



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
DIREITO PÚBLICO

DANIELE DANTAS VICENTE

**MANDADO DE INJUNÇÃO 4733: VIOLAÇÃO AOS PROCEDIMENTOS
PROCESSUAIS DO ORDENAMENTO JURÍDICO**

Salvador
2017

DANIELE DANTAS VICENTE

**MANDADO DE INJUNÇÃO 4733: VIOLAÇÃO AOS PROCEDIMENTOS
PROCESSUAIS DO ORDENAMENTO JURÍDICO**

Monografia apresentada a Faculdade
Baiana de Direito como requisito
parcial para a obtenção de grau de
Especialista em Direito do Público.

Salvador
2017

DANIELE DANTAS VICENTE

**MANDADO DE INJUNÇÃO 4733: VIOLAÇÃO AOS PROCEDIMENTOS
PROCESSUAIS DO ORDENAMENTO JURÍDICO**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em
Direito do Estado, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2017

“A moralidade é a melhor de todas as
regras para orientar a humanidade”
Friedrich Nietzsche

RESUMO

Com o ingresso do Mandado de Injunção 4733 o assunto sobre os direitos da comunidade homossexual e transexual do Brasil ganhou ainda mais foco. O MI 4733 recebeu dois pareceres de Procuradores Geral da República, em sentidos opostos. Contudo, o enfoque desse trabalho é o segundo parecer proferido pelo atual PGR, o ilustre Rodrigo Janot, e suas diversas peculiaridades, bem como as supostas afrontas ao procedimento do direito penal e processual penal. Além da ausência dos requisitos para propositura do próprio mandado de injunção. Tem-se colocado a necessidade emergencial da criminalização com motivação de ódio aos homossexuais acima dos princípios e procedimentos penal e processuais penais, no intuito de fornecer à sociedade a sensação de justiça e providência estatal. Ocorre que há outros meios de se alcançar a criminalização de tais atos sem que sejam ofendidos os procedimentos processuais adequados. A emergência em diminuir os ataques a estes grupos de pessoas existe, e vai muito além de uma necessidade de tipificação específica destes atos, mas alcança o seio privado da instituição familiar, que transfere costumes e supostos valores de uma sociedade que ficou no passado. A intolerância não será afastada apenas com uma criminalização feita sem obediência às regras de procedimento processual e material, mas ao contrário, irá criar apenas sensação de resposta estatal fundada em alicerces frágeis.

Palavras chaves: Mandado de Injunção; Homossexual e Transexual; Direito Penal; Constituição.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	02
2 HOMOFOBIA	06
2.1 HOMOFOBIA NO DICIONÁRIO	07
2.2 CRIMES DE HOMOFOBIA	18
2.3 GGB	11
3 REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS	15
3.1 AÇÃO POPULAR	16
3.2 HABEAS CORPUS	18
3.3 HABEAS DATA	20
3.4 MANDADO DE SEGURANÇA	22
3.5 MANDADO DE INJUNÇÃO	24
4 O MANDADO DE INJUNÇÃO 4733	28
5 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL	34
5.1 PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL / ESTRITA LEGALIDADE	35
5.2 PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE	36
5.3 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO IN MALAM PARTEM	37
5.4 PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI	37
5.5 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA	38
5.6 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL	39
5.7 PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE	40
5.8 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE	41
5.9 PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE	42
5.10 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE OU PROPORCIONALIDADE	43
5.11 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE	43
5.12 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE	44
5.13 PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA	45

5.14 PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM	45
6. PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL X MI 4733	47
6.1 PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL X MI 4733	47
6.2 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA ANALOGIA <i>IN MALAM PARTEM</i> E DA TAXATIVIDADE X MI 4733	49
7. DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA	52
7.1 ESTUDO COMPARATIVO – DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA X LEI MARIA DA PENHA	55
8. CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	63

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata do Mandado de Injunção 4733 e sua relação com o direito, levando em consideração os procedimentos legislativos da ação de Mandado de Injunção, o conteúdo do mesmo, os princípios norteadores do processo legislativo específico, e do direito penal, e os impactos causados tanto na legislação, quanto na sociedade.

O Mandado de Injunção 4733 tem características específicas, pois trata de tema peculiar com natureza emergencial, ao mesmo tempo em que está atrelado a diversos princípios do direito penal e processual penal, capazes de afastar alguns dos objetivos pleiteados no próprio MI mencionado.

Inicialmente, chama atenção que um dos pré-requisitos que autoriza o ingresso do Mandado de Injunção é a impossibilidade de exercer direito ou prerrogativa prevista constitucionalmente, em razão da ausência de previsão legislativa, ou seja, ausência de lei prevendo a forma e os limites do exercício de tal direito ou prerrogativa, o que incapacita os mesmos de serem devidamente exercidos, fazendo com que não passem de mera expectativa de direito enquanto não regulamentados.

Ocorre que, o objeto do Mandado de Injunção 4733 é, principalmente, a criminalização específica de todas as formas de preconceito contra atos de homofobia e transfobia, o que, em breve análise, não se amolda ao requisito ora mencionado. Ou seja, não há previsão constitucional de direitos ou prerrogativas que estejam sendo impedidos de ser exercidos, de tal forma que, a criminalização dos referidos atos irá garantir o exercício.

O intuito do Mandado de Injunção 4733 é louvável, e a criminalização dos referidos atos é necessária, de forma emergencial, inclusive, contudo, não se amolda aos requisitos para o ingresso específico da ação de Mandado de Injunção na forma como legalmente prevista.

Ademais, já houve uma tentativa, que chegou perto de lograr êxito, com um projeto de lei que nasceu já com a intenção de criminalizar atos de

preconceito contra homofobia e transfobia, o qual ficou em trâmite por mais de 08 anos, desde 2006, e por falta de interesse social ou político, não se sabe ao certo, não teve o seu trâmite finalizado, sendo, por fim, arquivado definitivamente, devido a uma previsão do regimento interno, e acompanhado de um dos argumentos de que, uma nova redação mais bem elaborada deveria ser feita.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias¹:

“Diante da postura omissiva e complacente da sociedade os legisladores, por medo de comprometer sua reeleição ou serem rotulados de homossexuais, impedem a aprovação de qualquer projeto de lei que vise criminalizar a homofobia ou garantir direitos às uniões homoafetivas. Conclusão, o Brasil é o país que registra o maior número de crimes homofóbicos. Uma triste realidade que todos insistem em não ver. Tanto é assim que não existem estatísticas oficiais.”

O projeto de lei era o 122/2006, também conhecido como “lei anti-homofobia”, e foi definitivamente arquivado, uma vez que ultrapassou duas legislaturas sem aprovação. Não se trata de decisão de mérito, mas previsão de arquivamento automático nestes casos, expressamente previsto no regimento interno.

O Projeto de Lei 122/2006 tinha como objeto de criminalização atos de preconceitos motivados pela [orientação sexual](#) e pela [identidade de gênero](#), e trazia a equiparação destes atos aos demais atos de preconceitos que já são objetos da Lei 7.716/89.

Um ponto importante sobre a intenção do Mandado de Injunção 4733 é a quantidade de princípios que o mesmo estaria violando caso fosse acolhido um de seus pedidos, aquele referente à possibilidade de que a Suprema Corte legisle sobre o assunto.

Sabe-se que a matéria trata de direito penal e que esta é regida por diversos princípios específicos, estes que não apenas constroem a matéria

¹ Disponível em: <<https://homofobiamata.wordpress.com/quem-somos-3/homofobia-e-crime/>>. Acessado em 09 de outubro de 2017.

penal, mas que evitam que pessoas sejam punidas indevidamente, sem que seja observado o trâmite adequado, ou prematuramente jogadas ao cárcere.

É por esses e outros motivos que o direito penal tem princípios que trazem maior rigor aos seus procedimentos. É o caso, por exemplo, do princípio da reserva legal, que prevê que um ato somente será considerado crime se previsto através de lei em sentido estrito. Ora, não é atividade precípua do Supremo Tribunal Federal legislar, logo, inconstitucional seria a tipificação do crime de homofobia feita pela Suprema Corte.

O referido MI apresenta também como uma das soluções para atingir o objetivo de criminalização, a equiparação dos atos de homofobia às formas de preconceito já previstas pela Lei 7.716/1989, conhecida como lei contra o preconceito, através do que, mais um princípio do direito penal estaria sendo ignorado, afinal o direito penal não permite a analogia *in malam partem*.

É o que defende o antropólogo Luiz Mott², **decano do movimento homossexual brasileiro, professor-doutor e fundador do Grupo Gay da Bahia. Para ele a equiparação da homofobia ao crime de racismo seria uma forma de acabar com a homofobia no Brasil.**

Esses, dentre outros princípios do direito penal e processual, estão sendo ignorados no intuito de compelir o judiciário a apresentar uma solução imediata para o pedido de criminalização dos atos de homofobia.

Contudo, não se pode negar que a necessidade de criminalizar tais condutas existe. A quantidade de crimes motivados pelo ódio contra homossexuais é alarmante. De acordo com o Grupo Gay da Bahia, morre um homossexual a cada 28 horas. Esse dado é assustador.

A sociedade ainda passa por diversas transformações causadas pelo avanço da modernidade, que, a passos largos, venceu muitos preconceitos, sendo que alguns foram apenas amenizados, tendo outros sido erradicados.

² **Disponível em:** <<https://homofobiamata.wordpress.com/quem-somos-3/homofobia-e-crime/>>. **Acessado em 14 de setembro de 2017.**

De acordo com Maria Berenice, “pode-se dizer que a homoafetividade saiu mesmo do armário quando o Supremo Tribunal Federal a reconheceu como entidade familiar, em decisão com eficácia vinculante (ADI nº 4277 e ADPF nº 132, Rel. Min. Ayres Brito, j. 05/05/2011)”.³

O problema do preconceito contra opção de gênero é que este, em sua maioria, é passado através de gerações, dentro de casa. São “valores” ensinados pelos pais, diante os quais a criança que está sendo “doutrinada” muitas vezes sequer entende o que lhe está sendo ensinado.

Como combater o que se ensina dentro de casa? Até que ponto a intervenção pública pode alcançar a construção de um núcleo familiar, que nutre em seu seio tradições e crenças que acredita serem legítimas e honrosas?

Atualmente, a realidade é diferente, visto que o tema tem sido demasiadamente debatido na mídia e nas redes sociais. Antigamente um adolescente não tinha acesso a tantas informações sobre o tema, hoje, em muitos lugares, lhes está sendo oferecida a escolha de gênero.

O governo, o judiciário, o legislativo e qualquer outra entidade, seja pública ou privada, não tem o poder de modificar a situação de forma imediata, pois o maior dos problemas está na educação familiar. O que se adequa para todo o tipo de preconceito.

O que o Mandado de Injunção traz como fundamentação, causa de pedir, é que a tipificação dos atos de homofobia a transfobia fará diminuir a violência diante os grupos de homossexuais e transgêneros, dando-lhes maior liberdade de viver e se afirmar para o mundo, garantindo-lhes, assim, o exercício de seu direito de viver uma vida digna, com garantia da sua liberdade de ir e vir como realmente é, sem máscaras.

Contudo, diversas são as vias possíveis para se alcançar tal objetivo e o Mandado de Injunção, nesse caso, é apenas uma forma equivocada de tratar

³ Revista Jurídica LEX. Continuação de: LEX – Revista do Direito Brasileiro. v. 1 (jan/fev. 2003 – Bimestral. v.51 maio/jun. 2011. Pag 115).

sobre o assunto, posto que não se traduz essa ação na via adequada para alcançar a desejada criminalização.

2 HOMOFOBIA

A palavra homofobia, atualmente, deve ser uma das mais utilizadas pela mídia, as vezes no intuito de disseminar notícias, as vezes apenas com o objetivo de causar polêmica.

A mídia vem tratando do assunto de forma ampla, mesmo no Congresso Nacional o assunto tem se mostrado bastante polêmico. Ora os representantes políticos se mostram dispostos a ingressar na luta pela igualdade de gêneros, e ora, a minoria consegue se mostrar-se mais forte, trazendo a tendência para a intolerância.

Difícil é continuar debatendo sobre igualdade de gênero e preconceito e intolerância com a opção sexual do próximo, quando muitas vezes nem sabemos ao certo sobre o que estamos falando.

Por vezes uma discussão sobre o assunto gera uma amplitude ainda maior devido apenas a tecnicidade das palavras utilizadas na defesa, ou mesmo contra, a homofobia.

Em uma sociedade onde a informalidade reina, o verdadeiro sentido da palavra às vezes não parece ter tanta importância, abarcando diversos conceitos, o que se torna compreensível dentro de um contexto.

Ocorre que diante a polêmica que se foi criada em torno da (in) tolerância sobre a opção sexual das pessoas, ou mesmo sobre a forma como elas vivem, a conceituação precisa da palavra homofobia, em determinados debates, tem-se mostrado imprescindível para se alcançar uma discussão mais justa.

No intuito de diminuir o alcance dos direitos e prerrogativas daqueles que tentam viver dignamente e querem ser respeitados por sua opção sexual, aqueles que são contra a essa diferença de escolha, relativa à opção livre de gêneros, se concentram em pequenos detalhes, tais como o conceito de uma palavra que jamais foi vista como controversa.

Assim, quando o rol de teses contrárias à liberdade de opção sexual se torna ínfimo, e sem força, a tecnicidade das palavras aparenta ter mais importância do que realmente precisam para a questão debatida. Essa tecnicidade tem o objetivo de, no caso em análise, diminuir o alcance da palavra, não estendendo as possíveis ampliações de direitos e prerrogativas para todo o grupo que a palavra homofobia possa alcançar.

2.1 Homofobia no Dicionário

Inicialmente, para que se possa realizar um debate mais justo, é necessário apresentar o significado da palavra *homofobia*.

Este termo foi empregado primeiramente em 1971.

Vejamos como se conceitua no dicionário:

“Substantivo feminino. Repulsão aos homossexuais. Ódio aos homossexuais, geralmente, demonstrado através de violência física e/ou verbal”.⁴

Percebe-se que nada de novo na conceituação da palavra foi apresentado pelo dicionário. Vejamos outras fontes:

De acordo com Dicionário Jurídico: “Homofobia é uma **Violação / Crimes contra os Direitos Humanos** que consiste na intolerância, discriminação, ofensa ou qualquer manifestação de repúdio à homossexualidade e à homoafetividade”.⁵

A palavra homofobia, nos dias atuais, faz parte do cotidiano de tal forma que é discutida em escolas, no âmbito familiar e, principalmente, na mídia. Isso

⁴ Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/homofobia/>>. Dicionário Online de Português, acesso em 17/10/2017.

⁵ Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/dicionario-juridico,homofobia,29696.html>>. Acesso: 17/10/2017.

se dá devido aos demasiados casos de violência que vêm ocorrendo, aqueles motivados pelo repúdio aos homossexuais e pela intolerância diante o próximo e diante a opção de vida que de alguns.

Diante tanta repercussão, estudiosos aprofundaram o conceito da palavra homofobia, no intuito de englobar o máximo possível de situações preconceituosas experimentadas pelos homossexuais.

Para Maria Berenice Dias, o conceito de homofobia pode ser atingido sem que se faça necessário a busca no dicionário, pois assim seria possível alcançar um conceito mais justo à palavra. Ela defende que, “sem precisar ir ao dicionário, a expressão compreende qualquer ato ou manifestação de ódio ou rejeição a homossexuais, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais”, afirmando ainda que a palavra homofobia alberga diversas novas expressões que vêm surgindo para especificar os diversos crimes cometidos com motivação de ódio, tais como lésbofobia, bifobia e transfobia.⁶

Diversas vertentes de uma mesma palavra, de um mesmo preconceito, de um mesmo crime.

Transcrevendo Ana Lúcia Santana:

“A homofobia define o ódio, o preconceito, a repugnância que algumas pessoas nutrem contra os homossexuais. Aqueles que abrigam em sua mente esta fobia ainda não definiram completamente sua identidade sexual, o que gera dúvidas, angústias e uma certa revolta, que são transferidas para os que professam essa preferência sexual. Muitas vezes isso ocorre no inconsciente destes indivíduos”.⁷

Afirmação um tanto ousada nos dias atuais, quando temos que admitir que o assunto está tomando conta da mídia e das escolas. Contudo, não podia deixar de ser exposta, afinal, deve-se considerar que essa análise possa ser o verdadeiro motivo de tanto ódio por aquele que nunca lhe dirigiu uma palavra ou um gesto, ou ainda, por quem lhe dirigiu sim uma palavra, um simples “bom dia”.

⁶ Disponível em: <https://homofobiamata.wordpress.com/quem-somos-3/homofobia-e-crime/> Acesso em 11 de outubro de 2017.

⁷Disponível em <<http://www.infoescola.com/psicologia/homofobia/>> Acesso em 14 de novembro de 2017.

Seria o motivo de tanto ódio, aparentemente sem fundamento, o sentimento de dúvida quanto a identidade sexual própria, seria a violência contra os homossexuais uma forma de punição pessoal descontada contra àquele que teve a coragem de se assumir para o mundo? Ainda é impossível fazer tal afirmação.

2.2 Crimes de Homofobia

De acordo com o site G1, em 2015 o disque 100 recebeu quase 2 mil denúncias de agressões contra gays.

Desde o início de 2016, 132 homossexuais foram mortos no país. Com base nessa estimativa, calcula-se que a cada 28 horas um homossexual é morto.

Contudo, não há como afirmar que essas mortes têm motivação homofóbica, já que ao fazer a queixa, a vítima não tem a opção de classificar o crime como sendo de homofobia, pois ainda não existe o crime específico tipificado como tal. Todavia, isso não significa que o crime permanecerá impune, tendo em vista que será classificado como algum crime comum, por exemplo, lesão corporal, homicídio, ameaça, não havendo que falar, apenas, em crime específico com motivação na homofobia.⁸

As pesquisas, para chegar aos números apresentados, são feitas com base nas informações prestadas pelas vítimas, ou até mesmo pelos investigadores, que informam o dado relativo quanto a opção sexual da vítima, bem como a situação em que a mesma se encontrava, dados que levam à construção de pesquisas informais, que direcionam à conclusão, muitas vezes, de que houve motivação homofóbica no cometimento do crime.

Nesse sentido, Luiz Mott:

⁸ Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2016/06/cada-28-horas-um-homossexual-morre-de-forma-violenta-no-brasil.html>>, acessado em 8 de setembro de 2017.

Os homossexuais representam aproximadamente 16% da população brasileira: sendo 10% de gays e 6% de lésbicas, de acordo com o Relatório Kinsey. Já que não existem estatísticas oficiais dos Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), temos que nos basear em outras pesquisas, como esse relatório.⁹

Como se não bastasse a intolerância da sociedade incentivada pelo preconceito de tempos modernos presos aos supostos valores do passado, pessoas públicas com poder de influência sobre os demais cidadãos transmitem opiniões preconceituosas, fomentadoras de atos homofóbicos. É o caso, por exemplo de integrantes da chamada Banca Evangélica do Congresso, que se opõem, por exemplo, à distribuição nas escolas de material didático de combate à homofobia, o que evita o combate do poder público na educação social, no que diz respeito à intolerância de opção sexual e de gênero.

De acordo com o site Amambá Notícias, a intolerância contra gays no Brasil cresceu 31%.

Mais uma vez, ressalta-se que esses números são baseados em informações informais, tirados de dados secundárias quando se reporta o crime realmente ocorrido, já que não há crimes específico previsto quando ocorrido com motivação homofóbica.

De acordo com o mesmo site:

Em alta, o preconceito vem alimentando uma escalada da violência contra os homossexuais. Segundo dados divulgados nesta segunda-feira pelo Grupo Gay da Bahia (GGB), os assassinatos de homossexuais, travestis e lésbicas em todo o País somaram 260 no ano passado, registrando um crescimento de 31% sobre o total registrado em 2009. Responsável pelo trabalho, o antropólogo Luiz Mott, acredita, no entanto, que o número possa ser maior.¹⁰

Há a necessidade de se criar mais instrumentos de proteção aos homossexuais, e dentre as possibilidades, há o pleito de criminalização para atos de violência específicos.

Ainda sobre assassinatos contra gays no Brasil:

⁹ Disponível em: <<https://homofobiamata.wordpress.com/quem-somos-3/homofobia-e-crime/>>, acessado em 17/11/2017.

¹⁰ Disponível em: <<http://www.amambainoticias.com.br/brasil/intolerancia-crimes-contra-gays-crescem-31>>, acessado em 17/11/2017.

O Brasil, em 2011, registrou 266 assassinatos documentados através da mídia, portanto são números incompletos, certamente esses números são maiores. Somente nos três primeiros meses de 2012, o Grupo Gay da Bahia, através de seu banco de dados, já documentou 111 assassinatos, o que dá uma média de uma morte a cada 21 horas. Nunca antes na história do Brasil houve tanta violência, tantos assassinatos como atualmente.¹¹

O número de assassinatos é alarmante.

Com base nesses dados é que se conclui pela necessidade de uma criminalização mais específica para esses atos de violência. Contudo, tem-se que noticiar também que a efetiva criminalização destas condutas, como apontam alguns, não vai garantir a erradicação de crimes de ódio.

A criminalização agirá, em verdade, como mais instrumento de apologia à igualdade e, para alguns, apenas a sensação de justiça.

2.3 GGB

O **Grupo Gay da Bahia** é a mais antiga associação de defesa dos direitos humanos dos homossexuais no Brasil. Fundado em 1980, registrou-se como sociedade civil sem fins lucrativos em 1983, sendo declarado de utilidade pública municipal em 1987. O Grupo é membro da ILGA, LLEGO, e da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Travestis (ABGLT).

Em 1988 foi nomeado membro da Comissão Nacional de Aids do Ministério da Saúde do Brasil e desde 1995 faz parte do comitê da Comissão Internacional de Direitos Humanos de Gays e Lésbicas (IGLHRC).

Ocupa desde 1995 a Secretaria de Direitos Humanos da ABGLT, e desde 1998 a Secretaria de Saúde da mesma.

¹¹ Disponível em: <<https://homofobiamata.wordpress.com/quem-somos-3/homofobia-e-crime/>>.

O site do Grupo Gay da Bahia¹² (GGB) divulgou um relatório de assassinatos com motivação homofóbica referente ao ano de 2012, quando ainda não se falava tanto em preconceitos desse gênero, pelo menos não de forma tão aberta.

De acordo com o site, foram documentados 338 assassinatos de gays, travestis e lésbicas no Brasil. Ainda, conforme o mesmo site, foi constatado um aumento de 27% desses homicídios em relação ao ano de 2011.

O site afirma também que “O Brasil confirma sua posição de primeiro lugar no ranking mundial de assassinatos homofóbicos, concentrando 44% do total de execuções de todo o planeta”. O que é vergonhoso, uma vez que o país que carrega a bandeira da democracia e da livre manifestação de pensamento, mas que, em verdade, lidera o ranking do homicídio homofóbico, do homicídio do preconceito e da intolerância. O que faz com esse determinado grupo de pessoas se sintam coagidos e não manifestem seu jeito de viver. A elas não é possível exercer a liberdade de expressão de forma integral, sem que sejam acometidas pelo medo.

Outro dado chocante, também constante no referido relatório, se refere ao assassinato de um jovem na Bahia, que foi confundido com um heterossexual, porque estava abraçado com seu irmão gêmeo, o que levou aos assassinos a acreditar que havia um bom motivo para pôrem fim à sua vida.

O relatório, após estudos, constatou ainda que “o Nordeste confirma ser a região mais homofóbica do Brasil, pois abrigando 28% da população brasileira, aí concentraram -se 45% das mortes, seguido de 33% no Sudeste e Sul, 22% no Norte e Centro Oeste”.

Ainda segundo o grupo, o Nordeste, concentrou 43% dos homicídios contra integrantes das comunidades de lésbicas, gays, bissexuais travestis e transexuais (LGBT).

¹² Disponível em : <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2013/06/relatorio-20126.pdf>, acesso em 17 de novembro de 2017.

No site Amambí Notícias, o antropólogo Luiz Mott afirma que “o risco de um homossexual ser assassinado no Nordeste é aproximadamente 80% maior do que no Sudeste, por causa da intolerância. ” Se esse dado parece assustador, mais ainda se torna quando as estatísticas comparam as chances de ocorrência de um crime homofóbico entre o Brasil e os Estados Unidos, quando os dados, apresentados pelo mesmo site, aponta que as chances de um homossexual ser morto no Brasil são 785% maiores.

Segundo o presidente do GGB, Marcelo Cerqueira, o volume de assassinatos contra LGBT vem crescendo anualmente em todo o País sem que a administração pública promova políticas de enfrentamento à violência. "Já recebemos documentação sobre 65 casos ocorridos apenas nos três primeiros meses deste ano", afirma. "É preciso que a homofobia seja punida severamente pela polícia e pela Justiça".¹³

Contudo, esses dados, quando em comparação com os Estados Unidos, correm o risco de mudar, tendo em vista que depois que Trump foi eleito, os telefones da Trevor Project, uma organização que ajuda jovens LGBTI em situação de depressão ou suicida, não param de tocar. A razão disso é o medo, posto que é de conhecimento de todos o alto nível de preconceito do atual Presidente dos EUA, que promete não medir esforços para limpar os “indesejados” das perfeitas terras americanas.

Informa o site UOL que “No dia seguinte à eleição, eles (Trevor Project) receberam 400 contatos, entre ligações e mensagens em suas plataformas virtuais – o maior número já registrado para um mesmo dia.¹⁴

O site da UOL ressalta ainda o inevitável retrocesso quanto aos direitos dos homossexuais, tendo em vista que, após a eleição de Trump, renasce a insegurança mesmo daqueles que já haviam se assumido para o mundo.

¹³ Disponível em: <<http://www.amambainoticias.com.br/brasil/intolerancia-crimes-contra-gays-crescem-31>>, acessado em 17/11/2017.

¹⁴ Disponível em <http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/mundo/internacional/noticia/2017/01/19/o-medo-de-ser-gay-nos-estados-unidos-na-era-trump-267407.php>. Acesso em 09 de dezembro de 2017.

Para essa minoria não há que falar em direito adquirido, mas em tolerância adquirida, contudo, aparentemente, com prazo de validade, posto que os ideais são passíveis de mudanças.

“Antes da campanha das eleições, as pessoas se sentiam empoderadas, porque o caminho traçado depois [da aprovação] do casamento gay era de mais abertura e mais segurança em termos de leis e políticas públicas”. Foi o que afirmou AFP Ateve Mendelson, diretor executivo interino da Trevor Project.¹⁵

Enquanto isso, no Brasil, acredita-se que, com a criminalização, não apenas os atos de ódio serão coibidos, como também dados mais precisos vão ser fornecidos pelas autoridades que poderão classificar de modo específico os crimes ocorridos com motivação de intolerância de opção sexual.

No intuito de fortalecer o objetivo a ser alcançado, são garimpados, dentre as diversas queixas e denúncias, informações que façam concluir pela motivação homofóbica. Todavia, essa garimpagem informal, dificulta um numerário mais preciso. Se fosse possível alcançar mais concretamente esses números, talvez a situação de emergência quanto a necessidade de uma criminalização específica já tivesse saído apenas da fase de “projetos de lei”.

3 REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

Para iniciar o trabalho, deve ser apresentada uma breve síntese sobre os remédios constitucionais, visto que o Mandado de Injunção 4733, para ser estudado e compreendido, necessário se faz que seu procedimento seja apresentado, mesmo que de forma sintetizada, mas o suficiente para entender o seu funcionamento e seu objetivo como ação constitucional.

Os remédios constitucionais são procedimentos que têm o escopo de provocar a intervenção das autoridades competentes, visando sanar ilegalidades ou abuso de poder.

Faremos uma breve análise dos remédios constitucionais mais importantes como introdução para a análise do objeto principal de estudo, qual seja, o Mandado de Injunção.

Nesse sentido, trataremos brevemente sobre a Ação Popular, o Habeas Corpus, Habeas Data, o Mandado de Segurança e, por fim, com um pouco mais de profundidade, mas não de forma exaustiva, o Mandado de Injunção, este que abarca toda a problemática.

Dessa forma, seguem os tópicos individualizados, lembrando, mais uma vez, que os mesmos não serão estudados de forma aprofundada, mas de forma superficial para facilitar a compreensão sobre o objetivo de cada procedimento, no intuito também de mostrar que estas ações têm objetivos específicos e diversos, não podendo as mesmas serem tratadas como substitutas umas das outras.

É importante entender que, havendo procedimento específico para determinada causa de pedir/pedido o mesmo deve ser utilizado, tendo em vista a observância do princípio da formalidade.

Ressalta, ainda, por fim, que o objetivo deste trabalho não é a desnecessidade de criminalização dos atos de preconceito, contra homofobia e transexualidade, mas a inadequação da via eleita para alcançar tal pleito, qual seja, a ação constitucional de Mandado de Injunção.

Na verdade, entende-se que há uma necessidade emergencial de criminalizar os atos de ódio, no intuito de, simbolicamente, demonstrar a intolerância quanto a estes atos de violência. Todavia, isso não pode ser feito sem obediência dos procedimentos legais.

3.1 Ação Popular

Prevista inicialmente na constituição de 1934, a ação Popular, posteriormente, perdeu a natureza de remédio constitucional, pois foi retirada da Constituição no ano de 1937, tendo recuperado a sua natureza constitucional em 1946, o que perdura até os dias atuais. Sendo inclusive importante instrumento de proteção ambiental e proteção aos bens públicos, posto que não é meio obsoleto, mas de efetivo uso e funcionalidade.

A Ação Popular é regida pela Lei 4.717 promulgada em 1965 e está assim prevista na Constituição da República:

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Em que pese uma pequena divergência sobre a natureza da Ação Popular, é pacífico que esta não se destina à defesa de interesse pessoal, mas ao interesse da coletividade, objetivando a proteção da *res publica*, ou, utilizando uma expressão mais moderna, buscando a proteção do interesse difuso. É um procedimento que, mesmo tendo, aparentemente, como parte ativa um pequeno grupo de interessados, defende e protege interesse e direito de muitos.

Como requisito para o cabimento da Ação Popular é necessário que haja lesividade ao objetivo defendido, pelo que deve-se entender também a presença do requisito da ilegalidade, pois como disse Temer “embora o texto constitucional

não aluda à ilegalidade, ela está sempre presente nos casos de lesividade ao patrimônio público”.¹⁶

Quanto à legitimidade, qualquer cidadão é parte legítima para ingressar com a Ação Popular, contudo, note-se que a previsão restringe a legitimidade a qualquer “cidadão”. Dessa forma, é necessário que a parte autora esteja em dia com suas obrigações eleitorais para que possa exercer o direito de petição ora apresentado. Está incluso nesse rol os jovens entre 16 e 18 anos de idade que tenham feito a opção de exercer o direito de voto.

Restam excluídos, conseqüentemente, dos legitimados ativos os estrangeiros e as pessoas jurídicas o que é fácil se concluir devido a palavra “cidadão” utilizada pela lei para informar os possíveis legitimados.

O artigo 1º da Lei 4.717/65 prevê que qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista ([Constituição, art. 141, § 38](#)), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

Devido a importância do objeto da Ação Popular, a proteção dos direitos difusos, afim de permitir a ampla possibilidade de acesso ao cidadão, foi prevista a gratuidade para ingresso da presente ação, não havendo que falar em custas processuais, salvo comprovada a má fé.

Nesse sentido, é regra geral a gratuidade das custas processuais na referida ação em qualquer instância, e para que seja comprovada a má fé, é necessário que reste inequívoco o dolo no ingresso desarrazoado e inútil da

¹⁶ Lenza, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, pag 1060.

ação, como, por exemplo, a ciência de que não há a possibilidade de dano para o meio ambiente ou ausência de dano para a *res pública*.

No que diz respeito à fixação da competência, esta dependerá da origem do ato ou omissão a serem impugnados, sendo, contudo, regra geral, o juízo de primeiro grau, mesmo que o ato impugnado tenha sido perpetrado pelo Presidente da República.

Como exceção à regra geral, será possível o julgamento da Ação Popular pelo STF nas hipóteses previstas na Constituição Federal, conforme no art. 102, I, alíneas “f” e “n”, rol exaustivo. Assim, a Ação popular não é uma ação que permite muitas exceções quanto a sua competência, sendo de competência da Justiça Federal o previsto nas seguintes alíneas:

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

Outro aspecto geral sobre a Ação Popular, que vale a pena ser mencionado, é o que se refere à possibilidade de concessão de medida liminar, desde que presentes, por óbvio, os requisitos legais, quais sejam, *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

Por fim, vale mencionar também que, o efeito da ação quando for improcedente com fundamento na deficiência de provas, fará apenas a coisa julgada formal, podendo qualquer cidadão, posteriormente, ingressar com nova ação desde que fundamentado em novas provas.

3.2 Habeas Corpus

O Habeas corpus, em que pese ter nome latino, é originário da Inglaterra.

Esse remédio constitucional instituiu-se pela primeira vez em 1821 através de um alvará emitido por Dom Pedro I.

Contudo, a nomenclatura “habeas corpus” surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com o Código Criminal, apenas em 1830.¹⁷

Esse instituto tem o objetivo de garantir o direito de locomoção da pessoa, seja ele nacional ou estrangeiro, sempre que o direito de ir e vir for ameaçado, direta ou indiretamente. A presente ação é cabível tanto de forma preventiva, quanto supressiva.

Todos têm legitimidade ativa para impetrar o Habeas Corpus sempre que forem vítimas de arbitrariedade que violem seu direito de liberdade, ou quando estejam na iminência de violá-lo. Todavia, a pessoa jurídica não pode ser paciente do habeas corpus, haja vista que jamais poderá ter seu direito de ir e vir ameaçado, podendo, entretanto, impetrar a ação em benefício de uma pessoa física, ocupando, dessa forma, o polo ativo da demanda.

COATOR (A/S)(ES) : RELATOR DO HC 14321 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EMENTA: HABEAS CORPUS. EXIGÊNCIA DE PROCURAÇÃO PARA INTERPOSIÇÃO DO RESPECTIVO RECURSO ORDINÁRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO. DESNECESSIDADE DO PATROCÍNIO POR PROFISSIONAL DA ADVOCACIA. O [Código de Processo Penal](#), em consonância com o [texto constitucional](#) de 1988, prestigia o caráter popular do habeas corpus, ao admitir a impetração por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem. Assim, não é de se exigir habilitação legal para impetração originária do writ ou para interposição do respectivo recurso ordinário. Precedente (HC 73.455). Habeas Corpus deferido.

Para impetrar o Habeas Corpus não é requisito essencial que o mesmo seja subscrito por um advogado, podendo qualquer pessoa, mesmo sem técnica jurídica, elaborar o citado remédio.

Art. 5º, LXVIII da CF - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

É justamente a desnecessidade da utilização de técnica jurídica, possibilitando que haja o ingresso desta ação por qualquer cidadão, que resta

¹⁷ Lenza, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, pag. 1040.

demonstrada a sua importância e o quanto é imprescindível para o ordenamento jurídico pátrio o direito de ir e vir.

3.3 Habeas Data

O Habeas Data foi introduzido pela Constituição Federal de 1988, contudo a Carta Magna apenas prevê as hipóteses de cabimento da presente ação, ficando a cargo da legislação específica, a Lei 9.507/97, tratar de seu procedimento e demais peculiaridades.

É este o remédio que dá aos cidadãos todo o acesso às informações existentes sobre si mesmo, em banco de dados de instituições públicas e governamentais.

Essa ação garante a preservação da intimidade, privacidade e honra, uma vez que a legitimidade ativa somente pertence àquele que deseja obter informações sobre si mesmo, não sendo possível obter informações sobre terceiros.

Garante também a possibilidade de corrigir informações indevidas sobre o indivíduo solicitante junto às instituições mencionadas, as quais detêm os seus registros.

Para impetrar um habeas data é necessário que um advogado o faça, não sendo possível, como no caso do Habeas Corpus, que qualquer pessoa confeccione a petição.

Em que pese a Lei 9.507/1997 tratar especificamente do habeas data, ela possui uma omissão bastante relevante, qual seja, a legitimidade ativa desta ação. Diante essa omissão, de forma a não tornar obsoleto o presente remédio constitucional, dada a sua utilidade, a doutrina vem defendendo, o que tem sido aceito juridicamente pelos julgadores, que a impetração do habeas data possa ser feita por qualquer pessoa, física ou jurídica, inclusive estrangeira. Tendo em

vista que, diante a ausência expressa, mais coerente que a legitimidade ativa seja a mais ampla possível, permitindo, assim, que até os estrangeiros possam ingressar com a presente ação.

Todavia, como exceção à previsão de que somente o próprio interessado pode ingressar com a ação, de acordo com o autor Marcelo Novelino, em sua obra Curso de Direito Constitucional, 12ª edição, “A impetração por terceiros, portanto, só é admitida no caso de herdeiros e sucessores do titular, em hipóteses excepcionais, com o intuito de preservar a sua imagem, evitando o uso ilegítimo e indevido de dados do de cujus”.¹⁸

Importante ressaltar que o Habeas Data somente pode ser impetrado diante entidades governamentais ou de caráter público, não sendo possível a impetração desta ação mediante entidades ou órgãos de natureza privada.

Contudo, considera-se de caráter público, de acordo com o art. 1º, parágrafo único da Lei 9.506/97, “todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo de órgão ou entidade produtora ou depositária das informações”.

Dessa forma, é perfeitamente possível, por exemplo, que as empresas privadas de serviço de proteção ao crédito figurem no polo passivo da presente demanda.

É o que prevê também o Código de Consumidor especificamente quanto aos serviços de proteção ao crédito e congêneres, em consonância com a lei específica.

Vejamos o que prevê a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LXXII:

LXXII - conceder-se-á *habeas data*:

¹⁸ Novelino Marcelo. Curso de Direito Constitucional. – 12 ed. rev., ampl. e atual – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. Pág. 442.

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

Por fim, quanto ao interesse de agir, este será verificado sempre que houver resistência quanto a pretensão formulada pelo autor em âmbito administrativo, não sendo necessário, contudo, que haja o esgotamento da via administrativa para que verifique-se o interesse de agir para o ingresso da ação constitucional do habeas data, bastando que haja a negativa no fornecimento da informação ou na alteração de dados.

3.4 Mandado de Segurança

O mandado de segurança, também está previsto na Constituição Federal, e encontra-se no art. 5º, no inciso LXIX, que assim dispõe:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Em que pese o mandado de segurança não ser uma ação nova, ainda é uma ação que gera muito debate sobre o seu procedimento.

Em sua origem, o mandado de segurança inspirou-se na doutrina do Habeas Corpus. Na constituição de 1891, o Habeas Corpus era uma ação genérica que visava não só a proteção ao direito de locomoção, mas também os direitos individuais. Com a reforma do texto constitucional em 1926, passou a ser expresso, no texto, que a essa ação caberia apenas a tutela dos direitos de locomoção. Essa limitação da aplicação do Habeas Corpus foi extremamente importante para que fosse criado o Mandado de Segurança em 1934.¹⁹

A ação de mandado de segurança é criação brasileira, e foi prevista pela primeira vez na Constituição Federal de 1934 tendo sido ampliado pela atual

¹⁹ Direito Processual – Efetividade Técnica Constitucional. Coordenador: João Antônio Lima Castro. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de educação Continuada, 2010. pag. 316.

Constituição Federal de 1988, não mais se restringindo apenas à proteção do direito individual, mas abrangendo, também, o direito coletivo.

Este é um remédio subsidiário, pois somente será utilizado se não for possível a aplicação do Habeas Data e do Habeas Corpus.

É imprescindível para o cabimento do Mandado de Segurança que o objeto trate de direito líquido e certo, ou seja, não é possível a realização de dilação probatória em seu procedimento, devendo o objeto ser lastreado por provas pré-constituídas.

A Lei 12.016/2009, que rege o Mandado de Segurança, surgiu para alinhar as diversas posições esparsas que tratavam do assunto, sendo todas as decisões e súmulas compiladas em só documento. Esta lei traduz grande avanço legislativo, tendo em vista a importância dessa ação constitucional e sua eficiência prática.

Por fim, quanto a legitimidade ativa para impetrar o Mandado de Segurança essa pertence às pessoas físicas, nacionais e estrangeiras, mesmo sem residência do país, conforme prevê o STF, bem como pertence às pessoas jurídicas, de direito público ou privado.

Quanto ao Mandado de Segurança Coletivo, com exceção do objeto e da legitimidade ativa, todas as peculiaridades atinentes ao Mandado de Segurança Individual são aqui também aplicadas.

Quanto a legitimação ativa prevê a Constituição Federal em seu art. 5º:

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Quanto ao objeto, também deverá observar a subsidiariedade, somente protegendo direitos não amparados por habeas corpus e habeas data,

buscando, todavia, a proteção de interesses transindividuais, sejam eles individuais homogêneos ou coletivos.

Feitas essas breves explanações sobre alguns dos remédios constitucionais, faremos a seguir uma análise sobre o mandado de injunção um pouco mais apurada, mas ainda não de forma aprofundada.

É o mandado de injunção a ação constitucional objeto de necessária análise, tendo em vista que ele foi a via escolhida para pleitear a criminalização dos atos de homofobia.

3.5 Mandado de Injunção

O mandado de injunção é um remédio constitucional importantíssimo, ele nos dá a garantia de pleitear a elaboração de normas, cuja ausência no ordenamento jurídico impossibilitaria o exercício de um direito ou prerrogativa.

No mandado de injunção, é tutelado, de forma direta, o direito subjetivo de o cidadão exigir a regulamentação de determinado direito ou prerrogativa e, de forma indireta, o direito subjetivo constitucionalmente assegurado que esta a depender de regulamentação. Há, pois, dois direitos subjetivos envolvidos: o direito subjetivo de obter a norma regulamentadora e o direito subjetivo constitucional (carecedor de regulamentação).²⁰

O mandado de injunção é fundamentado no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal de 1988 e na Lei 13.300/16.

Art. 5º da CF, LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

Quanto a competência para análise da ação de mandado de injunção, essa depende da autoridade responsável pela elaboração da norma.

²⁰ Direito Público. –vol. 1, n. 1 (jul./set.2003) – Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público,, 2005 – v.5, n19, 15,5 x 22,5. Bimestral. Pag 100.

Esse remédio é legítimo quando estamos diante de uma omissão do Estado perante a sua obrigação de legislar, importando essa ausência no cerceamento do gozo de direitos garantidos constitucionalmente.

Conseqüentemente, essa ação cabe exclusivamente contra o poder público, pois tem que haver omissão deste em relação a elaboração de lei sobre determinado direito ou prerrogativa constitucional.

No que se refere à legitimidade ativa, pode impetrar o remédio ora em análise qualquer pessoa física ou jurídica, exceto as pessoas jurídicas de direito público, em que pese terem direitos constitucionalmente previstos.

STF - MANDADO DE INJUNÇÃO : MI 537 SC. (...) 8. Não se pode, contudo, incluir dentre os direitos fundamentais as prerrogativas de que gozam os Municípios na estrutura política em face dos Estados e da União, pois elas decorrem da opção constitucional de descentralização vertical do Estado Brasileiro. Outorgar ao Município legitimidade ativa processual para impetrar mandado de injunção seria elater o conceito de direitos fundamentais além daquilo que a natureza jurídica do instituto permite. 9. Por essa razão, o interesse jurídico do Município na lei sobre a compensação entre os sistemas de previdência não consubstancia direito fundamental a ser tutelado pelo mandado de injunção, via processual inadequada para efetivar as prerrogativas da municipalidade. Diante de tais circunstâncias, com fundamento no § 1º do artigo 21 do RISTF, nego seguimento ao writ. Intime-se. Arquite-se. Brasília, 30 de agosto de 2001. Ministro Maurício Corrêa Relator (*ipsis literis*).²¹

O exemplo prático mais conhecido da aplicação do mandado de injunção é o que trata da aplicação efetiva do constante do artigo 37, inciso VII da Constituição Federal de 1988, que garante o direito de greve, inclusive para os servidores públicos.

Ocorre que, a lei que supostamente regulamentaria o direito de greve dos servidores públicos nunca foi elaborada.

Diante à mencionada omissão, foram impetrados alguns mandados de injunção que fizeram com que o STF decidisse que, enquanto o direito de greve do servidor público não fosse regulamentado, eles utilizariam, por analogia, a lei que regula o direito de greve no setor privado.

²¹ Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819023/mandado-de-injuncao-mi-537-sc-stf> Acesso em 09 de dezembro de 2017.

Essa hipótese inclusive é hblemática, posto que o STF não se restringiu a apenas ordenar que a lei fosse implementada, mas foi além e garantiu a aplicabilidade de norma já vigente, regulamentando greve para o setor privado, para afastar a ausência de previsão para o exercício de greve dos servidores públicos.

Como se verifica, no julgamento do MI 670, descortinou-se nova faceta do instituto, pois, como decorrência do descumprimento da ordem judicial de suprir a mora legislativa, o Supremo está a suprir o vácuo normativo, interferindo diretamente na vida institucional de outros entes federados que não podem ser responsabilizados diretamente pela omissão do Congresso nacional (de qualquer modo, a repercussão não sai do âmbito estatal). Trata-se de outra faceta da mandamentalidade, por meio da qual o juízo garante as consequências práticas do provimento por outros meios”.²²

A omissão legislativa pode ser total, quando não houver norma regulando a matéria, ou, ainda, parcial, quando houver norma reguladora, mas esta, contudo, não for suficiente.

Importante ressaltar que a omissão deve ter caráter geral e abstrata, não se admitindo que atos materialmente administrativos sejam objeto da ação.

De acordo com posição pacífica em nosso ordenamento jurídico, não será cabível o mandado de injunção quando o direito não for garantido pela Constituição, ou seja, contra lei infraconstitucional, ou ainda, quando a omissão for suprida por projeto de lei ainda não aprovado pelo Congresso Nacional.

Ponto importante a ressaltar é que, para que seja legítima a impetração da ação de mandado de injunção, é necessário que o direito do qual carece norma regulamentadora, esteja garantido na Constituição Federal e, obviamente, impedido de ser exercido.

Quanto ao provimento jurisdicional, esse vai depender do caso concreto, sendo que na prática existem diversas aplicações a respeito da extensão do poder jurisdicional no intuito de solucionar a inércia do ente responsável. Ou seja, em determinados casos ocorreu de o judiciário preencher a lacuna da lei, sem

²² Direito Público. –vol. 1, n. 1 (jul./set.2003) – Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público,, 2005 – v.5, n19, 15,5 x 22,5. Bimestral. Pag 98.

que isso fosse considerado afronta à separação dos poderes; já em outros casos, o judiciário deu prazo para que o órgão responsável elaborasse a norma, após o que, caso não tivesse sido observado o prazo, o judiciário propor-se-ia a legislar.

Em verdade, o interesse do judiciário em legislar, em que pese esse posicionamento não ser o mais adequado doutrinariamente, é político, ou seja, depende do interesse político da pretensão. Não é como deveria agir o judiciário, mas infelizmente, a maioria das posições normativas relacionadas a omissões legislativas são políticas.

Não é possível a concessão de liminar nessa ação porque têm-se que esperar a resposta do órgão julgador em dizer se existe a omissão ou não quanto à norma.

Os procedimentos para a ação são os mesmos previstos para o mandado de segurança, no que for cabível.

Feita essa breve análise sobre o mandado de injunção, passaremos a análise do Mandado de Injunção 4733, verdadeiro objeto de análise deste trabalho.

Assim, posteriormente, passaremos por tópicos que explicam a problemática dessa via ter sido a escolhida para pleitear a criminalização dos atos de preconceitos contra homossexuais e transexuais, no sentido jurídico, bem como as consequências que a procedência desse pleito pode causar.

Visto isso, passemos à análise do mandado de injunção 4733.

4 O MANDADO DE INJUNÇÃO 4733

Trata-se de mandado de injunção coletivo, impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT - contra o Congresso Nacional, com o intuito de obter a criminalização específica de todas as formas de preconceito contra atos de homofobia e transfobia.

Os presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados insurgiram-se, inicialmente, contra o MI pelas seguintes razões: a inadequação da via eleita, uma vez que não há mora legislativa para legislar sobre o tema, em razão da ausência de obrigação constitucional nesse sentido, bem como alegaram a inexistência de omissão inconstitucional ou óbice incontornável ao exercício dos direitos de liberdade e igualdade dos cidadãos LGBT em razão da ausência de tutela penal para condutas discriminatórias em desfavor desse grupo social. Apontaram, ainda, por fim, afronta ao princípio da reserva legal.

A União, por conseguinte, em seu parecer, reforçou o argumento de que não há mora quanto à ausência de previsão específica para a criminalização especial para condutas de homofobia e transfobia. E reforçou também a impossibilidade de suprir a suposta omissão de forma judicial por afronta ao princípio da reserva legal.

A Procuradoria Geral da República, em parecer subscrito pelo então Procurador-Geral Roberto Monteiro Gurgel Santos, opinou pelo não cabimento do mandado de injunção, com a consequente extinção do feito sem julgamento do mérito.

O Ministro Ricardo Lewandowski, em sua decisão no parecer do MI 4733, ressaltou que “caso o Supremo Tribunal Federal admita este mandado de injunção e profira uma decisão aditiva, como pretende a impetrante, haverá grave lesão à Constituição Federal, tendo em vista que a edição de normas penais está sujeita ao princípio da reserva legal, e lei, em sentido estrito, e somente a norma produzida pelo Congresso Nacional, sendo competência privativa da União legislar sobre Direito Penal”.

Ao final, o Ministro, depois de apontar outros argumentos para reforçar sua decisão, acolheu o parecer da Procuradoria Geral da República pela manifesta inviabilidade da via injuncional para o caso em análise.

Por fim, o pedido não foi deferido pelo ilustre Relator sob o fundamento de que “não há em jogo direito subjetivo especificamente consagrado na Carta Magna cuja fruição esteja sendo obstada pela ausência de regulamentação legal”.

Diante a decisão, a Associação recorreu e a Procuradoria da República, representada por Procurador Geral diverso, o atual Procurador Rodrigo Janot, emitiu outra opinião, bem como apresentou alternativas como solução para o requerimento injuncional, o que trouxe uma roupagem nova a todo o trâmite.

Já no início de seu parecer, quando ainda tratava do provimento do agravo regimental, se demonstrou a favor da via eleita escolhida para a criminalização dos crimes em discussão, vejamos:

Existe clara ausência de norma regulamentadora que inviabiliza o exercício da liberdade constitucional de orientação sexual e de identidade de gênero, bem como da liberdade de expressão, sem as quais fica indelevelmente comprometido o livre desenvolvimento da personalidade, em atentado insuportável à dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado democrático de Direito em que se erige a República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição).

Ocorre que, Janot reconhece a ausência de norma regulamentadora, em parecer emitido em agravo regimental de mandado de injunção, que tem como pedido o reconhecimento da mora constitucional. O que parece um tanto controverso, já que fica claro que um dos pedidos da presente ação de mandado de injunção é o reconhecimento da mora, esta que é requisito para o ingresso da mencionada ação.

Para Janot, que defende a necessidade de punição específica quanto aos crimes de homofobia, o que não é negado neste trabalho, não há a discricionariedade do legislador nesse sentido, de legislar, contudo, não aponta quais os direitos e prerrogativas que estariam sendo obstaculizados diante a ausência da referida norma, o que viabilizaria a ação de mandado de injunção.

A necessária criminalização da homofobia e da transfobia não foi deixada à discricionariedade política do legislador pela Constituição da República de 1988, a qual dispôs expressamente a respeito da punição de *qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*, em seu art. 5º, XLI, e, logo em seguida, determinou tratamento penal específico para a prática do racismo como *crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão* (art. 5º, XLII).

Para melhor esclarecimento quanto a mora, esta é pressuposto para o ingresso de ação de mandado de injunção, e ela não precisa ser declarada, pois é pré-existente e incontroversa, ou deveria ser. Se há a necessidade de se pleitear pelo reconhecimento judicial da mora, significa que essa além de não ser evidente, é possivelmente inexistente.

Uma das possibilidades apontadas por Janot seria a fixação de prazo determinado para o Congresso Nacional legislar sobre o tema. Esta, a mais sensata e adequada das alternativas, visto que, reconhecida a necessidade de criminalização, não afrontaria os princípios norteadores do direito penal e nem o processo legislativo, visto inclusive como possibilidade aceita pelos juristas e doutrinadores, sendo posição pacífica essa alternativa, defendida pelos adeptos da corrente concretista intermediária, uma das diversas correntes que regem o resultado jurisdicional para o Mandado de Injunção.

A outra alternativa apresentada por Janot foi uma solução com natureza de medida liminar, uma vez que apresentou como alternativa a possibilidade da Suprema Corte poder antecipar-se ao Congresso Nacional e utilizar o texto do projeto de lei, que estava em trâmite na época (PL 122/2006), para estipular a punição através do Código Penal a quem cometer crimes resultantes de discriminação motivada por identidade ou orientação sexual. Vejamos parecer:

Seria o caso, por exemplo, de utilizar desde logo o conteúdo do Projeto de Lei 122/2006 ou dos dispositivos do Projeto de Código Penal do Senado (que prevê, no art. 487, o racismo e os crimes resultantes de preconceito e discriminação, “quando praticado por motivo de discriminação ou preconceito de gênero, raça, cor, etnia, identidade ou orientação sexual, religião, procedência regional ou nacional ou por outro motivo assemelhado, indicativo de ódio ou intolerância”, com pena de prisão de um a cinco anos).

Há a concordância de parte da doutrina quanto à possibilidade de aplicação de medida liminar no âmbito do mandado de injunção, vejamos:

Em certos casos, tem admitido o Supremo Tribunal federal que o descumprimento da ordem judicial importará na concessão de tutela específica (MI 670 e 712), ou com resultado semelhante (MI 232), ou na conversão da obrigação de fazer em perdas e danos (MI 283). E, todas essas hipóteses, as consequências pelo descumprimento devem ser sempre suportadas pelas Estado (nos termos do MI 361, a concessão da ordem não pode gerar obrigação para o particular que era destinatário da norma que carecia de regulamentação).²³

Dando continuidade à série de agressões às normas e princípios constitucionais e penais, o atual Procurador-Geral da República, manifestou-se favorável também, como uma das formas alternativas para o resultado do Mandado de Injunção, à aplicação do art. 20 da Lei 7.716/1989, que define penas para discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional aos crimes de homofobia e transfobia, fundamentando a alternativa como forma de paliativo em razão da morosidade do procedimento do Projeto de Lei 122/2006, que propõe a criminalização da homofobia e transfobia, sob o argumento de que estaria realizando, em verdade, interpretação extensiva para alcançar o verdadeiro intuito do legislador ao punir toda forma de preconceito.

Para corroborar a possibilidade da interpretação extensiva, Janot, em seu parecer, traz como exemplo a contemplação das uniões homoafetivas no âmbito de direito civil. Todavia, esqueceu-se de mencionar que essa interpretação é ampliativa, enquanto que, a possibilidade da aplicação extensiva da lei 7.716/1989 traz uma interpretação restritiva.

Conclui-se que Maria Berenice Dias também defende que a criminalização pelas vias inadequadas não é o melhor caminho. Nesse sentido declara que:

²³ Direito Público. –vol. 1, n. 1 (jul./set.2003) – Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público,, 2005 – v.5, n19, 15,5 x 22,5. Bimestral. Pag 98.

Felizmente o Poder Judiciário, de há muito, vem suprindo o silêncio da lei e garantindo toda a sorte de direitos no âmbito do direito das famílias, direito previdenciário e sucessório. A decisão mais emblemática foi a proferida pelo Supremo Tribunal Federal que, ao reconhecer as uniões homoafetiva como entidade, acabou por assegurar acesso ao casamento. Porém a Justiça não tem como punir ações de natureza discriminatórias, pois ninguém pode ser condenado sem lei que tipifique a ação como delituosa (CF, art. 5º, inc. XXXIX: não há crime sem lei anterior que o defina).²⁴

Ocorre que os atos de discriminação objeto de equiparação não se enquadram em nenhuma das formas previstas de preconceito trazidas pela Lei 7.716/1989. Bem como não há que falar em interpretação extensiva nesse caso, tendo em vista que, o que realmente se está sugerindo é uma verdadeira analogia *in malam partem*, uma vez que, se estaria criando novos tipos incriminadores por equiparação, o que não é permitido em nosso ordenamento jurídico.

Vejamos o que prevê a Lei 7.716/89:

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

A homofobia e a transfobia devem sim ser repreendidas de forma mais eficaz, visto que é uma necessidade dos tempos modernos.

A sociedade, em que pese a evolução de centenas de anos, ainda não se mantém sem regras comportamentais, incluindo as referentes ao respeito e à igualdade. Contudo, não se deve “tapar o sol com a peneira”, e burlar as normas jurídicas no intuito de trazer sensação de punidade e estabilidade social, este não é o melhor caminho.

“A discriminação e o preconceito contra lésbicas, Gays, bissexuais, travestis e transexuais atinge especialmente determinadas pessoas e grupos, o que macula o princípio da igualdade, e acarreta situação especial de grave vulnerabilidade física, psíquica e social, em violação ao direito à segurança, importantes prerrogativas da cidadania.”

É o que diz Ricardo Lewandovisk em seu parecer. O que corrobora a real necessidade de uma forma de repressão mais eficaz contra aqueles que

²⁴ Disponível em: <https://homofobiamata.wordpress.com/quem-somos-3/homofobia-e-crime/>, acesso em 17 de novembro de 2017.

cometem atos que incentivam o preconceito contra essas pessoas, criando, mesmo que sem intenção, um grupo de vulneráveis, vítimas do atraso de uma sociedade que ainda é viciada em pré-julgamentos medíocres, com base em métodos ultrapassados que insistem em manter-se presentes na atualidade, ainda transmitidos entre gerações, passados de pais para filhos.

Mais uma vez, para reforçar o objetivo acadêmico deste trabalho, se faz necessário lembrar que o mesmo admite que há a necessidade de uma repressão com maior rigor contra atos de preconceitos de homofobia e transfobia, contudo, não através de atalhos.

É inegável que, conforme Lewandowski em seu parecer “As normas criminais existentes, que punem de forma genérica o homicídio, as lesões corporais e a injúria, são notoriamente insuficientes para prevenir e reprimir atos de homofobia e transfobia.” Contudo, criar tipos criminalizadores por vias procedimentais inadequadas não legitima a boa vontade e muito menos o próprio tipo criminalizador.

O MI 4733 também traz como pedido a indenização em favor das vítimas de homofobia e transfobia, o que, corretamente, foi refutado pelo Procurador Janot, com base precipuamente no sentido que o mandado de injunção tem o objetivo de viabilizar direito constitucional, e a não ser que este dependesse de indenização para ser viabilizado, não há que falar em indenização, posto que não se aplica essa possibilidade ao caso concreto.

Secundariamente, também como fundamento para afastar a possibilidade de indenização, aduziu que “não se pode atribuir ao Estado responsabilidade genérica pela violência social, a não ser quando se consigo estabelecer responsabilização específica por déficit inaceitável de segurança”.

Nesse sentido, Janot, finalizou seu parecer quanto ao pedido de indenização da seguinte forma, “Opina-se, portanto, pelo indeferimento do mandado de injunção com vistas à responsabilidade civil do Estado brasileiro a indenizar as pessoas vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia”. De maneira acertada.

5 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

Para deixar mais claro a que se referem as mencionadas vias alternativas comentadas no tópico anterior, bem como os atalhos arguidos, no sentido de que estariam burlando o ordenamento jurídico, segue uma breve exposição de alguns dos princípios do direito penal, no intuito de demonstrar, dentro da seara penal, o quanto que se confronta, de modo negativo, o ordenamento jurídico.

Os princípios no direito penal são o alicerce de todo o seu conteúdo, desde a tipificação, passando pela aplicação da pena, até a sua execução.

Todo o direito penal se fundamenta nos princípios, sendo o maior deles, e a base de todos os outros, o princípio da dignidade da pessoa humana, este relacionado, e fundamental, ao ordenamento jurídico como um todo.

O direito penal passou por uma evolução histórica rica e complexa, por onde passaram grandes nomes que construíram, de forma bastante dinâmica, os princípios básicos norteadores do direito criminal.

A necessidade de construir uma base sólida está ligada à capacidade de interferência do direito penal na vida de uma pessoa, seja ela vítima ou agente do delito. Considerando que o direito penal é capaz de causar danos irreparáveis, todo o cuidado é exigido, afim de evitar condenações excessivas ou mesmo indevidas na busca da paz e tranquilidade.

“Parece existir uma relevante importância do processo histórico na compreensão da filosofia e dos princípios do Direito Penal Contemporâneo. Crimes e castigos existiram na sociedade humana desde os primórdios. Com a conquista da escrita, os governantes puderam lavrar suas leis em tábuas de barro e estelas que ainda hoje podem ser lidas e se tornaram documentos preciosos para o entendimento da evolução do pensamento sobre as regras de conduta, as proibições e as penas impostas aos violadores da lei”.²⁵

Segue neste capítulo uma breve análise dos princípios mais pertinentes ao tema discutido nesta obra, lembrando de que estes princípios não se aplicam

²⁵ Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=514>, acesso em: 27/11/2017.

isoladamente, mas em harmonia, considerando que, conforme foram sendo criados e postos em prática, as características de um penetram no outro.

Dessa forma, ao analisar cada um, deve-se tentar fazer com que todos sejam passíveis de serem aplicados de forma harmônica.

5.1 Princípio da Reserva Legal / Estrita Legalidade

O direito penal somente poderá ser criado através de lei, leia-se, lei em sentido estrito, devendo ser devidamente observado o processo legislativo adequado.

Dessa forma, não pode a matéria criminal ser tipificada através de qualquer outro instrumento normativo, mas apenas através da lei.

Conforme Cleber Masson, o princípio da estrita legalidade significa:

“Preceitua, basicamente, a exclusividade da lei para a criação de delitos (e contravenções penais) e cominação de penas, possuindo indiscutível dimensão democrática, pois revela a aceitação pelo povo, representado pelo Congresso Nacional, da opção legislativa no âmbito criminal. De fato, não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal (*nullum crimen nulla poena sine lege*).²⁶

É o que prevê o Código Penal em seu artigo 1º:

Art. 1º, **CP** - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Houve um tempo em que se chegou a discutir a possibilidade de previsão de conteúdo penal através de Medida Provisória, se esta tivesse natureza benéfica. Já que para beneficiar o réu admite-se a analogia e até mesmo os costumes, não haveria razão para excluir a Medida Provisória que fosse eivada desse objetivo.

²⁶ MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado: parte geral – vol. 1. 11ª ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Pag.24.

Ocorre que, a posição majoritária defende, com base no paralelismo das formas, que apenas a lei pode tratar de matéria penal, mesmo que benéfica, já que apenas a lei estrita pode criminalizar.

A possibilidade de medida Provisória versar sobre assuntos benéficos é uma visão do direito penal garantista.

O princípio da reserva legal tem previsão expressa tanto no Código penal quanto na Constituição Federal, sendo considerada cláusula pétrea, logo, o princípio tem força constitucional máxima.

De acordo com a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXIX, vejamos:

Art. 5º, XXXIX, CF - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Isto posto, inegável que o princípio analisado tem força inafastável, não sendo sequer admitido que medida provisória trate de assuntos de natureza penal, mesmo que benéficos.

5.2 Princípio da Taxatividade

Do princípio da reserva legal derivam outros muito importantes, é caso do princípio da taxatividade, que prevê que o conteúdo penal deve ser expressamente previsto, mesmo que minimamente, trazendo certeza da conduta que está sendo tipificada, não deixando margem para que sejam feitas interpretações quanto a conduta prevista. Evitando dessa forma, que os sentimentos pessoais interfiram na condução do julgamento.

Sobre o princípio da reserva legal preceitua Cleber Mason:

“O fundamento jurídico é a taxatividade, certeza ou determinação, pois implica, por parte do legislador, a determinação precisa, ainda que mínima, do conteúdo do tipo penal a ser aplicada, bem como da parte

do juiz, na máxima vinculação ao mandamento legal, inclusive na apreciação de benefícios legais”.²⁷

Consequentemente, não tem o legislador discricionariedade quanto a aplicação ou não de determinada pena. Assim, se os fatos típicos não se adequarem à conduta, não há como fazer juízo de valor de forma a ampliar o sentido do fato típico descrito para processar e condenar o suposto agente do fato.

5.3 Princípio da Proibição in Malam Partem

Nesse mesmo seguimento passaremos ao princípio da proibição da analogia *in malam partem*, o qual estabelece que, havendo dúvidas quanto a tipificação prevista, bem como quanto ao alcance dela, a analogia jamais poderá ser utilizada em prejuízo do autor do fato, mas apenas em seu benefício.

Como desdobramento lógico da taxatividade, o Direito Penal não tolera a analogia *in malam partem*. Se os crimes e as penas devem estar expressamente previstos em lei, é vedada a utilização de regra análoga, em prejuízo do ser humano, nas situações de vácuo legislativo”.²⁸

O direito penal é o ramo do direito que mais causa prejuízos a pessoa, pois interfere em seu direito maior, a liberdade, por esse motivo deve ser aplicado com o maior rigor possível, não restando espaços para erros e rigores desnecessários, inclusive limitando o poder estatal para que não cometa atitudes arbitrárias.

5.4 Princípio da Anterioridade da Lei

²⁷ MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado: parte geral – vol. 1. 11ª ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Pag.25.

²⁸ MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado: parte geral – vol. 1. 11ª ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Pag.25.

O princípio da anterioridade da lei determina que a conduta tipificada exista antes do ato, não sendo permitido que leis criadas posteriormente ao fato incidam sobre atos pretéritos, o que nos leva ao princípio da irretroatividade da lei penal.

Neste sentido, a norma somente se aplica a fatos pretérito quando puderem beneficiar o réu.

Art. 5^a, XL da CF - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Não confundir o presente princípio com a possibilidade de aplicação da penalidade de lei temporária aos fatos cometidos durante a sua vigência, mesmo após o tempo de vigência da lei.

5.5 Princípio da Intervenção Mínima

No que tange ao princípio da intervenção mínima, considerando que aos princípios do direito penal será dada uma tratativa superficial, trataremos deste em conjunto com o princípio da lesividade, por estarem os dois interligados.

No que consiste no princípio da intervenção mínima, este tem seu conteúdo direcionado principalmente ao legislador e aos interpretes do direito que devem evitar que o instrumento penalizador seja utilizado para criminalizar qualquer conduta desprovida da necessária intervenção penal. Devendo o direito penal abster-se de atuar em qualquer situação, diagnosticando a real necessidade de sua intervenção. O direito penal deve ser a última ratio.

Os princípios da intervenção mínima e da lesividade são como que duas faces de uma mesma moeda. Se, de um lado, a intervenção mínima somente permite a interferência do Direito Penal quando estivermos diante de ataques a bens jurídicos importantes, o princípio da lesividade nos esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais são as condutas que poderão ser incriminadas pela

lei penal. Ne verdade, nos orientará no sentido de saber quais são as condutas que não poderão sofrer os rigores da lei penal.²⁹

Essa seleção de bens passíveis de proteção da seara criminal é feita através de um critério político com base no momento em que vive a sociedade, daí porque alguns bens que não eram protegidos passam a ser, e vice-versa.

Exemplo prático da aplicação do princípio da intervenção mínima consiste no antigo crime de adultério, que foi abolido porque entende-se que outros ramos do direito são capazes de intervir de modo a dar suporte às vítimas do antigo crime, é o caso de uma indenização da esfera cível devido aos danos morais sofridos.

Quanto ao princípio da lesividade especificamente, prevê Cleber Masson que, “não há infração penal quando a conduta não tiver oferecido ao menos perigo de lesão ao bem jurídico”.³⁰ É claro e inquestionável a ligação e dependência de ambos os princípios.

5.6 Princípio da Adequação Social

Ainda atrelado ao princípio da intervenção mínima, como uma forma de ferramenta para apontar os bens que devem ser protegidos pela esfera penal, temos o princípio da adequação social, concebido por Hans Welzel.

Este princípio define o que deve ser considerado como ilícito penal tendo como base a aceitação de determinados riscos pela sociedade. Logo, se determinada conduta é aceita socialmente, o legislador não deve tipificá-lo penalmente, tendo em vista a desnecessidade da intervenção penal, mesmo que diante outra vertente jurídica ela seja imoral ou mesmo ilícita. Assim, a

²⁹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal / Rogério Greco. – 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. Pag. 53.

³⁰ Masson Cleber. Direito Penal Esquematizado: parte geral –vol 1. 11ª ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Pág. 59.

adequação social seria somente quanto a intervenção do direito penal e não da conduta em si.

Nesse sentido, Rogério Greco, “A vida em sociedade nos impõe riscos que não podem ser punidos pelo Direito Penal, uma vez que essa sociedade com eles precisa conviver da forma mais harmônica possível”. Dessa forma, a intervenção de outros ramos do direito possibilitaria a convivência harmônica da sociedade com ilícitos morais sem a necessidade da intervenção penal que é, sem dúvidas, a mais agressiva do nosso ordenamento jurídico.

Em artigo publicado, a Dra. Juliana Zanuzzo dos Santos, advogada pós-graduada em Direito civil e em Ciências Penais leciona que:

A partir de Hans Welzel o princípio da adequação social passou a ganhar muita força dentro do direito penal, mais especificamente dentro da teoria do delito (e da tipicidade). Desde então, condutas que são aceitas pela sociedade [e que não ofendam a CF], seja pelos costumes, folclore ou cultura, passaram a ser excluídas da esfera penal. Ainda que determinada conduta aparentemente seja típica (formalmente típica), estará no âmbito da atipicidade, uma vez que está amparada pela aceitação social, fora da seara do proibido.³¹

Exemplo prático é o estado de necessidade que, quando reconhecido diante a esfera penal, afasta a tipicidade, pois diante a situação é socialmente aceitável que haja o sacrifício de determinado bem em detrimento de outro.

Já na seara cível, mesmo reconhecido o estado de necessidade, eventual prejuízo causado a terceiro deve ser indenizado. Ou seja, o ato que na esfera penal seja socialmente tolerado, não será necessariamente tolerado por outros ramos do direito.

Outro exemplo prático é a circuncisão praticada na religião judaica que, em que pese haver a mutilação do corpo, com força de causar lesão corporal, é socialmente aceita, de modo que aquela que realiza o procedimento não come crime.

³¹ Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121928188/o-que-se-entende-por-principio-da-adequacao-social>>, acesso em 27/11/2017.

5.7 Princípio da Fragmentariedade

O princípio da fragmentariedade, desdobramento do princípio da intervenção mínima e da adequação social, estabelece que apenas os ilícitos mais danosos, após passarem pelos requisitos acima expostos, devem ser previstos no direito penal, devendo os de fácil solução serem protegidos por outros ramos do direito. Assim, apenas uma pequena parcela dos bens será protegida pelo direito penal, daí a sua natureza fragmentária.

Nesse sentido Rogério Greco:

A fragmentariedade é, como já foi dito, uma consequência da adoção de princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social, que serviram para orientar o legislador na processo de criação dos tipos penais> Depois da escolha das condutas que serão reprimidas, a fim de proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, uma vez criado o tipo penal, aquele bem por ele protegido passará a fazer parte do pequeno mundo do Direito Penal³².

Esse princípio tem importância maior do que o que parece, tendo em vista que evita que as pessoas sejam submetidas a penalidades devastadoras, sem necessidade. De tal forma que uma solução de natureza civil, por exemplo, traz a garantia de solucionar determinados conflitos, sem necessariamente gerar um antecedente de má conduta de natureza penal, este que gera diversas restrições na vida de uma pessoa, tendo o condão, muitas vezes, de impedir que o agente condenado alcance a totalidade de seus direitos devido à conduta que poderia ser penalizada em seara diversa.

5.8 Princípio da Subsidiariedade

³² GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal / Rogério Greco. – 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. Pag. 62.

Conseqüentemente, o princípio da subsidiariedade entra em foco, pois o direito penal só será acionado, depois que os outros ramos do direito falharem, ou não forem suficientes para tutelar determinadas situações.

É o que prevê também, o ilustre professor Cleber Masson, quando preceitua que “O Direito Penal funcional como um executor de reserva, entrando em cena somente quando outros meios estatais de proteção mais brandos, e, portanto, menos invasivos da liberdade individual não forem suficientes para a proteção do bem jurídico tutelado”.³³

Assim, o Direito Penal apenas será acionado, diante a insuficiência de proteção de outros ramos do ordenamento jurídico, não sendo prudente que seja o primeiro instrumento de solução de um litígio se a intervenção de outra áreas for suficiente para afastar o dano/agressão.

5.9 Princípio da Ofensividade

O princípio da ofensividade estabelece que não basta o querer do legislador para tipificar determinada conduta, sendo necessário que aquela conduta provoque uma lesão efetiva, ou demonstre um perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido.

Leciona Rogério Sanches que “O aspecto valorativo da norma fundamenta o injusto penal, isto é, só existe crime quando há ofensa concreta a esse bem jurídico”.³⁴

Nesse diapasão, surge o princípio da insignificância, criação doutrinária, aplicado aos casos concretos, para que condutas com pouca expressividade

³³ MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado: parte geral – vol. 1. 11ª ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Pag.25.

³⁴ Processo Penal I - Col. Saberes do Direito - Vol. 10 - Ivan Luís Marques Silva, Rogério Sanches Cunha.

jurídica penal sejam ignorados pelo direito criminal, podendo, contudo, ser objeto de litígio em outra seara do ordenamento jurídico.

Para que seja reconhecida a insignificância de determinada conduta, deve ser feita a análise de cada caso especificamente, devendo a conduta observar quatro requisitos, quais sejam, a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. O que nos remete de volta ao princípio da intervenção mínima, afinal, diante a reunião destes requisitos não há porque da intervenção do direito penal, que deverá abster-se de atuar quando outros ramos do direito puderem intervir de forma eficiente.

Logo, reunidos estes requisitos é possível, por exemplo, que um furto de uma lata de leite Ninho tenha sua reparação efetiva através da justiça cível, ou mesmo extrajudicial, não devendo os mecanismos penais serem provocados para atuar em casos como estes.

É necessário, também, pensar que a máquina judiciária não pode ficar repleta de casos de baixa ofensividade, enquanto que verdadeiras vítimas são submetidas à espera de uma sentença que faça verdadeira justiça.

5.10 Princípio da Razoabilidade ou Proporcionalidade

O princípio da razoabilidade ou proporcionalidade é dirigido a três destinatários, a saber, ao legislador, ao juiz e aos órgãos de execução.

O legislador irá trabalhar com a proporcionalidade abstrata, tratando de estabelecer penas adequadas à conduta tipificada de forma geral, estabelecendo parâmetros, limites máximo e mínimo.

Já o juiz, deverá, dentro das margens estabelecidas pelo legislador, trabalhar com a proporcionalidade concreta, devendo diante a análise do caso aplicar a pena em seu quantum adequado.

Quanto aos órgãos de execução, em atenção à proporcionalidade executória, este irá adequar o cumprimento da pena levando em conta as condições pessoais do condenado e, sobretudo, o mérito do mesmo, relacionado a seu comportamento durante o cumprimento da pena.

O princípio da proporcionalidade, embora amplamente disseminado na legislação penal, não tem previsão expressa, mas é proveniente de outros, principalmente do princípio constitucional da individualização da pena. Nesse sentido, Rogério Greco, “embora não tendo sido adotado expressamente, o princípio da proporcionalidade se deduz de outros que passaram a integrar o texto de nossa Constituição, a exemplo do princípio da individualização da pena”.

5.11 Princípio da Culpabilidade

O princípio da culpabilidade prevê que somente aquele que agiu com dolo ou culpa deverá responder penalmente pela conduta tipificada. Não sendo possível, em qualquer hipótese, a condenação objetiva.

De acordo com Rogério Greco (pag 89) “Culpabilidade diz respeito ao juízo de censura, ao juízo de reprovabilidade que se faz sobre a conduta típica e ilícita praticada pela agente”. Logo, sem dolo ou culpa na conduta do agente, não há como fazer juízo de valor sobre a conduta, não havendo que falar em culpabilidade.

5.12 Princípio da Humanidade

O princípio da humanidade estabelece que devem ser observadas a incolumidade física e moral da pessoa, devendo a mesma ser tratada com dignidade em todos os aspectos, afinal, o direito penal não tem apenas o dever

de punir, mas, sobretudo, o de ressocializar, e para isso a pessoa deve ter sua dignidade assistida.

O princípio da humanidade apresenta duas vertentes, uma negativa e uma positiva. A negativa prevê que as proibições, tais quais, aquelas que preveem que as penas não podem ser perpetuas, desumanas ou cruéis; enquanto que a visão positiva garante a proteção da dignidade da pessoa humana.

Este princípio é basilar quando o assunto é proteção à dignidade mínima do acusado, principalmente no momento do cumprimento da pena quando devem ser observados diversos direitos do condenado que garantem a proteção da dignidade humana, sem prejuízo, claro, do caráter condenatório da pena.

Ele não tem previsão expressa na Constituição Federal, contudo é previsto constitucionalmente através da proteção de outros direitos que são assegurados na Carta Magna como, por exemplo, a proibição de trabalhos forçados e à pena de morte, fora da exceção prevista na própria Constituição. E, sobretudo, com base em um dos fundamentos trazidos pela Carta Magna em seu artigo 1º, inciso III, o da dignidade da pessoa humanada.

Decorre desse princípio também, a título de informação, a declaração de inconstitucionalidade quanto a previsão de regime integralmente fechado para cumprimento de pena privativa de liberdade nos crimes hediondos e equiparados.

Ressalta-se, ainda, que a proteção à dignidade da pessoa humana ganhou força e destaque após a Segunda Guerra Mundial, berço de terríveis práticas de torturas e descaso com a pessoa.

Em que pese a ausência expressa da expressão “princípio da humanidade”, este encontra lugar importante na Lei de Execução Penal, como mencionado em exemplos acima, sobretudo no objetivo pela busca da ressocialização, bem como em Tratados Internacionais, neste, cada vez mais em destaque.

5.13 Princípio da Intranscendência

O princípio da intranscendência prevê que a pena não poderá passar da pessoa do condenado, responsável pelo delito, ou seja, terceira pessoa não pode cumprir a pena do condenado, mesmo em caso de falecimento. Dessa forma, em se tratando de pena de natureza pecuniária, havendo falecimento do condenado, os sucessores não respondem pela pena não cumprida, nem na proporção dos bens sucedidos.

Esse princípio é aplicado em diversas áreas do direito, trazendo a exigência de que a justiça seja aplicada apenas ao responsável pelo ato que contraria a lei, não devendo a punição passar da pessoa que praticou o ato, seja ela penal, administrativa ou de natureza civil.

5.14 Princípio do Ne Bis In Idem

Por fim, para finalizar a breve análise dos princípios do direito penal, o princípio do *ne bis in idem*, derivado da dignidade da pessoa humana, que é consagrado pelo Pacto de São José da Costa Rica, proíbe de forma absoluta que o mesmo fato delituoso seja punido duas vezes.

Contudo, é imperioso ressaltar que esse princípio proíbe a dupla condenação na seara penal, não considerando violação ao princípio a condenação do mesmo fato em outro ramo do direito, visto que os diferentes ramos, em que pese punirem a mesma conduta, o fazem sobre óticas diversas, ou seja, as condenações possuem naturezas diversas. Nesse sentido, Cleber Mason, “vale ressaltar, porém, que a existência de duas ou mais ações penais, em searas judiciais diversas, pela suposta prática de fatos distintos, não acarreta a violação a esse princípio”.

Deve-se ainda atentar ao fato de que o princípio aqui explanado não se confunde e, muito menos, proíbe a punição mais severa decorrente da reincidência. É o que prevê o Supremo Tribunal Federal no RE 453.000/RS, rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, j. 04/04/2013, noticiado no Informativo 700, vejamos:

“Consignou-se que a reincidência não contraria a individualização da pena. Ao contrário, levar-se-ia em conta, justamente o perfil do condenado, ao distingui-lo daqueles que cometessem a primeira infração penal. [...] Asseverou-se que sua aplicação não significaria duplicidade, porquanto não alcançaria delito pretérito, mas novo ilícito que ocorrera sem que ultrapassado o interregno do art. 64 do CP. Nesse contexto, a reincidência significaria o cometimento de novo fato antijurídico, além do anterior”.

Assim, verifica-se que enquanto o princípio do *ne bis in idem* protege o agente, proibindo que o mesmo seja condenado duas vezes pela mesma conduta, a reincidência, observando o princípio da individualização da pena, garante que aquele que, já condenado por determinado fato, seja mais severamente punido.

6 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL X MI 4733

Apresentados os princípios mais básicos do direito penal, segue a análise do Mandado de Injunção 4733 sob o enfoque do direito penal.

Ao se considerar a possibilidade do STF legislar, como sugerido pelo então Procurador da República, estaremos diante de inúmeras ilegalidades. Há desrespeito evidente aos princípios do direito penal, principalmente no que diz respeito ao processo legislativo, vejamos.

6.1 Princípio da Reserva Legal X MI 4733

O princípio mais desrespeitado é o princípio da legalidade estrita, a base do direito penal, aquele que tem a maior força de proteger as pessoas contra arbitrariedades, inclusive com intuito de evitar que pessoas sejam punidas em razão dos sentimentos pessoais dos julgadores, ou ainda em razão de momento político.

A norma é clara ao prever que o direito penal somente pode ter atos tipificados através de lei, não sendo possível qualquer outro instrumento legal para tal finalidade. Contudo, para atingir seu objetivo, o Mandado de Injunção 4733, apesar de seu nobre objetivo, o de punir atos de preconceito, não deveria ter o intuito também de burlar os preceitos normativos.

Janot, em seu parecer, explana sobre o referido princípio e encerro a passagem defendendo a atividade da Suprema Corte no papel de legislador:

O importante argumento da reserva absoluta de lei (princípio da legalidade estrita), em matéria penal, precisa ser interpretado à luz da supremacia da Constituição, das determinações específicas de legislar para proteger a dignidade, do controle de constitucionalidade, da previsão de mecanismos processuais talhados para o enfrentamento da omissão inconstitucional (tais como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão) e do papel do Supremo Tribunal Federal na concretização constitucional, que geram reconfiguração desse princípio [...] Será regulamentação excepcional e supletiva, com o que se respeitará o princípio da divisão funcional do poder e a primazia da conformação pelo Poder Legislativo.

A tipificação almejada deve ser feita através de lei em sentido estrito, não sendo possível que o STF legisle nesse sentido, posto que é órgão judiciário,

com principal objetivo de julgar, sendo possível que legisle apenas nos casos especificados em lei.

Contudo, vem sendo recorrente situações em que o Supremo, através de um julgamento, acaba legislando. É o caso, por exemplo, quando, sem declarar a inconstitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, entendeu o STF que não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência a execução da sentença penal condenatória confirmada em segundo grau, antes do trânsito em julgado da decisão.

Não há qualquer amparo jurídico nesse sentido, e essas dicções vem criando precedentes para que simulacros de sentenças se tornam, na verdade, cartas legislativas.

Talvez uma construção doutrinária sobre o direito emergencial, que será tratado mais a frente, traga um fundamento possível para justificar tal aberração legislativa.

Para deixar a situação ainda mais confusa, o segundo parecer da Procuradoria de República, por Rodrigo Janot, defende que a atuação da Suprema Corte pode pautar-se em projeto de lei que encontra-se em trâmite no Congresso Nacional, como já mencionado.

Ora, o projeto de lei estava em trâmite, e foi definitivamente arquivado, não pode ele ser colocado em vigor antecipadamente pelo STF, ultrapassando, e saltando, os procedimentos legislativos necessários e adequados. Estaríamos diante de uma concessão de liminar em Mandado de Injunção, pois não estaria sendo imposto uma decisão paliativa, mas a antecipação dos efeitos de um projeto de lei.

Se assim for feito, seria mais célere levar o projeto para análise do STF para que esse decidisse pela promulgação, ou outorga, do referido projeto, sem que passe pelos trâmites previstos. Não é o STF provido de competência para fazer tudo no processo legislativo? Então, que análise e promulgue a lei, diante

tantas soluções oferecidas pela Associação e pelo ilustre Procurador Geral, esqueceram de apresentar esta.

Para lastrear a possibilidade da criminalização pela Suprema corte, Janot sustenta a hipótese da teoria concretista geral, que seria a possibilidade de o órgão julgador legislar sobre o assunto objeto do mandado de injunção enquanto o Congresso Nacional não supre a omissão. Essa teoria está sendo cada vez mais admitida na prática, o que é lamentável, visto que não possui suporte legal nenhum, senão apenas interpretações feitas pelo próprio judiciário com claro intuito de retirar a necessidade de emenda constitucional ou lei específica que legitime tal procedimento.

A teoria concretista geral é válida para outros ramos do direito, já que em todos os casos em que foi aplicada ela teve o objetivo de ampliar direitos e prerrogativas, como o direito de greve dos servidores públicos, já mencionado anteriormente. Ao contrário do que se pede no MI 4733, ou seja, a restrição de direito, afinal, é o que se teria ao criminalizar novas condutas.

Porém, não podemos admitir que a teoria concretista seja aplicada na seara do direito penal, permitindo que sejam tipificadas condutas através do poder judiciário, em inquestionável restrição de direitos.

Lembrando que existe um motivo para que o direito penal seja a *ultima ratio*, direito de aplicação subsidiária, com previsão expressa da reserva legal em sentido estrito. Todas essas características com natureza de princípios, incontestáveis. O direito penal é causador de graves danos à pessoa, não deve ser tratado como se trata outros ramos do direito, diante os quais, se constatados erros procedimentais, em quase todos os casos, uma indenização supre o equívoco.

6.2 Princípio da Proibição da Analogia *In Malam Partem* e da Taxatividade X MI 4733

Os diversos crimes que podem vir a ser praticados, em razão de homofobia e transfobia, são hoje reprimidos através de condutas típicas ordinárias já previstas como delito no Código Penal, não havendo necessidade de falar em analogia, pois as condutas já estão expressamente previstas, por exemplo, lesão corporal, homicídio, ameaça, dentre outros e são perfeitamente aplicáveis para crimes com motivação homofóbica.

O fato de não haver previsão específica, ou aumento de pena para criminalizar condutas especificamente voltadas para o preconceito da homofobia ou transfobia, não faz dessas vítimas, alvos desprotegidos.

No intuito de incentivar a possibilidade de aplicar a analogia, Rodrigo Janot em seu parecer trouxe exemplo de aplicações analógicas realizadas pelo STF, vejamos:

Essa Corte tem adotado decisões intermédias (manipulativas), nas quais interpreta textos legislativos e confere maior ou menor extensão à literalidade, de que são exemplos significativos, no âmbito civil, a contemplação das uniões homoafetivas no art. 1.723 do Código Civil (ADI 4.277/DF, relator Ministro AYRES BRITTO, julgada em 5 de maio de 2011) e, na órbita criminal, a exclusão, do art. 287 do Código Penal (apologia de crime ou criminoso), de “qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”.

Observe-se, contudo, que a analogia interpretativa realizada em âmbito penal é restritiva, de modo que exclui a criminalização de determinada conduta, o que é diametralmente oposto à intenção do MI e da posição do Procurador Geral.

Contudo, se o STF legislar nesse sentido, haverá que falar em analogia in malam partem, uma vez que se estaria sim fazendo uma analogia aos crimes já previstos em lei de modo a punir com mais rigor aqueles que incorrerem em delitos com motivação homofóbica.

Os delitos já trazidos pelo Código Penal são perfeitamente aplicáveis a tais situações, enquanto se analisa a possibilidade de previsão específica para determinados crimes. E como o Próprio Janot disse em seu parecer: “Mesmo quando já estabelecida a tutela penal, existem episódios de descumprimento da

norma, pois a violência não consegue ser completamente erradicada, sem que daí nasça dever genérico de ressarcimento”.

Ou seja, mesmo que ao contrário da intenção de verdade exposta, Janot acaba por corroborar que, criminalizar as condutas de crime de preconceito não irá erradicar os atos de ódio, o que demonstra a ausência de necessidade de lei para garantir direito ou prerrogativas, visto que esta criminalização não tem o condão de garantir o exercício de direito de ninguém.

Alternativas para solução da suposta ausência de tipificação adequada foi também apresentada no parecer do Janot, qual seja, estabelecer prazo para que o Congresso Nacional analise o projeto de lei já em trâmite. O que seria mais indicado. Assim, havendo fundamentação da necessidade e urgência da finalização do projeto de lei, poderia inclusive haver a suspensão da pauta até que o projeto fosse devidamente analisado.

Art. 103, § 2º da CF. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Possibilidade esta que não afronta a independência dos poderes, estando inclusive prevista na Constituição Federal para o caso de inconstitucionalidade por omissão.

7 DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA

O direito penal ultimamente vem trabalhando de modo reverso do seu objetivo, qual seja, intervenção mínima e subsidiariedade, com isso, sobressaem discursos novos de super-criminalização que, se por um lado não conseguem resolver as tensões sociais do mundo contemporâneo, por outro, agravam ainda mais o sentimento de insegurança em que já se vive. Nesse sentido, descriminalização, despenalização e diversificação são conceitos fora de moda, em desuso.

A palavra de ordem, agora, é criminalizar, ainda que a feição punitiva tenha uma finalidade apenas simbólica.

O direito penal emergencial é a resposta que o Estado oferece diante da desordem e da criminalidade, situações estas que criam o caos e a insegurança da sociedade e que requerem uma ação positiva urgente como meio de coibir que estes atos se estendam gerando insegurança e impunidade.

Por vezes, essa desordem e o suposto aumento da criminalidade de situações específicas trazem o sentimento de que o Estado estaria falhando em um ponto específico na segurança pública.

Sheila Lustoza Lovatti³⁵, ao conceituar emergência, cita merecidamente o autor Fauzi Hassan Choukr, que diz:

Emergência vai significar aquilo que foge dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais empregados na normalidade. Num certo sentido a criminologia contemporânea dá guarida a esse subsistema, colocando-o na escala mais elevada de gravidade criminosa a justificar a adoção de mecanismos excepcionais a combatê-la, embora sempre defenda o modelo de “estado democrático e de direito” como limite máximo da atividade legiferante nessa seara.³⁶

³⁵ Em artigo publicado na Internet, disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6541>, acesso: 28 de outubro de 2017.

³⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo Penal de Emergência. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002, p.5/6.

Assim, a solução que o Estado encontra é criminalizar de maneira mais severa condutas que aparentemente não são controladas por outro ramo jurídico, senão pelo direito penal, aplicando uma punição mais danosa para certas condutas. No intuito de responder ao pleito de uma sociedade coagida.

Acredita-se que penas mais severas para condutas antes não assistidas pelo direito penal, ou que já o fossem, mas que possuíam penas mais brandas, seja a solução mais eficiente para evitar que crimes continuem a ser cometidos, pois haveria uma redução na reincidência e do fato típico em si. Assim, o Estado cede à pressão da sociedade e acaba por tomar decisões precipitadas, sem a presença de estudos precisos acerca de que a criminalização seria efetivo instrumento no combate à situação de calamidade e insegurança.

Com o apoio de renomados juristas e doutrinadores, essa ânsia de resposta para situações de aumento de insegurança e atos de violência, tem se tornado cada vez mais emergencial, exigindo uma postura do Estado, que acaba por dá-la de forma equivocada.

Nesse sentido, de acordo com Maria Berenice Dias em Revista Jurídica, “O covarde silêncio do legislador, que se nega a provar as leis que atendam às minorias, alvo de discriminação, sempre alimentou o preconceito”.³⁷

Verifica-se, assim, que é adequada a vinculação do direito emergencial para o MI 4377, uma vez que as condutas objeto do pedido de criminalização são as mesmas já tipificadas no ordenamento jurídico, contudo com pedido de criminalização específica, sob argumento de que são um grupo específico de vítimas de preconceito desprotegidos perante a lei, o que faria com que o acesso à dignidade humana desse grupo de pessoas não estivesse sendo vigiado e garantido pelo direito penal.

³⁷ Revista Jurídica LEX. Continuação de: LEX – Revista do Direito Brasileiro. v. 1 (jan/fev. 2003 – Bimestral. v.51 maio/jun. 2011). Pag 115.

Mesmo diante norma regulamentadora que alcança determinados atos, a ausência de norma específica seria um problema.

Como já foi dito em tópico anterior, para que seja admissível a impetração de Mandado de Injunção é necessário que haja direito ou prerrogativa prevista na Constituição Federal a qual esteja impossibilitada de ser exercida devido à ausência de norma regulamentadora.

Ocorre que, o caso em análise, em que pese ser de grande interesse nacional e de grande impacto na conjectura da igualdade e respeito entre os indivíduos, não parece preencher o requisito ora apresentado. Contudo, o PGR, Rodrigo Janot discorda, vejamos o que relatou em seu parecer, favorável a via eleita para disciplinar o objeto de suas reivindicações:

Existe clara ausência de norma regulamentadora que inviabiliza o exercício da liberdade constitucional de orientação sexual e de identidade de gênero, bem como da liberdade de expressão, sem as quais fica indelevelmente comprometido o livre desenvolvimento da personalidade, em atentado insuportável à dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado democrático de Direito em que se erige a República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição)

Prevê ainda Janot que:

A discriminação e o preconceito contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais atinge especialmente determinadas pessoas e grupos, o que macula o princípio da igualdade, e acarreta situação especial de grave vulnerabilidade física, psíquica e social, em violação ao direito à segurança, importantes prerrogativas da cidadania. Aduza-se componente democrático, dado pelo paradigma do pluralismo.

Ora, não carece de razão o parecer do Ilustre Procurados Geral da República no que diz respeito à macula do princípio da igualdade e, talvez, até à consequência proveniente dessa mácula, contudo o parecer parece estar fundamentando a ação errada. Não consistem esses fundamentos na legitimidade de ingressar com o Mandado de Segurança.

Dizer que a ausência de norma regulamentadora de criminalização da homofobia e transfobia impede o livre exercício de orientação sexual e a liberdade de expressão não é muito coerente. Afirmar que apenas o direito penal, depois de supostamente vencidos os princípios da subsidiariedade e da *ultima ratio*, seria o único capaz de prover o efetivo exercício dessa orientação sexual,

traduz-se em inequívoca precipitação, no sentido de criminalizar tais condutas. Ressalto que defende-se que a precipitação é na ordem de criminalizar e não de se providenciar uma resposta do Estado.

Ainda fica ausente a clareza quanto à norma constitucional que estaria ausente de regulamentação, pois verifica-se da leitura do parecer que os direitos fundamentais, que à primeira vista seriam necessários para o exercício da liberdade da escolha de gênero e da livre manifestação não parecem cerceados legalmente devido a ausência de norma.

Fica claro que o os direitos desse grupo de pessoas não está sendo exercício na forma como deveria ser, mas não por ausência de previsão legal, afinal, toda e qualquer previsão relacionada à integridade física e mental da pessoa prevista na Constituição Federal, bem como em qualquer outro ordenamento jurídico, é extensível aos homossexuais e transexuais, afinal se tratam de direitos e prerrogativas direcionados a pessoas.

Assim, verifica-se que os direitos e prerrogativas que têm sido limitados em razão de preconceito, têm sido em razão de ausência de suporte legal de outras áreas do direito, principalmente cível.

Talvez haja a necessidade de uma criminalização mais específica para os atos de violência perpetrados com motivação de ódio contra homossexuais, contudo, não com o objetivo que se apresenta no MI 4733.

7.1 Estudo Comparativo – Direito Penal de Emergência X Lei Maria da Penha

Situação similar ocorreu com a legislação conhecida como Lei Maria da Penha, no que diz respeito a necessária tipificação pelo ordenamento jurídico.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH - é um órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA), cujo

mandato surge com a Carta da OEA e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, representando todos os países membros. Está integrada por sete membros independentes que atuam de forma pessoal, os quais não representam nenhum país em particular, sendo eleitos pela Assembléia Geral.³⁸ Foi constituída pelos países da América e tem sua sede em Washington, D.C.

Em 20 de agosto de 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu uma denúncia apresentada pela Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, pelo Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e pelo Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM).³⁹ A denúncia teve como base diversas violações em face da CIDH, bem como em face da Convenção de Belém do Pará. O descaso das autoridades brasileiras em processar o hediondo crime contra Maria da Penha, processo que se arrastou por 15 anos até que se decidisse denunciar à CIDH.

A falta de interesse em punir o agressor, apontou inquestionável a violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial. Essa atitude do judiciário brasileiro, essa tolerância com o crime, retirou a credibilidade da justiça brasileira. A CIDH, desta forma, recomendou ao Estado brasileiro que procedesse com “*uma investigação séria, imparcial e exaustiva*”⁴⁰ e que desta forma efetivamente punisse de maneira justa o agressor da Maria da Penha.

Na mesma decisão foi recomendado também que o Estado brasileiro tomasse providências no âmbito da proteção da violência doméstica de modo que evitasse que crimes contra a mulher fossem submetidos a mesma tolerância que ocorreu com Maria da Penha.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é apenas uma dentre outros sistemas hoje existentes de prevenção e atuação na defesa da dignidade e em especial dos direitos humanos.

³⁸ Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/que.port.htm>>, acesso em 17 de novembro de 2017.

³⁹ Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>, acesso em 17 novembro de 2017.

⁴⁰ Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>, acesso em 17 novembro de 2017.

Com o recebimento da petição, a CIDH solicitou ao estado brasileiro que se pronunciasse a respeito da mesma, porém o Brasil nada declarou. Diante da falta de uma resposta, os fatos alegados naquela petição foram considerados verídicos.

Como o governo brasileiro não havia se pronunciado até 2001, a CIDH decidiu acolher as denúncias, exigindo o desfecho rápido do caso na justiça brasileira e recomendando a adoção de medidas de prevenção e de combate a esse tipo de agressão. Aqui entra a caracterização da Lei Maria da Penha como “direito penal de emergência”. A necessidade de apresentar uma resposta, teria feito nascer a Lei 11.340/2006, feita com muita pressa.

Nesse sentido, conclui-se que, o direito penal de emergência não garante eficiência, mas pelo contrário, é um ato de desespero, um procedimento legislativo de desespero, para ser mais específico, que acaba trazendo ao ordenamento jurídico leis desprovidas de efetividade, desprogramadas e sem suporte algum. Como foi o caso da lei Maria da Penha que entrou em vigor sem que houvesse órgãos especializados preparados para atender o quanto previsto na lei, bem como não foi previsto em lei o real alcance dos juizados especiais no que se refere à violência doméstica e família contra mulher, e inúmeros outros detalhes que passaram despercebidos, como a legitimidade para os crimes de lesão corporal.

Enfim, o direito penal emergencial é o que está levando ao alvoroço da necessidade de que o STF legisle sobre o tema referente aos crimes de homofobia e transfobia, e melhor sorte não terá se for feita às pressas pela Corte Suprema, que, em que pese reunir juristas preparados e renomados, não são legisladores, devendo trabalhar na aplicação da lei e na criação desta

A criminalização dos atos homofóbicos da forma como pleiteia a Associação, será mais um ato de emergência do estado brasileiro, que, após desprezadas os princípios penais e os procedimentos legislativos, vai criar uma legislação rápida e despreparada para acelerar um pedido, que embora seja de muitos, não vai seguir os trâmites adequados. A Suprema Corte, se legislar, vai apenas trazer ao ordenamento um conjunto de artigos desprovidos de legalidade

com a escusa de que estaria atendendo aos direitos das minorias, mais parecendo um ato político do que processual.

Diante a afirmação de Janot em seu parecer de que “a determinação de editar normas penais para combater a homofobia e a transfobia é um compromisso internacional”, nos permite admitir, incontrovertidamente, que a mesma necessidade de tipificação específica a que foi submetida a Lei Maria da Penha, está sendo submetido o pedido de criminalização dos atos de homofobia e transfobia, porque neste caso específico se está admitindo que os procedimentos penais sejam violados? Não é por serem este grupo de pessoas mais vulneráveis que as mulheres, e nem seria pela demora em se criminalizar as condutas, como já visto. A isso só cabe uma resposta, interesse político.

8 CONCLUSÃO

Diante a previsão constitucional que garante a igualdade entre homens e mulheres, em conjunto com a proibição da prática do racismo, percebemos que a sociedade necessita de proteções mais específicas para que ambas as prerrogativas constitucionais, tanto a igualdade quanto a erradicação do racismo, sejam atendidas em sua integralidade.

Janot, em passagem no seu parecer, externaliza a importância da criminalização diante o princípio da igualdade, onde inclusive cita o ministro Roberto Barroso:

Razões de equivalência constitucional, ancoradas no princípio da igualdade, impõem a criminalização da discriminação e do preconceito contra cidadãos e cidadãs lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis e transexuais, pois a repressão penal da discriminação e do preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional já é prevista pela legislação criminal brasileira (Lei 7.716/1989) e não há justificativa para tratamento jurídico diverso, sob pena de intolerável *hierarquização de opressões*. No elegante dizer do Ministro ROBERTO BARROSO: “É preciso avançar no processo civilizatório”.

Nesse sentido, opinou Lewandowski “pelo indeferimento do mandado de injunção com vistas à responsabilidade civil do Estado brasileiro a indenizar as pessoas vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia”.

Não se pode atribuir ao Estado responsabilidade genérica pela violência social, a não ser quando se consiga estabelecer responsabilização específica por déficit inaceitável de segurança.

A homofobia e a transfobia tem feito muitas vítimas do preconceito e, dessa forma, como consequência, de forma indireta, tem impedido que determinado grupo de pessoas possam viver com dignidade, o que é garantido como direito fundamental, pois estas pessoas não têm a liberdade de agir como querem, mesmo que para isso não agridam o próximo, nem mesmo o desrespeite, o que as torna ícones vulneráveis na sociedade.

Contudo, desrespeitar o ordenamento jurídico e passar por cima de princípios e normas que foram construídos durante décadas não é aceitável.

A norma jurídica é falha e permanece em eterna construção, mas existem diversas maneiras de se garantir o exercício de direitos fundamentais sem que para isso haja o confronto do ordenamento jurídico, basta que para isso se analise as possibilidades elencadas nos inúmeros códex que formam o nosso ordenamento.

Ingressar com um Mandado de Injunção alterando os fins para o qual este é dirigido no intuito de conseguir alcançar uma determinada posição jurídica, causará um caos jurídico sem tamanho, principalmente porque criará precedente para que outras matérias sejam discutidas pela mesma via legislativa sem os devidos pré-requisitos. Além de permitir que o Congresso Nacional permaneça em sua inércia e continue deixando que os projetos de lei permaneçam em trâmite por décadas, afinal, haverá sempre a possibilidade de impetrar-se um Mandado de Injunção para retirar o projeto da pauta de votação e trazer uma “solução liminar” descaracterizando a inércia do legislativo.

Em sendo assim, no julgamento de mandado de injunção, deve imperar a lógica da prudência: i) o princípio da mínima interferência (como corolário da justa ordenação dos Poderes); ii) a maior parcimônia do julgador (maior tolerância para declarar a mora, maior prazo para supri-la) em situações que demandem interferência judicial mais intensa; iii) a reserva do possível.⁴¹

Ademais, em que pese a urgência em criminalizar condutas homofóbicas e a indiscutível reincidência de atos dessa natureza, não há previsão expressa e específica na constituição para criação de lei que verse sobre a criminalização de preconceito de gêneros, ao ponto de admitirmos que direitos básicos estão sendo impedidos de serem exercidos em razão da ausência da criminalização dessas condutas.

O Mandado de Injunção, em apertada análise, tem o condão principal de permitir que direitos previstos na constituição possam ser exercidos, visto que, enquanto desprovidos de lei que os regule, são totalmente impossibilitados de

⁴¹ Direito Público. –vol. 1, n. 1 (jul./set.2003) – Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público,, 2005 – v.5, n19, 15,5 x 22,5. Bimestral. Pag 101.

serem exercidos. Não se amolda a essa previsão a criminalização da homofobia e da transfobia, com esse intuito.

Em verdade, o caos jurídico já foi instalado, antes mesmo de chegarmos próximo do fim deste MI. Inicialmente parecia que a sensatez havia falado mais alto e o primeiro parecer do PGR anterior opinou pela ilegitimidade da via eleita, mas, após, diversas outras maneiras de contrariar o ordenamento jurídico foram apresentadas como possíveis caminhos, tais como a analogia *in malam partem*, travestida de interpretação extensiva. Esse é o famoso “jeitinho brasileiro”.

Tem razão Rodrigo Janot quando diz que “As normas criminais existentes, que punem de forma genérica o homicídio, as lesões corporais e a injúria, são notoriamente insuficientes para prevenir e reprimir atos de homofobia e transfobia, os quais se qualificam pelo desprezo oriundo do preconceito” O que não é contrariado por este trabalho, contudo, essa insuficiência não gera a ausência do exercício de um direito gerado pela ausência de atuação do poder público.

É comum que mudanças culturais causem transtornos e faça muitas vítimas. A história do Brasil está repleta de exemplos, a começar pela previsão de igualdade de gênero, ou ainda pelo direito de voto feminino, ou simplesmente, no que diz respeito ao exercício do direito de greve.

Todas as conquistas fizeram vítimas, esta não está seguindo um caminho diferente, contudo, deve-se ser observado os procedimentos jurídicos. Afinal, se essa luta for vencida por caminhos legais, ela tem maior chance de alcançar a vitória em sua forma mais completa.

Por fim, este foi o parecer do Procurador Geral da República Rodrigo Janot em 25 de julho de 2014:

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do agravo, para que se conheça do mandado de injunção e se defira em parte o pedido, para o efeito de considerar a homofobia e a transfobia como crime de racismo e determinar a aplicação do art. 20 da Lei 7.716/1989 ou, subsidiariamente, determinar aplicação dos dispositivos do Projeto de Lei 122/2006 ou do Projeto de Código Penal do Senado, até que o Congresso Nacional edite legislação específica.

Ressaltando que, a possibilidade de aplicação dos dispositivos do projeto de Lei 122/2006, não mais podem ser aplicados, tendo em vista o seu arquivamento definitivo.

Deixando um pouco em segundo plano o objeto principal de análise desse trabalho, o Mandado de Injunção 4733. É importante ressaltar que, a verdadeira preocupação na luta contra a homofobia não está instalada na ausência de normas ou da atuação do poder público, mas no alto grau de intolerância que verificamos quando da análise dos atos perpetrados contra esses grupos de pessoas.

A sociedade está doente, sufocando em demasiada intolerância com o próximo e na ausência de valores que realmente importam, aqueles valores básicos que possibilitam os pares viverem de forma harmônica, são eles, respeito ao próximo e a aceitação das diferenças.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias no site homofobiamata.wordpress.com declara o seguinte:

Nada mais do que a busca de justificativas para o injustificável: preservar o “direito” de externar ódio contra alguém sem correr o risco de ser punido. Escudados na liberdade de credo, segmentos conservadores criam religiões com as mais diferentes denominações, que se intitulam igrejas. Seus dirigentes vão além do que chamam templos. Dominam meios de comunicação e se instalam nas casas legislativas, pregando não o amor, mas o ódio ao próximo. Arvoram-se o poder de promover a conversão de homossexuais, como se fosse uma doença passível de ser curada ou uma praga a ser eliminada.⁴²

O que afirma o quanto já disposto em várias passagens deste trabalho, a sociedade está doente, a principal fonte dos atos de covardia contra um grupo específico de pessoas não é um problema de segurança pública, mas de alma, é um problema de cada um desses indivíduos que cultiva o ódio dentro de si.

Ao invés de serem estabelecidos rótulos e, com base nisso, estabelecerem uma comunidade com valores falsos e distorcidos, segregando-

⁴² Disponível em: <<https://homofobiamata.wordpress.com/quem-somos-3/homofobia-e-crime/>>, acessado em 17 de novembro de 2017.

a, o que, conseqüentemente, gera conflitos, deve-se exaltar características que demonstram que, acima de tudo, somos todos apenas pessoas.

Não é a imposição de normas de criminalização que vai resolver a intolerância, mas a vontade da sociedade de se fazer entender que as diversidades devem ser aceitas, até o ponto em que não se desrespeite o próximo ou lhe cause danos.

Mais uma vez, o antropólogo Luiz Mott:

A homossexualidade não consta em nenhum código penal, nenhuma lei proíbe o exercício da homossexualidade a partir dos 14 anos, que é a idade que o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece como limite para o exercício da sexualidade. Então, é apenas o preconceito e a ignorância que levam as pessoas a terem tanto medo e a se esconderem no armário.⁴³

O verdadeiro problema está na educação e nos valores que são passados no âmbito familiar, uma vez que, se você aprende que a lei coíbe atos de violência, mas cresce em um ambiente familiar em que a violência é o primeiro recurso, instintivamente, vai recorrer à violência para solucionar seus problemas nas diversas áreas de sua vida. Claro que isso não é uma regra sem exceções, afinal somos indivíduos e temos nossas particularidades, admitindo, com isso, que hajam exceções.

⁴³ Disponível em: <<https://homofobiamata.wordpress.com/quem-somos-3/homofobia-e-crime/>>.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10ª ed. Rios de Janeiro. Editora Revan. 2005.

CASTRO, João Antônio Lima, Coordenador. **Direito Processual – Efetividade Técnica Constitucional**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de educação Continuada, 2010.

CUNHA, Rogério; SDILVA, Ivan Luís Marques. **Processo Penal I - Col. Saberes do Direito - Vol. 10**. Editora Saraiva, 2016.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002.

DELMANTO, Celso [et. al.]. **Código Penal Comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar** – 8ª ed. Ver atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

Direito Público. –vol. 1, n. 1 (jul./set.2003) – Porto Alegre: Síntese; **Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público**, 2005 – v.5, n19, 15,5 x 22,5. Bimestral.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**, 4ª ed. Niterói – Rio de Janeiro. Editora Impetus, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal / Rogério Greco**. – 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral** – Vol 1. 11ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. – 12 ed. rev., ampl. e atual – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

RAMOS, André Carvalho. **Mandados de Criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos**. Doutrinas Essenciais de Direitos. Editora Almedina, 2011.

Revista Jurídica LEX. Continuação de: LEX – Revista do Direito Brasileiro. v. 1 (jan/fev. 2003 – Bimestral. v.51 maio/jun. 2011

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10^a ed. Editora Malheiros – São Paulo, 2013.

Amambá Notícias. Disponível em: <<http://www.amambainoticias.com.br/brasil/intolerancia-crimes-contragays-crescem-31>>, acesso em 17 de novembro de 2017.

Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=514>, acesso em 27 de novembro de 2017.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>, acesso em novembro de 2017.

Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/dicionario-juridico,homofobia,29696.html>>. Acesso 17 de outubro de 2017.

Dicionário Online de Português. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/homofobia/>>, acesso em 17/10/2017.

G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2016/06/cada-28-horas-um-homossexual-morre-de-forma-violenta-no-brasil.html>>, acessado em 8 de setembro de 2017.

Homofobia Mata. Disponível em: <<https://homofobiamata.wordpress.com/quem-somos-3/homofobia-e-crime/>>. Acessado em 09 de outubro de 2017.

Info **Escola.** Disponível em
<<http://www.infoescola.com/psicologia/homofobia/>>. Acesso em 14 de novembro de 2017.

Jus **Brasil.** Disponível em
<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819023/mandado-de-injuncao-mi-537-sc-stf>> Acesso em 09 de dezembro de 2017.

Jus **Brasil.** Disponível em:
<<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121928188/o-que-se-entende-por-principio-da-adequacao-social>>, acesso em 27 de novembro de 2017.

UOL **Online.** Disponível em
<<http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/mundo/internacional/noticia/2017/01/19/o-medo-de-ser-gay-nos-estados-unidos-na-era-trump-267407.php>>. Acesso em 09 de dezembro de 2017.