

A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

ANTUNES, Álvaro José de Oliveira¹
HELENE, Paulo Henrique²

RESUMO:

O presente estudo objetiva analisar a legitimidade jurídica do Supremo Tribunal Federal (STF), em criminalizar a homofobia no crime de racismo, pois a competência para o devido fim é exclusivamente do Poder Legislativo, que tem a função de fiscalizar e legislar, já que se refere a um novo crime. Porém, como o Poder Legislativo está omissa ao assunto, o Supremo Tribunal Federal (STF) fez uma votação para decidir sobre a criminalização, que foi reconhecida por maioria, mas ao Supremo Tribunal Federal (STF) cabe a preservação da Constituição Federal do Brasil e suas atribuições são processar e julgar, não desenvolver tipo penal.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal, Homofobia, Racismo, Poder Legislativo.

THE COMPETENCE OF THE SUPREME FEDERAL COURT FOR CRIMINALIZATION OF HOMOPHOBIA

ABSTRACT:

This study aims to analyze the legal legitimacy of the Federal Supreme Court (STF), in criminalizing homophobia in the crime of racism, because the competence for this purpose is exclusively of the Legislative Power, which has the function of overseeing and legislating as it refers to a new crime. However, as the Legislature is silent on the theme, the Federal Supreme Court (STF) voted to decide on criminalization, which was recognized by majority, but the Supreme Federal Court (STF) is responsible for preserving the Federal Constitution of Brazil and its attributions are to prosecute and to judge, not to develop criminal type.

KEYWORDS: Supreme Federal Court, Homophobia, Racism, Legislative Power.

1 INTRODUÇÃO

O assunto referente à criminalização da homofobia alcança cada vez mais destaque no âmbito social do Brasil. Com o desenvolvimento das tecnologias, as notícias publicadas pelas mídias apresentam preocupantes ocorrências de agressividade contra o público LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros).

Como existe um problema de homofobia crônico no Brasil, pretende-se estabelecer uma

¹ Estudante do Curso de Direito da FAG – Centro Universitário Fundação Assis Gurgacz. E-mail: alvaro_mano@outlook.com.

² Professor Orientador. E-mail: paulo2h@hotmail.com.

discussão pela viabilidade jurídica da criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Assim sendo, o assunto do referido trabalho é sobre jurisdição constitucional e o tema é a possibilidade de tipificação de conduta por decisão judicial.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal (STF) fez uma votação no dia 13 de junho de 2019 para criminalizar a homofobia na lei em que foi criminalizado o racismo (Lei nº 7716/1989), e por maioria, foi reconhecida a criminalização. No direito penal não se admite a aplicação da analogia para suprir lacunas (analogia *in malam partem*), de modo a se criar penalidade não mencionada na lei.

É de amplo conhecimento jurídico que não se pode punir uma pessoa sem existir crime, conforme o art. 1º Código Penal: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

O Grupo Gay da Bahia (GGB) iniciou, em 1980, uma pesquisa para realizar relatórios de crimes LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros) no Brasil e, de acordo com a pesquisa, o número de mortes aumenta a cada ano. No ano 2000 ocorreram 130 mortes, já em 2008 o número aumentou para 187, enquanto que em 2018 foram registradas 420 mortes, ou seja, o número de mortes aumentou em mais de 100% na última década.

Sabe-se que o dever de legislar é do Poder Legislativo, principalmente por referir-se sobre a elaboração de um novo crime. Sendo assim, num caso de extrema necessidade, reforçado pelas estatísticas citadas acima, será que é possível o Supremo Tribunal Federal (STF) suprir uma omissão legislativa?

Considerando a omissão legislativa crônica, o caráter conservador do parlamento e a formação de grupos de bancadas ligados a uma perspectiva moral conservadora, torna-se impossível a regulamentação legislativa da homofobia pelo Poder Legislativo.

Desta forma, seria legitimado ao Poder Judiciário o reconhecimento da homofobia enquanto crime, como imperativo decorrente da Constituição, independentemente de ser uma via secundária. De outro modo, uma segunda hipótese seria numa omissão reiterada do Poder Legislativo, ainda assim, não caberia ao Supremo Tribunal Federal (STF) reconhecer por decisão judicial um tipo penal que inviabilizaria a legitimidade dessa decisão.

O Supremo Tribunal Federal (STF) é órgão do Poder Judiciário e, cabe a ele, com maior importância, a preservação da Constituição Federal do Brasil. Suas atribuições são processar e julgar, e não desenvolver tipos penais, o que seria substituir o Poder Legislativo, que tem a função típica de legislar e fiscalizar.

O objetivo do presente trabalho, portanto, é investigar a análise da Constituição Federal, quais sejam as competências do Supremo Tribunal Federal (STF) e, além disso, também identificar as possibilidades de reconhecer o tipo penal, discutir questões jurisprudenciais de criação de tipo penal por analogia, analisar os fundamentos da ADO 26 e a respectiva crítica doutrinária, verificar se o Supremo Tribunal Federal (STF) pode criminalizar a homofobia, e contestar a equiparação feita pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da criminalização da homofobia com o crime de racismo.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Serão apresentados alguns tópicos sobre os temas relacionados à pesquisa, como: definição de crime, homofobia, ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) 26, Supremo Tribunal Federal (STF) e suas competências X poder legislativo e possibilidade de tipificação da homofobia no crime de racismo.

2.1 COMO SE DEFINE O “CRIME”?

Existe na doutrina mais de um tipo de conceituação, entre elas, a conceituação formal, material, formal-material e analítica. A conceituação formal diz que delito é o que está determinado na lei, sob punição de condenação. Por outro lado, a conceituação material diz que delito é a vontade da pessoa em provocar prejuízo ou ameaça à vida do indivíduo, passível de punição penal. Já o conceito formal-material diz que delito é o que está descrito na norma, atitude humana em causar prejuízo e ameaça na vida de outrem. Por fim, o conceito analítico diz que é a apreciação dos fundamentos que constitui a contravenção penal (CUNHA, 2016).

Já para Estefam (2013), o conceito material está preocupado com sentido da atitude penalmente importante. Já do ponto de vista formal, delito é uma ação ilícita impedida pela norma, com ameaça de pena de cárcere.

De acordo com o Art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (1941):

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou

ambas, alternativa ou cumulativamente.

Para Ferrajoli (2002, p. 567):

O que é "Crime", por outro lado, segundo esta noção, é uma simples figura de qualificação jurídica e não uma figura de qualificação moral, sociológica ou antropológica, e não designa o que é tido como contrário à moral ou aos interesses da nação ou às exigências de defesa da sociedade ou do Estado, mas, apenas, aos fatos que algumas leis promulgadas anteriormente à sua comissão qualificam expressamente como puníveis. E "réu" não é alguém que, segundo as circunstâncias, as opiniões, ou os contingenciais relacionamentos de força, pode ser etiquetado como "imoral" ou "perigoso" ou "infiel" ou "inimigo" ou similar, mas apenas alguém que é identificado como responsável por um crime da forma antes mencionada. Não é, de fato, o crime que deve ser identificado pelo réu, mas é o réu que deve ser identificado por meio do crime.

A Constituição Brasileira de 1988, ao proteger os direitos e garantias fundamentais, em seu art. 5º, inc. XXXIX, determina que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, conhecido como princípio da legalidade (BITENCOURT, 2013, p. 68).

2.2 O QUE É “HOMOFOBIA”?

O cristianismo começou a condenar os sodomitas, como se tivessem um distúrbio de suas funções, considerando-os perversos delinquentes em sexualidade, os quais deixavam de fazer parte da natureza humana, e esses considerados delinquentes passavam seus dias no campo de extermínio. Já no período ocidental, os homossexuais não se apresentavam da mesma forma que se apresentam hoje (BORRILLO, 2010).

Havia um respeito pelo sexo oposto e também medo das represálias que poderiam sofrer dos gregos e romanos, os quais tiveram um grande choque ao saber da escolha sexual. O termo homossexual refletia sobre eles, pois a legitimidade de relacionamento era apenas entre homem e mulher. Uma grande quantidade dos homens era agressivamente contra lésbicas e gays, que eram considerados pagãos por não seguirem uma tradição cristã (BORRILLO, 2010).

Ainda de acordo com Borrillo (2010), a tradição judaico-cristã apresenta uma punição severa aos que escolhem o mesmo sexo, sendo considerados malignos para a comunidade, vistos como delinquentes, pois apresentam perigo para todos que ali habitam, dessa forma, o castigo é severo e doloroso, o que custava sua própria vida com penas cruéis aos homossexuais.

Querendo garantir uma solução para o povo, Israel aplica uma rigorosa conduta para quem

não tem intenção em gerar filhos, com proibição da masturbação e de manter relação sexual com mulher, se ela não estiver no período fértil, para procriar. O esperma passou a ser um objeto sagrado e intocável, o gozo sexual só era lícito com a possibilidade de reprodução, e a masturbação era castigada (BORRILLO, 2010).

Na Bíblia Sagrada Ave Maria, em Levítico, capítulo 20, versículo 13: "Se um homem dormir com outro homem, como se fosse mulher, ambos cometerão uma coisa abominável. Serão punidos de morte e levarão a sua culpa" (A BÍBLIA, 2016, p. 224).

A palavra homofobia nasceu no decorrer dos anos 70 nos Estados Unidos e foi marcada pelo psicólogo clínico George Weinberg e, sobretudo, baseia-se na repulsa, hostilidade e ódio a indivíduos que escolhem por ter vínculos afetivos homossexuais ou a quem possua uma orientação contrária da que é aceita pela sociedade. O homossexual seria conhecido como pessoa estranha ou em posição mais rebaixada em comparação aos heterossexuais (JUNQUEIRA, 2007).

Weinberg (1972, p. 8) foi quem introduziu o conceito de homofobia, segundo ele: "Homofobia é o pavor de estar próximo a homossexuais – e no caso dos próprios homossexuais, autoaversão".

De acordo com Borrillo (2010, p. 21):

Foi apenas em 1998 que o termo "homofobia" apareceu, pela primeira vez, em um dicionário de língua francesa; dez anos antes, ele era ainda ignorado, até mesmo pelos léxicos especializados. Segundo parece, a invenção da palavra pertence a K. T. Smith que, em um artigo publicado em 1971, tentava analisar os traços da personalidade homofóbica; um ano depois, G. Weinberg definirá a homofobia como "o receio de estar com um homossexual em um espaço fechado e, relativamente aos próprios homossexuais, o ódio por si mesmo".

Borrillo (2010, p. 22) continua sua definição de homofobia da seguinte maneira:

O termo 'homofobia' designa, assim, dois aspectos diferentes da mesma realidade: a dimensão pessoal, de natureza afetiva, que se manifesta pela rejeição dos homossexuais; e a dimensão cultural, de natureza cognitiva, em que o objeto da rejeição não é o homossexual enquanto indivíduo, mas a homossexualidade como fenômeno psicológico e social. Essa distinção permite compreender melhor uma situação bastante disseminada nas sociedades modernas que consiste em tolerar e, até mesmo, em simpatizar com os membros do grupo estigmatizado, no entanto, considera inaceitável qualquer política de igualdade a seu respeito.

A homofobia está ligada ao preconceito do homem contra a escolha de gênero dos homossexuais, isso aponta que os homens não têm uma afinidade entre eles, pois não aceitam que um homem fique com outro homem. Os homossexuais são discriminados por sua escolha, sofrem

uma pressão muito grande da sociedade e são os mais perseguidos com represália de ódio e violência brutal (BORRILLO, 2010).

Porém, quando se trata de lésbicas, na visão social este é um ato praticamente invisível, feito vista grossa, e feito silêncio sobre as escolhas, pelo fato de as mulheres terem uma intimidade maior entre si, e a sexualidade feminina ser um instrumento de desejo masculino, as intimidades eróticas efetivas entre mulheres são para “satisfazer” a lasciva masculina (BORRILLO, 2010).

2.3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO) 26

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) “é instrumento jurídico previsto na Constituição Federal de 1988 com o objetivo de questionar a omissão atribuída ao Poder Público. Visa garantir efetividade a normas constitucionais que necessitam de regulamentação”, tornar eficiente uma conduta constituinte e dar instrução a autoridade competente e decisões devidas (STF, 2019).

O Partido Popular Socialista (PPS) moveu uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26) que solicita que o Supremo Tribunal Federal (STF) anuncie a falta de ação e desinteresse do Congresso Nacional por não ter votado o conjunto de normas que incrimina práticas de homofobia. O relator é o ministro Celso de Mello. Segundo o PPS, a ação tem o propósito de estabelecer ao Poder Legislativo o compromisso de desenvolver legislação criminal que condene a homofobia e a transfobia, espécies de racismo (STF, 2019).

Segundo o Partido Popular Socialista (PPS), o Congresso Nacional não está aceitando a votação do conjunto de normas que pretende pôr em prática tal criminalização. No processo, o partido pleiteia uma lei incriminadora para os fatos de homofobia e transfobia, principalmente as afrontas pessoais e coletivas, os assassinatos, os ataques e os preconceitos criados pela escolha sexual e/ou escolha de gênero da vítima. Diz ainda que todas as formas de preconceito sobre o tema devem ser condenadas com a mesma seriedade que é aplicada na atualidade pela Lei de Racismo (STF, 2019).

Diante da polêmica sobre a criminalização da homofobia, a qual vem chamando a atenção de muitos, o Senado Federal avançou na tipificação da homofobia, com anuência de concretizar o projeto lei que tramita para sua criminalização. Com a proposta do projeto lei 672/19, será necessária uma eleição na turma suplente de comissão (EBC, 2019).

Já no Supremo Tribunal Federal, os ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio, na seção que dá continuidade aos votos, salientam que a apreciação do voto deveria ser interrompida, pois o senado se manifestou e está decidindo sobre o tema, o qual compete ao Congresso Nacional decidir (BRASIL, 2019).

Na inicial do Partido Popular Socialista, o mesmo defende que se deve passar por cima do princípio da legalidade estrita, e que o Supremo Tribunal Federal firme a criminalização da homofobia. O Partido Popular Socialista consente que o STF está elaborando um novo tipo penal, uma vez que passa a criminalizar um ato, sem ter uma lei anterior que o defina, pois não possui tal competência para proceder o ato, o qual vai totalmente contra a Constituição (ADO 26, 2019).

O Supremo Tribunal Federal encerrou, no dia 03/11/2019, a votação que criminaliza a homofobia no crime de racismo, os atos de homofobia passam a ser penalizados na Lei 7.716/1989, crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. O STF poderia apenas declarar a omissão do congresso em relação a determinado assunto e jamais realizar lei em seu lugar, o que seria uma manifesta usurpação da função do Legislativo por parte do judiciário.

O julgamento concedeu 8 (oito) votos a 3 (três), sendo os ministros Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luis Barroso, Luiz Fux, Rosa Weber, os que votaram de forma positiva à criminalização da homofobia. Em direção contrária, os ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio defendem em seus votos que o parecer criará um novo tipo penal, o que compete tão somente ao Poder Legislativo.

O Supremo Tribunal Federal possui competência para mencionar a falha do Congresso no referido tema, mas em nenhum momento produzir norma, o que manifesta usurpação do cargo do Legislativo pelo Judiciário. O objetivo é mencionar a omissão e não elaborar tipo penal, como aconteceu no tema.

Sob esse ponto de vista, a ADO não apresenta ser possível, uma vez que a finalidade desse dispositivo é expor a omissão Constitucional por carência de norma jurídica, que é fundamental para o desempenho do direito augurado na Constituição.

Fica claro que o Supremo não pode elaborar tipo penal, mesmo por analogia, como nos mostra o ilustre ministro: “Não pode o julgador, por analogia, estabelecer sanção sem previsão legal, ainda que para beneficiar o réu, ao argumento de que o legislador deveria ter disciplinado a situação de outra forma. (STF – HC 92.626, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25/3/2008, Primeira Turma, DJE, de 2/5/2008).

É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes (STF – Pleno – MS 22.690-1/CE – Rel. Min. CELSO DE MELLO, Diário da Justiça, Seção I, 7 dez. 2006, p. 36).

2.4 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) E SUAS COMPETÊNCIAS X PODER LEGISLATIVO

“A denominação Supremo Tribunal Federal foi adotada na Constituição Provisória publicada com o Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, e repetiu-se no Decreto n.º 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que organizou a Justiça Federal” (STF, 2018).

Com base no institucional do Supremo Tribunal Federal (2018),

O STF é composto por onze Ministros, todos brasileiros natos (art. 12, § 3º, inc. IV, da CF/1988), escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101 da CF/1988), e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 101, parágrafo único, da CF/1988). Entre suas principais atribuições está a de julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da própria Constituição e a extradição solicitada por Estado estrangeiro. Na área penal, destaca-se a competência para julgar, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, entre outros (art. 102, inc. I, a e b, da CF/1988). Em grau de recurso, sobressaem-se as atribuições de julgar, em recurso ordinário, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, e, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição. A partir da Emenda Constitucional 45/2004, foi introduzida a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal aprovar, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 103-A da CF/1988).

O Supremo Tribunal Federal é o elemento chefe do Poder Judiciário e, pertence a ele, exclusivamente, a vigia da Constituição com fulcro no art. 102 da Constituição da República (STF, 2018). Por outro lado, incumbe-se ao Poder Legislativo decretar e supervisionar as duas com a mesma qualidade de mérito, nesse aspecto, a Constituição antecipa ao Congresso Nacional que crie normas jurídicas (MORAES, 2017).

Os artigos 44 e 49, XI, da Constituição Federal de 1988, corroboram com o autor acima citado. O artigo 44 dispõe que o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. O artigo 49 diz que é da competência

exclusiva do Congresso Nacional: inciso XI – zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes.

O indivíduo não pode realizar qualquer ato de vingança com suas próprias mãos: todo desentendimento deve ser levado ao governo, que é quem tem por obrigação esclarecer. O governo não pode deixar de esclarecer e resolver conflitos coletivos, nenhum conflito pode ser deixado de lado, deve ser estipulado e regulamentado por lei (TAVARES, 2012).

2.5 POSSIBILIDADE DE TIPIFICAÇÃO DA HOMOFOBIA NO CRIME DE RACISMO

O art. 5º da Constituição Federal de 1988 informa: 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: inciso XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; no mesmo sentido, inciso XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

A lei já vem punindo, há muitos anos, o que o Partido Popular Socialista (PPS) está alegando para a discriminação de liberdade e crimes que o grupo LGBT possa vir a sofrer. É indiscutível falar que não existe penalidade para as práticas de agressividades contra o público LGBT, sendo que se encontram tipificações penais para amparar os bens jurídicos discutidos na ADO 26.

Suponha-se que um homossexual tenha sua vida ceifada, ou sofra lesão corporal, seja ofendido, xingado, eles já estão amparados pelo Código Penal nos crimes contra a vida, crime de lesão corporal e crimes contra a honra, que estão previstos nos artigos, 121 – matar alguém, 129 – ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem, 139 – difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação, 140 – injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro.

No inciso XLII do artigo 5º da CF/88 está bem claro, em seu texto, que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível.

Na Lei 7.716/1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, diz, em seu art. 1º: “serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”; e em seu art. 20º: “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência

nacional”.

Não há previsão de homofobia em nenhum momento, trata-se de uma conduta atípica, a qual não há impossibilidade de analogia *in malam partem*.

Seguem algumas definições de racismo:

Para Santos (2002), a origem do racismo se deu através do iluminismo, o evolucionismo, o positivismo, o determinismo geográfico e o darwinismo social, que são teorias baseadas em princípios, hoje comprovadamente falsos, somadas às novas Ciências: frenologia, antropometria e eugenia, que deram escopo para a naturalização dessas ideias.

Já para Gomes (2005), o racismo está associado ao pensamento de um grupo, que por ódio de uma raça que sofreu para lutar por seus direitos, tem que aceitar os preconceitos feitos a esses, desclassificando-os como inferiores aos outros.

A palavra racismo mostra um preconceito de sua raça, para uns um rancor muito grande pela simples cor que carrega e, para outros, um desprezo de quem precisa de ajuda para tudo por ter uma aparência física diferente, devido à história dos seus antepassados (TODOROV, 1993).

Conforme explica Silva Filho (2004), somente após muito conhecimento a partir de estudos, foi constatado que em alguma época o indivíduo africano, ou negro tinha a cabeça pequena em comparação ao sujeito europeu, ou branco, isso estabelecia que a expressão do nível de habilidade do negro estava abaixo em relação a do branco. Sendo assim, esses pensamentos auxiliaram para que ocorresse uma imagem alterada do negro, resultando em uma realidade afamada para a humanidade.

Desse modo, qualquer espécie de discriminação teria que ser incluída no racismo, visto que, discriminação de gênero não é a mesma coisa que discriminação racial e sim comportamental, porque espécie não é raça, pelo menos no significado do termo biológico.

Compete destacar que raça é termo biológico usado para diferenciar espécies humanas, as suas particularidades raciais precisam ser observadas pela herança hereditária, apresentando antecedências genéticas, o que não acontece no assunto da homossexualidade, bissexualidade, transexualidade etc.

O conceito de raça pode ser empregado de diversos modos, no sentido morfológico, fenotípico, mostrando um conjunto de traços físicos, tendo como exemplo o tom da pele, o cabelo diferenciado, que possibilita reconhecer que a pessoa pertence a certo povo (PENA, 1998, *apud* MIR, 2004, p. 119).

A palavra raça, quando discorre de pessoas, não precisaria ser aplicada, pois a desigualdade da genética é tão insignificante, que o termo raça é inadequado para seres humanos.

No decorrer dos anos, a norma antirracismo sofreu algumas modificações legislativas com intenção de se ajustar com a sociedade, em 15 de maio de 1997, com a norma nº 9.459; e em 2010, com a lei nº 12.288, com modificações. Vale aqui destacar que a todo instante foi ajustada por intermédio de norma do Poder Legislativo, como deve ser, jamais por recomendações e decisões anormais dos variados conselhos corporativos, nem ao menos por definições judiciais (PEREIRA, 2019).

Baseado no conteúdo acima citado, questiona-se: Há necessidade de criminalizar a homofobia? Criminalizando, o problema será resolvido?

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista dos argumentos apresentados, com a criminalização da homofobia deparar-se-á com os mesmos fatores que ocorrem atualmente com a Lei Maria da Penha, a qual trouxe o feminicídio, pois, quem comete o homicídio contra mulher irá responder por duas qualificadoras, o motivo torpe, previsto no Código Penal, no artigo 121 § 2, I, e o feminicídio, pela lei Maria da Penha nº 11.340/06.

A situação vai contra o princípio do *Non Bis In Idem*, o qual assegura que ninguém pode ser punido pelo mesmo crime mais que uma vez. Anteriormente a criminalização da Lei Maria da Penha, aplicava-se somente a qualificadora do motivo torpe, pois não existia o feminicídio, porém, agora, com o feminicídio, aplica-se motivo torpe e feminicídio com causa de aumento de pena, indo totalmente contra o princípio, o qual deveria aplicar somente o feminicídio, pois a lei foi criada para encaixar os crimes somente nessa qualificadora, não em *Non Bis In Idem*.

Tratando-se de um crime de homicídio contra uma pessoa que fez a escolha do seu gênero, esse crime vai se enquadrar no motivo torpe, estabelecido no artigo 121 § 2, I do Código Penal Brasileiro, pois é reprovável pela sociedade e deve ser rigorosamente punido. Com a criminalização da homofobia, quem cometer algum crime homofóbico vai responder por homofobia e por motivo torpe, como está ocorrendo atualmente com a Lei Maria da Penha, que responde por motivo torpe e feminicídio.

Desse modo, a criminalização da homofobia não se fundamenta em dar origem a um tipo

penal denominado homofobia e a ele impor uma pena fixa, visto que a homofobia pode existir em inúmeros tipos penais presentes.

Para buscar que se resolva o excêntrico, não basta criminalizar toda conduta que surge com a evolução da sociedade, assim, aumentará a legislação e inflamará cada vez mais o judiciário. É preciso conscientizar a sociedade a combater a homofobia de outra maneira, criando um método educativo nas escolas, em casa, com educação dos pais, não somente sobre o tema de homofobia, crime que vem crescendo com a evolução da sociedade, mas também em relação a outros assuntos pertinentes da atualidade.

Além disso, atualmente, os meios de comunicação encontram-se com grande força no que diz respeito à disseminação de informações, pois a tecnologia não tinha o poder e o imediatismo que tem hoje, qualquer fato que venha a acontecer se espalha pelo mundo todo, apenas com um clique em uma tela de celular, com isso as condutas delituosas vêm crescendo radicalmente.

REFERÊNCIAS

A BÍBLIA. **Leis Penais**. São Paulo: Editora Ave-Maria, 2016. 2224 p. Velho Testamento e Novo Testamento.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 out. 2019.

_____. Lei de Introdução ao Código Penal. **Decreto-lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941**. Brasília, 1941. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/12069797/artigo-1-do-decreto-lei-n-3914-de-09-de-dezembro-de-1941>. Acesso em: 21 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 (ADO 26)**. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em: 14 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Histórico**. Brasília, 2018. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>. Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Institucional**. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>. Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Plenário do STF discute se há omissão legislativa para criminalização de homofobia**. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403183>. Acesso em: 11 maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STF retomará em junho julgamento de ações sobre criminalização da homofobia**. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403183>. Acesso em: 23 maio 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

EBC, Agência Brasil. **CCJ do Senado avança na criminalização da LGBTfobia**. Brasília, 2019. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-05/ccj-do-senado-avanca-na-criminalizacao-da-lgbtobia>. Acesso em: 23 maio 2019.

ESTEFAM, André. **Direito penal, 1: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, N. L. **Alguns termos e conceitos presentes no debate sobre relações raciais no Brasil: uma breve discussão**. In: Ricardo H. (Org.). Educação anti-racista: caminhos abertos pela Lei Federal no. 10.639/03. Brasília: SECAD/MEC, 2005.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. **Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas**. Revista Bagoas, Rio Grande do Norte, 2007. Disponível em: http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v01n01art07_junqueira.pdf. Acesso em: 02 abr. 2019.

MIR, Luis. **Guerra civil: estado e trauma**. São Paulo: Geração Editorial, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PEREIRA, Jeferson Botelho. **Novo crime de racismo: decisão do STF em relações culturais**

complexas. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74860/novo-crime-de-racismo-decisao-do-stf-em-relacoes-culturais-complexas>. Acesso em: 31 out. 2019.

SANTOS, Gislene Aparecida dos. **A invenção do “ser negro”**: um percurso das ideias que naturalizaram a inferioridade dos negros. Rio de Janeiro: Pallas, 2002.

SILVA FILHO, José Barbosa. **A questão do negro no curso de formação em serviço social da universidade federal fluminense**. 2004. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/ea000072.pdf>. Acesso em 26 mar. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TODOROV, Tzvetan. **Nós e os outros**: reflexão francesa sobre a diversidade humana. Rio de Janeiro: Zahar, 1993.

WEINBERG, George. **Society and the healthy homosexual**. New York: St. Martin's Press, 1972.