

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACIG

**OS NOVOS PARADIGMAS DO SISTEMA JUDICIÁRIO E A CRIMINALIZAÇÃO DA
HOMOFOBIA E TRANSFOBIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PENSAMENTO
HABERMASIANO**

Priscila Duarte Rodrigues

Manhuaçu-MG
2019

PRISCILA DUARTE RODRIGUES

**OS NOVOS PARADIGMAS DO SISTEMA JUDICIÁRIO E A CRIMINALIZAÇÃO DA
HOMOFOBIA E TRANSFOBIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PENSAMENTO
HABERMASIANO**

Monografia apresentada no Curso Superior
Direito do Centro Universitário UNIFACIG,
como critério de aprovação para obtenção de
grau de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal
Orientador (a): Fernanda Franklin Seixas
Arakaki.

Manhuaçu-MG
2019

PRISCILA DUARTE RODRIGUES

**OS NOVOS PARADIGMAS DO SISTEMA JUDICIÁRIO E A CRIMINALIZAÇÃO DA
HOMOFOBIA E TRANSFOBIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PENSAMENTO
HABERMASIANO**

Monografia apresentada no Curso Superior
Direito do Centro Universitário UNIFACIG,
como critério de aprovação para obtenção de
grau de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal
Orientador (a): Fernanda Franklin Seixas
Arakaki.

Banca Examinadora

Data de Aprovação: _____ de _____ de _____

Prof.^a Fernanda Franklin Seixas Arakaki (Orientadora)
Centro Universitário Unifacig

Prof.
Centro Universitário Unifacig

Prof.
Centro Universitário Unifacig

Manhuaçu
2019

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a análise da criminalização da homofobia e da transfobia no Brasil. Tal análise, justifica-se pela necessidade do debate em torno das questões que envolvem as minorias lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros (LGBTI) e no crescente aumento de violência com base no preconceito e na discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero em um Estado Democrático de Direito, especialmente após a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26 e do Mandado de Injunção n.º 4733 em que a decisão da Suprema Corte faz refletir sobre a omissão ou não do Estado em torno do tema. Para tanto, far-se-á uma pesquisa de caráter bibliográfica de abordagem qualitativa, cujo método será o analítico, utilizando-se das ideias de Habermas.

Palavra-Chave: Criminalização; Homofobia; Direitos Individuais e Coletivos; Crimes de Ódio; Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the criminalization of homophobia and transphobia in Brazil. This analysis is justified by the need for debate on issues involving lesbian, gay, bisexual, transvestite, transsexual and transgender (LGBT) minorities and the growing increase in violence based on prejudice and discrimination by sexual orientation or gender identity in a Democratic State of Law, especially after direct action of unconstitutionality by Omission No 26 and Order of Injunction No 4733 in which the Supreme Court's decision reflects on the omission or not of the State around the theme. To this end, a bibliographic research of qualitative approach will be carried out, whose method will be analytical, using Habermas' ideas..

Keywords: Criminalization; Homophobia; Individual and Collective Rights; Hate Crimes; Dignity of the Human Person

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. DIVERSIDADE SEXUAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ	9
2.1. DIFERENÇA ENTRE HOMOSSEXUALIDADE E TRANSEXUALIDADE.....	9
2.2. HOMOFOBIA E DEFINIÇÕES	11
2.3. A POPULAÇÃO LGBTI, OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS	12
3. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL E À MINORIA LGBT NUMA CONCEPÇÃO HABERMASIANA	14
3.1. ESTADO DE DIREITO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	14
3.2. CONCEITO, FUNDAMENTOS E CARACTERÍSTICAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	15
3.3. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E MINORIA LGBTI NA CONCEPÇÃO HABERMASIANA.....	18
4. A HERMENÊUTICA PENAL E A REAL PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO LGBT: ENTRE A LEI E A NORMA	20
4.1. NORMA E LEI PENAL.....	21
4.2. INTERPRETAÇÃO ANÁLOGICA E ANALOGIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO	22
4.3. SANÇÃO PENAL DE CONDUTAS DISCRIMINATÓRIAS	22
4.3.1. Dos crimes contra honra	23
4.4. LEI DO RACISMO Nº 7.716/89 E PLC 122/06	24
5. A CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A PROTEÇÃO ÀS MINORIAS LGBTI	28
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	31
7. REFERÊNCIAS	33

1. INTRODUÇÃO

A sociedade tem experimentado mudanças em vários aspectos existenciais e sociais. Dentre eles, há um novo olhar para questões da sexualidade, tendo em vista o aumento do diálogo e das discussões ético-políticas que envolvem o tema.

Nesta vertente, e, diante a necessidade da efetividade normativa da Constituição Federal de 1988, se faz importante refletir sobre os indivíduos e os diversos grupos sociais em que estão inseridos, dentre eles os homossexuais e os transexuais. Para tanto, é preciso fazer uma reconstrução intersubjetiva das relações, que atinge a esfera pública, devendo ser feita através do poder comunicativo, que é capaz de neutralizar o poder social dos grupos de pressão e assegurar os direitos das minorias, mediando a integração social entre os grupos e o sistema, na busca pela concretização dos ditames constitucionais do respeito por todos e na responsabilidade solidária entre os cidadãos.

Não obstante, a legislação penal brasileira, irradiada pela Constituição Federal, possui o cunho de proteger os bens jurídicos mais relevantes e consubstanciar a paz nas relações sociais, vez que, segundo Durkheim (2007) a prática de delitos é um fenômeno social normal, e que tem como condição à situação ao qual o indivíduo encontra-se submetido pela sua própria razão em sociedade, devendo o direito penal auxiliar no processo evolutivo da sociedade na busca da paz (DURKHEIM, 2007, p. 83) e da felicidade, princípio norteador e mais almejado pelos indivíduos em qualquer tempo e qualquer sociedade (Aristóteles, 1973, p. 251).

Parte da sociedade acredita ser necessária a criação de lei para proteger direitos do grupo de lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, transgênero e intersexuais (LGBTI). Contudo, para outra parte da sociedade não se faz necessário, vez que o direito penal já resguarda os bens jurídicos mais relevantes, consubstanciados nos direitos e garantias fundamentais pautados pela Constituição Federal de 1988.

Desta forma, os direitos da minoria LGBTI, em face dos direitos prescritos na Constituição Federal e no Código Penal estão de fato protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro? O STF poderia igualar os crimes de homofobia com os de racismo, ultrapassando os limites de sua competência constitucional? Ou seria usurpação de competência do poder legislativo?

Esta discussão, ganhou fôlego com a criação do projeto de lei que visa incluir na legislação brasileira os crimes de discriminação e preconceito por orientação sexual e/ou identidade de gênero. Tal projeto de autoria do Senador Weverton Rocha Marques de Sousa, foi incluído em pauta pelo Senador Alessandro Vieira e aprovado no primeiro turno da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado em 22 de maio de 2019 com proposta de emendas.

Apesar da iniciativa, o Poder Legislativo, como o responsável de tutelar essas questões, devido principalmente a morosidade, tem se omitido na sua função primária de legislar, e, com isso, abre margem para iniciativas nas vias judiciais como o Mandado de Injunção 4733 do Distrito Federal e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, que têm como objetivo editar lei para criminalizar a homofobia e transfobia.

Diante o exposto, o presente trabalho tem por objetivo analisar a necessidade de modificar a Lei 7.716, para incluir os crimes praticados contra a população LGBTI como forma de garantir e resguardar os direitos dessas minorias no Estado Democrático de Direito.

Para tanto, será feito uma pesquisa de caráter bibliográfica de abordagem qualitativa, cujo método será o analítico, utilizando-se das ideias de Habermas (1998) partindo da premissa da noção de democracia na esfera pública e o lugar das minorias sociais em um verdadeiro Estado Democrática de Direito.

Desta forma, o trabalho será dividido em seis capítulos, explorando logo após a introdução, os conceitos básicos que envolvem o tema, como diversidade sexual, discriminação, homofobia/transfobia, tanto no campo do Direito como em outras áreas do conhecimento, fazendo-se uma análise dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, num comparativo com as normas vigentes.

Nesta vertente, no terceiro capítulo, será apresentado a definição de Estado Democrático de Direito diferenciando o mesmo de Estado de Direito e como a Democracia e o Estado de Direito tem sido vivenciado no Brasil, primordialmente para demonstrar o sentido da democracia e a importância da proteção às minorias, em especial a LGBTI, através do agir comunicativo no espaço público, numa concepção Habermasiana.

No quarto capítulo será investigado a hermenêutica do direito penal e a real proteção do bem jurídico LGBTI, fazendo importantes considerações sobre a norma penal.

No quinto capítulo será feita uma análise sobre as decisões da Corte constitucional brasileira que envolveram o tema em comento e a necessidade da elaboração de um novo tipo penal para a defesa da minoria LGBTI.

Finalmente, no sexto capítulo, serão tecidas as considerações finais com base nas análises pesquisadas de forma clara e objetiva.

2. DIVERSIDADE SEXUAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

A diversidade é algo que conduz a humanidade desde os primórdios, pois apesar de algumas coincidências empíricas, a individualidade é inerente a humanidade, seja na cultura, na cor de pele, religião, língua ou o modo de entender a vida, não há humanos exatamente iguais, essa diversidade faz com que a humanidade se desenvolva a cada dia.

Assim como em outros aspectos há diversidade também na sexualidade não tendo como pontuar uma por uma, pois são diversas. A diversidade sexual não é tão aceita pela maioria da sociedade.

Fazendo necessário entender a diferença entre homossexualidade e transexualidade, abrilhantando os conhecimentos sobre a diversidade sexual, após entender as principais diferenças entre homossexuais e transexuais, será apontado o significado de homofobia, quando surgiu esse tipo de discriminação. Salienta-se a todos são devidos a dignidade, trazida pela Carta Magna juntamente com os princípios fundamentais e os direitos individuais e coletivos de cada cidadão.

2.1. DIFERENÇA ENTRE HOMOSSEXUALIDADE E TRANSEXUALIDADE

Nos dias atuais, devido às diversas vertentes significativas no âmbito da liberdade e da diversidade sexual algumas definições e diferenciações técnicas se fazem necessária para melhor esclarecimento e delimitação do tema, em especial no que tange os homossexuais, transexuais, transgênero.

Neste desiderato, existem algumas diferenças técnicas entre o transexual e o transgênero. A transexualidade é um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal-estar ou de inadaptação por referência de seu próprio sexo, desejando submeter-se a uma intervenção cirúrgica e um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo ao sexo desejado. A orientação sexual de um transexual depende de sua orientação de gênero, como por exemplo, um homem pode sentir-se mulher e ser lésbica ou heterossexual (KAMILA MOURA, 2017, on-line).

A transexualidade/transgênero refere-se a condição do indivíduo que possui uma identidade de gênero diferente daquela do nascimento, desejando ser aceito o

sexo oposto o qual se manifesta como sendo o seu (KAMILA MOURA, 2017, on-line).

Já o transgênero se identifica como o transexual, contudo a diferença é que o transexual se submete à cirurgia de redesignação sexual, enquanto o transgênero não, embora use hormônios do sexo desejado (KAMILA MOURA, 2017, on-line).

O homossexual é um homem ou uma mulher que sabe o que é, ou seja, não tem nenhum transtorno, não tendo nenhum problema com sua identidade ou seu corpo, porém sente atração sexual e desejo de se relacionar de forma amorosa com pessoas do mesmo sexo que o seu. Referindo-se à característica, condição ou qualidade de um ser que sinta atração física, estética e/ou emocional por outro ser do mesmo sexo ou gênero (KAMILA MOURA, 2017, on-line).

A homossexualidade, corresponde às pessoas LGBTIs em geral, desde as origens da humanidade é conhecida, sendo tão antiga quanto a heterossexualidade. Sua aceitação, repúdio, e tolerância são próprios de cada civilização que existem até hoje. O que muda são os costumes e os usos de cada geração e a história que se arrasta desde o princípio da humanidade (KAMILA MOURA, 2017, on-line).

Neste desiderato, se faz necessário fazer uma análise de como eram as relações LGBTIs, segundo Maria Berenice Dias (2017),

O relacionamento homossexual entre homens tinha presença destacada. A bissexualidade era encarada com naturalidade. Agregava verdadeiro sobrelvor a quem ocupava a posição ativa da relação. Nas duas grandes civilizações antigas – cujo pensamento definiu a cultura ocidental – a homossexualidade sempre foi amplamente aceita. Representava estágio de evolução da sexualidade, das funções definidas para os gêneros e para as classes. Fazia parte do tecido social na Grécia Antiga e era importante também no Império Romano. Com o nome de pederastia, a homossexualidade ocupava um lugar na estrutura social como ritual sagrado (MARIA BERENICE DIAS, 2017 p. 50).

Para os gregos a sexualidade era associada com o cotidiano dos deuses, os seres adorados na época, são variadas as histórias de amores entre deuses gregos, que perduraram pela mitologia até os dias atuais. Entretanto não se sabe ainda exatamente o porquê e a importância dessas práticas naqueles tempos, sabendo apenas que tais práticas eram vangloriadas. Quanto a heterossexualidade, era tida como um intuito de procriação e não de prazer, em contrapartida a homossexualidade era vista como necessidade e exercida em lugares sagrados,

cultos, sendo assim uma forma de satisfazer a libido, um privilégio aqueles que habitavam nas maiores classes sociais da Grécia.

Já para os Romanos as relações homossexuais eram vistas como fenômeno natural, tendo a mesma hierarquia do que qualquer outro tipo de relação entre eles, contudo, existia um preconceito no que se refere a passividade, pois era associada com a subordinação feminina e com impotência política.

Maria Berenice Dias (2017) explica uma diferença entre os dois povos

Os homens gregos cortejavam os meninos de seu interesse, com agrados que visavam persuadi-los a reconhecer sua honra e suas boas intenções; entre os romanos, o amor por meninos livres era proibido, uma vez que a sexualidade desse povo estava intimamente ligada à dominação. Assim, era-lhes permitido apenas o amor por jovens escravos (MARIA BERENICE DIAS, 2017 p. 50).

Assim, apesar da diversidade sexual ser uma realidade existente desde os tempos mais remotos, não é aceita pela sociedade de forma pacífica, dividindo opiniões, tornando-se um tema bastante polêmico que levanta discursos inflamados e, em alguns casos, o preconceito existente contra essa parcela minoritária da população, leva a violência, tanto física quanto psicológica, conhecidos como homofobia e transfobia

2.2. HOMOFOBIA E DEFINIÇÕES

O termo “homofobia” atualmente quando se fala é em sentido amplo (lato sensu), há de se entender que seu significado traduz um campo de atuação que engloba todos os preconceitos e discriminação por conta das diferenças de sexo/gênero/sexualidade. Assim como a transfobia, LGBTIfobia, dentre outros (MARIA BERENICE DIAS, 2017).

Os homofóbicos são aqueles que não aceitam que uma pessoa homossexual possa se relacionar com pessoas do mesmo sexo, ou até o próprio homossexual como forma de negação acaba por discriminar sua classe. Já os transfóbicos acreditam que um indivíduo transexual não pode se sentir melhor como se fosse do sexo oposto.

Para Ana Lucia Santana (2019), o que tem como definição de homofobia vem do ódio, do preconceito, da repugnância que algumas pessoas tem contra

homossexuais, contudo muitas vezes a homofobia pode partir do próprio homossexual, como forma de negação e ocultação da orientação sexual, sendo que a segunda pode ocorrer quando este contrai matrimônio com o sexo oposto (mulheres) e contrai uma família, sem que sua opção sexual seja revelada. Segundo afirmação de Ana Lucia Santana (2019) o termo homofobia foi introduzido inicialmente pelo psicólogo estadunidense George Wainberg, procurando identificar os traços da “personalidade homofóbica”, em 1971.

Assim, como a homofobia a transfobia é a discriminação, repulsa, ódio ou preconceito, só que esses comportamentos são praticados contra os transexuais/transgênero.

Para alguns a maior parte de repúdio que existe contra os LGBTIs deriva das religiões como um todo. Explicando que em primeiro momento as religiões toleravam os atos e relações homossexuais, fazendo parte de cultos religiosos com os homens que eram devotos, contudo, com o advento e notoriedade do cristianismo os pensamentos se inverteram. O sexo, nesta religião é visto como pecado e admitido só no âmbito matrimonial e para fins de procriação

2.3. A POPULAÇÃO LGBTI, OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Os princípios fundamentais, assim como os direitos individuais e coletivos, são resguardados pela Carta Magna de 1988 (art 5º). bem como a dignidade da pessoa humana em seu art. 1º, III.

Tais princípios garantem a igualdade a todos os cidadãos, independentemente de cor, orientação sexual, classe social, etc. Para Alexandre de Moraes, o princípio da Igualdade:

Opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social (MORAES, 2003, p. 51).

Segundo Alexandre de Moraes (2003, p. 51), existem tratamentos normativos diferenciados, sendo que estes não atingem as cláusulas pétreas, havendo então compatibilidade com a Constituição de 1988, tendo sua utilidade quando houver a necessidade de alcançar uma finalidade razoável, para que o fim visado seja proporcionado.

Insta salientar que o ordenamento jurídico elenca o que pode ou se permite fazer, salvo em virtude de lei conforme preceitua a Constituição em seu art. 5º, II.

Nota-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer tipo de ofensa à integridade física ou moral de outrem é repudiado, principalmente quando esta é feita de forma fútil ou por motivo torpe, para Paulo César Busato (2018).

O ordenamento jurídico traz a penalização para quem comete crimes contra a vida ou a integridade física de outrem, bem como se este for cometido por motivos fúteis ou torpes. sendo que o motivo torpe é aquele considerado como imoral, vergonhoso, repudiado moral e socialmente algo desprezível, já o motivo fútil é aquele motivo insignificante, banal motivo que normalmente não levaria ao crime, havendo uma desproporcionalidade entre o crime e a causa (BUSATO, 2018).

Os princípios fundamentais da Carta Magna são para todos os brasileiros, e para aqueles que residem no país, devendo ser resguardada sua dignidade, sua honra, seu direito de ir e vir, sua opinião sexual, sua crença, não podendo ser discriminados por ninguém por causa de suas escolhas (BRASIL, 1988).

Constata-se que apesar de todos serem iguais perante a lei conforme disposto na Constituição Federal, esta lei admite tratamentos normativos diferenciados, para que a finalidade seja devidamente alcançada.

Na Constituição Federal, é destacada a necessidade de preservar a dignidade da pessoa humana, dessa forma fica claro que qualquer forma de discriminação é condenada e punida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para firmar ainda mais essa forma de punibilidade no Código Penal brasileiro existem os crimes contra a honra que são devidamente punidos, ou seja, poderá ser o agressor punido com prisão ou até mesmo ter que indenizar a vítima.

Contudo, apesar do ordenamento jurídico se opor a qualquer forma de discriminação, nota-se que certos grupos, como os LGBTIs são frequentemente atacados, tornando clara a necessidade de ter punições mais transparentes para quem discrimina aqueles que fazem parte deste grupo.

3. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL E À MINORIA LGBT NUMA CONCEPÇÃO HABERMASIANA

O Estado democrático de direito é aquele que garante o atendimento a elementos básicos que promovam uma vida digna a todos os cidadãos, a partir de um Estado governado democraticamente. Ele está baseado no cumprimento por parte dos governos das normas de direito, o que já era proposto pelo chamado Estado de Direito (conhecido como Estado social e Estado de bem-estar social), que compreende uma série de medidas que devem ser atendidas pelo Estado soberano.

Nesta vertente, para a análise da proteção dos grupos minoritários no Estado Democrático de Direito brasileiro, mormente os grupos LGBTI, importante se faz a compreensão do surgimento do Estado Democrático de Direito e suas origens, para após trazer sua conceituação, apresentando suas principais características e fundamentos.

3.1. ESTADO DE DIREITO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Existe uma diferença entre as categorias jurídicas do Estado de Direito e Estado Democrático de Direito. O Estado de direito foi criado nos séculos XVII e XVIII no âmbito das revoluções que provocaram mudanças na organização política das sociedades inglesa e francesa ao acabar com absolutismo (forma de governo autoritária) e implantar o parlamentarismo (sistema de governo, composto por um corpo parlamentar) (ESCOLA BRASIL,2019, on-line).

No sistema parlamentar, os legisladores devem governar a partir do que está previsto nas leis, não podem cometer excessos, sobre pena de serem destituídos de seus cargos, isso ocorre, pois no Estado de Direito há previsão de uma espécie de direito natural, que deve ser regulado pelo contrato social como foi estabelecido como foi estabelecido no âmbito da filosofia política pelo filósofo inglês John Locke (ESCOLA BRASIL,2019, on-line).

Para John Locke em sua teoria do contrato social, todos os cidadãos têm direitos por natureza, e na medida que podem surgir conflitos da reivindicação desses direitos, os cidadãos unem-se na sociedade e estabelecem um acordo para que haja a mediação entre os conflitos e conseqüentemente a paz. Ao descumprir esse pacto ou o contrato social o cidadão comete um crime (ESCOLA BRASIL,2019, on-line).

Com base nessas ideias, França e Inglaterra implantaram o parlamentarismo, com a diferença de que os ingleses adotaram o parlamentarismo com a monarquia, já os franceses adotaram o sistema republicano (ESCOLA BRASIL, on-line, 2019).

Em face de alguns problemas sociais no início do século XX, os economistas passaram a rever o liberalismo econômico, que fundamentava o Estado de Direito. O economista inglês John Maynard Keynes, criou uma teoria que ficou conhecido como Keynesianismo ou social- democracia, sendo conhecido no meio Jurídico o Estado Democrático de Direito (ESCOLA BRASIL, 2019, on-line).

A junção dos Estados Liberal e Social não é uma fácil missão e, segundo José Afonso da Silva (1988):

O Estado democrático de Direito concilia Estado democrático e Estado de Direito, mas não consiste apenas na reunião formal dos elementos desses dois tipos de Estado. Revela, em verdade, um conceito novo que incorpora os princípios daqueles dois conceitos, mas os supera na medida em que agrega um componente revolucionário de transformação do *status quo* (SILVA, 1988 p 15)

Com isso, o Estado Democrático de Direito passou a formar um novo conceito, bem diferente do que já era feito no Estado de Direito, por acomodar em si novos elementos que dizem respeito à vida e as suas regulações nas sociedades contemporâneas.

3.2. CONCEITO, FUNDAMENTOS E CARACTERÍSTICAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Logo após vitória dos países democráticos e a segunda guerra mundial, foi-se instaurado um fenômeno jurídico conhecido como “substancialismo das constituições”, através dele surgiram importantes mudanças no contexto da efetivação dos direitos humanos na Constituição Federal de 1988 e o paradigma de um Estado Social. A partir daí, Fiori (1997) ao ensinar sobre as quatro pilastras de identificação de um Estado Social, compara os movimentos ideológicos com os que surgiram após a 2ª Guerra Mundial, atribuindo força significativa ao clima.

de solidariedade nacional que instalou-se logo depois da guerra dentro dos países vencedores e vencidos, e, logo depois, pela solidariedade supranacional gerada pelo novo quadro geopolítico. A nova situação ao bipolarizar ideologicamente os conflitos mundiais entre duas propostas excludentes de organização econômica e

social, criaram os estímulos ou receios necessários para consolidar as convicções "socialmente orientadas" de todos os governos, aí incluídos os conservadores os democrata-cristãos e os liberais (FIORI, 1997, p. 134).

A partir disso foi instaurado o chamado constitucionalismo nos regimes democráticos, consolidando o Estado como atuante para a garantia de direitos aos cidadãos, atribuindo-lhe, um papel bem mais significativo que apenas uma garantia de abstenção estatal. Deborah Moretti e Yvete da Costa (2016) destacam que:

[...] a meta central das constituições modernas pode ser resumida na promoção do bem-estar do ser humano, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de exercício de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção aos direitos individuais, sua efetivação. (MORETTI E COSTA, 2016, p. 115)

Diante disso é importante frisar a ideia de que o Estado Democrático de Direito é uma síntese de duas ideias que na sua origem são antagônicas: a democracia e o constitucionalismo. Por um lado, a ideia de democracia está fundada na soberania popular, e por outro lado, está o constitucionalismo fundado na ideia de limitação do poder do Estado.

Segundo Loewenstein (1986), teve início na era das revoluções o fenômeno do constitucionalismo, e, surgiu como forma de estabelecer racionalidade na existência da autoridade do Estado, fundamentando bases jurídicas nas relações entre o Estado e os seus cidadãos, afastando justificativas de cunho religioso ou bélico, além consubstanciar limites ao poder do Estado (LOEWENSTEIN, 1986. p. 150).

Entretanto, houve mudanças nesse esse cenário na metade do Século XIX, que a partir desse momento as massas populares se juntam para reivindicar igualdade de participação no âmbito das decisões estatais, com o fim de haver a consolidação de um regime democrático.

As teorias constitucionais existentes e até então majoritárias à época, tiveram dificuldade para sustentar uma estrutura jurídica que possibilitasse conformar o constitucionalismo com um regime democrático, vez que ao mesmo tempo que limita o poder do Estado, no constitucionalismo, impõe decisão política majoritária a todos os concernidos, inclusive contra a vontade destes na democracia. Assim, fica inviabilizada a concretização do interesse de uma minoria se apenas reconhecer as decisões majoritárias, não sendo viável impor e ao mesmo garantir direitos

fundamentais aos concernidos, com a necessidade de desenvolver mecanismos que delimitassem as decisões majoritárias, a partir desse ponto poderá viabilizar direitos e garantias fundamentais também das minorias, desembocando no que atualmente é conhecido como o fenômeno do neoconstitucionalismo.

Habermas (2003), aponta que a harmonização entre democracia e constitucionalismo é possível, e fundamenta dizendo que ela acontece por meio de duas premissas: a adesão livre dos destinatários as normas, bem como do reconhecimento destas como o parâmetro que regula a convivência (HABERMAS, 2003). Segundo ele, as limitações que podem se originar do constitucionalismo revela-se como origem sociedade estatal, contendo o arbítrio, freando as paixões, para que seja possível que pessoas diferentes possam conviver e se tolerar.

Assim, têm-se por democracia, um regime em que a sociedade tenha possibilidade de ver seus direitos defendidos, independentemente da expressão de grupos numéricos, políticos ou economicamente majoritários; Já por constitucionalismo, têm-se um modelo de organização estatal em que o poder esteja controlado, em uma ordem bem dividida pelo sistema normativo que se impõe aos governantes e governados; finalmente, têm-se por neoconstitucionalismo o fenômeno de interpretar o Direito a partir da valorização dos direitos humanos, cuja expressão máxima são os direitos fundamentais, em que o Estado de Direito foi superado pelo Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 encontra-se traduzindo a democracia e o neoconstitucionalismo como pontos de partida para sua organização, tendo como centro para o ordenamento jurídico a promoção dos direitos fundamentais e o reconhecimento das diversidades, expondo uma verdadeira tensão entre as vontades dos grupos majoritários e o dever de proteção grupos minoritários, que Kelsen (2000) explana:

De fato, a existência de uma maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria e, por conseqüência, o direito da maioria pressupõe o direito à existência de uma minoria. Disto resulta não tanto a necessidade, mas principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria. Esta proteção da minoria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares (KELSEN, 2000, p. 67).

Dessa forma, a democracia neoconstitucional como regime de governo ideal, no final deste século, tem como objetivo buscar harmonizar essa tensão de forma que encontre o equilíbrio institucional, para que a sociedade se torne politicamente organizada.

3.3. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E MINORIA LGBTI NA CONCEPÇÃO HABERMASIANA

A referência tradicional de Estado e os direitos fundamentais previstos na constituição, estão excedem no que tange ofertar respostas concretas às demandas da atualidade. Tanto o Estado de Direito e o Estado democrático de Direito se mostram falhos às questões inerentes a reconhecimentos de grupos minoritários que se autorreconhece por critério de cor, raça, orientação sexual e identidade de gênero, etc. que necessitam de reconhecimento, e por isso precisam que o Estado adote políticas específicas, tornando mais digna a vida dos que fazem parte desses grupos.

Para Habermas (1998), as diferentes conformações que as ordens jurídicas possuem não se devem apenas a forma como foram consagrados os direitos fundamentais nelas “são também refletidas paradigmas legais”.

Assim, as referências dos Estado Democrático de Direito expõe-se como possível a às respostas às dificuldades ao reconhecimento do grupos mencionados alhures, tomando as diversidades componentes normais da democracia podendo oferecer respostas aos atuais problemas de desagregação social e a luta pelo reconhecimento, vez que trabalha com a democracia em conjunto com a constitucionalidade fundamental para compreender o papel do Direito e dos Poderes Políticos na atualidade.

Diante disso, torna-se ainda mais evidente a necessidade do reconhecimento das minorias, Habermas (1988) alerta o perigo que pode significar para uma democracia o momento em que fique claro que eles não:

[...] têm chance de ainda terem seus direitos contemplados diante dos tribunais, assim que os eleitores não acreditem que seu voto possa influenciar em alguma medida a política do governo, [momento em que] o direito terá se transformado num instrumento de controle comportamental e a decisão democrática da maioria em um irrelevante espetáculo de ilusão ou auto-ilusão (HABERMAS 1998, p. 86).

. O Estado Democrático de Direito possui condições para responder às demandas da minoria já que está fundado na pluralidade e na diversidade, possibilitando mecanismos de reconhecimentos da diversidade de orientação sexual e identidade de gênero.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, assim como as demais constituições democráticas, possui mecanismos que viabiliza o reconhecimento das decisões minoritárias nos espaços públicos, porém, ainda se faz necessária algumas medidas para a efetivação dessa proteção, principalmente quando o assunto é omissão legislativa e grupos minoritários

4. A HERMENÊUTICA PENAL E A REAL PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO LGBT: ENTRE A LEI E A NORMA

Crucial se faz, inicialmente, trazer a relação existente entre a lei e a norma penal, sendo a lei, o texto legal descrito no tipo penal, ou seja, é a regra descrita no texto legislativo, tendo como finalidade tornar expresso a proteção ao bem jurídico e o comportamento indesejável e perigoso pela coletividade. Por outro lado, a norma penal é o que se extrai da norma, é o que se é possível compreender do texto da lei.

Neste diapasão, encontra-se a lei penal e a necessidade de sua interpretação no momento de sua aplicação, para tanto, é preciso compreender todo o complexo normativo ao qual é inserido o comportamento contrário ao esperado pela sociedade.

Dentro do Código Penal vigente, referido princípio está definido no artigo 1º, que estabelece que não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem prévia cominação legal. Na Constituição Federal, sua descrição está no artigo 5º, inciso II, e prevê que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; e, ainda, no inciso XXXIX, do mesmo artigo, que estabelece: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Neste diapasão, demonstra-se que algo não descrito em lei como sendo proibido não poderá ser visto como tal, evitando o princípio da consunção. A partir do significado do princípio da legalidade, consegue-se extrair dentre outros princípios, principalmente o princípio da reserva legal; o princípio da anterioridade da lei penal; e o princípio da especificidade da lei penal, todos corolários de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Necessário trazer ainda a baila, que o direito penal não pode fazer interpretação *in malam partem*, vez que

Assim, segundo preceitua Cezar Roberto Bittencourt (2014, p. 51):

[...] objetiva-se que o princípio da legalidade, como garantia material, ofereça a necessária segurança jurídica para o sistema penal. O que deriva na correspondente exigência, dirigida ao legislador, de determinação das condutas puníveis, que também é conhecida como princípio da taxatividade ou mandato de determinação dos tipos penais.

O princípio da legalidade, se constitui como uma garantia do cidadão, material conforme ensinam Sanches e Bittencourt, onde o Estado apenas servirá de meios previamente estabelecidos pela lei quando da aplicação da lei penal, um vez que em nosso ordenamento jurídico a regra é a manutenção dos direitos individuais, na maior abrangência possível, somente admitindo a intervenção estatal balizada por parâmetros claros, objetivos e prévios.

Segundo Luiz Régis Prado (2014), o princípio da legalidade possui decorrência lógica garantias e consequências que consubstanciam seu aspecto material, a saber: garantias criminal e penal; garantias jurisdicional e penitenciária (de execução); princípio da irretroatividade da lei e o princípio da determinação ou da taxatividade.

De acordo com os ditames da Constituição as garantias criminal e penal decorrem da impossibilidade de existência de crime e pena sem lei em sentido estrito e concretizada. “ A lei formal, e tão somente ela, é fonte criadora de crimes e de penas, de causas agravantes ou de medidas de segurança, sendo inconstitucional a utilização em seu lugar de qualquer outro ato normativo” (PRADO, 2014, p. 162).

4.1. NORMA E LEI PENAL

A norma se diz especial quando contiver os elementos de outra e acrescentar pormenores. Uma norma especial acrescenta elemento próprio à descrição típica prevista. Diante disso, o princípio da especificidade preceitua que a norma especial afasta a incidência da norma geral (*lex specialis derogat legi generali*, assim havendo duas leis regulamentando a mesma matéria deve ser aplicada naquele em detrimento da geral, diante disso Ravênia Márcia de Oliveira Leite (2009) explana:

O conflito aparente de leis penais ocorre quando a um só fato, aparentemente, duas ou mais leis são aplicáveis, ou seja, o fato é único, no entanto, existe uma pluralidade de normas a ele aplicáveis. O Direito Penal estabeleceu uma série de princípios que visam solucionar a questão, os quais são adiante apresentados, articuladamente. O Princípio da Especialidade estabelece que a lei especial derroga a geral. Considera-se lei especial aquela que contém todos os requisitos da lei geral e mais alguns chamados especializantes. (Consultor Jurídico, 2009).

Esse princípio evita o *bis in idem*, e pode ser estabelecido *in abstracto*, diferentemente dos outros princípios que exigem o confronto in concreto das leis que definem o mesmo ato.

4.2. INTERPRETAÇÃO ANÁLOGICA E ANALOGIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Diante a importância da análise do tema LGBTI e sua proteção pelo ordenamento jurídico brasileiro, traz-se à análise da pesquisa a interpretação analógica e a analogia, fundamental para o estudo e aplicação das normas penais.

Neste sentido, analogia é tida como uma das formas de integração da lei, diante disso, aplicar-se-á uma norma semelhante, quando existir uma lacuna onde não estiver regulamentação expressa na lei, porém, quando se trata do direito penal, essa aplicação fica bastante restrita, posto que não é possível fazer uso da analogia para prejudicar o réu. Assim, essa não basta para obstar as lacunas que existem em relação a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, posto que na interpretação penal, se utilizar deste recurso é fazer interpretação *in malam partem*, não sendo permitido por nosso ordenamento jurídico (MEGAJURÍDICO, 2016, on-line).

Noutra vertente, a interpretação analógica pode ser chamada também de *intra legem*, sendo a maneira de interpretação e utilização da lei da maneira análoga, para punir ou beneficiar, em um caso onde o assunto tratado nele é semelhante ao tratado na legislação. Desta feita, também não é possível essa forma de interpretação da lei penal, posto que as leis penais vigentes, como estão dispostas, não abrem qualquer possibilidade para a interpretação analógica, não deixando o legislador, um modelo prévio a ser seguido, que comporte estender a inclusão das pessoas incluídas no grupo LGBTI como vítimas pela legislação penal atualmente existente.

4.3. SANÇÃO PENAL DE CONDUTAS DISCRIMINATÓRIAS

No ordenamento jurídico brasileiro existem diversos normativos que criminalizam atos discriminatórios, fazendo-se necessário, portanto, o estudo de quais comportamentos são enquadrados como discriminação pelas leis penais brasileiras. Dentre eles está a Lei n. 7716/89 que define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor etnia, religião ou procedência nacional,

tendo também as condenações que se referem a honra do indivíduo previstos no Código Penal Brasileiro.

No Código Penal brasileiro está previsto os crimes contra honra, tendo as devidas punições, a partir disso Fernando Capez explica que a honra deverá ser tutelada.

As leis existentes para defesa dos direitos, da dignidade da pessoa humana, da honra. Com isso leis específicas são criadas para a defesa de grupos que são frequentemente discriminados, assim como a Lei do Racismo, que pune aquele que age com preconceito pela raça, cor, etc.

4.3.1. Dos crimes contra honra

Para Fernando Capez (2017), deverá ser tutelada a honra, sendo aquilo que as pessoas pensam a respeito do indivíduo no que tange as qualidades físicas, intelectuais, morais e demais dotes da pessoa humana.

Quanto aos crimes contra honra, para Fernando Capez (2017) àqueles delitos que ofendem bens imateriais da pessoa humana, a sua honra pessoal, sendo eles: Calúnia (CP, art. 138), difamação (CP, art. 139) e injúria (CP, art.140). Dessa forma, tem o homem direito à vida, à integridade física e psíquica, como também a não ser ultrajado em sua honra, pois o seu patrimônio moral também é digno de proteção. Tal proteção é garantida pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, X, prevê que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Os crimes são praticados com dolo de dano, ou seja, o agente quer ofender a honra alheia, sendo considerado como crime formal, contudo para se ter o crime como consumado é necessário a ocorrência do resultado, ou seja, que o agente cause danos à reputação do ofendido (CAPEZ, 2017, p. 269).

Sendo que a doutrina costuma conceituar a honra sobre vários aspectos, primeiramente distinguindo a objetiva da subjetiva, sendo que a honra objetiva diz respeito a opinião de terceiros no tocante aos atributos físicos, intelectuais e morais de alguém. Neste sentido a Calúnia e Difamação ofendem a honra objetiva, vez que atingem o valor social do indivíduo. Já a honra subjetiva refere-se à opinião do sujeito a respeito de si mesmo, em suma diz respeito ao amor-próprio, não

importando a opinião de terceiros. O crime de injúria atinge a honra subjetiva. Dessa forma, para a sua consumação, basta que o indivíduo se sinta ultrajado, sendo prescindível que terceiros tomem conhecimento da ofensa (CAPEZ, 2017, p. 268).

No Código Penal está previsto também o crime de injúria que ao contrário da difamação e da calúnia, tem como bem jurídico tutelado a honra subjetiva que é constituída pelos atributos morais (dignidade), físicos, intelectuais, sociais (decoro) e pessoais de cada indivíduo. Com previsão no art. 140 do Código Penal, que diz: injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou decoro.

4.4. LEI DO RACISMO Nº 7.716/89 E PLC 122/06

Com relação à Lei 7716/89, conhecida com a “Lei do Racismo”, percebe-se, em seu primeiro artigo, que os crimes são punidos resultantes de discriminação de raça, cor, etnia, religião, ou procedência nacional (BRASIL, 1989).

Tendo o objetivo de alterar a lei 7.716 de 05 de janeiro de 1989, definindo como crime os atos resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, sendo criminalizados tais atos, estes passaram a ser penalizados fazendo com que se modifique o Código Penal, a Constituição e até mesmo a CLT.

A intenção da criação de norma para regular tais atos, é de possibilitar a criminalização do crime de homofobia e transfobia no de racismo, regulamentado pela lei 7.716 de 1999, a qual pune os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (BRASIL, 1989).

Para o ex- procurador geral da República, Rodrigo Ganot, a homofobia e a transfobia deve ser equiparada ao crime de racismo através de legislação. Segundo ele a equiparação seria uma das alterações à falta de lei específica sobre o assunto. Há uma ‘clara ausência’ de norma que legisle sobre a questão e que tal cenário inviabiliza a liberdade de orientação sexual e identidade de gênero “. Completando ainda que: o Congresso Nacional já deveria ter tipificado como crime a homofobia (lato sensu) e, portanto, é importante que o STF se manifeste para que uma norma que criminalize homofobia seja criada. Para o ex procurador-geral (REVISTA FÓRUM, 2018. on-line),

A parca legislação penal em vigor não mais dá conta da discriminação e do preconceito referentes à orientação sexual e à identidade de gênero. Ele considera importante que o STF intervenha para acelerar o processo de produção normativa e conferir concretização aos comandos constitucionais de punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e da prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão (revista fórum, on-line 2018).

Ressalta-se que os crimes previstos na Lei 7.716 foram incluídos no ordenamento jurídico, após uma análise minuciosa do projeto apresentado pelo deputado Carlos Alberto de Oliveira em 1989. Com a sanção, a lei regulamentou o trecho da Constituição Federal que torna inafiançável e imprescritível o crime de racismo que todos são iguais sem discriminação de qualquer natureza.

A proteção ao bem jurídico em destaque, qual seja, o direito à liberdade sexual, fez-se necessária, haja vista a necessidade de se consubstancia principalmente o princípio constitucional da igualdade (tanto material, quanto formal), vez que a discriminação no Brasil existe desde quando os portugueses chegaram no território brasileiro trazendo em seus navios os negros, estando arraigado na cultura nacional. A sanção da lei nos crimes desta natureza se mostra necessários, posto que, apesar da igualdade prevista na Constituição Federal, apenas sua prospecção não há faz efetiva, necessitando ir além, incriminando e sancionando de forma enrijecida a prática da violação a esse bem jurídico.

Neste diapasão, encontra-se a minoria LGBTI, que necessita de proteção mais efetiva a seus direitos, e, para isso, é preciso que o poder legislativo cumpra com seu papel no Estado Democrático, reconhecendo esse grupo minoritário

A PCL 122/06 foi criada com intuito de modificar a Lei 7.716, para incluir dentre os crimes já previstos, àqueles praticados por discriminação de gênero, sexo, orientação sexual. Assim, todos os crimes praticados por essas motivações seriam instituídos como crimes inafiançáveis e imprescritíveis.

O projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 122/2006, foi apresentado pela Câmara dos Deputados por Lara Bernardi, no dia 07 de agosto de 2001, primeiramente como Projeto de Lei nº 5003/2001. O então projeto de lei 122 propôs uma alteração da Lei 7.716/89 (Lei do Racismo) e do § 3º do art 140 do Código Penal para punir a discriminação ou preconceito de origem, condição de pessoa. idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero. O seu trâmite foi realizado na Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, tendo como

relatora a senadora Fátima Cleide, que em 2009 emitiu parecer favorável a redação contida em tal projeto, definia e punia o crime de homofobia no mercado de trabalho, nas relações de consumo e no serviço público.

Esse projeto, está na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal, tendo como relatora a senadora Marta Suplicy, foi aprovado, já com o número 122/2006, nos termos em que aprovado na Comissão de Assuntos Sociais, apenas com uma subemenda que incluiria o §5º ao artigo 20: “o disposto no caput deste artigo não se aplica à manifestação pacífica de pensamentos decorrente de ato de fé, fundada na liberdade de consciência e de crença de que trata o inciso VI do art. 5º da Constituição Federal”. Contudo, mesmo sendo aprovado na Câmara, não foi visto “por bons olhos” pela bancada fundamentalista do Senado Federal, que reprovou e rechaçou o Projeto de Lei por motivos mais do que nítidos de preconceito e intolerância à diversidade sexual, não sendo votado e, por conseguinte, arquivado por decurso de prazo.

Mostra-se que, durante anos têm surgido diversas tentativas infrutíferas para criminalizar a homofobia e a transfobia, os grupos que lutam pela criminalização, continuam criando outros projetos, como o Anteprojeto do Código Penal 236/2012, de autoria de Pedro Taques Senador e também o Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual, criado em 2017 pela Comissão Especial da Diversidade Sexual e Gênero do Conselho Federal da OAB, juntamente com a Aliança Nacional LGBTI sendo este avaliado como o projeto mais arrojado apresentado no Brasil no século XXI segundo afirma Maria Berenice Dias (2017), vice-presidente do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família)

[...] até hoje no Brasil nenhum Projeto de Lei com esta temática sequer foi levado à votação. O primeiro projeto é de 1995, da então senadora Marta Suplicy, e absolutamente nada aconteceu. Todos os avanços alcançados até então, muito significativos, foram por meio do Poder Judiciário, o que motivou o próprio Executivo a tomar algumas iniciativas públicas, reconhecendo alguns direitos por serem reiteradas as decisões da Justiça neste país. O vácuo perverso do legislador, em simplesmente se omitir da responsabilidade de assegurar direitos a todos os cidadãos, e inserir dentro da tutela jurídica do Estado todos os segmentos da sociedade, principalmente os mais vulneráveis, é o que dá mais significado para que este projeto seja apresentado com um respaldo social. (IBDFAM, on-line 2017)

Além dos mencionados projetos, existem outros que têm como principal objetivo a criminalização dos atos praticados com discriminação por orientação

sexual e identidade de gênero os quais ainda tramitam no Congresso Nacional, sendo eles, PL 70/95 que propõe a inclusão de um parágrafo ao art 129 do Código Penal , criando excludente de criminalidade à intervenção destinada a alterar o sexo dos transexuais; PL 2773/200 e PL 6871/2006 que buscam uma nova redação ao art 235 do Código Penal Militar que penaliza a prática homossexual, afamado como pederastia; PL 287/2003 instituindo como crime de rejeição a doadores de sangue resultantes de preconceito por orientação sexual; PL 2383/2003 e PL 40/2015.

Porém, a criminalização dos crimes praticados contra esses grupos minoritários, parece não ser o foco principal do poder legislativo, que permanece omissa quanto a proteção penal específica desta minoria.

Como se pode facilmente observar, a legislação penal brasileira contemporânea contém diplomas que criminalizam atos discriminatórios, conciliando-se ao preceito constitucional de vedação de quaisquer condutas que impliquem discriminação atentatória à dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

Os tribunais têm concedido indenização por prejuízos ou danos àqueles que são discriminados, baseando-se no art. 3º, IV, CF/88 c/c art. 5º, X

DANOS MORAIS. HOMOFOBIA. Há prova robusta de que o autor sofreu humilhações e constrangimentos homofóbicos, atentatórios ao artigo 3º, IV, da Constituição Federal. Da omissão das reclamadas, quando era imperativo o exercício do poder diretivo, resulta sua responsabilidade pela contaminação do ambiente de trabalho pelo vírus da aversão à liberdade de orientação sexual e à identidade de gênero, atualmente equiparada aos demais preconceitos já contemplados na Lei nº. 7.716/89, que define o crime de racismo (do qual a homofobia é um subproduto). (TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO: RECORD 1010200807802009 - SP - 01010-2008-078-02-00-9) Relator(a): WILMA NOGUEIRA DE ARAUJO VAZ DA SILVA - Julgamento: 13/04/2010 - Órgão Julgador: 4ª TURMA - Publicação: 23/04/2010).

Nota-se que no julgado acima foi concedida indenização por danos morais às vítimas de discriminação, mesmo sem não sendo crime. Ocorre que seja como valor moral ou como objetivo fundamental, qualquer forma de preconceito é repudiada e a criminalização, assim como a indenização, devem ser medidas adotadas no sentido de diminuir o preconceito.

5. A CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A PROTEÇÃO ÀS MINORIAS LGBTI

No Brasil, os poderes legislativo e executivo, segundo Deborah Moretti e Yvete da Costa (2016), reiteradamente são omissos no cumprimento de direitos fundamentais, tornando-se a atuação do Judiciário fundamental na tutela desses direitos. (MORETTI; COSTA, 2016), transferindo a atuação dos poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário no que diz respeito ao cumprimento da Constituição, culminando na chamada crise de legitimidade dos poderes democráticos (BARROSO, 2012).

Neste sentido, a corte constitucional no Brasil, passa a decidir cada vez mais de forma política, interferindo nos demais poderes e nas suas funções típicas, e, por vezes ultrapassando a atuação de controle de constitucionalidade das leis, determinado de forma impositiva a realização de políticas públicas e por vezes até legislando em nome da garantia dos direitos fundamentais do cidadão Brasileiro.

Desta forma, embora haja independência orgânica dos poderes constituídos, não existindo, entre eles, qualquer subordinação ou dependência, no que tange ao exercício de suas funções, é necessário um mecanismo de controle mútuo, onde há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, traçando um equilíbrio necessário à viabilidade Estatal e à realização do bem da coletividade.

Essa organização torna possível, nos países que adotam o controle judicial de leis e conflitos, que as soluções sejam de índole constitucional, resolvidas em última instância pela Corte Constitucional, na chamada jurisdição constitucional e, não por decisão da maioria por meio de seus representantes eleitos. Desta forma, a Corte Constitucional é intérprete final da constituição, assumindo, o Poder Judiciário, um papel de guardião dos direitos postos nas constituições.

Luís Roberto Barroso (2008), leciona que, tal papel, traz ao Poder Judiciário também um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo (BARROSO, 2008, pp. 211-212).

Este cenário, traz à baila, a importante discussão acerca da legitimidade democrática do Poder Judiciário para exercer as funções típicas dos demais poderes da república. Neste diapasão, existem duas vertentes a respeito do papel que deve ser desempenhado pelo Judiciário: a vertente procedimental e a vertente substancial.

Pela vertente procedimental, o Judiciário, como um dos poderes da república, deve agir de forma a dar garantias das disposições legais do processo democrático. Neste sentido, a justiça política está intimamente ligada às possibilidades reais do debate democrático, e o espaço público é meio necessário para que as potencialidades linguísticas possam ser desenvolvidas pelos cidadãos.

Em contrapartida, pela vertente substancial, o Judiciário deve assumir um papel protagonista na defesa dos direitos fundamentais e dos demais princípios da Carta Constitucional, garantindo a inserção dos direitos das minorias que não alcançam representação eleitoral.

Nesta perspectiva, o poder judiciário traz em seu corolário o papel concretizador da justiça constitucional, não ferindo as diretrizes políticas institucionais representativas, mas, em consonância com seu papel institucionalizado pela própria constituição, eleva o debate democrático, resguardando as minorias das circunstâncias das decisões da maioria.

Ressalta-se que a atuação judiciária na efetivação do cumprimento das normas fundamentais só deve ocorrer quando os demais poderes deixam de cumprir seu papel, não garantindo os direitos e as garantias fundamentais. Porém, a ineficiência crônica dos poderes Executivo e Legislativo em efetivar o texto constitucional tem levado à atuação cada vez maior do judiciário, indo para além de guardião da Constituição Federal, passando a garantir a implementação dos direitos fundamentais nela previstos e, por vezes, ocasionando, um indesejável desequilíbrio entre os poderes e, a falta de legitimidade de alguns atos.

Habermas (1997) traz importantes assertivas a crítica feita à jurisdição constitucional, que se conduz pela distribuição de competências entre o legislador democrático e a justiça, que disputam a divisão de poderes. Segundo o filósofo, quando maior a atuação da Corte Constitucional, menor é o campo de atuação do Poder Legislativo. O ponto de equilíbrio entre essa tensão que se forma é uma discussão que ainda não se chegou à conclusão (HABERMAS, 1997)

Segundo Habermas (2003), o constitucionalismo atual, se propõe a permitir a coexistência pacífica das diferenças por meio do controle dos egoísmos privados, não aniquilando a própria individualidade, mas como modo de garantir nos espaços públicos institucionais a realização de debates na busca da formação de consensos racionais que legitimem os atos estatais, dentre os quais se inclui a própria Constituição (HABERMAS, 2003).

Para, Habermas (1997) a ideia de democracia deliberativa que deve começar com uma reconstrução da sociedade moderna por meio da teoria da ação comunicativa e pretende dar conta das críticas liberais, comunitaristas e republicanos feitas mutuamente. A partir disso, temos que a democracia deliberativa consiste em uma proposta de tomada de decisões, em sociedades democráticas, por meio de deliberação, como alternativa preferencial em face de mecanismos de votação.

Assim, a teoria democrática discursiva proposta por Habermas (2003), aponta para a construção de um sistema jurídico constitucional, que possua procedimentos institucionais com vocação de canalizar as reivindicações sociais e que permita a construção de consensos racionais atribuídas se não a todos, certamente a consistentes maiorias. Esses procedimentos institucionais, estatais e extra-estatais devem buscar sempre que possível, colocar em marcha o processo de aproximação entre sociedade e Constituição facilitando a concretização dos pactos de convivência erigidos nos textos constitucionais contemporâneos.

Desta forma, a corte constitucional brasileira, tenta a medida de seus limites, cumprir com os ditames constitucionais, e nesta ânsia decidiu na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado no dia 22 de maio de 2019.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No ordenamento jurídico brasileiro, ainda não existe norma específica para punir os crimes de homofobia e transfobia, assim como não traz possibilidade jurídica para a interpretação e proteção desses grupos minoritários sem ferir a legislação penal, constitucional ou outros princípios fundamentais.

Contudo, não se pode deixar de reconhecer que existe um grupo minoritário de pessoas que é potencialmente alvo de diversas formas de violência e discriminação pela orientação sexual e que precisam ter seus bens jurídicos protegidos. Assim, temos, portanto, um grupo claramente definido como alvo iminente de determinados tipos de crimes que atentam contra a pessoa, física e moralmente. e por isso deve ser protegido pelo nosso ordenamento jurídico.

A temática envolve muitas forças de pressão políticas e religiosas, o que torna o tema ainda mais delicado, já que as minorias devem estar presentes no espaço público, independente das pressões dos grupos majoritários em um verdadeiro Estado Democrático de Direito, tornando legítima a criação da lei penal para proteção a população LGBTI, diante o clamor e a necessidade de se garantir que os direitos fundamentais destas pessoas sejam asseguradas, conduzindo a percepção que o Direito e a realidade social, são elementos que se complementam com influências recíprocas.

O poder Judiciário, através de sua corte Constitucional, diante este delicado tema, mais uma vez se mostra protagonista, vez que é a instância onde é possível construir posições consensuais, procedimentalmente controladas, em torno do que os titulares da Constituição dela esperam, não podendo inclusive se omitir das demandas que nele chegam.

Justifica-se tal legitimidade ao Poder Judiciário para conferir efetividade aos direitos garantidos na constituição, observando as prioridades sociais, bem como suas carências e conflitos. Com a expansão do conteúdo material nas constituições, que incorporam uma série de novas responsabilidades, distribuídas para governos, bem como os próprios cidadãos, somado ao reconhecimento da eficácia objetiva aos direitos fundamentais, foi exigida uma diferente compreensão acerca da atividade jurisdicional. Assim, o Poder Judiciário que, em um crescente número de situações, é chamado a participar no processo de efetivação dos comandos inscritos no texto constitucional.

Contudo, vale ressaltar, que essa efetivação não é apenas acolher as demandas. É sobretudo, oferecer respostas adequadas, em conformidade com as vontades consensualmente formadas por meio das diversas demandas, para que o Poder Judiciário no cenário democrático, se apresente como uma instância procedimental deliberativa, com legitimidade de suas decisões, não pela sua força ou da sabedoria dos julgadores, mas da sua capacidade de dar voz às vontades sociais consensualmente construídas, identificando, dentre os divergentes interesses postos à mesa, permitindo, dentro do possível, conciliar as diferenças.

Porém, diante a legislação penal, tal análise ainda é mais delicada, vez que esbarra em princípios primordiais do direito penal, como os princípios da legalidade, da anterioridade e da proibição da interpretação que prejudique o réu, não podendo o judiciário extrapolar em seus limites concretizadores, se tornando premente a criminalização da discriminação dos atos homofóbicos ou transfóbicos por lei, respeitando a dignidade da pessoa humana e os grupos minoritários como prescreve o Estado Democrático de Direito.

Diante do exposto ressalta-se a necessidade de uma norma específica que condene atos discriminatórios contra os homossexuais e transexuais.

7. REFERÊNCIAS

ARAKAKI, Fernanda F; SCHUAB J. P. S. S.; HASTENREITER, Késsia. K. C. S. **O tratamento de (re) orientação sexual como atentado à dignidade humana: a inconstitucionalidade do projeto de lei n. 4931 de 2016**, 2018 p. 26. *IV Seminário Internacional Sobre Direitos Humanos Fundamentais*. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1nU759BdeJciltRbPLZv4kdDFFK9MJE9/view>. Acesso em: 20 de set. de 2019.

ARAKAKI, Fernanda F.; HANSEN, GILVAN L.; ANTUNES, ROSANA M. M S. **OS NOVOS PARADIGMAS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DA DEMOCRACIA DE JÜRGEN HABERMAS**. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1nU759BdeJciltRbPLZv4kdDFFK9MJE9/view>. Acesso em: 20 de nov. de 2019.

ARISTÓTELES. Tópicos. **Dos argumentos sofísticos**. Metafísica: livro I e livro II. Ética a Nicômaco. Poética. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os pensadores, 4). BOSANO, Paulo César. **Direito penal**, Imprensa: São Paulo, Atlas, 2018 ISBN: 9788597016253 (v. 1): 2018. Disponibilidade: Rede Virtual de Bibliotecas Localização: STJ, TCD, TJD Norma Referenciada Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848. **Código Penal**. 1940. Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso: 08 jun. 2019.

_____.Constituição (1988), **Constituição da República Federativa do Brasil: 1988**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 08 jun. 2019.

_____.Lei ° 7.716. **Lei do Crime Racial**. Brasília: 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso: 08 jun. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e direitos LGBTI**. São Paulo, SP. Editora: Revista dos Tribunais, 7ª edição revista, atualizada e ampliada. 2017, p. 50.

DIAS, Maria Berenice. **Legislação Brasileira e homofobia**. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.). Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil. São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2011

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. Tradução de Pietro Nassetti- Ed. Martin Claret – São Paulo, 2007.

GARCIA, Gustavo *et al.* **Comissão de Constituição e Justiça do Senado aprova em 1º turno projeto que criminaliza homofobia.** Globo News [online], 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/05/22/comissao-do-senado-aprova-em-primeiro-turno-projeto-que-criminaliza-a-homofobia.ghtml>. Acesso em: 08 jun. 2018.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2 v.
IBDFAM. **Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual e Gênero.** Disponível em <
<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6506/Embasado+por+mais+de+100+mil+assinaturas%2C+Anteprojeto+do+Estatuto+da+Diversidade+Sexual+e+de+G%C3%AAnero+ser%C3%A1+entregue+amanh%C3%A3+no+Senado>>. Acesso em 06/05/2018

MEZZARROBA, Orides. MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito.** 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PINTO, Ana Clara Costa. **A criminalização da homofobia à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.** 2011. 58 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Curso de Graduação em Direito, Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, Barbacena, 2011.

REVISTA FORUM, disponível em < <https://www.revistaforum.com.br/procurador-geral-darepublica-defende-equiparacao-da-homofobia-ao-crime-de-racismo/>>, acesso em setembro de 2019
Procuradoria Regional da República. “Para PGR, homofobia pode ser considerada crime de racismo”. Disponível em < <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/para-pgr-homofobia-pode-serconsiderada-crime-de-racismo-ate-haver-legislacao-especifica> >, acesso em abril de 2018

SILVA, Hellen Crisley de Barros Franco da. **Conflito aparente de normas penais.** Consultor Jurídico, 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/%3C?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12203

SILVA, José Afonso. **O Estado Democrático de Direito.** In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, vol. 173, jul./set. de 1988, pp. 15-34, p. 15-16

SOUZA, Phelipe Albuquerque de; [?]. **Preconceito, Discriminação e Reparação Civil**

DATAFOLHA. **Cresce percepção de preconceito entre brasileiros na última década,** DataFolha, [online]. São Paulo, 16 de jan. 2019. Disponível em: <http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2019/01/1986041-preconceito-por-genero-e-cor-dobra-em-uma-decada.shtml>. Acesso em: 08 jun. 2019.

VALENTE, Fernanda. Não cabe ao Supremo criminalizar homofobia, diz advogado criminalista. Consultor Jurídico. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-24/nao-cabe-supremo-criminalizar-homofobia-criminalista>. Acesso em: 19 set. 2019.