realiza na subsunção entre a conduta e o tipo penal. Nesse sentido:

---

<sup>13</sup> “Os elementos objetivos são facilmente visualizáveis, porque o tipo é um modelo de conduta, logo o núcleo do tipo penal é um verbo, que é conceitualmente identificado com a ação. Além da ação, tudo o que se concretizar no mundo exterior é elemento objetivo” (Brandão, 2022, p. 128).

O tipo, tomado sempre em sentido estrito, compõe-se, normalmente, de um núcleo, representado pela ação ou omissão e seu objeto, tendo como base a lesão ou o perigo de lesão a um determinado bem jurídico. [...] Como norma de conduta, deve estar associada a determinada finalidade: a delimitação do poder de intervenção do Estado, a qual não pode ser alcançada sem um pressuposto material que lhe trace os contornos de estabilidade. Daí a necessidade de que se estabeleça, como base da ação típica, a lesão de bem jurídico. (Tavares, 2022, p. 223).

Seguindo o raciocínio, a argumentação sobre a aplicação da Lei 7.716/89 ao caso de suposta homofobia e transfobia não se delinea como a principal tese. A premissa basilar que torna a conduta do réu atípica está no núcleo do tipo, visto que o parlamentar não praticou, induziu ou incitou a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

A tipicidade consolida o princípio da legalidade, enquanto prescritor do modelo de conduta incriminada, que permite a associação entre os elementos objetivos do tipo e o comportamento do indivíduo, convertendo a conduta humana voluntária em crime. “As condutas que não forem adequadas ao tipo são penalmente irrelevantes, por isso a tipicidade determina o âmbito da liberdade de ação: tudo o que não for descrito como crime por um tipo não pode ter como consequência uma sanção penal” (Brandão, 2022, p. 112).

O bem jurídico está presente na estrutura objetiva da tipicidade. Diz-se que o valor tutelado se extrai da norma penal e, esta, se intuí com base no tipo. Dito de outro modo, o tipo penal é a “imagem conceitual” descrita, a norma é o imperativo comportamental (como: “não incitar a discriminação!” ou “não praticar o preconceito!” etc.) e o bem jurídico é o valor que se pretende tutelar através da norma que, *in casu*, se trata da dignidade da pessoa humana, materializada na igualdade de direitos.

Pode-se pensar na existência de outros bens jurídicos, dada a complexidade dos casos que envolvem a discriminação, o preconceito e a violência contra os homossexuais e transsexuais. Ao tratar sobre os crimes “contra a liberdade sexual”, ensina Francisco Muñoz Conde (2003, p. 210)

que é comum se encontrar, igualmente, atentados à liberdade *lato sensu*, como a violência, a intimidação ou a privação da liberdade, todavia, essas condutas são meio para a concretização da finalidade: a ofensa ao exercício da sexualidade.

A lei nº 7.716/89 objetiva tutelar a igualdade de direitos, independentemente da raça, da cor, da etnia, da religião ou da procedência nacional. Esta tutela decorre da Constituição Federal: a dignidade da pessoa humana está prevista nos Fundamentos da República, no Art. 1º, III, a promoção ao bem de todos, sem preconceitos, pode ser visualizada nos Objetivos Fundamentais da República, no Art. 3º, IV, e o princípio máximo da igualdade, está manifesto entre os Direitos e Garantias Fundamentais, presente no Art. 5º, *caput* (Brasil, 1988).

Isto posto, a conduta do réu não se revela finalisticamente orientada à violação do bem jurídico tutelado. O direito penal é vocacionado à tutela subsidiária de bens jurídicos, não punindo ações que se refiram, exclusivamente, à dissabores, à meras violações da proibição, à moral, à ética ou à perigosidade comum. Torna-se imprescindível a salvaguarda do conceito do bem jurídico, enxertado no injusto penal, para que se solidifique o direito penal legítimo. Impõe-se ater ao contínuo risco de o direito penal ser utilizado para punir o máximo de condutas possíveis que, sob o clamor público, afiançado pela mídia ou por grupos sociais, elegem o direito penal como a ciência inimitável para a resolução das demandas da sociedade. Nessa toada:

Na atualidade, o papel que o bem jurídico vem desempenhando junto ao Direito Penal se relaciona com o estabelecimento de limites jurídico materiais ao arbítrio do Estado na sua função punitiva. Inquestionável, portanto, tem sido sua importância, especialmente quando a expressão ‘pós-democracia’ já está sendo banalizada e o regresso a um Direito Penal aberto a influências morais tem sido um discurso frequente no meio político. (Gomes, 2019, p. 267).

O julgado do TRF da 4ª Região, na Ação Penal nº 5009103-54.2024.4.04.0000/RS, explicita a força emanada da teoria do bem jurídico,

capaz de oferecer critérios materiais limitativos ao poder punitivo estatal, seja na fase de criação legislativa, seja na interpretação da lei pelos operadores do Direito.

Em perspectiva concomitante, a robustez da teoria do bem jurídico pode ser visualizada se se especular pela intervenção penal estando ausente o valor social tutelado. O Estado poderia intervir penalmente para proteger uma de suas instituições ou visando cumprir algumas de suas funções? Roxin (2009, p.18) defende que a administração da justiça, o sistema financeiro ou outros institutos, podem ser tuteláveis, se demonstrado a necessidade para efetivar a proteção do bem jurídico, isto é, concebendo a ingerência como instrumento (meio) para a tutela de bens jurídicos (fim).

Pressupondo que não há uma lesão ao bem jurídico na Ação Penal de n. 5009103-54.2024.4.04.0000/RS, questiona-se: poderia se utilizar da intervenção penal para garantir que um objetivo intermediário seja alcançado? Concretamente, o exercício punitivo estatal poderia ser empregado com a finalidade de penalizar “discursos impróprios”? Esta observação empírica enseja a reflexão sobre o alicerce outorgado à teoria do crime pela teoria do bem jurídico, visto que em sua ausência, se franquearia intensa insegurança jurídica para assinalar qual comportamento deve ser considerado como crime.

Por conseguinte, o atributo de subsidiariedade, como princípio reitor da ciência penal, institui uma reflexão acerca da resposta estatal que melhor se adequa aos casos submetidos a juízo. Indaga-se: não seria conveniente uma sanção administrativa que pretendesse o aperfeiçoamento da atividade parlamentar, cuidando para que, na defesa de uma perspectiva, não se afrontasse a consciência de outros? Repisa-se, nem toda conduta que ofende o ser humano em algum nível, deve ser abarcada pelo direito penal.

Paralelo ao aspecto garantista da teoria do bem jurídico e sob o crivo dos princípios penais - Legalidade, Proporcionalidade, Subsidiariedade, Lesividade - é de vital importância um escalonamento punitivo que planeje e execute a sanção, sem perder de vista a qualidade da proteção<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> É o que está defendido no artigo “Pedagogia Penal: o farol garantista e a criminalização do trote universitário”: “Não se podendo subtrair o ilícito da classificação penal, que as reparações sigam a seguinte ordem preferencial de punições: – Prefira-se o grau menos grave, a saber, as penas pecuniárias (multas); – Não se

## 5. 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da legalidade denota a moldura que abriga a conduta proibida, ao mesmo tempo em que manifesta os comportamentos permitidos pelo ordenamento jurídico-penal. Por conseguinte, o bem jurídico se extrai do tipo, como o seu conteúdo, indicando o valor jurídico tutelado pela norma penal. A proteção de bens jurídicos se caracteriza como a função subsidiária do direito penal.

Constata-se a importância do bem jurídico na estrutura do tipo, porque favorece a compreensão de que o delito é mais que uma lesão formal. Para que se realize o crime, não basta a subsunção entre a ação e a lei, mas obriga-se a ocorrência de uma ameaça ou lesão ao bem jurídico.

Nessa toada, deduz-se não ter havido lesão ao bem jurídico na Ação Penal de n. 5009103-54.2024.4.04.0000/RS. Ainda que se concluísse que a conduta do Deputado Estadual se amoldou perfeitamente ao Art. 20 da Lei nº 7.716/89, a falta de danosidade (material) impossibilitaria que o réu fosse condenado por discriminação por homofobia e transfobia.

Se não houve lesão, mas o comportamento do parlamentar se mostra impróprio, o direito penal poderia ser empregado com a finalidade de penalizá-lo, como exemplo para os demais e com o fim de evitar condutas delituosas? Certamente, não. Por isso, legalidade e bem jurídico atuam como contenção ao exercício punitivo estatal, estabelecendo uma linha de segurança, que obriga ou desobriga a intervenção penal.

Os princípios, teorias e normas contribuem para delimitar a atuação estatal. Ao Poder Judiciário incumbe analisar se a conduta se amolda ao tipo

---

podendo ficar contido as multas, que sejam preferidas as penas restritivas de direito consideradas como alternativas à prisão, como são a prestação pecuniária indenizatória da vítima, parente ou entidade; a prestação inominada (cestas básicas, medicamentos, serviços à comunidade); a perda de bens e valores; as interdições temporárias (dirigir, candidatar) etc. – Não se podendo ficar contido as penas alternativas à prisão, chegue-se às privativas de liberdade (porém, com vistas a considerar, a prisão em regime de detenção e somente depois a prisão em regime de reclusão); – Excepcionalmente, e só excepcionalmente, a pena de morte – Art. 56 Código Penal Militar c/c Art. 5º, inc. XLVII, a e 84, inc. XIX. Execução – Art.707 Código de Processo Penal Militar” (Paiva; Lopes, 2024, p. 88-89).

penal e lesa o bem jurídico tutelado. Ao Poder Legislativo concerne legislar para que os valores sociais sejam protegidos. Outros instrumentos, jurídicos ou não-jurídicos, podem ser empregados em vista da convivência humana salutar, todavia, o direito penal deve se ater a agir sob o escrutínio principiológico da Legalidade e da Lesividade.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6022: informação e documentação - artigo em publicação periódica técnica e/ou científica - apresentação. 2. ed. Rio de Janeiro: ABNT, 2018.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Edipro, 2021.

BINDING, Karl. As normas e suas infrações. Tradução de Pedro Valls Feu Rosa. Vitória: Imprensa, 2002. v. 1.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito. Buenos Aires: BdeF, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 16 mar. 2025.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis /l7716.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis /l7716.htm). Acesso em: 08 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus nº 929.002/AL. Relator: Min. Og Fernandes, 12 jul. 2024. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20929002>. Acesso em: 25 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Relator: Min. Celso de Mello, 06 out. 2020. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADO%2026%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADO%2026%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 20 fev. 2025.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Ação Penal nº 5009103-54.2024.4.04.0000/RS. Relator: Des. Ângelo Roberto Ilha da Silva, 17 out. 2024. Disponível em: [https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_res\\_ultado\\_pesquisa&txtValor=50091035420244040000&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixado=s&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&txtChave=&numPagina=1](https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_res_ultado_pesquisa&txtValor=50091035420244040000&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixado=s&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&txtChave=&numPagina=1). Acesso em: 26 maio 2025.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. Tratado de derecho penal: común vigente en Alemania. Salamanca: Hammurabi, 1989.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Diritto penale: parte generale. Torino: Zanichelli, 2023.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

GOMES, Carla Silene. Bem jurídico e teoria constitucional do direito penal. Revista Delictae, Belo Horizonte, v. 4, n. 6, p. 232-269, jan./jun. 2019.

HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el derecho penal. *In*: BAIGÚN, David *et al.* Estudios sobre justicia penal: homenaje a Prof. Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 63-74.

LISZT, Franz Von. Tratado de direito penal alemão. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899.

MAYBON, Albert. Félibrige et Nationalisme in La Revue Blanche. Paris: Édition de la Revue blanche, 1902.

MEZGER, Edmund. Derecho penal: parte general. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

MIR PUIG, Santiago. Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método. 2. ed. Montevideo: Buenos Aires: BdeF, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Edmund Mezger y el derecho penal de su tempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo. Valencia: Tironi lo blllonch, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PAIVA, Henrique Zanola; LOPES, Dimas Ferreira. Pedagogia penal: o farol garantista e a criminalização do trote universitário. Revista Delictae, Belo Horizonte, v. 9, n. 17, p. 48-100, jul./dez. 2024. Disponível em: <https://periodicos.pucminas.br/delictae/article/view/34983/230> 15. Acesso em: 27 maio 2025.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. El injusto típico en la teoría del delito. Buenos Aires: Mave, 2000.

PRADO, Luís Régis. Bem jurídico-penal e constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2000.

STRATENWERTH, Günther. Derecho penal: parte general I. El hecho punible. Cizur Menor (Espanha): Aranzadi, 2005.

TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 5. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2022.

WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1997.