



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Criminal de Vitória

Avenida Marechal Mascarenhas de Moraes, 1877, 2º andar - Bairro: Monte Belo - CEP: 29053-245 - Fone: (27) 3183-5274 - www.jfes.jus.br - Email: 02vfcrr@jfes.jus.br

AÇÃO PENAL Nº [REDACTED]

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU: [REDACTED]

DESPACHO/DECISÃO

O caso em tela envolve imputação de crime que foi construído a partir de uma decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Este Julgador respeita a Suprema Corte e reconhece que a decisão por ela proferida tem caráter vinculante – o que impede que, em relação a esse tipo penal especificamente, diferentemente de todos os outros trazidos no ordenamento jurídico, este Magistrado possa exercer seu papel, também, de Juiz Constitucional e realizar o confronto quanto à constitucionalidade formal e material da norma criminalizante. Verifica-se que, na situação em análise, há um dilema entre o efeito vinculante da decisão do STF e a Constituição da República, que expressamente prevê que somente o Poder Legislativo pode criar crimes.

Beccaria afirma que “somente as leis podem fixar as penas correspondentes aos delitos; e este poder só ao legislador pode pertencer, ele que representa toda a sociedade unida por um contrato social”. (BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017. 5 ed. p. 66). Trata-se de uma cláusula pétrea civilizatória, inegociável do Ocidente.

Convém ressaltar que, particularmente, entendo ser legítima a causa e que o Congresso Nacional deveria, há muito tempo, ter tipificado a matéria. Contudo, não se corrige um erro com outro erro: a omissão do poder Legislativo em matéria penal, jamais, *data maxima venia*, poderia ser sanada por outro Poder.

Manifestei, durante o julgamento da matéria pelo STF, minha opinião, em artigo publicado no Jornal A Gazeta, junto com o Professor Doutor Adriano Sant’Ana Pedra, acerca do tema, nos seguintes termos:

Crime de homofobia

É preciso rechaçar toda forma de ódio, intolerância, discriminação ou aversão moralmente repudiável.

Embora o julgamento ainda esteja em andamento, o Supremo Tribunal Federal já tem maioria formada para decidir que atos de homofobia e transfobia sejam crimes, mesmo que não haja lei nesse sentido. O entendimento que está prevalecendo reconhece haver omissão do Congresso para editar uma lei criminalizando essas condutas e, assim, dá interpretação conforme a Constituição para considerar tais atos como tipos penais previstos na legislação que define os crimes de racismo (ADO nº 26 e MI nº 4733).

[REDACTED] 500000347757.V3



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Criminal de Vitória

Homofobia e transfobia podem ser consideradas espécies de racismo? Não se nega que uma palavra possa adquirir um sentido normativo próprio diferente daquele que é atribuído pelo seu uso cotidiano. Fala-se, por exemplo, em racismo ambiental para tratar de discriminação nas práticas ambientais. Aliás, o próprio STF já entendeu que a ideia de racismo não se reduz a um aspecto antropológico ou biológico, mas também abarca uma dimensão cultural e sociológica, como se manifestou no caso Ellwanger (HC nº 82.424).

Não obstante, há limites para o STF colmatar omissões legislativas. A Constituição estabelece que todo crime deve ser definido por lei. É uma cláusula pétrea e um consenso internacional desde Cesare Beccaria que somente o Poder Legislativo pode criar um tipo penal. Caso fosse possível adotar tal entendimento “in malam partem”, ou seja, em prejuízo do réu, o Ministério Público poderia denunciar crimes de racismo por atos de aporofobia, gordofobia ou nanofobia, por exemplo, mesmo sem a existência de lei com tal previsão, e o Poder Judiciário poderia condenar no mesmo sentido. A necessidade de haver uma lei é uma garantia do indivíduo que não pode ser mitigada pelo guardião da Constituição.

A questão aqui tratada é formal, e não de mérito. Vale dizer que toda forma de ódio, intolerância, aversão ou discriminação moralmente repudiável deve ser rechaçada. Daí a importância da discussão do tema no Congresso Nacional, em especial em torno do Projeto de Lei nº 672/2019, que inclui expressamente os crimes de discriminação ou preconceito de orientação sexual ou identidade de gênero como puníveis da mesma forma que os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Os fins não justificam os meios e, por mais que estejam bem intencionados neste caso, os ministros do STF precisam se autolimitar e aguardar o desfecho do debate do tema no Congresso. É preciso ter cuidado com as músicas que agradam os nossos ouvidos. Não se protegem direitos violando direitos.

A única forma de tentar conciliar o respeito que este Magistrado nutre pelas decisões do Supremo Tribunal Federal e, paralelamente, o respeito que deve à Constituição da República é, neste caso, julgar-se suspeito por motivo de foro íntimo. Aliás, é certo que não seria sequer necessário explicar as razões de o fazer, mas entendo imprescindível expor os motivos supra, justamente como forma de demonstrar esse respeito ao Supremo Tribunal Federal, à Constituição da República e também à vítima.

Pelo exposto, julgo-me suspeito para atuar neste feito.

Intimem-se.

Documento eletrônico assinado por **AMERICO BEDE FREIRE JUNIOR, Juiz Federal**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 2ª Região nº 17, de 26 de março de 2018. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc.jfes.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador **500000347757v3** e do código CRC **46654a8a**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): AMERICO BEDE FREIRE JUNIOR
Data e Hora: 26/9/2019, às 14:10:45

500000347757.V3