

FACULDADE TRÊS PONTAS – FATEPS
DIREITO
THALES EDUARDO PEREIRA

**A POSIÇÃO DO STF MEDIANTE A INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO QUANTO A
CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA**

Três Pontas

2021

THALES EDUARDO PEREIRA

**A POSIÇÃO DO STF MEDIANTE A INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO QUANTO A
CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA**

Trabalho apresentado ao curso de Direito da Faculdade Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da Prof.^a Esp. Estela Cristina Vieira de Siqueira.

Três Pontas

2021

THALES EDUARDO PEREIRA

**A POSIÇÃO DO STF MEDIANTE A INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO QUANTO A
CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA**

Artigo Científico apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Banca examinadora composta pelos membros:

Aprovado em / /

Prof. Me. Estela Cristina Vieira de Siqueira

Prof. (Me.) (Ma.) (Esp.) (Dr.) Nome do professor

Prof. (Me.) (Ma.) (Esp.) (Dr.) Nome do professor

OBS.:

Dedico este trabalho àqueles que, durante toda esta trajetória, contribuíram de alguma forma para que eu chegasse até aqui, professores, amigos, colegas de classe, dentre outros mais. Em especial, exalto meu sentimento de gratidão à minha família que foi a verdadeira razão de todas as conquistas durante toda esta caminhada.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar a Deus, que me permitiu superar minhas expectativas e alcançar meus objetivos ao longo desses anos.

A minha família, pelo apoio incondicional e por acreditarem tanto no meu crescimento e no meu potencial quanto às minhas escolhas.

A todos os professores do curso de Direito da FATEPS, por todos ensinamentos e lições passadas até aqui, indicando sempre a direção correta a ser seguida, pela dedicação, paciência e amizade, bem como pelas suas correções e incentivos de cada um.

Na oportunidade, agradeço ainda a todos aqueles que contribuíram de alguma forma para a realização deste trabalho.

“ Se ages contra a justiça e eu te deixo agir, então a injustiça é minha. ”

Mahatma Gandhi

SUMÁRIO

RESUMO.....	7
1 INTRODUÇÃO	8
2 A POSIÇÃO DO STF MEDIANTE A INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO QUANTO A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA.....	8
2.1 Identidade de Gênero e Sua Relação com o Meio Jurídico	8
2.1.1 Dos Direitos Constitucionais Adquiridos	9
2.1.2 O Equívoco do Poder Constituinte Derivado	10
2.1.3 O Reflexo da Falha Jurídica no Meio Social.....	11
2.2 Os Três Poderes Constitucionais na Atual Conjuntura.....	12
2.2.1 A Decisão do STF Diante a Mora do Poder Legislativo	13
2.2.2 O Processo Legislativo Brasileiro	14
2.2.3 A necessidade da Criação de Leis que Punam a Prática de Homofobia.....	15
2.2.4 O Dever do Poder Judiciário	17
2.3 O Reflexo da Decisão do STF no Direito Penal.....	18
2.4 A Solução para a Efetiva Punição das Condutas Homofóbicas	20
2.4.1 O Papel do Povo no Problema em Questão.....	21
2.4.2 A Necessidade de um Processo Legislativo Mais Célere.....	22
3 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	23
<i>ABSTRACT</i>	24
REFERÊNCIAS.....	25

A POSIÇÃO DO STF MEDIANTE A INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO QUANTO A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

Thales Eduardo Pereira¹

Estela Cristina Vieira de Siqueira²

RESUMO

O presente artigo traz consigo um tema de suma relevância no meio jurídico e social brasileiro, e, ainda assim, aponta formas de solucionar o então infortúnio que vem se arrastando a tempos no âmbito jurisdicional como um todo. É do saber de todos que o Brasil se trata de um país que atribui a todos seus cidadãos um vasto campo de liberdade para que estes façam suas escolhas, mas, evidentemente, observados os direitos do próximo e, principalmente, o texto legal. A identidade de gênero, ainda muito discutida nos dias atuais, por ser uma escolha pessoal, intrinsecamente e claramente individual de um cidadão, atrelado à então liberdade acima exposta, deve ser, ou melhor, deveria ser, resguardada por lei sendo assegurado que qualquer pessoa tivesse a liberdade de ser reconhecida com o gênero o qual se identifica e, principalmente, protegesse-a de crimes contra ela neste sentido. Acontece que, por falha do legislador, a Magna Carta de 1988, crucialmente, não previu este tipo de direito individual, qual seja, a identidade de gênero e, deploravelmente, trouxe um grande reflexo no sistema judiciário brasileiro, fatos estes que serão posteriormente expostos neste certame.

Palavras-chave: Direitos e Garantias Fundamentais. Teoria da Pena. Princípio da Reserva Legal. Processo Legislativo.

¹ Graduando em Bacharel em Direito na Faculdade de Três Pontas – FATEPS/UNIS. E-mail: thaleseduardopereira@hotmail.com

² Doutoranda em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FD-USP. Mestre em Direito, com ênfase em Constitucionalismo e Democracia, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Especialista em Direito Internacional pelo Centro de Direito Internacional - CEDIN. Membro da Comissão Estadual de Direitos Humanos da OAB-MG. E-mail: estela.siqueira@professor.unis.edu.br

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho irá tratar do tema em questão relatando o grave infortúnio causado por uma falha legisladora que, até os dias atuais, reflete em diversas áreas do corpo jurisdicional brasileiro. Ainda nesse sentido, será explanado o grande problema social relacionado ao tema, uma vez que condutas de caráter homofóbico são vistos diariamente no país.

Abordar este tipo de assunto é de extrema relevância para a seara jurídica brasileira pois, além de ter vínculo direto com condutas sociais e regras do direito, traz consigo o caráter de urgência para que se faça uma correção legislativa e punitiva dos crimes em questão.

Ainda neste sentido, o presente trabalho será de grande valia para a comunidade acadêmica, posto que o tema ainda é de grande discussão por doutrinadores e profissionais do Direito. Mediante isso, as explicações a seguir expostas irão acrescentar e, de certa forma, fomentar ainda mais os argumentos e debates relacionados ao tema.

Não bastasse isso, acrescenta-se ainda que o principal objetivo deste trabalho é demonstrar que, apesar de que toda e qualquer conduta de discriminação deva ser punida, ainda assim não se pode fechar os olhos para a lei em sentido estrito, e, indo ainda mais além, é inaceitável que uma falha legislativa impeça cidadãos brasileiros de fazer suas escolhas pessoais intrínsecas.

Tais finalidades supra expostas serão alcançadas mediante árduos estudos legislativos e conceituais, textos doutrinários, revisões bibliográficas, pesquisas e apontamentos jurídicos.

2 A POSIÇÃO DO STF MEDIANTE A INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO QUANTO A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

2.1 Identidade de Gênero e Sua Relação com o Meio Jurídico

Antes de mais nada, imprescindível se faz a necessidade de uma breve análise histórica evolutiva do ser humano e seu comportamento social até os dias atuais mediante a modernidade doravante à presente época.

Estudos e fundamentos históricos conhecidos hoje demonstram que, desde sempre, o ser humano, assim que inserido em um meio social, automaticamente necessita de regras de convívio

para um bem comum sob pena de, se assim não o fizer, ter a grande chance de haver divergência de ideias que, certamente, desencadearão possíveis conflitos sociais.

Mediante tal cenário, é impreterível que haja entre esse convívio humano a figura do direito, o qual, por sua vez, redigirá as regras do meio e suas conseqüentes penas mediante seu não cumprimento.

Entretanto, nessa conjuntura, vislumbra-se a figura de um grande risco causado pelo excesso de força deste chamado direito, qual seja, a ultrapassagem de seu poder de mando sobre aqueles que estão sob suas ordens e comando. Também chamada de “lei de talião”, conhecida por sua famosa frase “olho por olho, dente por dente”, é um exemplo claro do excesso do poder estatal que, muitas das vezes, acaba indo muito além de uma mera punição àqueles desobedientes à respectiva ordem e, indevidamente, ferindo direitos ainda maiores do indivíduo objeto de punição.

Nesse enquadramento, é evidentemente claro que, o indivíduo na condição de ser humano passível de deveres, mas também de direitos, deve estar sob os olhos da lei e de um poder estatal, mas, em contrapartida, ter também por este poder um amparo de seus direitos fundamentais e, ainda assim, assegurados por lei.

Trazendo tais questões para o presente certame, como já vislumbrado em toda história, o ser humano evolui a cada dia e, conseqüentemente, o direito, de modo geral, tem o dever de acompanhar a evolução deste cenário para que não corra o risco de lesar direitos e, até mesmo deveres, de seu povo.

Visto isso, a identidade de gênero é um tema muito discutido na atualidade e, lamentavelmente, pouco amparado pelo então estado democrático de direito que, muita das vezes fica à mercê de um amparo legal àqueles que possuem sua opinião intrínseca referente à sua personalidade e identidade feita.

2.1.1 Dos Direitos Constitucionais Adquiridos

Após o período ditatorial militar vivido no Brasil entre 1964 a 1985, a Constituição Federal de 1988 trouxe consigo um vasto campo de direitos individuais e coletivos que, devido ao mencionado período comandado por militares, atentou-se a proteger e resguardar alguns direitos individuais básicos de todo e qualquer cidadão em território nacional.

Nesse contexto, a Magna Carta, em seu artigo 5º positivou todos esses direitos mencionados acima. Visto isso, importante faz-se destacar então o direito à liberdade previsto no mencionado texto legal constituinte.

Senão, veja-se:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988).

Observa-se que, logo no preâmbulo, o legislador destacou pontos indispensáveis dos direitos individuais do ser humano que, obviamente, são o alicerce de um estado democrático de direito que, acima de tudo, preserva os direitos e garantias fundamentais de seu povo.

Trazendo tais fatos para o presente certame, é imprescindível frisar-se no princípio da liberdade então positivado no texto legal supramencionado. O legislador constituinte colocou este direito de forma um tanto quanto genérica, haja vista que, como se sabe, é dever do poder constituinte derivado definir as leis posteriores tendo como base todo o alicerce textual e legal vislumbrado no poder constituinte originário.

Posto isto, foram criadas diversas leis posteriores defendendo alguns direitos relacionado à liberdade individual e, ainda assim, punindo àqueles que, de qualquer forma, por ventura atentarem contra esse direito.

2.1.2 O Equívoco do Poder Constituinte Derivado

O poder constituinte originário, como o próprio nome diz, dá origem a uma nova ordem constitucional com novas regras, leis e direitos. Vale ressaltar ainda que por se tratar do nascimento de um novo ordenamento jurídico, não existe qualquer outro tipo de lei sobre ele, sendo ele próprio o alicerce de todas as novas disposições legais.

Nesse diapasão, cabe ao poder constituinte, de acordo com a demanda e o comportamento social do povo, criar as demais leis para reger toda a nação. É imensamente relevante salientar que todas as leis advindas do poder constituinte derivado devem, imprescindivelmente, serem

reflexo dos fundamentos legais previstos na Magna Carta, correndo risco de serem consideradas inconstitucionais.

Observado isso, o poder legislativo brasileiro, logicamente, atentando-se ao então princípio da liberdade já explanado, criou uma lei que protege direitos individuais previstos constitucionalmente.

A Lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989, chamada de “lei caó”, trouxe em seu texto a proteção dos indivíduos que tenham, de qualquer forma, sua raça ou cor discriminados. Ainda assim, pune também aqueles que discriminem outrem com base em suas características individuais.

Assim, vide:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor.

Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (BRASIL, 1989).

Acontece que, lamentavelmente, o legislador não previu no texto legal qualquer discriminação relacionada à orientação sexual de um indivíduo. É claro que o objetivo da lei supramencionada é repudiar e, evidentemente, punir qualquer tipo de discriminação. Entretanto, será exposto posteriormente que a lei positivada deve ser base medular para qualquer tipo de punição, haja vista que, de qualquer forma, tentar-se estender o objetivo da lei quando de sua criação, corre-se o grande risco de se cair no campo do achismo e das interpretações além do que está escrito de fato no código.

2.1.3 O Reflexo da Falha Jurídica no Meio Social

Como se sabe, e também como já mencionado anteriormente, é imprescindível que o Estado imponha uma força de controle em seu território para evitar que o caos se instale. Arelado a isso, as condutas de determinados indivíduos que expõem o ódio sobre algo que ele

rejeite, seja de forma verbal ou física, deve ser imediatamente punido na forma legal para sanar tal situação.

Sendo assim, trazendo este tipo de circunstância para o caso concreto, é necessário que haja uma previsão legal que tenha como objetivo impedir que condutas como essas do exemplo sejam praticadas em meio a população e, ao mesmo tempo, protejam as respectivas vítimas de tal agressão.

Nessa conjuntura, observa-se então que como no Brasil não existe uma previsão legal de fato para punir crimes de caráter homofóbico, assim que estas condutas emergem na sociedade, cria-se então um grave problema jurídico pois assim como os agressores devem ser punidos, em contraponto também deve haver um respaldo jurídico para que assim o faça.

Nesse contexto, atitudes homofóbicas são vistas diariamente no país, segundo um estudo feito pela Universidade de São Paulo em 2014, sete em cada dez homossexuais brasileiros já sofreram algum tipo de agressão, seja física ou verbal.

Diante disso, observa-se então a medular necessidade da criação de normas legais para punir referidas atitudes desumanas e fazer valer o direito daqueles que tem sua liberdade de escolha muita das vezes privada por conta do receio em ter que aturar agressões físicas e verbais e, ainda assim, ficando a mercê de uma norma que deveriam os proteger.

2.2 Os Três Poderes Constitucionais na Atual Conjuntura

O sistema parlamentar do Brasil previsto constitucionalmente assegurou que os três poderes instituídos seriam alicerce para um melhor sistema de governo e que, ainda assim, asseguraria os direitos de todo cidadão mediante um procedimento executivo, legislativo e judiciário que fizesse valer o direito e as obrigações de todos.

Ainda nesse sentido, o Estado brasileiro também adotou um sistema chamado de “freios e contrapesos” que paira sobre todos os três poderes constitucionais já mencionados, instituindo que todos eles devem ser independentes e harmônicos entre si.

Assim, vide texto constitucional: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Entretanto, lamentavelmente, não é bem este o cenário vivenciado juridicamente nos dias atuais. Os poderes constituídos deviam cumprir seu papel previsto legalmente e fazer valer tudo o

que fora positivado pelo poder constituinte originário e, quem sabe, vislumbrar o estado mais alinhado e célere juridicamente dizendo.

Na atual conjuntura não é isto que vem acontecendo. Cada vez mais percebe-se a falta de comunicação entre os três poderes ora mencionados, o que, claramente, reflete de forma imediata todo o ordenamento jurídico do país haja vista que os citados poderes são a base de todo o sistema legal e jurisdicional do Brasil.

Prova disso é o próprio tema aqui explanado, haja vista que até a presente data não foi criado uma lei relacionada a crimes de homofobia e, ainda assim, foi determinado através do STF a aplicação da pena destas condutas mediante aplicação da analogia ao crime de racismo já demonstrado anteriormente, o que vai contra vários princípios do direito penal, sendo que foram feitas várias tentativas através do poder legislativo para criar a respectiva lei.

Sendo assim, é notório que a falta de comunicação entre executivo, legislativo e judiciário tem perceptível reflexo no campo jurídico como um todo e principalmente no convívio social o qual é regido pelo então poder estatal aqui explanado.

2.2.1 A Decisão do STF Diante a Mora do Poder Legislativo

Relacionado aos fatos supramencionados, ocorrendo alguma falha ou mora em algum dos poderes, os demais, nos limites da lei, podem tomar medidas jurídicas para solucionar determinado infortúnio para melhor manutenção do regimento jurisdicional do Estado.

Nesse diapasão, observando a inércia do congresso nacional quanto da criação de uma norma que punisse crimes de caráter homofóbico, o Plenário do STF em 13 de junho de 2019 observando tal fato, entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso e então, posteriormente, foi instituído uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADO) 26, afim de resolver tal questão.

Referida ADO foi claramente um apelo ao Congresso Nacional posto que este não cumpriu seu dever em não ter criado uma norma que punisse àqueles que praticasse qualquer tipo de discriminação relacionado a orientação sexual de outrem.

Sendo assim, por maioria, a Suprema Corte decidiu então punir estas condutas abdicando-se da lei 7.716/89 utilizando-se do instrumento da analogia. Neste caso, exemplificando a situação, foi decidido que qualquer crime de caráter homofóbico será punido nos termos da

mencionada lei, a qual trata de questões de discriminação por raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Nesse diapasão, referida decisão do Supremo tem como objetivo equiparar a homofobia como qualquer outro crime de ódio em razão de determinado preconceito, senão veja-se os artigos 1º e 20º da lei 7.716/89 e sua respectiva pena:

Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

[...]

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de um a três anos e multa. (BRASIL, 1989)

Visto isto, é possível visualizar a importância da decisão do STF mediante a lamentável inércia do Poder Legislativo uma vez que, caso não ocorresse isso, os crimes de homofobia não teriam respaldo jurídico algum para serem punidos.

Contudo, por mais que esta decisão tenha dado uma certa solução para o problema em tela, ainda assim não é o caminho correto para efetivamente sanar a situação. Por mais que a Suprema Corte tenha feito um procedimento legalmente permitido através da ADO descrita, ainda assim a decisão do órgão máximo do poder judiciário vai contra alguns princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro. É o que será explanado posteriormente.

2.2.2 O Processo Legislativo Brasileiro

É notório que os três poderes constitucionais são basilares para a efetiva manutenção jurisdicional do país e que, através de seus representantes eleitos pelo povo, devem cumprir suas obrigações observado a necessidade de toda população que o elegeu.

O crime de homofobia, levado em conta a alta criminalidade relacionada ao tema no Brasil, já deveria ter sido objeto de artigo previsto em lei para, de fato, criminalizar atitudes como estas.

Ocorre que, curiosamente, tal tema já foi objeto de discussão na Câmara dos Deputados. Em 2006, a Deputada Federal Iara Bernardi (PT), doravante àquela época, instituiu o Projeto de

Lei nº 122 de 2006 que tinha como objetivo criminalizar e punir todo e qualquer crime relacionado a discriminação de caráter homofóbico.

Para maior entendimento, vide explicação da Ementa de referido Projeto de Lei:

Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) para definir os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. Estabelece as tipificações e delimita as responsabilidades do ato e dos agentes. (BRASIL, 2006).

Plausível seria se referido projeto de lei fosse reconhecido pelo poder legislativo e transformasse em lei um crime que tanto causa discussão no campo jurídico brasileiro. Não foi o que aconteceu. Em 26 de dezembro de 2014 o projeto proposto pela deputada foi arquivado e, até presente data, não saiu desta situação.

Ressalta-se novamente que, caso esta proposta impetrada na Câmara dos Deputados em 2006 fosse convertida em lei, toda discussão jurídica de que a decisão do STF infringe diversos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro não existiria, pois, o principal ponto da discussão diz respeito ao princípio da reserva legal, o que cairia por terra com a positivação da então proposta de lei supra descrita.

Visto isto, vale a pena frisar que a responsabilidade e o dever legalmente constituídos de criar leis para melhor manutenção do Estado é exclusiva do Poder Legislativo. Sua mora e seu notório desinteresse acerca do tema aqui tratado, claro, através dos Deputados que compõem respectivo poder, foram alicerce para todo transtorno jurídico causado diante as decisões tomadas por outros poderes para fazer com que a homofobia no Brasil tivesse algum amparo legal.

2.2.3 A necessidade da Criação de Leis que Punam a Prática de Homofobia

Assim como em qualquer outro poder estatal, a forma de controle perante os cidadãos que ali vivem é, de fato, a lei expressa. É claro que as regras de convívio atreladas aos costumes do lugar, conhecido como direito consuetudinário, também são fontes para que o respectivo poder possa aplicar regras ao caso concreto.

Mas indo um pouco mais além disso, é medular que toda e qualquer aplicação de regra e, principalmente pena, quando for recair sobre algum indivíduo, deve ser imprescindivelmente

positivada em lei respeitando ainda todo o trâmite legal para que assim seja parte do ordenamento jurídico.

Atrelado a isso, os crimes de ódio praticados no Brasil relacionados a orientação sexual são presenciados todos os dias. Claramente, tais condutas criminosas devem ser punidas pelo Estado, resguardando o direito de liberdade das vítimas que sofrerem tal discriminação.

Ocorre que, conforme explanado no tópico anterior, o Poder Legislativo brasileiro, até hoje, não positivou devidamente uma lei neste sentido, causando, portanto, um grave confronto de princípios e regras dentro do ordenamento jurídico como um todo.

Um dos principais pontos desta questão diz respeito ao princípio da reserva legal, haja vista que a aplicação da pena do crime de homofobia no país advém de um voto colegiado do poder judiciário, e não de uma lei formulada e positivada pelo poder legislativo, o qual tem devida responsabilidade.

Continuando nesta linha de raciocínio, o poder legislativo não positivou respectiva lei, tampouco deu continuidade aos projetos propostos na câmara neste sentido. Sendo assim, diante altas taxas de criminalidade com relação a identidade de gênero, o Supremo Tribunal Federal foi, de certa forma, forçado a instituir a ADO ora mencionada para fins de solucionar a mora do Legislativo.

Nessa circunstância, vem à tona mais uma questão turbulenta em meio as regras jurisdicionais no Brasil. Não bastassem a falha do poder Legislativo atingir diretamente princípios medulares do direito, ainda assim, diante a decisão da Corte, fica evidente a afronta ao princípio da separação dos poderes constitucionalmente positivadas.

Assim que o STF, toma uma decisão no sentido de concertar uma falha do poder legislativo, por mais que fosse necessário, ainda assim interfere em uma competência que não é sua por natureza, qual seja, a edição de normas e suas respectivas penas. Se há a necessidade de uma lei que puna as condutas homofóbicas, que o Legislativo então assim o faça. Ainda assim, emerge também a figura do ativismo judicial, posto que diante este cenário, é possível perceber que, ao determinar decisões em caráter de lei, a Corte Suprema está legislando, e não julgando como é de sua natureza constitucional.

Neste sentido, Elival da Silva Ramos (2010, p.129), coloca o ativismo judicial como:

“[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias

jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas”. Elival da Silva Ramos (2010, p.129)

É óbvio que não se pode banalizar um crime como este, muito longe disso. Mas, em contrapartida, também não se pode ferir princípios alicerce da Magna Carta. Evidentemente, a atitude do Supremo foi de, por mais que não seja por lei expressa, fazer valer o direito das vítimas de crimes de homofobia e resguardá-los através de uma decisão respaldada juridicamente. Entretanto, isso deve ser extremamente restrito e utilizado somente para solucionar problemas causados pela mora do Poder Legislativo, sob pena de cair em um leque de interpretações por parte da Corte Suprema e fragilizar todo um ordenamento jurídico.

Diante tais fatos, é cónito que há a extrema necessidade de se criar leis por parte do Poder Legislativo para punir todas as condutas criminosas neste sentido. Assim, os princípios legais serão assegurados, bem como todos os cidadãos terão, de fato, um alicerce expressamente positivado neste sentido.

2.2.4 O Dever do Poder Judiciário

É fato que, mesmo diante a falha do Poder Legislativo em não redigir referida norma, ainda assim, o Poder Judiciário não pode deixar de buscar embasamentos legais para aplicar a respectiva norma ao caso concreto.

A decisão da Suprema Corte em aplicar as penas previstas na lei 7.716/89 aos crimes em caráter de discriminação por orientação sexual, está diretamente ligada ao dever do poder judiciário mediante todo este cenário.

Como não há uma lei expressa que puna devidamente o crime de homofobia, o Poder Judiciário pode e deve aplicar ao caso concreto este instrumento jurídico advindo da votação colegiada do STF.

Neste contexto, como forma de demonstrar o papel do Poder Judiciário diante o caso em tela, tem-se o seguinte julgado:

RECURSO ORDINÁRIO. DANO MORAL. HOMOFOBIA. CONFIGURAÇÃO. O

dano moral é aquele que causa lesão à esfera íntima da pessoa, aos seus valores, suas concepções e crenças, a sua integridade como ser humano. A conduta homofóbica é ato atentatório ao art. 3º, IV da Carta Política, o qual descreve como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Acrescento que atualmente a homofobia - preconceito contra os homossexuais - está equiparada às demais discriminações tuteladas pela Lei nº 7.716/89, que define o crime de racismo. A prova testemunhal produzida nos autos evidenciou o comportamento homofóbico do Gerente, suficiente à comprovação das alegações obreiras e ao deferimento da indenização perseguida. Recurso do Reclamado ao qual se nega provimento.

Visto isso, mesmo com respaldo na ilustre decisão do Supremo na tentativa de criminalizar a homofobia diante o instituto da analogia, vislumbra-se ainda que, ocorrido um crime relacionado à discriminação advinda de orientação sexual, a aplicação da lei no caso concreto ficou um tanto quanto delicada por parte do Judiciário levado em conta a falta de lei expressamente positivada neste sentido, posto que ainda assim, este tipo de embasamento legal fere alguns princípios jurisdicionais constituintes, como por exemplo a anterioridade penal.

Ocorre que, como dito, ainda assim é importantíssimo o Papel do Julgador diante tais casos concretos pois, mesmo diante tanta discussão jurídica a aplicação da lei em suas diversas fontes é ponto fundamental para a manutenção do ordenamento jurídico brasileiro como um todo.

Nessa conjuntura, a Magna Carta, apesar de exigir que haja uma lei anteriormente editada e promulgada para aplicação da respectiva pena, ainda assim resguarda o direito à liberdade de todos o qual deve ser preservado a qualquer custo.

Dessarte, ressalta-se que a falha do Poder Judiciário não pode ser barreira para o devido cumprimento da ordem no país. A aplicação da lei e das regras jurisdicionais no direito como um todo são substanciais e devem ser cumpridas a fim de alcançar o amparo estatal como forma de justiça para todos.

2.3 O Reflexo da Decisão do STF no Direito Penal

Assim como todos os outros ramos do direito, o Código Penal traz implicitamente alguns princípios que são reflexo de determinações positivadas na Constituição Federal de 1988. Logo em seu artigo 1º, referido código traz o seguinte texto: “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” (BRASIL, 1988).

Afirmando o que foi dito quanto a relação do Código Penal com a Carta Magna de 1988, veja-se o artigo 5º, inciso II do texto constitucional:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (BRASIL, 2021).

É evidentemente claro que o Código Penal respeito estritamente a vontade do constituinte originário transformando em lei aquilo que foi positivado na Constituição Federal. Estes dois artigos supramencionados dizem respeito a um princípio chamado de “Princípio da Legalidade” o qual, como o próprio diploma legal diz, impede que qualquer pessoa sofra uma pena ou responsabilize-se por alguma obrigação sem que haja uma lei anterior que assim determine.

Trazendo tais questões para o caso em tela, o STF, ao determinar que os crimes de homofobia no Brasil fossem punidos mesmo que em detrimento de uma lei prévia que assim o faça, passa claramente a infringir este princípio mor do Direito Penal e também constitucional.

O princípio da legalidade é um dos princípios que mais deve ser resguardado juridicamente uma vez que traz consigo também o instituto da segurança jurídica. Seria extremamente inconcebível permitir que um estado democrático de direito permitisse a aplicação de uma pena sobre um cidadão sem que esta lei não está previamente positivada.

Por mais que necessário fosse a urgência em se ter um embasamento legal para aplicar as penas advindas de crimes de orientação sexual no Brasil, ainda assim a decisão da Corte interfere diretamente no princípio aqui exposto. A lei 7.716/89 não trata de crimes relacionados a homofobia, o STF, por votação de maioria, estendeu o entendimento do artigo 20 de referida lei para aplicar nos casos em que houvessem condutas de caráter homofóbico.

Ainda nesta concepção, a teoria do crime adotada no Direito Penal brasileiro pela doutrina majoritária, também chamada de “teoria tripartite”, prevê que somente haverá crime caso haja a presença de três elementos, quais sejam, tipicidade, ilicitude, culpabilidade. Sendo assim, trazendo para o caso em tela, a tipicidade é ponto fundamental para o presente certame, posto que determina que somente há crime e, também sua respectiva pena, caso este esteja devidamente tipificado em lei.

Como já fora mencionado, é óbvio que o Supremo, observando o grande aumento de números de violência relacionados a orientação sexual dos indivíduos teve de tomar esta decisão afim de corrigir uma falha de outro poder legislativo. Mas em contrapartida, ainda assim não deixou de ferir princípios basilares do direito.

Não obstante, quando da votação colegiada do órgão supremo do poder judiciário brasileiro, fora utilizado o princípio da analogia penal para que fosse aplicado a lei caó nos casos em que houvessem eventuais crimes de homofobia e, na oportunidade, fossem punidos.

Toda via, ocorre que o princípio da analogia no direito penal brasileiro somente é permitido nos casos em que for benéfico ao réu (*in bonam partem*), sendo, portanto, vedado a aplicação deste princípio caso sua aplicabilidade for prejudicial ao acusado (*in malam partem*).

Desta forma, vale lembrar o que já dito anteriormente quanto ao grande transtorno causado por mera falha do poder legislativo brasileiro. Captado isso pela Suprema Corte, foi tomada por esta uma decisão importantíssima para manter-se a ordem social, mas, infelizmente, por outro lado, feriu princípios vitais do Direito Penal.

2.4 A Solução para a Efetiva Punição das Condutas Homofóbicas

Diante fatos e fundamentos já expostos anteriormente, é possível perceber que a verdadeira saída para fazer com que a homofobia no Brasil seja, de fato, tratada e punida como um crime nos termos da lei, nada mais é do que uma responsabilidade do Poder Legislativo.

Observa-se que o tema é muito delicado pois de um lado tem-se o clamor popular dos agredidos para que seja tomada alguma providência por parte do estado neste sentido, mas, por outro lado, tem-se também regras e leis previamente estipuladas de como todo este procedimento deve ser feito.

É claro que a Ação Direta de Inconstitucionalidade interposta pela Suprema Corte teve e ainda tem papel fundamental nos casos em que ocorre crimes relacionados a discriminação sexual no país. Não fosse isso, o ordenamento jurídico brasileiro não teria se quer um embasamento legal para punir tais condutas.

Entretanto, por mais que isto vem sendo aceito e aplicado pelos tribunais no país, ainda assim há muita discussão acerca do tema fundamentada exatamente na afronta a princípios constitucionais e penais advindos da decisão do Supremo.

Uma forma de demonstrar a gravidade da situação aqui apresentada, é perceber que o tema fica entre uma balança de dois lados, sendo um lado a justiça e, de outro, a legalidade em sentido estrito. Muitos vão dizer que o lado da justiça deve prevalecer perante o outro por ser o real objetivo do direito como um todo.

Todavia, indo um pouco mais além, frisa-se em uma análise. O direito busca sim a justiça, porém, o conceito do que é justo ou não é absolutamente subjetivo e, portanto, alguém deve dizer este direito tanto almejado. Sendo assim, somente o estado, através de uma lei escrita pode dizer o que é justo ou não, sob pena deste conceito cair em um mar aberto de interpretações por ambas as partes em uma eventual lide.

A lei em sentido estrito deve ser o verdadeiro alicerce para aplicação de uma ordem ou pena em um estado. Como mencionado, não há limites para a interpretação humana definir o que é justo, sendo que, se assim fosse, a tão almejada segurança jurídica cairia por terra imediatamente, ficando a mercê de um poder maior que defina o direito.

Portanto, com base no sistema governamental e jurisdicional brasileiro, a responsabilidade de criar leis e impor uma barreira entre o certo e o errado e entre o justo e o injusto cabe somente ao Poder Legislativo. Logo, a solução para a efetiva punição das condutas de caráter homofóbico no Brasil somente pode ser estabelecida e assegurada por lei, respeitados todos os trâmites legais previamente interpostos.

2.4.1 O Papel do Povo no Problema em Questão

Apesar de ser responsabilidade do Estado, o povo brasileiro também é ponto fundamental para a busca da solução deste contratempo. Como mencionado, o precípuo alicerce para solucionar a questão da criminalização da homofobia no direito brasileiro é o Poder Legislativo através de positivação legal para que assim seja sanado toda questão.

Analisado isso, a real elaboração e posterior promulgação da lei será executada pelas pessoas eleitas que compõem o referido poder constitucional, quais sejam, deputados e senadores presentes no congresso e na câmara do Senado Federal.

Em vista disso, estes indivíduos acima citados são eleitos diretamente pelo povo através do voto. Assim determina a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, p.u.:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Dessa maneira, é possível afirmar que a incumbência de eleger estes representantes é de total obrigação do próprio povo brasileiro, sendo que o poder de voto constitucionalmente adquirido, assim que praticado, irá refletir diretamente tanto no meio jurídico, quanto no meio de convívio social.

Nessa conjuntura vale ressaltar também que é imprescindível a colaboração individual de todo e qualquer cidadão, sendo preservado sempre a educação e os bons costumes que, inclusive, também são objeto de lei positivado na Magna Carta.

Nada obstante, deixa-se claro também que políticas públicas relacionadas ao tema também são de grande valia para conscientização de todos. O bem comum só é possível caso haja previamente a força e a boa vontade individual.

2.4.2 A Necessidade de um Processo Legislativo Mais Célere

O processo legislativo brasileiro, como se sabe, trata-se de uma responsabilidade do Poder Legislativo. Vale lembrar que em meio a este processo de criação de normas existem regras e exigências a serem seguidas sendo ainda que, a palavra final cabe sempre ao Congresso Nacional, sede federal do Legislativo.

Conduzindo esta questão para o presente certame, trata-se, portanto, de lei em caráter penal, vez que se refere a um crime que deve ser punido mediante lei seguida de sua respectiva pena a depender do caso em concreto.

Assim sendo, vislumbra-se então o princípio da taxatividade presente na seara penal quando da criação de uma norma punitiva. Referido princípio exige que a lei penal seja clara para que seja de fácil entendimento por todos, ou seja, as condutas criminosas devem ser redigidas com clareza por parte do legislador, sob pena de não se admitir tipos penais com expressões vagas.

Nesse contexto, é necessário que todo o processo legislativo deve ser redigido e tramitado estritamente à luz das regras e exigências previamente impostas para que o texto legal seja, efetivamente, positivado e alcance seu real objetivo em meio a sociedade.

Sob esta perspectiva, Dorival de Freitas Junior (2014, p.22) tem o seguinte entendimento:

O Princípio da Taxatividade da Lei impõe que a conduta delitiva descrita seja detalhada, evitando a utilização na sua construção de expressões vagas ou terminologias dúbias

e/ou que possam trazer um sentido equívoco ao inicialmente pensado pelo legislador. A garantia, nesses casos, seria meramente formal, já que mesmo amparado pela lei, traria enorme insegurança jurídica às pessoas devido ao conteúdo da norma não ser preciso, taxativo. (FREITAS, 2014, P.22).

Não obstante toda observância quando da criação de uma norma penal, é notório que, antes de tudo, haja a proposta de determinada lei por algum dos colendos ocupantes do Poder Legislativo e que, na oportunidade, percebam o clamor e a necessidade do povo para criação e promulgação de determinada lei.

Nesse mesmo contexto, tem-se como exemplo o então Projeto de Lei nº 122 de 2006 proposto pela Deputada Federal Iara Bernardi (PT), oportunamente já mencionado. Caso esta proposta de lei fosse devidamente votada e analisada pelo referido poder, talvez hoje o crime de homofobia já estaria positivado no ordenamento jurídico brasileiro.

Visto isto, imprescindível é a necessidade de se ter um processo legislativo célere e eficaz para que atenda às necessidades de toda uma nação e que, ainda, resguarde todos os direitos, deveres e penas advindas de determinado ato praticado em meio a sociedade.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, compreende-se que levado em conta a alta criminalidade no Brasil relacionada a atitudes de caráter homofóbico, é notório que há a extrema necessidade de se criar uma lei neste sentido afim de proteger aqueles ofendidos e, ainda, punir os ofensores.

Vislumbrada a mora do Poder Legislativo em tomar determinada providência, o Supremo Tribunal Federal, plausivelmente, afim de defender um direito fundamental, qual seja a liberdade constitucionalmente adquirida, tomou uma providência legalmente permitida, mas, em contrapartida, feriu alguns princípios medulares do direito brasileiro.

Em um estado democrático de direito, não se pode permitir que a mora advinda de um dos três poderes seja barreira para restringir um direito primacial e, ainda assim, acarrete em um transtorno e um vasto campo de conflito de ideias advindos de uma decisão extremamente necessária para sanar todo o infortúnio.

Desta feita, espera-se então que a homofobia no Brasil seja considerada como crime respaldado em lei por um processo legislativo célere e efetivo e que, ainda, não seja resguardado somente por uma decisão colegiada da Suprema Corte, mas como um crime penalmente previsto.

THE POSITION OF THE STF THROUGH THE INERTIA OF THE LEGISLATIVE POWER REGARDING THE CRIMINALIZATION OF HOMOPHOBIA

ABSTRACT

This article brings with it a theme of great relevance in the Brazilian legal and social environment, and, even so, it points out ways to solve the then misfortune that has been dragging on for some time in the jurisdiction as a whole. It is well known that Brazil is a country that grants all its citizens a vast field of freedom for them to make their choices, but, of course, observing the rights of others and, above all, the legal text. Gender identity, still much discussed nowadays, as it is a personal choice, intrinsically and clearly individual of a citizen, linked to the freedom exposed above, must be, or rather, should be, protected by law, being assured that any person had the freedom to be recognized with the gender with which she identifies and, mainly, protect her from crimes against her in this sense. It turns out that, due to the legislator's failure, the Magna Carta of 1988, crucially, did not provide for this type of individual right, that is, gender identity and, deplorably, brought a great impact on the Brazilian judicial system, facts that will be later exposed in this event.

Keywords: *Fundamental Rights and Warranties. Penalty Theory. Principle of Legal Reserve. Legislative Process.*

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: AFONSO DA SILVA, Virgílio (org.). **Interpretação constitucional**. 1. ed. 2. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 115-143.

ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia – uma fundamentação para o Direito Penal**. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: Theorie der Grundrechte.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009;

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – 286 introdução à sociologia do Direito Penal**. Trad. J. Cirino dos Santos. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999;

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988, vol. I.

BATISTA, Nilo. **Bases Constitucionais do Princípio da Reserva Legal**. in Revista de Direito Penal e Criminologia n.35. Rio de Janeiro: Forense. 1983.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução Néelson Jahr Garcia. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2001.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Vol. I, 2ª. ed. (traduzido da 8ª ed. Italiana por P. J. da C. Junior e A. S. Franco). São Paulo: RT, 1977;

BRASIL. "**Conheça o Processo Legislativo**". Câmara dos Deputados, Brasília. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/processo-legislativo>>. Data de acesso: 23 de julho de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Direito Penal na Constituição**. 2º ed. São Paulo, RT, 1991.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zommer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.
- FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial**. 5ª ed. São Paulo: RT, 1995.
- GALDINO, Flávio (org.). Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; **Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 31-60.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Tradução livre pelo autor. 3ª ed. Barcelona: Bosch, 1981, v. 1.
- LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- SILVA, DA. Bruno Florentino. "**Processo legislativo e espécies normativas**". JusBrasil, 2015. Disponível em: <<http://brunoflorentinosilva.jusbrasil.com.br/artigos/188264150/processo-legislativo-e-especies-normativas>>. Data de acesso: 23 de julho de 2016.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.