

**CENTRO UNIVERSITÁRIO SÃO JOSÉ  
CURSO DE DIREITO**

**WILTON PEREIRA DE MELO  
PROFESSORA-ORIENTADORA DAIANA SEABRA VENANCIO**

**A AUSÊNCIA DE TIPIFICAÇÃO DA HOMOFOBIA E OS IMPACTOS DA  
DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Rio de Janeiro

2020

**A AUSÊNCIA DA TIPIFICAÇÃO DA HOMOFOBIA E OS IMPACTOS DA DECISÃO  
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**  
**THE ABSENCE OF HOMOPHOBIA TYPIFICATION AND THE IMPACTS OF THE  
DECISION OF THE SUPREME FEDERAL COURT**

**Nome (s) do (s) autor (es)**

Wilton Pereira de Melo

**Orientador**

Professora Daiana Seabra Venancio

**RESUMO**

A partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, na qual foi criminalizada a chamada homotransfobia, surgiram discussões acerca da compatibilidade desta ao ordenamento jurídico brasileiro. Diante disso, é necessário analisar os impactos dessa decisão e as suas causas considerando, inclusive, disposições de caráter internacional. Assim, adiante veremos a importância do que pode ser considerado uma vitória dos grupos LGBTQ+, que diante do ocorrido terão resguardados seus direitos fundamentais, sob pena de estar incorrendo em crime aquele que não os respeitar.

**Palavras-chave: criminalização, homofobia, direitos. (3 palavras)**

**ABSTRACT**

From the decision of the Supreme Federal Court, in which the so-called homotransphobia was criminalized, discussions arose about its compatibility with the Brazilian legal system. In view of this, it is necessary to analyze the impacts of this decision and its causes, including considering international provisions. Thus, we will see later the importance of what can be considered a victory of the LGBTQ+ groups, which in the face of what has happened will have their fundamental rights protected, under penalty of incurring a crime for those who do not respect them.

**Key-words: criminalization, homophobia, rights.**

## INTRODUÇÃO:

No contexto social vigente, os direitos das chamadas minorias, em especial dos grupos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e demais (LGBT+), têm sido objeto de calorosas discussões na sociedade. As polarizações políticas dos últimos anos e o advento das redes sociais evidenciaram sentimentos ambíguos e a necessidade de tutelar as garantias fundamentais desses grupos de modo mais específico, que a cada dia mais se tornam alvos de agressões e discursos de ódio.

Nesse sentido, recentemente o Supremo Tribunal Federal (STF) em julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção 4733, cujo relator foi o Ministro Edson Fachin, decidiu pela criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas, por estas traduzirem expressões de racismo. Portanto, tais condutas passaram a ser compreendidas pela Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo também circunstâncias qualificadoras do crime de homicídio, tipificado no Código Penal em seu Art. 121 no que se refere ao motivo torpe, constante do parágrafo 2º, inciso I do mesmo artigo.

Entretanto, a decisão foi alvo de inúmeros questionamentos, dentre os quais a suposta inobservância do princípio da reserva legal, consagrado pela Constituição Federal no Art. 5º, inciso XXXIX, o qual garante que não haverá crime sem lei anterior que assim o defina. Ora, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal não se trata de lei e sim de uma decisão judicial, o que estaria, portanto, ferindo esse preceito constitucional, segundo alguns.

Outra tese arguida, refere-se ao fato de que, por meio desta decisão, estaria o Supremo efetuando uma analogia *in malam partem*, também vedada pelo Direito Penal, quando por analogia, enquadra as condutas homofóbicas e transfóbicas na Lei de Racismo. Adiante, foi levantada a hipótese de que a decisão estaria ferindo um dos princípios mais basilares do estado democrático de direito, qual seja o da Separação dos Poderes. Os que assim visualizaram, consideraram que o Supremo estaria legislando ao prolatar tal decisão, usurpando a competência que cabe ao Poder Legislativo.

Adiante, a questão será abordada sob todas essas nuances, considerando a urgência da proteção dos direitos individuais dos grupos LGBTQ+, a necessidade de serem cumpridos os protocolos internacionais de direitos humanos em relação à orientação sexual e diversidade de gênero, consagrados pelos Princípios de Yogyakarta, do qual o Brasil é signatário, sem descuidar do que rege o nosso ordenamento jurídico.

Por conseguinte, a presente pesquisa se sustenta, de modo geral, no objetivo de analisar a decisão do STF, seus desdobramentos dentro do ordenamento jurídico brasileiro e a proteção dos grupos LGBTQ+ no direito internacional e mais especificamente em verificar a compatibilidade da decisão do STF com os princípios norteadores do Direito Penal e as normas de caráter internacional no direito interno, abordando a questão do papel do judiciário em casos polêmicos e o debate da judicialização da política.

É mister considerar o que a decisão do STF provocara antes mesmo de sua prolação. Enquanto os grupos LGBTQ+ estavam interessados em um desfecho positivo à suas causas, grupos mais conservadores sem manifestaram em contrário. E, assim, mais uma vez uma questão extremamente controversa pairava diante dos Ministros do STF e características da nossa jovem democracia estavam sendo colocadas em foco novamente. A pluralidade de ideias presentes na discussão e a possibilidade destas serem expressas livremente, bem como a presença de um judiciário capaz de dirimir as questões da sociedade, mostraram que os brasileiros ainda estão aprendendo a viver no regime democrático, tendo em vista que dessa forma se fortaleceram as democracias no mundo, em meio ao debate e observando o cumprimento das leis e decisões judiciais.

Toda essa discussão, desperta a necessidade de ser avaliado o tema tecnicamente, ressaltando o emprego do método dedutivo e qualitativo, tendo como fonte de pesquisa a internet, de onde foram retirados trechos de artigos, matérias jornalísticas e de dispositivos legais, bem como a própria decisão do STF, com a justificativa dos votos de cada Ministro, além da pesquisa bibliográfica a ser realizada de modo complementar.

## FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O direito é a ciência que deve se adaptar às eras, diariamente leis são criadas, outras caducam e perdem a sua eficácia, ou ainda ganham nova interpretação considerando o cenário social. Tal, entendimento coaduna com o que diz o Prof. Miguel Reale ao esclarecer na sua Teoria Tridimensional do Direito a maneira como nasce o direito numa sociedade:

Se se perguntasse a Kelsen o que é Direito, ele responderia: Direito é norma jurídica e não é nada mais do que norma. Muito bem, preferi dizer: não, a norma jurídica é a indicação de um caminho, porém, para percorrer um caminho, devo partir de determinado ponto e ser guiado por certa direção: o ponto de partida da norma é o fato, rumo a determinado valor. Desse modo, pela primeira vez, em meu livro Fundamentos do Direito eu comecei a elaborar a tridimensionalidade. Direito não é só norma, como quer Kelsen, Direito não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito não é principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor. (REALE, 1994, p. 118)

Observando a origem do conjunto de leis que vigoram em nosso Estado de Direito, não há dificuldade em verificar na prática o que disse o autor mencionado. Uma norma não é criada a partir de mero capricho do legislador, primeiramente algo ocorre na sociedade (fato), o que gera uma discussão nesta, com aprovação ou reprovação (valor) e só então o legislador transforma em lei (norma) aquilo que outrora fora discutido e valorado pela sociedade. Desta forma, não há como negar a existência dos grupos LGBTQ+ e que estes fazem parte da sociedade, ainda que de maneira minoritária, estando cada vez mais em evidência, de modo que, não podem deixar de terem seus direitos garantidos e protegidos pelo Estado, em forma de lei.

Geralmente, aquilo que nasce e quebra os padrões sociais da maioria costuma gerar certa inquietação, razão pela qual existe muita resistência aos grupos LGBTQ+ e estes passam a sofrer com o preconceito e a discriminação. Ora, contra tais condutas o texto constitucional foi claro em seu mandado de criminalização<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 10 maio 2020.

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: (...)  
XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

Considerando então a necessidade de uma norma para garantia dos direitos desses grupos minoritários, é que foram movidos no STF o Mandado de Injunção 4733 e a ADO nº 26 já mencionados, ambas as ações com o intuito de que fosse reconhecida a mora e a inércia do Legislativo para pronunciar-se acerca do assunto.

Em um julgamento que fora adiado diversas vezes, prevaleceu o entendimento da maioria da corte para criminalizar o que foi chamado de homofobia e transfobia enquadrando essas condutas na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, a já mencionada Lei do Racismo e foi a partir disso que surgiram as mais diversas opiniões contrárias ou a favor.

Já durante o julgamento o Ministro Edson Fachin, foi contundente em afirmar<sup>2</sup>:  
“Nenhuma instituição pode deixar de cumprir integralmente a Constituição, que não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe”

E foi seguindo essa linha de raciocínio que procedeu a discussão entre os Ministros que consideraram a omissão do legislativo uma grave ofensa aos direitos individuais resguardados pela constituição.

## 1. A VIOLÊNCIA CONTRA OS GRUPOS LGBTQ+ NO BRASIL

Considerando o quanto o tema é delicado, há que se ressaltar o recente histórico de agressões e violências em geral sofridas pelos referidos grupos, em alguns casos ocasionando a morte.

---

<sup>2</sup> BARIFOUSE, Rafael. **STF aprova a criminalização da homofobia**. 2019. BBC News Brasil em São Paulo. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47206924>. Acesso em: 26 mar. 2020.

Antes do Supremo haver se pronunciado acerca do tema, por ocasião da celebração do Dia Internacional de Combate à Homofobia e Transfobia de 2019, o qual ocorre anualmente em 17 de maio, foi divulgado pela entidade Grupo Gay da Bahia (GGB) um relatório segundo o qual haviam sido registradas no Brasil 141 mortes de pessoas LGBT+ por homofobia, sendo as principais causas de morte apontadas crimes de arma branca, arma de fogo, espancamento e estrangulamento,<sup>3</sup> no período compreendido entre janeiro e maio de 2019.

Ainda nesse sentido, agora de maneira mais extensa, dados apontam que 8.027 pessoas foram assassinadas no Brasil entre 1963 e 2018 em razão da sua orientação sexual ou identidade de gênero, como apontam parte dos dados constantes do levantamento feito por Julio Pinheiro Cardia, ex-coordenador da Diretoria de Promoção dos Direitos LGBT do Ministério dos Direitos Humanos. (PREITE SOBRINHO, Wanderley, UOL, 2019).

As informações prestadas equivalem à parte do que é noticiado no país, e dentre tantas outras, acendem o sinal de alerta à garantia dos direitos constitucionais desses grupos, tal qual como ocorre com outros que, de igual modo, sofrem violência em razão de sua condição. Por conseguinte, tais grupos como pertencentes à sociedade brasileira, ainda que minoritariamente, não podem deixar de terem seus direitos garantidos pelo Estado, de acordo com as suas particularidades. O que não se trata, portanto, de dispor de atenção especial que prejudicaria o princípio da isonomia, mas um meio garanti-lo, tratando os iguais na medida da sua igualdade e os desiguais na medida da sua desigualdade, como bem versa Nélon Nery Júnior (1999, p.42):<sup>4</sup>

“Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.”

Assim como já ocorreu com os idosos e o Estatuto do Idoso, com crianças e adolescentes no Estatuto da Criança e do Adolescente e com as mulheres na Lei Maria da Penha. Todas essas normas foram ações do Estado para tutelar os direitos e

---

<sup>3</sup> SOUSA, Viviane; ARCOVERDE, Léo; NEWS, Globo. **Brasil registra uma morte por homofobia a cada 23 horas, aponta entidade LGBT**. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/05/17/brasil-registra-uma-morte-por-homofobia-a-cada-23-horas-aponta-entidade-lgbt.ghtml>. Acesso em: 13 abr. 2020.

<sup>4</sup> NERY JÚNIOR, Nélon. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

garantias fundamentais propostos pela própria Constituição Federal à grupos considerados mais vulneráveis às mais diversas formas de violência física, moral ou psicológica.

## **2. AS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A INFLUÊNCIA DO ASPECTO RELIGIOSO**

O que ocorreu no ordenamento jurídico brasileiro com a criminalização de condutas discriminatórias em relação à identidade de gênero e/ou orientação sexual, além de ser o cumprimento de disposição constitucional, trata-se de alinhamento deste às normas internacionais que versam sobre direitos humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos já em seu artigo 1º, consagra a igualdade entre todo e qualquer ser humano, senão vejamos: “Artigo I: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”<sup>5</sup>

Ora, sendo todos os homens iguais, não há como ser admitida em uma sociedade democrática qualquer que seja a forma de discriminação, o que evidentemente inclui as de ordem de gênero e orientação sexual. Mas sendo tão óbvio o que disserta o dispositivo legal mencionado, de onde nasce a necessidade de que isto seja registrado em lei para fazer-se cumprir? As raízes de tal fato são profundas e envolvem diversos aspectos que poderiam ser abordados, principalmente os ocorridos nas Guerras Mundiais, que impulsionaram a criação da Declaração, mas pode-se dizer que também os de essência religiosa.

Por muitos anos, as civilizações foram orientadas por critérios religiosos, em que geralmente ocorriam rejeições à diversidade, de modo que, poderia se dizer que o “certo” era o que o deus daquela expressão cultural determinava a partir da figura do soberano, chamado rei, imperador ou algo do tipo. Grandes teocracias existiram no mundo, sendo as mais populares a do antigo Egito e a dos Hebreus – hoje o povo

---

<sup>5</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/> Acesso em 10 maio 2020.



israelita – e em algumas dessas culturas religiosas a homossexualidade era talvez o pior dos pecados, punida com o pior dos castigos divinos. Ocorre que, tais costumes ganharam forte disseminação social, afinal de contas, o soberano eleito pelo respectivo deus zelava por garantir o cumprimento das leis divinas, o que em tese garantiria o sucesso da sua nação com a “benção” desse ser supremo. Contudo, não é o aspecto histórico-religioso que aqui se encontra em questão, todavia se faz necessário citá-lo, uma vez que, dele também se originam algumas das praticas excludentes quanto aos grupos LGBT+ no nosso contexto social, sendo o Brasil um país de maioria cristã, conforme o resultado do último censo religioso realizado pelo IBGE em 2010, no qual se verificou que 86,6% da população professa a referida fé.<sup>6</sup>

Acontece que independente da crença de cada indivíduo, não há o que se falar em legitimação para que, em razão dessa, seja qualquer ser humano discriminado pela sua orientação sexual, como bem ressalta a tese do STF na decisão em questão:

2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros(sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;<sup>7</sup>

Adiante, a fim de frisar o que já elucidava a Declaração Universal dos Direitos Humanos, foram formulados 29 princípios, chamados de Princípios de Yogyakarta por terem sido promulgados em conferência realizada na cidade de mesmo nome na Indonésia em 2006, com o objetivo de desenvolver um conjunto de princípios jurídicos

---

<sup>6</sup> AZEVEDO, Reinaldo. **O IBGE e a religião — Cristãos são 86,8% do Brasil; católicos caem para 64,6%; evangélicos já são 22,2%**. 2017. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/o-ibge-e-a-religiao-cristaos-sao-86-8-do-brasil-catolicos-caem-para-64-6-evangelicos-ja-sao-22-2/>. Acesso em: 03 maio 2020.

<sup>7</sup> Tese da ADO 26/DF. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf>. Acesso em 10 maio 2020.

internacionais sobre a aplicação da legislação internacional às violações de direitos humanos baseadas na orientação sexual e identidade de gênero, com intuito de dar mais clareza e coerência às obrigações de direitos humanos dos Estados no tocante a essa temática.<sup>8</sup> Tal conferência significou mais um avanço no âmbito dos Direitos Humanos no combate à discriminação e o preconceito pela orientação sexual ou identidade de gênero no mundo.

Dentre todos os referidos princípios, dentre os que mais se relacionam ao tema merece destaque o Direito à Igualdade e a Não-Discriminação, o qual dispõe que a discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada nesses aspectos que tenham o objetivo de anular a igualdade perante a lei, ou o reconhecimento do pleno gozo de seus direitos fundamentais.

A partir deste princípio é que os Estados signatários, dentre os quais está incluso o Brasil, devem:<sup>9</sup>

“Adotar legislação adequada e outras medidas para proibir e eliminar a discriminação nas esferas pública e privada por motivo de orientação sexual e identidade de gênero.”

Tal disposição soma-se ao mandado constitucional de criminalização constante da Carta Magna Brasileira e tais princípios foram, inclusive, citados como base pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento que cassou decisão que não reconheceu união estável homoafetiva, ao ressaltar que:

“o direito à busca da felicidade” se mostra gravemente comprometido “quando o Congresso Nacional, influenciado por correntes majoritárias, omite-se na formulação de medidas destinadas a assegurar, a grupos minoritários, a fruição de direitos fundamentais”, dentre os quais, na linha dos Princípios de Yogyakarta (proclamados em 2006), o direito de qualquer pessoa de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> PAULO CAYE, Daniel. **Os princípios de Yogyakarta e sua interação com o Direito Interno e Políticas Públicas no Brasil**. X Salão de Iniciação Científica – PUCRS, 2009.

<sup>9</sup> Princípios de Yogyakarta, 2006. Disponível em

[http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf). Acesso em 17 maio 2020.

<sup>10</sup> STF, Notícias. **Ministro Celso de Mello cassa decisão que não reconheceu união estável homoafetiva**. 2011. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=185034>. Acesso em: 17 maio 2020.

Portanto, é evidente a necessidade de proteção aos grupos LGBTQ+, uma vez que, até mesmo as esferas internacionais do direito deixaram claro a vulnerabilidade destes e o quanto é importante que as nações se preocupem em garantir que seres humanos sejam tratados como tais, tendo a sua dignidade respeitada a despeito de qualquer coisa.

### 3. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Os críticos da decisão do STF, além do que se argumenta em relação à técnica do Direito Penal, também trazem aos fatos o que para alguns trata-se de um ativismo judicial no Brasil, quando ao sustentarem que o judiciário usurpa competência do legislativo ao criminalizar uma conduta.

Contudo, há que se ressaltar as diferenças do que seria a judicialização da política do ativismo judicial, como bem menciona o Ministro Luís Roberto Barroso:<sup>11</sup>

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Desta feita, o que de fato ocorre no Brasil não é mais do que a judicialização da política, o que além de natural num regime democrático de direito é absolutamente necessária para garantir que qualquer dos Poderes não agirão de modo contrário ao que

---

<sup>11</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2009.

Disponível em:

[https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf). Acesso em: 03 maio 2020.

estabelece a Carta Magna Brasileira, que deve ser seguida por todos, inclusive pelo seu guardião, o STF.

Outrossim, o debate é deveras extenso, já que a todo momento as autoridades judiciárias são acionadas seja para questionar atos do executivo ou do legislativo, o que evidencia a ausência de diálogo político entres os Poderes. Rótulos de esquerda ou direita, a cada dia mais evidentes e as suas polarizações têm dificultado a estabilidade política no Brasil, contudo há que se pensar em soluções para o dilema, sabendo que<sup>12</sup>

A judicialização da política é um processo que precisa se reinventar e dialogar com o setor político, mas não extrapolar sua esfera de atuação. Quando se fala esquerda e direita, nos vemos dois grupos altamente polarizados, de certa forma míopes. A direita de um lado em uma visão apegada a um pensamento liberal clássico em que o estado não pode participar de nada, e portanto deve-se abandonar políticas públicas. Por outro lado, pessoas de esquerda com discurso de minorias, embora seja extremamente importante, só não pode-se esquecer da criação das políticas públicas, não deixando de lado a desigualdade social.

Ademais, no caso a que este estudo se refere a figura do remédio constitucional conhecido como Mandado de Injunção é claramente um instituto previsto na constituição federal que possibilita o acesso ao judiciário para garantir a eficácia de direito fundamental que não possua norma regulamentadora:<sup>13</sup>

O mandado de injunção é remédio constitucional destinado a sanar a ausência, total ou parcial, de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (artigo 2º da Lei 13.300/2016 e artigo 5º, LXXI, da Constituição). Em outros termos, trata-se de garantia destinada ao controle de omissões do poder público que visa à tutela de direitos constitucionais subjetivos cujo exercício é inviabilizado pela inércia legislativa.

Ora, os próprios constituintes previram que em algum momento a inércia do legislativo poderia trazer prejuízos irreparáveis a alguns, então, o que deveria ser ato puramente político quando não realizado por quem de direito, pode e deve ser

---

<sup>12</sup> TRINDADE, Gabriela Mendonça da; COSTA, Lucas Moran. **O fenômeno da Judicialização da Política além do Brasil**. 2019. Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/04/23/o-fenomeno-da-judicializacao-da-politica-alem-do-brasil/>. Acesso em: 03 maio 2020.

<sup>13</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Observatório Constitucional. Lei do Mandado de Injunção fortalece controle de omissões inconstitucionais**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-11/observatorio-constitucional-lei-mandado-injuncao-fortalece-controle-omissoes>. Acesso em: 04 maio 2020.

garantido pela via judicial para proteger, inclusive, o próprio ordenamento jurídico de inércias legais inconstitucionais.

#### **4. A DECISÃO DO STF, SEUS FUNDAMENTOS E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PENAL**

Finalmente, tratando agora diretamente da decisão do STF e do que envolve alguns princípios do direito penal brasileiro, destaco o principal deles, o qual é deveras essencial para manutenção e salvaguarda de um Estado Democrático de Direito, o princípio da reserva legal.

Ora, tal princípio garante que o Estado jamais processará alguém e tampouco cerceará o direito de ir e vir de um cidadão aplicando-lhe pena privativa de liberdade, ou ainda, que seja restritiva de direitos quando da prática de ato que seja atípico, ou seja, não tipificado como crime por lei, assim, é este princípio que impede a barbárie autoritária do Estado. Acerca do assunto é que versa a Constituição Federal quando diz em seu Art.5º, inciso XXXIX:<sup>14</sup>

“XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”

Tal disposição Constitucional foi transcrita ao Código Penal na seguinte forma:<sup>15</sup>

“Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

Acontece que os críticos da decisão apontam esse como o principal dos princípios que foram violados pelo STF. Alegam que ao criminalizar a homofobia, uma conduta foi tipificada sem a existência de lei, o que traria em tese enorme insegurança jurídica, quanto mais considerando a importância do princípio que estaria sendo prejudicado.

---

<sup>14</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 10 maio 2020.

<sup>15</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) Acesso em 10 maio 2020.

Nesse sentido, entenderam inclusive os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, nas palavras deste último:<sup>16</sup>

"A extensão do tipo penal para abarcar situações especificamente tipificadas pela norma penal atenta contra o princípio da reserva legal, que promove a segurança jurídica de todos"

Entretanto, não devem prosperar as críticas, da mesma forma que não prosperou o entendimento dos ministros citados. Tal posicionamento, não encontra respaldo considerando que na decisão não fora criado novo tipo penal, tão somente foi dada nova interpretação de norma pré-existente, a Lei de Racismo, como bem destacou o Ministro Luiz Fux, ao perceber a homofobia como conduta generalizada e constatando que os projetos que versam sobre o tema não andam nas Casas legislativas:<sup>17</sup>

O STF não está violando o princípio da reserva legal nem criando uma figura penal. Está fazendo uma interpretação da legislação infraconstitucional que trata do racismo... (a criminalização dessas condutas) aumenta a autoestima destas minorias e lhes conforta, dá sensação de pertencimento à sociedade... As ações afirmativas em relação aos afrodescendentes não só criminalizaram o preconceito, mas representou um fato que levou a uma abertura do mercado, de vagas em universidades, da vida em sociedade para este grupo. Assim também deve ser em relação à comunidade LGBT.

A maioria dos Ministros também caminhou por esta via, a exemplo da Ministra Carmen Lucia, que destacou o déficit legislativo inaceitável, entendendo que era dever do Supremo corrigir essa falha e impedir que a Constituição, seja, nas palavras dela "Mera folha de papel", afirmando que:<sup>15</sup>

"O Estado legislador recebeu uma ordem constitucional (de punir toda forma de preconceito). A quantas anda isso 30 anos depois? O Estado juiz é agora chamado e vai se omitir também?"

E ainda, o Ministro Celso de Mello esclareceu que não estava sendo proposta a criação de novo tipo penal, mas da aplicação do conceito de racismo à discriminação contra os grupos LGBT+.<sup>15</sup>

<sup>16</sup> BARIFOUSE, Rafael. **STF aprova a criminalização da homofobia**. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47206924>. Acesso em: 10 maio 2020.

<sup>17</sup> BARIFOUSE, Rafael. **STF aprova a criminalização da homofobia**. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47206924>. Acesso em: 10 maio 2020.

“Prevaleceu a noção de racismo como instrumento de inferiorização e de subjugação de determinadas pessoas por um grupo hegemônico”

Destarte, e julgando pela necessidade urgente de se atender uma demanda social legítima e vultosa, fica evidente o quão foi importante para os grupos em questão terem sua proteção garantida pelo Estado por intermédio do que decidiu o STF.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por derradeiro, tendo por base as informações detalhadas anteriormente, conclui-se que foi atendida a expectativa dos grupos que tiveram seus direitos individuais tutelados pela decisão do STF. E, ainda a partir desse fato surge a expectativa de diminuição dos tristes dados referentes aos casos de agressão e violência de modo geral aos grupos LGBT+, considerando que a despeito das divergências pessoais, sejam de ordem moral, religiosa ou filosófica, é essencial que em um Estado Democrático de Direito, sejam resguardadas a pluralidade não só de ideias mas de maneira de viver ou de enxergar a vida.

As convicções e a liberdade religiosa, também importantes e resguardadas pela Constituição Federal, são relativas ao sujeito que professe à respectiva fé, de modo que, sendo o Estado Laico, jamais as decisões desse podem ser tomadas com base em critérios de natureza religiosa. O deus que possa existir ou não é o de cada um, desde que, a vida segundo os princípios da divindade individual não sejam motivo para desprezar, desrespeitar, ou ainda, discriminar quem quer que seja, protegendo a dignidade da pessoa humana, esta sim de ordem absoluta no ordenamento jurídico brasileiro.

A decisão do STF não possui caráter definitivo, haja vista que aguarda pronunciamento do Poder Legislativo, que deverá editar norma específica acerca do tema, outrossim, espera-se que quando este agir dentro de sua competência não sejam prejudicados os avanços obtidos por meio desta decisão judicial, o que se acontecer

representará um flagrante retrocesso. Ora, é para frente que se anda e a bandeira do Brasil, um dos símbolos da nação, exige ordem e principalmente progresso, nunca regresso e sendo assim é progresso que se aguarda quando os direitos LGBTQ+ vierem a ser protegidos não mais por decisões judiciais e sim por lei como estes aguardam a tanto tempo.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Reinaldo. **O IBGE e a religião — Cristãos são 86,8% do Brasil; católicos caem para 64,6%; evangélicos já são 22,2%**. 2017. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/o-ibge-e-a-religiao-cristaos-sao-86-8-do-brasil-catolicos-caem-para-64-6-evangelicos-ja-sao-22-2/>. Acesso em: 03 maio 2020.

BARIFOUSE, Rafael. **STF aprova a criminalização da homofobia**. 2019. BBC News Brasil em São Paulo. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47206924>. Acesso em: 26 mar. 2020.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2009. Disponível em: [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf). Acesso em: 03 maio 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 10 maio 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) Acesso em 10 maio 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Observatório Constitucional. Lei do Mandado de Injunção fortalece controle de omissões inconstitucionais**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-11/observatorio-constitucional-lei-mandado-injuncao-fortalece-controle-omissoes>. Acesso em: 04 maio 2020.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/> Acesso em 10 maio 2020.

NERY JÚNIOR, Néilson. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.



PAULO CAYE, Daniel. Os princípios de Yogyakarta e sua interação com o Direito Interno e Políticas Públicas no Brasil. X Salão de Iniciação Científica – PUCRS, 2009.

PREITE SOBRINHO, Wanderley. **Brasil registra uma morte por homofobia a cada 16 horas, aponta relatório.** 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/02/20/brasil-matou-8-mil-lgbt-desde-1963-governo-dificulta-divulgacao-de-dados.htm>. Acesso em: 13 abr. 2020.

Princípios de Yogyakarta, 2006. Disponível em [http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf) Acesso em 17 maio 2020.

REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito - situação atual. São Paulo: Saraiva, 1994, 5.<sup>a</sup> ed., p. 118.

SOUSA, Viviane; ARCOVERDE, Léo; NEWS, Globo. **Brasil registra uma morte por homofobia a cada 23 horas, aponta entidade LGBT.** 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/05/17/brasil-registra-uma-morte-por-homofobia-a-cada-23-horas-aponta-entidade-lgbt.ghtml>. Acesso em: 13 abr. 2020.

STF, Notícias. **Ministro Celso de Mello cassa decisão que não reconheceu união estável homoafetiva.** 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=185034>. Acesso em: 17 maio 2020.

Tese da ADO 26/DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf>. Acesso em 10 maio 2020.

TRINDADE, Gabriela Mendonça da; COSTA, Lucas Moran. **O fenômeno da Judicialização da Política além do Brasil.** 2019. Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/04/23/o-fenomeno-da-judicializacao-da-politica-alem-do-brasil/>. Acesso em: 03 maio 2020.