

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO PRESIDENTE DO
EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[Temos aqui] pura e simples *má vontade institucional do Parlamento Brasileiro* em referida criminalização específica, de sorte a tornar evidente a mora inconstitucional do Legislativo neste caso concreto e tornar igualmente evidente, ainda, que é necessária a atuação desta Corte em sua **função contramajoritária**, impondo ao Congresso Nacional a criminalização específica das *ofensas (individuais e coletivas), agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima* para garantir que não seja inviabilizada materialmente a **cidadania** e/ou não sejam inviabilizados os **direitos fundamentais** à segurança (proteção eficiente) e à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero, pois temos aqui típica **opressão da minoria pelo despotismo da maioria** parlamentar que se recusa a efetivar esta absolutamente **necessária e obrigatória** criminalização específica, decorrente de imposição constitucional [pela ordem: art. 5º, XLI, XLII ou LIV - proibição de proteção deficiente].

Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (distribuição)

PARTIDO POPULAR SOCIALISTA - PPS, neste ato representado de acordo com seus atos constitutivos por seu Presidente Nacional, **Deputado Federal Roberto João Pereira Freire (PPS/SP)**, partido político com representação no Congresso Nacional, registrado no Tribunal Superior Eleitoral, pessoa jurídica inscrita no CNPJ sob o n.º 29.417.359/0001-40, sediado na SCS, Quadra 7, Bloco A, Ed. Executive Tower, SL 826/828, Pátio Brasil Shopping - Setor Comercial Sul, Brasília/DF, CEP 70307-901, por seu advogado signatário, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fulcro no artigo 103, inciso VIII e §2º, da Constituição Federal e ainda no artigo 12-A da Lei n.º 9.868/99, impetrar **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO** em face do **Congresso Nacional**, com sede no Palácio do Congresso Nacional - Praça dos Três Poderes, Brasília/DF, CEP n.º 70160-900, para o fim de obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das *ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima*, por ser isto (a criminalização específica) decorrência da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na aceção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88).

1. SÍNTESE DAS TESES AQUI DESENVOLVIDAS.

A presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão visa obter a **criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e**

coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima com base na ordem constitucional de criminalizar (mandado de criminalização) relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88), tendo em vista que:

(i) o PPS – Partido Popular Socialista é parte legítima para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão por força do disposto no artigo 103, VIII, da Constituição Federal, como *legitimado universal* que é, além de, por outro lado, ter *pertinência temática* na medida em que seu Estatuto prevê o enfrentamento da discriminação por orientação sexual e por condição de gênero (identidade de gênero), logo, trata-se de partido político que tem como objetivo a promoção dos direitos da população LGBT e o enfrentamento da homofobia e da transfobia, o que só ratifica sua legitimidade universal no presente caso – anote-se que, por algum motivo desconhecido, o site do STF não permitiu o *upload* do estatuto do PPS, razão pela qual remete-se ao site do partido para análise do mesmo e, caso isso seja julgado insuficiente, requer-se a concessão de prazo para juntar referida documentação (cf. art. 284 do CPC), mediante regularização do site para tanto)¹;

(ii) existe *ordem constitucional de legislar criminalmente* que obriga o legislador a criminalizar a homofobia e a transfobia, tendo em vista que:

(ii.1) a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo, na medida em que *racismo* é toda ideologia que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro (e a homofobia e a transfobia implicam necessariamente na inferiorização da população LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras – que se identificam com o próprio gênero), consoante reconhecido por esta Suprema Corte no paradigmático *caso Ellwanger* (STF, HC n.º 82.424-4/RS), bem como referendado pela doutrina de **Guilherme de Souza Nucci**, donde enquadrada a obrigatoriedade da criminalização específica da homofobia e da transfobia no disposto no art. 5º, inc. XLII, da CF/88, que impõe ao legislador o dever de elaboração de legislação criminal que puna o racismo, donde também o racismo homofóbico e transfóbico (cuja não-criminalização específica gera omissão inconstitucional parcial); ou, subsidiariamente, caso assim não se entenda, no que não se acredita e se aventa unicamente por força do princípio da eventualidade

(ii.2) a homofobia e a transfobia inequivocamente se enquadram no conceito de *discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais*, donde enquadradas, nesta hipótese subsidiária (caso não se as entenda como espécies do gênero racismo), no disposto no art. 5º, inc. XLI, da CF/88,

¹ Para a cópia do estatuto registrado:

http://www2.pps.org.br/2005/sistema/central/documentos/arquivo/643_est_001b_2012.PDF; para o site que leva a esta e a outras versões (estas não-oficiais), vide

http://www2.pps.org.br/2005/index.asp?portal=&id_municipio=&opcao=documentos&id_categoria=7&flag=s (acessos em 19.12.13).

que, no presente caso, impõe a elaboração de legislação criminal que puna tais condutas, porque uma legislação não-criminal punitiva não tem se mostrado apta a coibir a homofobia e a transfobia nos (poucos) Estados e Municípios que possuem leis administrativas para tanto, donde o **princípio da proporcionalidade na vertente da proibição de proteção insuficiente demanda pela elaboração de legislação criminal que puna referidas discriminações de sorte a garantir uma proteção eficiente à população LGBT**, tanto por questões topográficas (tal dispositivo encontra-se na parte criminal do art. 5º da CF/88), quanto porque, ao exigir que a lei puna com efetividade qualquer discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais, como as discriminações por orientação sexual e por identidade de gênero, mediante o texto normativo segundo o qual “*a lei punirá discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais*”, ele já estabelece de plano que a lei deve punir referidas discriminações, retirando do legislador qualquer liberdade de conformação ou mesmo juízo de conveniência e oportunidade de decidir se quer ou não puni-las, obrigando-os, por *dirigismo constitucional*, a elaborar referida legislação [criminal] punitiva;

(ii.3) considerado o princípio da proporcionalidade em sua vertente da **proibição de proteção deficiente**, tem-se que é necessária a criminalização específica das *ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima* porque o atual quadro de violência e discriminação contra a população LGBT tem tornado faticamente inviável o exercício dos **direitos fundamentais à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero das pessoas LGBT** em razão do alto grau de violência e discriminação contra elas perpetradas na atualidade, donde inviabilizado, inclusive, o **direito fundamental à segurança** desta população, ante a verdadeira **BANALIDADE DO MAL HOMOFÓBICO** que vivemos na atualidade. Com efeito, nunca foi tão grande o assassinato de homossexuais e pessoas LGBT em geral, que chegou a nefastos recordes em 2011 e em 2012, consoante noticiado pelo *Grupo Gay da Bahia*², cujas pesquisas devem ser aceitas ante a inércia do Estado (sua falta de vontade política) em realizar pesquisas oficiais acerca do tema, apesar de ter-se comprometido a tanto desde o PNDH n.º 2³ (Plano Nacional de Direitos Humanos n.º 2)... sendo que até o *Departamento de Estado dos Estados Unidos* reconhece a alta incidência da homofobia (e transfobia) no Brasil com base nesses relatórios do GGB⁴; chegando-se ao absurdo de um padrasto matar seu

² Cf. <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1071307-assassinatos-de-homossexuais-batem-recorde-em-2011-diz-entidade.shtml> (acesso em 29/4/12). Para um histórico dos relatórios do GGB e da homofobia no Brasil, vide MOTT, Luiz. **Raízes Persistentes da Homofobia no Brasil**. In: *Minorias Sexuais. Direitos e Preconceitos*, 1ª Ed., São Paulo: Ed. Consulex, 2012, pp. 165-182 (em especial: pp. 172-173).

³ Decreto n.º 4.229/2002, PNDH n.º 2, item n.º 240: “*Promover a coleta e a divulgação de informações estatísticas sobre a situação sócio-demográfica dos GLTTB, assim como pesquisas que tenham como objeto as situações de violência e discriminação praticadas em razão de orientação sexual*” (g.n); Decreto n.º 7.037/2009, PNDH n.º 3, objetivo estratégico n.º V, alínea “h”: “*Realizar relatório periódico de acompanhamento das políticas contra discriminação à população LGBT, que contenha, entre outras, informações sobre inclusão no mercado de trabalho, assistência à saúde integral, número de violações registradas e apuradas, recorrências de violações, dados populacionais, de renda e conjugais*” (g.n). Cf. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4229.htm (PNDH n.º 2) e http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm#art7 (PNDH n.º 3) – acesso em 10/05/12.

⁴ Cf.: para dados de 2010: <http://www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/2010/wha/154496.htm>; para dados de 2008: <http://ipsnews.net/news.asp?idnews=46596> (todos: acesso em 09/05/12).

entendo por não aceitar sua homossexualidade...⁵ Da mesma forma, consoante noticiado pela *Folha de São Paulo*, nunca foi tão grande o número de homossexuais que pedem *asilo no exterior* por considerarem inviável viver no Brasil dada a homofobia (e transfobia) existente(s) no país⁶. Assim, tais fatos demonstram o cabimento da presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão também por verdadeiramente inviabilizado o direito à segurança (a uma vida segura, à tranquilidade) da população LGBT e, assim, o direito à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero (cf. art. 5º, caput, e art. 3º, inc. IV, da CF/88), bem como inviabilizada faticamente a cidadania de tais pessoas por todo este contexto de insegurança em que vivem na atualidade;

(ii.3.1) o princípio da proporcionalidade, na acepção da proibição de proteção deficiente, demanda pela atuação estatal por intermédio do Direito Penal para proteção de bens jurídicos como consequência da mudança de paradigma do Estado de Direito, que deixou de ser puramente Liberal para se tornar um Estado Constitucional Democrático e Social de Direito, que demanda atuações positivas do Estado para proteção dos direitos fundamentais, como o direito fundamental à segurança da população LGBT, em especial pelos demais ramos do Direito não terem se mostrado suficientes para coibir as agressões, as ofensas, os homicídios, as ameaças e as discriminações cometidas contra pessoas LGBT por sua mera orientação sexual não-heteroafetiva/heterossexual e/ou identidade de gênero transgênera, donde inclusive a ideologia do Direito Penal Mínimo justifica a criminalização específica aqui pleiteada (afinal, se o Direito Penal Mínimo prega que o Direito Penal deve atuar como *ultima ratio*, então, quando falham os demais ramos do Direito, ele deve atuar para proteger os bens jurídicos em questão) – logo, absurda a decisão do MI 4733, de que “Por mais que a associação impetrante julgue tal proteção deficiente, a insatisfação com o conteúdo normativo em vigor não é motivo suficiente para o cabimento do presente mandado de injunção”. **Ora, se a proteção é deficiente, então a omissão em se efetivar uma proteção eficiente consubstancia uma OMISSÃO INCONSTITUCIONAL que, como tal, deve ser reprimida pelo Supremo Tribunal Federal** (cf., nesta ação, Item 7, pp. 91-93). O próprio Ministro Lewandowski já se manifestou em julgado desta Suprema Corte no sentido da inconstitucionalidade caracterizada quando o Estado perpetra *proteções deficientes* à sua população (ADI n.º 1.800 e ADI n.º 3.112), logo, **incompreensível** essa sua manifestação sobre uma suposta “irrelevância” da caracterização de uma proteção como *deficiente* para fins de configuração de uma omissão inconstitucional;

(ii.3.2) o Congresso Nacional pura e simplesmente se recusa até mesmo a votar o projeto de lei que visa efetivar tal criminalização (não aprova mas também não rejeita, deixando este e todos os outros temas relativos à população LGBT em um verdadeiro *limbo deliberativo* em razão desta *inércia deliberativa*), como prova a recente estratégia dos opositores do projeto de apresentarem um

⁵ Cf. <http://imirante.globo.com/noticias/2012/04/26/pagina306726.shtml> (acesso em 29/04/12).

⁶ Cf. <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/04/04/cresce-numero-de-brasileiros-gays-no-exterior-que-pedem-asilo-alegando-homofobia.htm> e <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/04/04/nao-volto-de-jeito-nenhum-aqui-sou-um-ser-humano-nao-uma-condicao-desabafa-brasileiro-que-vive-no-canada.htm> (acesso em 29/04/12).

requerimento de apensamento do PLC 122/06 no Projeto de Novo Código Penal, por saberem que um projeto de código notoriamente demora muitos e muitos anos para ser votado, algo reconhecido pela mídia como estratégia de pura e simples **procrastinação do andamento do projeto**⁷ (cf. pp. 78-79 desta ação). Assim, temos no presente caso uma pura e simples **MÁ VONTADE INSTITUCIONAL DO PARLAMENTO BRASILEIRO** em efetivar a criminalização específica da homofobia e da transfobia (da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero, que evidentemente abarca a suposta “heterofobia” se ela um dia vier a existir), a tornar evidente a mora inconstitucional do Legislativo neste caso concreto e tornar igualmente evidente, ainda, que é necessária a atuação desta Corte em sua **função contramajoritária**, impondo ao Congresso Nacional a criminalização específica das *ofensas (individuais e coletivas), agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima* para garantir que não seja inviabilizada materialmente a **cidadania** e/ou não sejam inviabilizados os **direitos fundamentais** à segurança (proteção eficiente) e à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero, pois temos aqui típica **opressão da minoria pelo despotismo da maioria** parlamentar que se recusa a efetivar esta absolutamente **necessária e obrigatória** criminalização específica, decorrente de imposição constitucional [pela ordem: art. 5º, XLI, XLII ou LIV – proibição de proteção deficiente];

(iii) todas as formas de homofobia e transfobia devem ser punidas com o mesmo rigor aplicado atualmente pela Lei de Racismo, **sob pena de HIERARQUIZAÇÃO DE OPRESSÕES** decorrente da punição mais severa de determinada opressão relativamente a outra (pois isto passará à sociedade a mensagem de que o fato punido mais severamente seria “mais grave” que o fato punido menos severamente), algo absolutamente descabido quando as opressões são equivalentes, como no presente caso, pois se as opressões são equivalentes, a lei deve puni-las da mesma forma, sob pena de **inconstitucionalidade por omissão** e/ou **por proteção deficiente**, pois, por serem opressões equivalentes (aquelas contra negros e contra homossexuais, por exemplo), devem elas ser punidas de forma idêntica, por força da isonomia enquanto **direito à igual proteção penal** por força da inconstitucionalidade da referida hierarquização de opressões por ela afrontar a dignidade da pessoa humana – visto que referida hierarquização de opressões declara os grupos inferiormente protegidos como “menos dignos” que os superiormente protegidos, afrontando-se a noção de igual dignidade humana decorrente da simples humanidade das pessoas⁸;

(iv) logo, enquadradas a homofobia e a transfobia na ordem constitucional de legislar criminalmente do art. 5º, inc. XLII, da CF/88 ou, subsidiariamente, na ordem de legislar punir criminalmente do art. 5º, inc. XLI, da CF/88, ou, ainda subsidiariamente, na inconstitucionalidade por proibição de proteção deficiente (implícito ao art. 5º, LIV, da CF/88), tem-se por caracterizada a

⁷ Cf. <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,homofobia-vai-parar-no-codigo-penal,-1109853,0.htm> e <http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2013/12/evangelicos-querem-enterrar-proposta-que-criminaliza-discriminacao-ou> (acesso em 19.12.13).

⁸ Cf. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos*, 2ª Ed., São Paulo: Ed. Método, 2013, p. 132.

mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, portanto, plenamente possível e procedente o pedido de declaração da mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica de tais condutas e intimação do Congresso a saná-la mediante a aprovação de lei respectiva, o que desde já se requer;

(v) assim, reconhecida a mora inconstitucional do Congresso Nacional neste caso, plenamente possível e procedente o pedido cumulativo que o Supremo Tribunal Federal fixe um **prazo razoável para a elaboração da referida legislação criminalizadora**, sugerindo-se aqui o prazo máximo de um ano, tendo em vista que o Congresso Nacional já discute o tema desde 2001 (PL⁹ n.º 5.003/01), sendo que desde o final de 2006 encontra-se em discussão no Senado Federal (PLC¹⁰ n.º 122/06), donde o referido prazo razoável não precisa ser longo para tanto, por já muito debatido o tema no nosso Parlamento, inclusive com a realização de audiências públicas - o Congresso deve efetivar tal criminalização específica em prazo razoável (sendo que, se tal criminalização específica for como crime de racismo, mediante sua inclusão na Lei de Racismo), que já considere o lapso transcorrido na tramitação de tal projeto ao longo dos anos;

(vi) no mesmo sentido, ultrapassado o prazo razoável fixado por esta Suprema Corte para a elaboração de referida legislação criminal, ou caso a Corte entenda desnecessária a fixação de prazo para tanto e **considerando que às ordens constitucionais de legislar deve ser reconhecida eficácia jurídica positiva efetiva para que não se tornem, na prática, meros conselhos despidos de imperatividade jurídica**, tem-se por plenamente possível e procedente o pedido cumulativo de que esta Suprema Corte aplique a *corrente concretista geral do mandado de injunção* também neste caso (pela equivalência das decisões do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, reconhecida desde sempre por esta Suprema Corte - v.g., MI 107 e MI 20 e doutrina do Ministro Gilmar Mendes¹¹), como fez para a regulamentar a greve os servidores públicos civis a despeito da exigência constitucional de lei específica para tanto (STF, MI n.º 670, 708 e 712), pois **considerando que o STF, corretamente, superou a exigência absoluta de lei para regulamentar tal tema como forma de se garantir a imperatividade jurídica positiva da respectiva ordem constitucional de legislar e a imperatividade da decisão da Corte sobre o tema, nada impede que supere também a exigência absoluta de lei para criminalizar de forma específica as ofensas (individuais e coletivas), os homicídios, as agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da**

⁹ Projeto de Lei.

¹⁰ Projeto de Lei da Câmara.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*, 1ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2004, pp. 54-55, para quem “O Tribunal [STF] parte da ideia de que o constituinte pretendeu atribuir aos processos de controle da omissão idênticas consequências jurídicas. Isso está a indicar que, segundo seu entendimento, também a decisão proferida no mandado de injunção é dotada de eficácia erga omnes. Dessa forma, pode o Tribunal fundamentar a ampliação dos efeitos da decisão proferida no mandado de injunção” (MENDES, *Op. Cit.*, pp. 54-55).

vítima com base nos mesmos fundamentos. Com efeito, interpretar o disposto no art. 37, inc. VII, da CF/88 como “*norma de eficácia limitada*”, como sempre fez esta Suprema Corte (cf., v.g., MI n.º 20, MI n.º 485, MI n.º 585 e MI n.º 631) no sentido de já garantir referido direito de greve a servidores públicos civis, mas condicionar seu exercício à existência de lei formal aprovada pelo Parlamento, significa dizer que a norma oriunda da interpretação do referido texto normativo era aquela segundo a qual “*não há exercício do direito de greve no serviço público sem lei anterior que o defina*”, o que é rigorosamente o mesmo significado da afirmação constitucional segundo a qual “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. Assim, tem-se que, **se o STF, corretamente, superou a exigência de lei em sentido estrito elaborada pelo Parlamento no primeiro caso para poder assim cumprir a ordem constitucional de legislar respectiva, ele pode perfeitamente fazê-lo também para cumprir ordem constitucional de criminalizar a homofobia e a transfobia, já que os mesmos fundamentos também justificam esta hipótese aqui defendida**, mediante a punição criminal específica das *ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima*, pois a norma implícita relativa ao direito de greve dos servidores públicos civis supra explicitada tem o mesmo significado que a norma explícita relativa a criminalizações aqui transcrita, razão pela qual, repita-se, se o STF superou a exigência de lei formal aprovada pelo Congresso Nacional no primeiro caso para fins de dar **efetivo cumprimento à lógica e à teleologia dirigente da respectiva ordem constitucional de legislar**, também pode fazê-lo no segundo caso, para fins de dar cumprimento à ordem constitucional de criminalizar a homofobia e a transfobia mediante a referida punição criminal;

(vi.1) tal superação da exigência de legalidade estrita parlamentar para que o STF efetive a criminalização específica da homofobia e da transfobia é juridicamente possível pela ausência de proibição normativa a tanto¹² e, ainda, se faz necessária no atual contexto brasileiro na medida em que nosso Parlamento lamentavelmente nega a supremacia constitucional ao se recusarem a elaborar referida legislação criminal – se limitando a fazer críticas descabidas ao projeto existente quando da propositura da presente ação (PLC n.º 122/06), mesmo quando o dispositivo que ensejou tais críticas foi retirado mediante substitutivo da Senadora Fátima Cleide, sem, todavia, apresentarem qualquer alternativa que considerasse viável para a referida criminalização específica e, para piorar, sequer permitirem a votação do projeto (em postura hipócrita de se opor ao mesmo mas não votar contra ele para não passar a impressão de “politicamente incorretos”), o que prova a pura e simples *má vontade institucional do Parlamento Brasileiro* em referida criminalização específica, de sorte a tornar evidente a mora inconstitucional do Legislativo neste caso concreto e tornar evidente, ainda, que é necessária a atuação desta Corte em sua **função contramajoritária**, impondo ao Congresso Nacional a criminalização específica das *ofensas (individuais e coletivas), agressões e*

¹² Cf., v.g., STJ, MS n.º 14.050/DF, DJe de 21/05/2010; REsp n.º 782.601/RS, DJe de 15/12/2009; AR n.º 3.387/RS, DJe de 01/03/2010; MS n.º 13.17/DF, DJe de 29/06/2009; AgRg no REsp n.º 853.234/RJ, DJe de 19/12/2008; REsp n.º 820.475/RJ, DJe de 06/10/2008; AgRg no REsp n.º 863.073/RS, DJe de 24/03/2008; REsp n.º 797.387/MG, DJ de 16/08/2007, p. 289; MS n.º 11.513/DE, DJ de 07/05/2007, p. 274; RMS n.º 13.684/DE, DJ de 25/02/2002, p. 406; REsp n.º 220.983/SP, DJ de 25/09/2000, p. 72.

*discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima para garantir que não seja inviabilizada materialmente a cidadania e/ou não sejam inviabilizados os direitos fundamentais à segurança (proteção eficiente) e à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero, pois temos aqui típica **opressão da minoria pelo despotismo da maioria** parlamentar que se recusa a efetivar esta absolutamente necessária e obrigatória criminalização específica, por imposição constitucional;*

(vi.2) uma *teoria da constituição dirigente adequada ao texto e ao contexto brasileiros*¹³ demanda pela solução aqui aventada, pois o texto constitucional brasileiro é dirigente e ordena as criminalizações aqui requeridas, ao passo que o contexto pátrio lamentavelmente mostra um Parlamento que desrespeita a supremacia constitucional e a imperatividade das decisões desta Suprema Corte ao não elaborar a legislação imposta constitucionalmente mesmo após cientificado/intimado deste dever por decisão desta Suprema Corte, como o notório histórico de decisões de mandados de injunção relativas à regulamentação da greve dos servidores públicos civis prova à saciedade;

(vii) deverá ser, *ainda*, fixada a **responsabilidade civil do Estado Brasileiro** a indenizar as pessoas vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela sua orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta enquanto tais condutas não forem criminalizadas de forma eficiente, visto que o Estado Brasileiro mostra-se conivente com a homofobia e a transfobia ao não fornecer proteção eficiente à população LGBT mediante a criminalização específica de tais condutas, responsabilidade civil esta declarada quando reconhecida a mora inconstitucional do Congresso Nacional em criminalizar a homofobia e a transfobia inclusive quanto a fatos pretéritos a tal reconhecimento ou, subsidiariamente, ao menos relativamente aos fatos ocorridos desde tal reconhecimento (de mora inconstitucional).

Essas são, em síntese, as razões da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que passamos a desenvolver pormenorizadamente nos tópicos seguintes:

2. CONCEITOS FUNDAMENTAIS

2.1. Discriminação. Orientação Sexual. Identidade de Gênero. Dirigismo constitucional e ordens constitucionais de legislar.

Aqui serão explicitados os conceitos que constituem pressupostos trabalhados na presente ação.

Discriminação é todo e qualquer ato que estabeleça distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito de anular ou prejudicar

¹³ Expressão de DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade*, 1ª Ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, usada em diversos trechos da obra (v.g., p. 37).

direitos e prerrogativas garantidas aos demais cidadãos¹⁴. Esta definição, adotada inclusive por tratado internacional internalizado pelo Brasil pelo rito do §3º do art. 5º da CF/88 (Convenção sobre Pessoas com Deficiência), que anota que ações afirmativas não serão consideradas posturas discriminatórias¹⁵, é uma forma mais sofisticada de explicitar a célebre proposição de **Celso Antônio Bandeira de Mello**¹⁶ (aqui adotada), segundo a qual “*é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto. [...] Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia*” – donde se conclui que a diferenciação juridicamente válida é aquela pautada em uma correlação lógico-racional entre o critério de diferenciação erigido e o tratamento jurídico diferenciado que se pretende introduzir a determinado grupo de indivíduos¹⁷.

Consoante os **Princípios de Yogyakarta**¹⁸, *orientação sexual* é a “*capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas*”, ao passo que *identidade de gênero* é “*a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos*”. A orientação sexual traz a diferença entre homossexuais, heterossexuais e bissexuais; a identidade de gênero traz a diferença entre travestis,

¹⁴ Segundo o E. TRF da 4ª Região, “Do ponto de vista jurídico, discriminação é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública”, sendo que o princípio da igualdade “impõe a proibição de tratamentos que, de modo intencional ou não, perpetuem discriminação e desigualdade (mandamento de antissubordinação)”, donde discriminação indireta é a “discriminação [que] é fruto de medidas, decisões e práticas aparentemente neutras, desprovidas de justificação e de vontade de discriminar, cujos resultados, no entanto, têm impacto diferenciado perante diversos indivíduos e grupos, gerando e fomentando preconceitos e estereótipos inadmissíveis” (TRF/4, AC n.º 2005.70.00.010977-0/PR, 3ª Turma, Relator para acórdão: Juiz Federal Roger Raupp Rios, DJe de 22/07/2009. G.n (as duas primeiras transcrições são da ementa, ao passo que a terceira é do inteiro teor do acórdão). Não vemos, todavia, motivo para limitar o conceito de discriminação apenas a direitos *humanos* e liberdades *fundamentais*: todo tratamento diferenciado não-pautado por motivação lógico-racional que lhe sustente deve ser considerado como uma *diferenciação juridicamente inválida*.

¹⁵ Este sofisticado conceito diferencia as palavras *discriminação* e *diferenciação* [juridicamente válida]. Dito conceito toma por pressuposto que a *discriminação* seria necessariamente *juridicamente inválida*, ao passo que a *diferenciação* seria juridicamente válida. Já o conceito de Celso Antonio Bandeira de Mello, citado no texto e aqui adotado, parte do pressuposto de que toda lei é *discriminatória*, sendo necessário averiguar se a discriminação é juridicamente válida ou inválida. Mas, para evitar estereis controvérsias terminológicas, adota-se no texto a expressão *diferenciação juridicamente válida*, que, s.m.j., enquadra-se com as duas teorias.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ª Edição, 11ª Tiragem, Maio-2003, São Paulo: Malheiros Editores, pp. 38-39.

¹⁷ Cf. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos*, 2ª Ed., São Paulo: Ed. Método, 2013, p. 96.

¹⁸ Cf. *Princípios de Yogyakarta*, p. 5. Fonte: http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf (acesso em 10/04/2012).

transexuais e transgêneros em geral de um lado e cisgêneros de outro¹⁹. Fala-se em orientação sexual ou identidade de gênero **real ou atribuída** no sentido de se caracterizar a homofobia/transfobia tanto quando as vítimas sejam agredidas/discriminadas/ofendidas/ameaçadas por sua real orientação sexual ou identidade de gênero não-heterossexual cisgênera e também quando as vítimas são heterossexuais mas são confundidas com LGBT, ou seja, são agredidas por terem a si *atribuída* uma orientação sexual ou identidade de gênero distinta da sua.

Ademais, por *dirigismo constitucional* referimo-nos à imposição, pela Constituição, de obrigações a serem cumpridas pelo Estado, sendo que as *ordens constitucionais de legislar* configuram-se como imposições feitas pela Constituição ao legislador para que ele, *obrigatoriamente*, elabore as leis nelas referidas, caracterizando verdadeira *mitigação da liberdade de conformação do legislador democrático*. Isso significa que, embora *em regra* o legislador possua liberdade para decidir se elabora ou não uma lei, consoante juízos de conveniência, oportunidade e avaliação sobre a necessidade de elaboração das leis, no caso das ordens constitucionais de legislar o legislador está *obrigado* a criar a lei em questão por ter a Constituição já decidido acerca da conveniência, oportunidade e necessidade de sua criação. Assim, caracterizada a obrigação constitucional de legislar, o legislador não possui liberdade para decidir se a elabora ou não; tem a obrigação de criá-la, sob pena de caracterização do fenômeno da *inconstitucionalidade por omissão*.

Sobre o tema, a clássica lição de **Canotilho**, segundo a qual “*as imposições constitucionais vinculam juridicamente o legislador em três dos momentos essenciais da atividade legiferante: (1) o legislador deve realizar os preceitos constitucionais impositivos, isto é, o se do acto legislativo não fica na sua ‘liberdade de conformação’; (2) o legislador deve regular, concretizando, as matérias que na lei fundamental são objeto de imposição legislativa (o quê da legiferação); (3) o legislador deve legislar de acordo com as directivas materiais contidas nas imposições legiferantes e noutros preceitos constitucionais para os quais elas remetem, expressa ou implicitamente (o como da legislação). Como se vê, o que caracteriza a específica vinculatividade das imposições constitucionais [...] É assim (1) a existência de uma ordem material permanente e concreta dirigida essencialmente ao legislador, no sentido de este*

¹⁹ **Homossexuais** são pessoas que sentem atração erótico-afetiva por pessoas do mesmo sexo; **heterossexuais**, por pessoas de sexo diverso; **bissexuais**, por pessoas de ambos os sexos. **Transexual** é a pessoa que se identifica com o gênero oposto àquele socialmente atribuído ao seu sexo biológico, possui uma dissociação entre seu *sexo físico* e seu *sexo psíquico*, que geralmente não sente prazer na utilização de seu órgão sexual e que não deseja que as pessoas em geral saibam de sua condição transexual após a adequação de sua aparência a seu *sexo psíquico*. **Travesti** é a pessoa que, apesar de possuir uma relativa dissociação entre seu *sexo físico* e seu *sexo psíquico* (ao menos no que tange às normas de gênero socialmente impostas), sente prazer na utilização de seu órgão sexual e não se importa que as pessoas em geral saibam de sua condição de travesti, embora socialmente também prefira ser tratada como pessoa relativa à aparência que efetivamente ostenta. Trata-se, também aqui, de uma questão puramente identitária (note-se que não consideramos correto o entendimento convencional que diferencia travestis e transexuais por estes últimos supostamente sempre desejarem realizar a cirurgia de transgenitalização e não sentirem *nunca* prazer com sua genitália biológica – consideramos este conceito ultrapassado, por existirem transexuais que não desejam a cirurgia, embora se identifiquem com o gênero oposto àquele socialmente atribuído a seu sexo biológico). **Cisgêneros** são aqueles que se identificam com o gênero socialmente atribuído a seu sexo biológico. Sobre o tema: VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Minorias Sexuais e Ações Afirmativas**. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). *Minorias Sexuais. Direitos e Preconceitos*, São Paulo, Ed. Consulex, 2012, pp. 37-38 (nas notas n.º 14 a 18).

emanar os actos legislativos concretizadores; (2) o dever de o legislador regular positivamente as matérias contidas nas imposições; (3) o dever de o legislador 'actuar' os preceitos impositivos, segundo as directivas materiais neles formuladas. [...] O legislador não tem o direito de optar entre 'fazer e não fazer' ou fazer à 'sua maneira'"²⁰ [ele deve cumprir as imposições constitucionais]. Lógica essa que se aplica, evidentemente, também às imposições constitucionais relativas aos mandados de criminalização (ordens constitucionais de legislar criminalmente).

Outrossim, consoante **Miguel Calmon Dantas**²¹, "o dirigismo constitucionalmente adequado ao texto e ao contexto brasileiros, com a aptidão não apenas de resistência, mas de projeção do Estado Social enquanto voltado para a concreção processual das utopias jurídicas, sejam as respeitantes aos objetivos constitucionais, sejam as pertinentes aos direitos fundamentais, consubstancia em si mesmo a constituição fundamental do Estado Democrático de Direito, cuja atividade de direção e decisão política é impostergavelmente vinculada positiva e negativamente à programaticidade constitucional", visto que "O dirigismo constitucional se caracteriza justamente pela existência de imposições constitucionais derivadas de normas programáticas que atribuem tarefas ou fins para os Poderes Públicos. Na condição de normas jurídicas, delas resultam uma ampla gama de efeitos, estando também o legislador a elas sujeito, advindo para ele o **dever de legislar**, cuja inércia deliberada redundando em **inconstitucionalidade por omissão**".

Sobre o tema das *ordens constitucionais de legislar criminalmente*, cabe destacar, com **Luiz Carlos dos Santos Gonçalves**²², que os mandados de criminalização são "mecanismos de proteção dos direitos fundamentais", donde "a relação entre os mandados de penalização e os direitos fundamentais não é fortuita; é de meio e fim. Os mandados existem em face dessa proteção", sendo que "Os mandados de criminalização influenciam a interpretação da própria Constituição e de toda a legislação infraconstitucional", donde "Os mandados de criminalização não são um amesquinamento de outros direitos fundamentais, mas todos se compõem e se informam reciprocamente. Os comandos de criminalização funcionam como contrapartida para o regime geral de garantias e direitos dados às pessoas submetidas à investigação ou responsabilização penal", pois "A **previsão de mandados de criminalização no coração do catálogo de direitos fundamentais é sugestiva da ruptura do paradigma exclusivamente liberal no qual se inseria o Direito Penal. Sua abolição ou diminuição sem peias deixa de ser um programa do Estado Democrático de Direito; ele, ao contrário, o legitima, quando indica os crimes que o legislador deverá prever**", razão pela qual "Os comandos expressos de criminalização, constantes da Carta Política de 1988, informam-se, como seus congêneres estrangeiros, pela **função de proteção de direitos fundamentais, própria da eficácia irradiante que os caracteriza. O Estado deve protegê-los também diante de ameaças vindas de outros particulares**".

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Ed., 2001, pp. 316-7. G.n.

²¹ DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade*, 1ª Ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, pp. 338 e 376-377. G.n.

²² GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*, Belo Horizonte: Ed. Forum, 2007, pp. 158, 160 e 170-171. G.n.

Ou seja, a lógica de obrigatoriedade de criação de leis objeto de ordens constitucionais de legislar também se aplica ao Direito Penal, no que tange aos *mandados de criminalização*. **O Direito Penal não está imune à supremacia constitucional, também relativamente às ordens constitucionais de legislar criminalmente (*mandados de criminalização*):** tendo a Constituição ordenado a criminalização de uma conduta, o legislador deve, obrigatoriamente, criminalizá-la. As ordens constitucionais de legislar retiram a liberdade de conformação do legislador em qualquer hipótese, também quando se ordena a criação de uma lei penal, pois, do contrário, abstraídas tergiversações, o mandado de criminalização se caracterizará como mero conselho despido de imperatividade relativamente ao mandamento positivo a ele inerente, relativo à imposição constitucional de criminalização em questão.

Quando se fala nesta ação que as **ordens constitucionais de legislar** não podem ser consideradas como meros conselhos despidos de imperatividade também em seu **aspecto positivo**, enfoca-se a questão pela qual, apesar de se reconhecer atualmente que a revogação pura e simples de uma lei que a Constituição obriga que seja elaborada configura inconstitucionalidade, esse é um aspecto meramente *negativo* da eficácia jurídica das ordens constitucionais de legislar, ao passo que o aspecto *positivo* das mesmas demanda que haja consequências jurídicas para a não-elaboração da legislação em questão que transcendam a mera declaração de mora inconstitucional. Com efeito, considerando que *a mera declaração de mora inconstitucional não traz nenhuma consequência prática para o cumprimento da ordem constitucional de legislar*, tem-se que o fato de tais ordens não poderem ser consideradas meros conselhos despidos de imperatividade jurídica deve valer também para seu **aspecto positivo**, no sentido de ser elaborada a legislação faltante por esta Suprema Corte ou por outro órgão por ela designado caso persista o Parlamento em estado de inércia, por entendimento em sentido contrário implicar em ausência de qualquer imperatividade jurídica da ordem constitucional de legislar em sua vontade principal, a saber, a de que seja a legislação em questão efetivamente criada. **É do próprio conteúdo imanente da declaração da omissão inconstitucional o dever do Tribunal Constitucional elaborar a normatização respectiva caso o Parlamento não a elabore, visto que a declaração de inconstitucionalidade tem em si inerente a consequência de retirada do mundo jurídico da situação inconstitucional, o que, no caso da omissão inconstitucional, só é possível mediante a elaboração da legislação/normatização faltante mediante atividade legislativa atípica pelo Tribunal Constitucional (no caso, pelo Supremo Tribunal Federal).**

Importante fazer-se um esclarecimento terminológico: ao longo da ação falar-se-á basicamente na obrigação do Estado em criminalizar *a homofobia e a transfobia*, ou seja, a discriminação contra homossexuais/bissexuais e a travestis/transexuais/transgêneros em geral. Embora entenda-se que seria viável a criminalização específica apenas de tais condutas e não de uma suposta discriminação contra heterossexuais (faticamente inexistente ou insignificante em termos numéricos, se eventualmente existente), inclusive pela mesma lógica pela qual esta Suprema Corte (corretamente) reconheceu a constitucionalidade da *Lei*

Maria da Penha mesmo tendo ela criminalizado de forma específica a violência doméstica “apenas” contra mulheres sem incluir os homens em seu âmbito de proteção penal (penal-material), o que se pleiteia nesta ação é a punição específica de quaisquer *ofensas (individuais e coletivas), agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, o que também protege heterossexuais cisgêneros* (que se identificam com o gênero socialmente atribuído a seu sexo biológico), inclusive para afastar a (inacreditável) discussão que existiu sobre a constitucionalidade da Lei Maria da Penha relativamente à isonomia entre homens e mulheres (para que tal discussão não exista aqui entre pessoas LGBT e pessoas heterossexuais cisgêneras). Contudo, falar-se-á apenas em homofobia/transfobia em diversas oportunidades para tornar o mais fluida possível a leitura e também porque a **proteção deficiente** hoje existente do Estado Brasileiro é relativamente à população LGBT, não contra heterossexuais, visto que estes não sofrem ofensas (individuais e coletivas), agressões e discriminações motivadas pela sua orientação sexual heteroafetiva/heterossexual e/ou por identidade de gênero cisgênera, não obstante o que se acabou de expor sobre a criminalização específica aqui pleiteada também abranger a proteção de heterossexuais cisgêneros.

Ademais, como se verá na ação, fala-se diversas vezes na *criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente), das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima*, determinando-se que ele aprove legislação criminal que puna, de forma específica, *a violência física, os discursos de ódio, a prática, o induzimento e a incitação ao preconceito e à discriminação por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa* (ou seja, a conduta de “praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa”). Com isso pretendeu-se mencionar as formas possíveis de cometimento de homofobia e transfobia, mas o que se quer é que se determine que o Congresso Nacional puna criminalmente todas as formas de homofobia e transfobia, inclusive eventuais outras que não se enquadrem neste pedido. Anote-se, ainda, que se colocou as ofensas antes de homicídios, por exemplo, não por uma ordem de importância (claro que homicídios são fatos mais graves); trata-se de uma ordem aleatória.

Nesse sentido, quando se pleiteia pela **criminalização específica** da homofobia e da transfobia, o que se quer é a uma legislação/normatização que trate especificamente dos crimes cometidos por conta da orientação sexual e/ou da identidade de gênero da pessoa, *tanto* como agravantes/qualificadoras específicas *quanto* por tipos penais específicos para tanto. É óbvio/evidente que não se pleiteia por um *tipo penal* que tenha como redação “ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela sua orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta”, mas que se aprove tipos penais que abarquem tais condutas de forma específica e sistêmica.

Note-se, por fim, que a criminalização da conduta de “praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa” é indispensável. Ela é o *coração* da atual Lei de Racismo (art. 20), aquilo que se afigura como indispensável para fins de proteção penal eficiente à população LGBT na atualidade, por exteriorizar a repreensão estatal a toda forma de menosprezo, ofensa, preconceito e discriminação, algo absolutamente indispensável na atualidade para proteção eficiente da população LGBT, ante o notório e nefasto contexto de banalidade do mau homofóbico inacreditavelmente vigente na atualidade...

3. CABIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. Existência de Ordens Constitucionais de Criminalização da Homofobia e da Transfobia. Inconstitucionalidade por Proibição de Proteção Deficiente.

A presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é pautada em três linhas argumentativas, independentes mas inter-relacionáveis:

(i) uma *formal*, existência de ordens constitucionais de legislar que impõem a criminalização da homofobia e da transfobia como espécies do gênero racismo ou, subsidiariamente, de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, donde incluídas na imposição constitucional constante do art. 5º, XLII ou, subsidiariamente, XLI, respectivamente;

(ii) uma *material*, relativa ao dever constitucional de criminalização sempre que haja *proibição deficiente* da população vulnerável em questão;

Passaremos a tratar de tais questões na ordem exposta.

3. ORDEM CONSTITUCIONAL DE CRIMINALIZAR A HOMOFOBIA E A TRANSFOBIA. A homofobia e a transfobia como espécies do gênero racismo.

3.1. Art. 5º, inc. XLII, da CF/88 e a obrigação de criminalizar todas as formas de racismo.

Nos termos do **art. 5º, inc. XLII, da CF/88**, “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”, o que significa que o racismo deve ser punido em todas as suas formas de manifestação – e, considerando que a jurisprudência, equivocadamente, criou uma “distinção” entre *racismo* e *injúria racial* (a nosso ver, a *injúria racial* é espécie do gênero *racismo*, donde tal diferenciação mitiga a proteção constitucional de pessoas contra práticas racistas), deve-se entender que o referido dispositivo constitucional demanda pela punição específica de todas as condutas ofensivas a terceiros por motivações racistas, sejam elas ofensas individuais ou coletivas, “ofensas” aqui entendidas em sentido amplo (toda ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória imputada a terceiros por motivações racistas). Até porque, interpretado

lógico-sistematicamente com o art. 5º, inc. XLI, da CF/88, aquele dispositivo constitucional (que criminaliza o racismo) demanda que todas as formas de discriminações racistas sejam punidas criminalmente pelo Estado.

Nesse sentido, consoante a doutrina do **dirigismo constitucional**, tem-se aqui caracterizada ordem constitucional de legislar criminalmente, não havendo que se falar em *liberdade de conformação do legislador democrático* na decisão de criminalizar ou não *todas as formas de racismo*: caracterizada uma conduta como *racista*, constitui *dever* do legislador criminalizar *todas* as espécies de racismos e ofensas raciais em geral.

Assim, de suma importância a compreensão do *conceito ontológico de racismo* para que, enquadrada uma conduta no mesmo, ter-se como caracterizado o dever de o legislador criminalizar tal conduta nos termos do dispositivo constitucional, ou seja, como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão.

3.1.1. Conceito Ontológico de Racismo. O caso Ellwanger (STF, HC n.º 82.424/RS).

Sobre o tema do conceito ontológico de racismo, o **Supremo Tribunal Federal** posicionou-se no histórico *caso Ellwanger (HC n.º 82.424/RS)*, no qual esta Suprema Corte analisou e definiu peremptoriamente justamente o **conceito jurídico-constitucional de racismo**. Rememoremos: naquele julgado, o impetrante, Siegfried Ellwanger, defendeu perante o STF que os judeus não constituiriam uma *raça* e que, por isso, a conduta de incitação ao ódio contra judeus não poderia ser considerado como crime de racismo²³ e, portanto, não poderia ser considerado imprescritível. Mas o STF rejeitou a tese do impetrante, sob o correto fundamento de que, tendo a ciência concluído, com o *Projeto Genoma*, que a *raça humana* é única, o conceito jurídico-constitucional do crime de racismo não pode ser definido por critérios exclusivamente biológicos²⁴ ante a ciência ter abolido o conceito tradicional, puramente biológico, de *raça*²⁵, até porque o racismo era praticado desde muito antes do século XIX, quando os racistas pretenderam dar ares de pseudo-cientificidade ao racismo. Assim, entendeu corretamente a Corte que *“A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse*

²³ STF, HC n.º 82.424-2/RS, DJ de 19/03/2004. Cf., v.g., voto do **Ministro Maurício Correa**, p. 2.

²⁴ *“A questão, como visto, gira em torno da exegese do termo racismo inscrito na Constituição como sendo crime inafiançável e imprescritível. Creio que não se lhe poder emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica. Deve-se, na verdade, entendê-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional, sobretudo levando-se em conta a pluralidade de conceituações do termo, entendido não só à luz de seu sentido meramente vernacular, mas também do que resulta de sua valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos”* (STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Maurício Correa**, p. 3).

²⁵ *“14. Embora haja muito ainda para ser desvendado, algumas conclusões são irrefutáveis, e uma delas é a de que a genética banuiu de vez o conceito tradicional de raça. Negros, brancos e amarelos diferem tanto entre si quanto dentro de suas próprias etnias. Conforme afirmou o geneticista Craig Venter, ‘há diferenças biológicas ínfimas entre nós. Essencialmente somos todos gêmeos’. 15. Os cientistas confirmaram, assim, que não existe base genética para aquilo que as pessoas descrevem como raça, e que apenas algumas poucas diferenças distinguem uma pessoa de outra. [...] 16. O professor Sérgio Danilo Pena, titular da cadeira de bioquímica da cadeira de bioquímica da Universidade Federal de Minas Gerais esclareceu algumas das descobertas do Projeto Genoma. Para ele, ‘todos os estudos genômicos realizados até agora têm destruído completamente a noção de raças. Em outras palavras, a espécie humana é jovem demais para ter tido tempo para se diferenciar em raças. Do ponto de vista genômico, raças não existem’* (STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Maurício Correa**, pp. 4-5).

*pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista*²⁶, donde ser necessária uma *“Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo”*, mediante uma *“Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma*²⁷ – inclusive porque, se justificado o racismo apenas em um conceito biologicista, o racismo se tornaria *crime impossível* pela raça humana ser única²⁸, o que seria absurdo por tornar inócua e inútil a norma constitucional, donde pertinente esse conceito jurídico-constitucional explicitado pelo STF, na medida em que a conclusão do *Projeto Genoma* consagra, no mínimo, elemento fático objetivo apto a permitir a superação da antiga compreensão jurídica de “racismo” em termos eminentemente biológicos. Assim, para a **Ministra Ellen Gracie**, *“quando se fala em preconceito de raça e quando a tanto se referem a CF e a lei, não há de se pensar em critérios científicos para defini-la – que já sabemos não os há – mas, na percepção do outro como diferente e inferior, revelada na atuação carregada de menosprezo e no desrespeito a seu direito fundamental à igualdade*²⁹. Assim, *“Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do artigo 5º da Carta Política. Fundado nessa constatação é que o embaixador Lindgren Alves entende que ‘raça’ é, sobretudo, uma construção social, negativa ou positiva, conforme o objetivo que se lhe queira dar”*³⁰.

Com efeito, segundo o **Ministro Maurício Correa**, *“a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial. Não existindo base científica para a divisão dos homens em raças, torna-se ainda mais odiosa qualquer ação*

²⁶ STF, HC n.º 82.424-2/RS, DJ de 19/03/2004. Ementa, item 4.

²⁷ STF, HC n.º 82.424-2/RS, DJ de 19/03/2004. Ementa, item 8.

²⁸ *“Quero lembrar que a questão posta no habeas, com um condicional verdadeiro, é exatamente uma pergunta: sendo os judeus um povo e não uma raça, não estariam amparados pela Constituição Federal, no que se refere à imprescritibilidade do delito, ou seja, parte do pressuposto de que a expressão ‘racismo’, usada na Constituição, teria conotação de conceito antropológico que não existe? Ora, se partirmos desse pressuposto como verdadeiro, o dispositivo da Constituição é inútil. A conclusão necessária é esta: não havendo raça, logo, não haverá a prática de racismo e não havendo isso, sendo impossível a prática de racismo, porque não há sujeito da prática, as raças não existem, não teríamos aplicabilidade do texto. [...] temos determinados tipos de palavras que são, nada mais nada menos, regras ou expressões que têm, como finalidade, captar fenômenos sociais de comportamentos, mas não fatos e coisas. É exatamente o que se passa com esse expressão ‘racismo’. Se ficássemos com o conceito antropológico, estaríamos liquidados. Quero deixar muito claro que esta conceituação de racismo é claramente pragmática; vai se verificar caso a caso e ali vamos identificar se, efetivamente, estamos perante uma conduta ostensiva ou veladamente da prática do racismo, ou estamos em outro tipo de conduta”* (STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Nelson Jobim**, pp. 1-3). No mesmo sentido, o **Professor Celso Lafer**: *“No limite, esta linha de interpretação restritiva pode levar à inação jurídica por força do argumento a contrario sensu, que cabe em matéria penal. Com efeito, levadas às últimas consequências, ela converteria a prática do racismo, por maior que fosse o esmero na descrição da conduta, em crime impossível pela inexistência de objeto: as raças (...)”* (LAFER apud STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do Ministro Celso de Mello, p. 16).

²⁹ STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto da **Ministra Ellen Gracie**, p. 4.

³⁰ STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Maurício Correa**, p. 14. G.n. Continua o Ministro: *“A sociologia moderna identifica o racismo como tendência cultural, decorrente de construções ideológicas e programas políticos visando à dominação de uma parcela da sociedade sobre outra”* (pp. 14-15).

discriminatória da espécie. Como evidenciado cientificamente, todos os homens que habitam o planeta, sejam eles pobres, ricos, brancos, negros, amarelos, judeus ou muçulmanos, fazem parte de uma única raça, que é a espécie humana, ou a raça humana. Isso ratifica não apenas a igualdade dos seres humanos, realçada nas normas internacionais de direitos humanos, mas também os fundamentos do Pentateuco ou Torá acerca da origem comum do homem. [...] Pode-se concluir, assim, que o vetusto conceito – agora cientificamente ultrapassado – não nos serve para a solução do caso. [...] Veja-se que a Constituição rejeita de antemão a definição isolada e tradicional de raça como sendo distinta pela cor da pele (branca, amarela e negra), tendo em vista que ao designar como preceito fundamental o inciso IV do artigo 3º da Constituição, trata cor e raça com conceitos diferentes, ao estimular a promoção do ‘bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor e quaisquer outras formas de discriminação’. A referência a raça deve ter conteúdo mais amplo, sob pena de inaceitável inocuidade no que tange a cor. [...] Registro que após a promulgação da Constituição Federal cuidou o legislador ordinário de disciplinar o tema, ao editar a Lei 7716/89, que definiu ‘os crimes resultantes de raça ou de cor’. Explicitamente estabeleceu o alcance de raça não limitada à cor da pele. A simples alusão à raça, considerada, como deve ser, uma realidade sócio-política, já exige suficiente base jurídico-constitucional para incluir o anti-semitismo na extensão de seu verdadeiro conceito. Ainda assim, a Lei 8081/90 fez incluir expressamente a vedação ao preconceito de etnia, de religião, e de procedência nacional, aproximando a norma ordinária aos preceitos conformadores da Constituição e às convenções internacionais sobre o tema. Nesse passo, a correta conclusão do parecer do Professor Miguel Reale Júnior, de que ‘o racismo é, antes de tudo, uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto física ou biológica, como, aliás, as ciências sociais hoje em dia indicam’³¹.

Nesse sentido, anotou o Ministro que “Assim esboçado o quadro, indiscutível que o racismo traduz valorização negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, à qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante. Materializa-se à medida que as qualidades humanas são determinadas pela raça ou grupo étnico a que pertencem, a justificar a supremacia de uns sobre os outros”, donde “Afigura-se relevante o conceito antropológico atual de raça social. Conforme salienta a professora Sonia Bloomfield Ramagem, ‘raças sociais podem ser caracterizadas por um indicador preferencial, tanto em termos físicos quanto culturais’, possuindo o termo um ‘poderoso significado político social, sendo um construto social baseado em valores e crenças criados a partir de uma visão-de-mundo de determinados grupos sociais, provendo uma percepção cognitiva classificatória, o racismo, que hierarquiza grupos diferentes, podendo justificar a subjugação ou destruição do grupo X pelo Y, ou vice-versa”, ao passo que “no direito comparado o problema da segregação racial é enfrentado atribuindo-se ao termo raça uma conotação mais complexa, sempre com o objetivo de assegurar o efetivo respeito aos postulados universais da igualdade e da dignidade da pessoa humana”³².

Assim, sobre o conceito de racismo, “Uadi Lamêgo Bulos define-o como ‘todo e qualquer tratamento discriminador da condição humana em que o agente dilacera a auto-estima e patrimônio moral de uma pessoa ou de um

³¹ STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do Ministro Maurício Correa, pp. 6, 8, 26-27 e 34. G.n.

³² STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do Ministro Maurício Correa, pp. 13-14 e 26. G.n.

*grupo de pessoas, tomando como critérios raça ou cor da pele, sexo, condição econômica, origem, etc”, ao passo que José Afonso da Silva aduz que “o racismo indica teorias e comportamentos destinados a realizar a supremacia de uma raça. O preconceito e a discriminação são consequências da teoria”³³. Afinal, “Não se pode perder de vista, na busca da verdadeira acepção do termo, segundo uma visualização harmônica da Carta da República, dois dogmas fundamentais inerentes ao verdadeiro Estado de Direito Democrático, que são exatamente a **cidadania** e a **dignidade da pessoa humana** (CF, artigo 1º, II e III). Pretende-se, com eles, que todos os seres humanos, sem distinção de qualquer natureza, tenham os mesmos direitos, para que de fato se cumpra na sua inteireza o **‘direito a ter direitos’**”, pois **“o combate ao racismo tem clara inspiração no princípio da igualdade, que por sua vez se confunde com o reconhecimento mundial dos direitos do homem”**, sendo que **“A efetiva aplicação desses postulados, e a consequente defesa dos direitos humanos, deve ser buscada obstinada e intransigentemente, sob pena de ruir-se a própria democracia, sendo o **combate ao racismo, em seu sentido amplo**, fator decisivo para a consecução desse objetivo fundamental”**, pois **“O direito de qualquer cidadão de não ser alvo de práticas racistas, como de resto as demais garantias individuais, está inserido nas liberdades públicas asseguradas pela Carta Magna, sendo dever do Estado assegurar sua total observância. O respeito ao valor fundamental da pessoa humana é premissa básica do Estado de Direito e sua desconsideração permite o surgimento de sociedades totalitárias. Nada pode ser mais aviltante à dignidade do homem do que ser discriminado e inferiorizado em seu próprio meio social”³⁴. Afinal, **“limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria prevalência dos direitos humanos. Condicionar a discriminação como crime imprescritível apenas aos negros e não aos judeus é aceitar como desiguais aqueles que na essência são iguais perante tal garantia. Parece-me, data venia, uma conclusão inaceitável”³⁵.*****

Com efeito, segundo o **Professor Celso Lafer**, **“O conceito jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5º, XLII, do crime da prática do racismo, tipificado pela legislação infra-constitucional, reside nas teorias e preconceitos que estabelecem diferenças entre grupos e pessoas, a eles atribuindo as características de uma ‘raça’, para discriminá-las”,** donde **“raça é uma construção histórico-social, voltada para justificar a desigualdade”**, razão pela qual interpretar o termo “raça” unicamente no sentido biológico implica em **“reduzir o bem jurídico tutelado pelo Direito brasileiro, o que não é aceitável como critério de interpretação dos direitos e garantias constitucionais”³⁶. Na mesma linha, Edson Borges, Carlos Alberto Medeiros e Jacques d’Adeski, segundo os quais **“a palavra racismo designa um comportamento de hostilidade e menosprezo em relação a pessoas ou grupos humanos cujas características intelectuais ou morais, consideradas ‘inferiores’, estariam****

³³ BULOS e SILVA *apud* STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Maurício Correa**, p. 28. G.n.

³⁴ STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Maurício Correa**, pp. 28-30. G.n.

³⁵ STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Maurício Correa**, pp. 34-35. G.n. Continuou o Ministro, rechaçando a tese originalista do Ministro Moreira Alves: **“A propósito, julgo presente registrar que a distinguida referência aos negros nos debates sobre o tema na Assembleia Constituinte decorreu da natural dívida da sociedade nacional para com a comunidade negra. Essa constatação empolgou à ocasião as discussões, sem contudo perder o sentido de que a abrangência da inovação na Carta não se reservaria tão-só aos negros, mas também tinha horizontes mais amplos”**. (idem, p. 35).

³⁶ LAFER *apud* STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Celso de Mello**, p. 15 (parecer acostado aos autos). G.n.

*diretamente relacionadas a suas características 'raciais', isto é, físicas ou biológicas. Finalmente, é preciso observar que o anti-semitismo é um racismo paradoxal, pois, ao contrário do racismo contra o negro, sequer se baseia em diferenças aparentes (...). Assim, o racista precisa alegar supostas diferenças psicoculturais imaginárias para inferiorizar os judeus*³⁷. Assim, como bem anota **Trinta Jones**, "Raça é o significado social atribuído a uma categoria. É um conjunto de crenças e convicções sobre indivíduos de um grupo racial em particular. Essas crenças são abrangentes, compreendendo convicções sobre a parte intelectual sobre a parte física, sobre classe e moral, dentre outras coisas"³⁸.

Afinal, segundo o **Ministro Gilmar Mendes**, "pacífico hoje o entendimento segundo o qual a concepção a respeito da existência de raças assentava-se em reflexões pseudo-científicas", pois "historicamente, o racismo prescindiu até mesmo daquele conceito pseudo-científico para estabelecer suas bases, desenvolvendo uma ideologia lastreada em critérios outros"³⁹, donde, segundo o **Ministro Carlos Velloso**, "O sequenciamento do genoma humano demonstra que não há falar em raça em termos biológicos. [...] [donde] "Se é assim, em termos biológicos e antropológicos, importa registrar, entretanto, que, culturalmente, sociologicamente, esses grupos humanos podem ser diferenciados. E é justamente o tratamento discriminatório, hostil, preconceituoso, relativamente a eles, que caracteriza o racismo, o racismo que a Constituição não tolera – C.F., art. 5º, XLII – porque representa forma grave de desrespeito aos direitos humanos. Bem por isso a Carta da República estabelece que esta, nas suas relações internacionais, rege-se, dentre outros princípios, pelo repúdio ao racismo (C.F. art. 4º, VIII)"⁴⁰.

Dessa forma, concluiu o **Ministro Maurício Correa** que "racismo, longe de basear-se no conceito simplista de raça, reflete, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização, e até de eliminação de pessoas. Sua relação com o termo raça, até pela etimologia, tem a perspectiva da raça enquanto manifestação social, tanto mais que agora, como visto, em virtude de conquistas científicas acerca do genoma humano, a subdivisão racial da espécie humana não encontra qualquer sustentação antropológica, tendo origem em teorias racistas que se desenvolveram ao longo da história, hoje condenadas pela legislação criminal"⁴¹, cabendo citar, ainda, a manifestação do **Ministro Gilmar Mendes**, para quem "o conceito jurídico de racismo não se divorcia do conceito histórico, sociológico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o anti-semitismo"⁴² e, a nosso ver, a homofobia e a transfobia, consoante explicitado no próximo tópico.

Este, portanto, é o conceito jurídico-constitucional de racismo do art. 5º, inc. XLII, da CF/88 (ideologia segregacionista que prega a inferioridade de um grupo relativamente a outro), que servirá de base para o enquadramento da

³⁷ BORGES, MEDEIROS e D'ADESKY *apud* STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Celso de Mello**, p. 16 (obra "Racismo, Preconceito e Intolerância", 2002, Atual Editora).

³⁸ JONES *apud* STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Gilmar Mendes**, pp. 11-12 (obra "Shades of Brown: the Law of Skin Color. In: Duke Law Journal, v. 49: 1487, 200, p. 1497).

³⁹ STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Gilmar Mendes**, pp. 3-4.

⁴⁰ STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Carlos Velloso**, pp. 7-8.

⁴¹ STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Maurício Correa**, p. 37. G.n.

⁴² STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Gilmar Mendes**, p. 13.

homofobia e da transfobia como espécies do gênero racismo e, portanto, inclusas na ordem constitucional de criminalizar o racismo.

3.1.2. HOMOFOBIA E TRANSFOBIA COMO ESPÉCIES DO GÊNERO RACISMO. A doutrina de Guilherme de Souza Nucci. Dever constitucional de criminalizar a homofobia e a transfobia como formas de racismo. Omissão inconstitucional parcial (art. 5º, inc. XLII, da CF/88).

Consoante exposto no tópico anterior, é inaceitável a tese segundo a qual racismo seria um conceito puramente biológico ou referente apenas a determinados grupos sociais específicos ou, ainda, relacionado apenas à cor de pele, “*pois admiti-la significaria tornar perigosamente menos intensa e socialmente mais frágil a proteção que o ordenamento jurídico dispensa, no plano nacional e internacional, aos grupos minoritários, especialmente àqueles que se expõem a uma situação de maior vulnerabilidade*”⁴³, **como é o caso da minoria LGBT**, objeto do presente caso, **donde necessária sua inclusão no conceito de raça social**, consoante as razões a seguir deduzidas.

Com efeito, com base na decisão do STF no citado HC n.º 82.424/RS, para **Guilherme de Souza Nucci**⁴⁴ afirma peremptoriamente que **discriminação contra homossexuais constitui espécie do gênero racismo.** Em suas palavras:

*[...] Do voto vencedor: ‘[...] Com efeito, limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade para a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria natureza e prevalência dos direitos humanos. Condicionar a discriminação como crime imprescritível apenas aos negros e não aos judeus é aceitar como desiguais aqueles que na essência são iguais perante tal garantia. Parece-me, data venia, uma conclusão inaceitável’ (acórdão citado) [...] **Portanto, raça é termo infeliz e ambíguo, pois quer dizer tanto um conjunto de pessoas com os mesmos caracteres somáticos como também a um grupo de indivíduos de mesma origem étnica, linguística ou SOCIAL. Raça, enfim, um grupo de pessoas que comunga de ideais ou COMPORTAMENTOS COMUNS, ajuntando-se para defendê-los, sem que, necessariamente, constituam um grupo homogêneo ou um conjunto de pessoas fisicamente parecidas. Aliás, assim pensando, HOMOSSEXUAIS discriminados podem ser, para os fins de aplicação desta Lei, considerados um GRUPO RACIAL.** Em contrário, entende Christiano Jorge Santos que, em face de as leis, ao menos as que prevêem punições no campo penal, não utilizarem a expressão orientação sexual, não há como operar a tipificação em qualquer infração penal (Crimes de preconceito e discriminação, p. 68). **Ora, se o STF considerou racismo, para efeito de considerar imprescritível o art. 20 desta Lei, atitudes de antissemitismo são imprescritíveis, mesmo se considerando que o judeu é o adepto da religião denominada judaísmo, podendo ser qualquer pessoa, inclusive o que nasceu e se formou católico, mas, posteriormente, converteu-se. Dessa forma, parece-nos possível, igualmente, considerar racismo a busca da exclusão de outros grupos sociais homogêneos, exteriormente identificados por qualquer razão.** E*

⁴³ STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do Ministro Celso de Mello, p. 22.

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, 5ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 300-306. G.n.

mais, podemos incluir nessa possibilidade o ateu – aquele que não acredita em Deus e em nenhuma força sobrenatural, regente do Universo ou das relações humanas. [...] **Parece-nos que é racismo, desde que, na esteira da interpretação dada pelo STF, qualquer forma de FOBIA, dirigida ao ser humano, pode ser manifestação racista.** Daí por que, inclui-se no contexto da Lei 7.716/89. **Nem se fale em utilização de analogia in malam partem.** Não se está buscando, em um processo de equiparação por semelhança, considerar o ateu ou o homossexual alguém parecido com o integrante de determinada raça. **Ao contrário, está-se negando existir um conceito de raça, válido para definir qualquer agrupamento humano, de forma que racismo ou, se for preferível, a discriminação ou o preconceito de raça é somente uma manifestação de pensamento segregacionista, voltado a dividir os seres humanos, conforme qualquer critério leviano e arbitrariamente eleito, em castas, privilegiando umas em detrimento de outras.** Vamos além. [...] Embora a pobreza não seja, no critério simplista do termo, uma raça, é um mecanismo extremamente simples de se diferenciar seres humanos. Logo, é mentalidade racista. Ser judeu, para o fim de considerar atos antissemitas como manifestações de racismo, logo crime imprescritível, foi interpretação constitucionalmente válida. **Logo, ser ateu, HOMOSSEXUAL, pobre, entre outros fatores, também pode ser elemento de valoração razoável para evidenciar a busca de um grupo hegemônico qualquer de extirpar da convivência social indivíduos indesejáveis.** Não se pode considerar racismo atacar judeus, unicamente por conta de lamentáveis fatos históricos, como o holocausto, mas, sobretudo, porque **todos são seres humanos e raça é conceito enigmático e ambíguo, merecedor, pois, de uma interpretação segundo os preceitos da igualdade, apregoada pela Constituição Federal, em função do Estado Democrático de Direito.**

9. Racismo: é o pensamento voltado à existência de divisão dentre seres humanos, constituindo alguns seres superiores, por qualquer pretensa virtude ou qualidade, aleatoriamente eleita, a outros, cultivando-se um objetivo segregacionista, apartando-se a sociedade em camadas e estratos, merecedores de vivência distinta. Racista pode ser tanto o sujeito integrante da maioria de determinado grupo contra qualquer indivíduo componente da minoria componente dessa comunidade, como o integrante da minoria, quando se defronta com alguém considerado da maioria. **Se o racismo, como acabamos de expor, é, basicamente, uma mentalidade segregacionista, ele é capaz de percorrer todos os lados dos agrupamentos humanos.** [...]

Nesse sentido, considerando que o *heterossexismo e a consequente heteronormatividade social* pregam a superioridade e a maior dignidade de heterossexuais cisgêneros (não-transgêneros) relativamente à comunidade LGBT e que a heterossexualidade seria a única sexualidade “aceitável”, o que gera o menosprezo e a discriminação contra pessoas LGBT⁴⁵, **tem-se que o**

⁴⁵ Afinal, para o heterossexismo, “A heterossexualidade é tida como a norma, como o correto, por isso, erroneamente, ocorre o preconceito contra os que estão contrários ao normal. **O heterossexismo faz crer que todos sejam heterossexuais, portanto a única forma aceitável de expressão do afeto emocional e sexual, daí originando a homofobia**”. Cf. MOREIRA, Alexandre Magno Augusto e VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Homofobia: a discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero na relação de trabalho.** In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). *Minorias Sexuais. Direitos e Preconceitos*, 1ª Ed., São Paulo: Ed. Consulex, 2012, p. 184. G.n. Nesse sentido, ressaltando que a identificação das pessoas por sua orientação sexual se deu apenas no final do século XIX quando a ciência médica passou a catalogar as formas que considerava “aceitáveis” de exercício da sexualidade, afirma **Guacira Lopes Couto** que “Esse alinhamento (entre sexo-gênero-sexualidade) dá sustentação ao processo de heteronormatividade, ou seja, à produção e à reiteração compulsória da norma heterossexual. Supõe-se, segundo essa lógica, que todas as pessoas sejam (ou devam ser) heterossexuais – daí que os sistemas de saúde ou de educação, o jurídico ou o midiático sejam construídos à imagem e à semelhança desses sujeitos. São eles que estão plenamente qualificados para usufruir desses sistemas ou de seus serviços e para receber os benefícios do Estado. Os outros, que fogem à norma, poderão na melhor das hipóteses ser reeducados, reformados (se for adotada uma ótica de tolerância e complacência);

heterossexismo é uma ideologia tipicamente racista dada a homofobia e transfobia a ele inerentes. Em outras palavras, sendo o racismo um “reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização, e até de eliminação de pessoas”⁴⁶, sendo o heterossexismo social a ideologia que prega a superioridade da heterossexualidade como a única sexualidade “aceitável”, portanto, como a sexualidade “superior” e considerando que isto tem gerado violência, ofensas, discriminações, ameaças e mesmo assassinatos contra pessoas LGBT, tem-se como inegável que o heterossexismo social constitui uma ideologia racista e, portanto, a homofobia e a transfobia constituem-se como ideologias/conduas tipicamente racistas por serem decorrências do racismo heterossexista.

Analisemos agora o conceito de homofobia para constataremos o acerto da afirmação que se acabou de expor.

Para Daniel Borrillo⁴⁷, “A homofobia é um preconceito e uma ignorância que consiste em crer na supremacia da heterossexualidade”, logo, uma conduta racista à luz do entendimento do STF no HC 82.424/RS. Segundo o autor⁴⁸:

A homofobia é a atitude de hostilidade contra as/os homossexuais; portanto, homens ou mulheres. [...] Do mesmo modo que a xenofobia ou o antissemitismo, a homofobia é uma manifestação arbitrária que consiste em designar o outro como contrário, inferior ou anormal; por sua diferença irredutível, ele é posicionado à distância, fora do universo comum dos humanos. [...] Confinado no papel de marginal ou excêntrico, o homossexual é apontado pela norma social como bizarro ou extravagante. [...] À semelhança do negro, do judeu ou de qualquer estrangeiro, o homossexual é sempre o outro, o diferente, aquele com quem é impensável qualquer identificação.

[...] No âmago desse tratamento discriminatório, a homofobia desempenha um papel importante na medida em que ela é uma forma de inferiorização, consequência direta da hierarquização das sexualidades, além de conferir um status superior à heterossexualidade, situando-a no plano do natural, do que é evidente. [...] A diferença homo/hétero não é só constatada, mas serve, sobretudo, para ordenar um regime das sexualidades em que os comportamentos heterossexuais são os únicos que merecem a qualificação de modelo social e de referência para qualquer outra sexualidade. Assim, nessa ordem sexual, o sexo biológico (macho/fêmea) determina um desejo sexual unívoco (hétero), assim como um comportamento social específico (masculino/feminino). Sexismo e homofobia aparecem, portanto, como

*ou serão relegados a um segundo plano (tendo de se contentar com recursos alternativos, restritivos, inferiores); quando não forem simplesmente excluídos, ignorados ou mesmo punidos. Ainda que se reconheça tudo isso, a atitude mais frequente é a desatenção ou a conformação. A heteronormatividade só vem a ser reconhecida como um processo social, ou seja, como algo que é fabricado, produzido, reiterado e somente passa a ser problematizada a partir da ação de intelectuais ligados aos estudos de sexualidade, especialmente aos estudos gays e lésbicos e à teoria queer”. Cf. LOURO, Guacira Lopes. **Heteronormatividade e Homofobia**. In: JUNQUEIRA, Rogério Diniz (org.). *Diversidade Sexual na Educação: problematizações sobre a homofobia nas escolas*, 1ª Ed., Brasília: Ministério da Educação, 2009, p. 90 (Coleção Educação para Todos). G.n.*

⁴⁶ STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Maurício Correa**, p. 37.

⁴⁷ BORRILLO, Daniel. *Homofobia. História e crítica de um preconceito*, Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira, 1ª Edição, Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2000, p. 106. G.n.

⁴⁸ BORRILLO, *Op. Cit.*, pp. 13-14, 15-16, 22 e 31-32. G.n.

*componentes necessários do regime binário das sexualidades*⁴⁹. [...] A homofobia torna-se, assim, a guardiã das fronteiras tanto sexuais (hétero/homo), quanto de gênero (masculino/feminino). Eis porque os homossexuais deixaram de ser as únicas vítimas da violência homofóbica, que acaba visando, igualmente, todos aqueles eu não aderem à ordem clássica dos gêneros: travestis, transexuais, bissexuais, mulheres heterossexuais dotadas de forte personalidade, homens heterossexuais delicados ou que manifestam grande sensibilidade... [...] A heterossexualidade aparece, assim, como o padrão para avaliar todas as outras sexualidades. Essa qualidade normativa – e o ideal que ela encarna – é constitutiva de uma forma específica de dominação, chamada **HETEROSSEXISMO**, que se define como a crença na existência de uma hierarquia das sexualidades, em que a heterossexualidade ocupa a posição superior. Todas as outras formas de sexualidade são consideradas, na melhor das hipóteses, incompletas, acidentais e perversas; e, na pior, patológicas, criminosas, imorais e destruidoras da civilização.

[...] Ora, se existem reações virulentas contra os gays e as lésbicas, a homofobia cotidiana assume, sobretudo, a forma de uma violência do tipo simbólico (Bourdieu, 1998) [...] atitudes cognitivas de cunho negativo para com a homossexualidade nos planos social, moral, jurídico e/ou antropológico. O termo '**homofobia**' designa, assim, dois aspectos diferentes da mesma realidade: a **dimensão pessoal**, de natureza afetiva, que se manifesta pela rejeição dos homossexuais; e a **dimensão cultural**, de natureza cognitiva, em que o objeto da rejeição não é o homossexual enquanto indivíduo, mas a homossexualidade como fenômeno psicológico e social. [...] Ora, o heterossexismo diferencialista é, também, uma forma de homofobia – certamente mais sutil, mas não menos eficaz –, porque, ao rejeitar a discriminação de homossexuais, tem como corolário uma forma eufemística de segregacionismo. Em nome da diferença, a derrogação parcial do princípio de igualdade e a criação de um regime de exceção para gays e lésbicas foram propostas, na França, tanto por personalidades políticas quanto por intelectuais considerados, até então, progressistas (Borrillo; Fassin; Iacub, 1999).

Segundo Marco Aurélio Máximo Prado e Rogério Diniz

Junqueira⁵⁰:

O termo homofobia tem sido comumente empregado em referência a um conjunto de emoções negativas (aversão, desprezo, ódio, desconfiança, desconforto ou medo) em relação aos 'homossexuais'. No entanto, entende-lo assim implica limitar a compreensão do fenômeno e pensar o seu enfrentamento somente com base em medidas voltadas a minimizar os efeitos de sentimentos e atitudes de 'indivíduos' ou de 'grupos homofóbicos'. As instituições sociais pouco ou nada teriam algo a ver com isso. [...] Assim, além de empregado em referência a um conjunto de atitudes negativas em relação a homossexuais, o termo, pouco a pouco, também passou a ser usado em alusão a situações de preconceitos, discriminação e violência contra a comunidade LGBT. Passou-se da esfera estritamente individual e

⁴⁹ "É assim que a homofobia geral permite denunciar os desvios e deslizos do masculino em direção ao feminino e vice-versa, de tal modo que se opera uma reatualização constante nos indivíduos ao lembrar-lhes sua filiação ao 'gênero correto'. Segundo parece, qualquer suspeita de homossexualidade é sentida como uma traição suscetível de questionar a identidade mais profunda do ser. Desde o berço, as cores azul e rosa marcam os territórios dessa summa divisio que, de maneira implacável, fixa o indivíduo seja à masculinidade, seja à feminilidade. E quando se profere o insulto 'veado' ('pédé'), denuncia-se quase sempre um não respeito pelos atributos masculinos 'naturais' sem que exista uma referência particular à verdadeira orientação sexual da pessoa. Ou quando se trata alguém como homossexual (homem ou mulher), denuncia-se sua condição de traidor(a) e desertor(a) do gênero ao qual ele ou ela pertence 'naturalmente'. [...] Essa ordem sexual, ou seja, o sexismo, implica tanto a subordinação do feminino ao masculino quanto a hierarquização das sexualidades, fundamento da homofobia" (BORRILLO, Op. Cit., pp. 26-27 e 30)

⁵⁰ PRADO, Marco Aurélio Máximo e JUNQUEIRA, Rogério Diniz. *Homofobia, hierarquização e humilhação social*. In: VENTURI, Gustavo e BOKANY, Vilma. *Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil*, 1ª Ed., São Paulo: Ed. Perseu Abramo, 2011, pp. 57 e 60. G.n.

psicológica para uma dimensão mais social e potencialmente mais politizadora. Mais recentemente, verifica-se a circulação de uma compreensão da homofobia como dispositivo de vigilância das fronteiras de gênero que atinge todas as pessoas, independentemente de suas orientações sexuais, ainda que em distintos graus e modalidades. [...] As normas de gênero costumam aparecer numa versão nua e crua da pedagogia do insulto e da desumanização. Estudantes, professores/as, funcionários/as identificados como 'não heterossexuais' costumam ser degradados à condição de 'menos humanos', mercedores da fúria homofóbica cotidiana de seus pares e superiores, que agem na certeza da impunidade, em nome do esforço corretivo e normalizador.

[OBS: vê-se, assim, que a homofobia e a transfobia têm sua origem no machismo heterossexista pautado no binarismo de gêneros⁵¹, no sentido de que há profundo menosprezo e discriminação ao homem que não se adequa ao que a sociedade espera em termos de masculinidade e à mulher que não se adequa ao que a sociedade espera em termos de feminilidade, que são conceitos puramente culturais (masculinidade e feminilidade)].

Em suma, tem-se que homofobia é o preconceito e/ou a discriminação contra homossexuais e bissexuais, ao passo que transfobia é o preconceito e/ou a discriminação contra travestis, transexuais e transgêneros em geral. Com efeito, segundo Roger Raupp Rios⁵², heterossexismo é "um sistema onde a

⁵¹ A essa conclusão se chega quando se analisa o tratamento histórico a pessoas LGBT, consoante demonstrado pelo signatário em seu VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos*, 2ª Ed., São Paulo: Ed. Método, 2013, p. 8, aonde afirmamos que "o machismo é a origem remota da homofobia, ou seja, do preconceito e da discriminação contra homossexuais" – e, da mesma forma, a origem remota da transfobia, do preconceito e da discriminação contra travestis e transexuais.

⁵² Nesse sentido, RIOS, Roger Raupp. *O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação*, in RIOS, Roger Raupp (org.). **Em defesa dos DIREITOS SEXUAIS**, 1ª Edição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006, pp. 113, 114, 118, 119, 120, 122, 128-129 e 131-134. Após apontar que, em uma abordagem psicológica, "Preconceito é o termo utilizado, de modo geral, para indicar a existência de percepções negativas por parte de indivíduos e grupos, onde estes expressam, de diferentes maneiras e intensidades, juízos desfavoráveis em face de outros indivíduos e grupos, dado o pertencimento ou a identificação destes a uma categoria tida como inferior" e que, em uma abordagem sociológica, "o preconceito é definido como uma forma de relação intergrupar onde, no quadro específico das relações de poder entre grupos, desenvolvem-se e expressam-se atitudes negativas e depreciativas além de comportamentos hostis e discriminatórios em relação aos membros de um grupo por pertencerem a este grupo (Camino & Pereira, no prelo)", afirma o autor que "homofobia é a modalidade de preconceito e de discriminação direcionada contra homossexuais". Anota ainda que "as ideias de 'aversão a homossexuais' e de 'heterossexismo' operam como pontos de convergência de algumas das controvérsias aludidas, possibilitando examinar o estado da arte destes estudos e uma análise da homofobia dentro do paradigma dos direitos humanos"; que o termo homofobia foi cunhado justamente com o significado de aversão fóbica, ou seja, "o próprio termo foi cunhado a partir de elaborações psicológicas", mas que acabou adquirindo também a condenação do heterossexismo, "um sistema onde a heterossexualidade é institucionalizada como norma social, política, econômica e jurídica, não importa se de modo explícito ou implícito", sendo que, nesse sentido, "A relação umbilical entre sexismo e homofobia é um elemento importantíssimo para perceber a homofobia como derivação do heterossexismo", na medida em que "A homofobia revela-se como contraface do sexismo e da superioridade masculina, na medida em que a homossexualidade põe em perigo a estabilidade do binarismo das identidades sexuais e de gênero, estruturadas pela polaridade masculino/feminino". Adiante, precisa as diferenças entre preconceito e discriminação, pois "o termo discriminação designa a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, originadas do preconceito, capazes de produzir violação de direitos contra indivíduos e grupos estigmatizados", cabendo anotar que o autor vislumbra no termo discriminação uma carga inerentemente negativa, de diferenciação prejudicial e injusta (o que, a nosso ver, tem certa razão mas não precisa ser entendido dessa forma, bastando que se adjective a discriminação de positiva/benéfica ou negativa/prejudicial). Aponta o autor, ainda, que "fica claro que a indivíduos e grupos distantes dos padrões heterossexistas é destinado um tratamento diverso daquele experimentado por heterossexuais ajustados a tais parâmetros. Essa experiência, comumente designada pelo termo 'homofobia', implica discriminação, uma vez que envolve distinção, exclusão ou restrição, prejudicial ao reconhecimento, ao gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais" para, por fim, analisar modalidades de discriminação homofóbica direta e indireta.

heterossexualidade é institucionalizada como norma social, política, econômica e jurídica, não importa se de modo explícito ou implícito”, sendo “homofobia é a modalidade de preconceito e de discriminação direcionada contra homossexuais”.

Logo, fica evidente que *“a homofobia se aproxima (e se articula a) outras formas de discriminação como a xenofobia, o racismo e o antissemitismo, pois consiste em considerar o outro (no caso, homossexuais e transgêneros) como desigual, inferior, anormal”⁵³*, sendo que *“a homofobia, em qualquer circunstância, é um fator de sofrimento e injustiça, ameaça constante de subalternização”⁵⁴*, **donde devem ser reconhecidas a homofobia e a transfobia como espécies do gênero racismo.**

É, inclusive, o que **reconheceu a ONU**, que deixou registrado em uma mensagem em vídeo, veiculado no dia 17 de maio de 2012, data do Dia Internacional contra a Homofobia e a Transfobia, por meio da **Alta Comissária da ONU para os Direitos Humanos (Navi Pillay)**⁵⁵.

Excelências, os atos de ofensas (físicas e verbais), homicídios, ameaças e discriminações praticados contra pessoas LGBT em nosso país têm **motivação inequivocamente racista**, pois se tratam de atos violentos, constrangedores, intimidatórios e/ou vexatórios realizados unicamente pelo fato de as pessoas LGBT terem uma orientação sexual não-heterossexual/heteroafetiva e uma identidade de gênero transgênera, ou seja, por não serem heterossexuais e/ou por terem uma identidade de gênero não-coincidente com o gênero socialmente atribuído a seu sexo biológico. Afinal, tais atos violentos, constrangedores, intimidatórios e/ou vexatórios são motivados única e exclusivamente pelo fato das pessoas LGBT serem LGBT, ou seja, unicamente por sua orientação sexual e/ou por sua identidade de gênero, nenhum motivo mais. O **horrendo “estupro corretivo”**, manifestação típica de *lesbofobia*, cometido contra mulheres lésbicas com o intuito de “mostrar a elas o que estão perdendo” (sic...); as **nefastas agressões contra gays e bissexuais**, inclusive cometidas por pais a seus filhos, para “que se tornem homens” (sic...); as **nefastas agressões e assassinatos cometidos contra travestis e transexuais** pelo simples fato de se identificarem com o gênero oposto ao socialmente atribuído ao seu sexo biológico e, assim, adequarem seu corpo a sua identidade de gênero; **tais horrendas, nefastas e absurdas condutas demonstram o caráter tipicamente racista do heterossexismo social e/ou da homofobia e da transfobia na atualidade...**

A invocação do caso *Ellwanger* justifica-se, ainda, por outras questões, senão vejamos:

O STF, no caso *Ellwanger* (HC n.º 82.424/RS), analisou a questão do antissemitismo mencionando os *seis milhões de judeus mortos* nos campos de concentração, para reforçar que foram discriminados como uma *raça* distinta da pretensão *raça ariana* de Hitler. Sobre o tema, cabe lembrar que **homossexuais**

⁵³ PRADO e JUNQUEIRA, *Op. Cit.*, p. 63.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 67.

⁵⁵ Cf. <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=38406&Cr=Pillay&Cr1> (acesso em 05/05/12).

também foram mortos nos campos de concentração, por terem sido considerados tão “indesejáveis” quanto os judeus, por terem sido alvos de análoga desumanização àquela imposta aos judeus para justificar seu extermínio nos campos de concentração. Assim, se está correto (como está) o julgado no sentido de que os judeus foram considerados uma *sub-raça* pela composição teórica do nazismo em sua nefasta tentativa de justificar a “supremacia da raça ariana, que deveria prevalecer sobre as outras”⁵⁶, também é correto afirmar que os homossexuais também foram considerados uma *sub-raça* pela Alemanha Nazista para seu envio a seus horrendos campos de concentração. O mesmo pode-se dizer sobre a menção do julgado à inquisição: se é certo (como é) que a Inquisição teve como alvo também os judeus, obrigando-os a se converter à religião católica para não serem perseguidos (conhecidos os convertidos “cristãos novos”), ela também teve como alvo os homossexuais e qualquer pessoa que tivesse uma prática singelamente homoerótica e, ainda mais, uma relação homoafetiva, criminalizando as práticas homoeróticas com crimes equivalentes aos de lesa-majestade... como prova o voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277.

Sobre a equivalência da homofobia e da transfobia com a discriminação contra negros, judeus e estrangeiros – logo, do caráter racista de todas essas discriminações, preciosa é a lição de **Daniel Borrillo**⁵⁷:

A ideologia que preconiza a superioridade da raça branca é designada sob o termo ‘racismo’; a que promove a superioridade de um gênero em relação ao outro se chama ‘sexismo’. O antissemitismo designa a opinião que justifica a inferioridade dos judeus, enquanto a xenofobia refere-se à antipatia diante dos estrangeiros. Portanto, em função do sexo, da cor da pele, da filiação religiosa ou da origem étnica é que se instaura, tradicionalmente, um dispositivo intelectual e político de discriminação. O sistema a partir do qual uma sociedade organiza um tratamento segregacionista segundo a orientação sexual pode ser designado sob o termo geral de ‘heterossexismo’. Esse sistema e a homofobia – compreendida como a consequência psicológica de uma representação social que, pelo fato de outorgar o monopólio da normalidade à heterossexualidade, fomenta o desdém em relação àquelas e àqueles que se afastam do modelo de referência – constituem as duas faces da mesma intolerância e, por conseguinte, merecem ser denunciados com o mesmo vigor utilizado contra o racismo ou o antissemitismo.

Sobre o holocausto gay na Segunda Guerra Mundial, vejamos o relato de **Daniel Borrillo**⁵⁸:

[...] Em uma crônica terrificante, um sobrevivente de campo de concentração, Heinz Heger (1981), relata como ele próprio e outros deportados homossexuais eram obrigados, pelos integrantes da SS (Schutztaffel – organização altamente disciplinada, encarregada da proteção pessoal de Hitler), a copular com prostitutas. Todavia, esses procedimentos terapêuticos não produziram os resultados pretendidos, e a consequência dessa constatação de fracasso foi tão brutal quanto a solução proposta: diante da impossibilidade de se curar os homossexuais, foi necessário castra-los para priva-los, daí em diante, de qualquer prazer. [...] No editorial de 4 de março de 1937, o semanário da SS – Das Schwarze Korps – denuncia a existência de dois

⁵⁶ STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Maurício Correa**, p. 9.

⁵⁷ BORRILLO, *Op. Cit.*, p. 23. G.n.

⁵⁸ BORRILLO, *Op. Cit.*, pp. 83 e 85-56. G.n.

milhões de homossexuais e preconiza, ardentemente, seu extermínio. Todavia, os criminosos nazistas não tinham aguardado essa proposta para desencadear a perseguição de gays e lésbicas: desde 1936, eles foram enviados em massa para os campos de concentração; aliás, foi mínimo o número de sobreviventes. *Se existe a estimativa de que 15.000 homossexuais tenham sido vítimas desses campos, de acordo com F. Rector (1981), parece razoável considerar que, no mínimo, 500.000 homossexuais tenham sido mortos nas prisões, nas execuções sumárias, por suicídio ou por ocasião de tratamentos experimentais. [...] As pessoas que traziam o triângulo cor-de-rosa⁵⁹ nos campos de concentração nunca chegaram a ser reconhecidas como vítimas do racismo e, por conseguinte, não receberam qualquer indenização: a base legal de sua perseguição – o artigo 175 do Código Penal Imperial Alemão – subsistiu até 1969.*

Como relata Louis Georges-Tin⁶⁰, homossexuais eram considerados pelos nazistas como criminosos contra a raça, uma afronta aos interesses “vitais” da Alemanha [Nazista], donde se defendia sua “cura” ou “eliminação”, donde é inegável que o racismo praticado pelos nazistas também era um racismo homofóbico (muito embora, relata o citado o autor, tenha sido somente em Novembro de 2000 que o governo alemão se desculpou oficialmente a gays e lésbicas pela perseguição que sofreram durante o *Terceiro Reich*, inobstante não tenha feito nenhuma compensação às vítimas homossexuais do nazismo...).

Ademais, baseou-se o Supremo, ainda, na **Declaração sobre Raça e Preconceito Racial**⁶¹: **(i)** cujo art. 1º dispõe que “*Todos os seres humanos pertencem a uma única espécie e descendem de um tronco comum. Eles são iguais em dignidade e direitos e todos formam uma parte integral da humanidade*” **(item 1)**, que “*Todos os indivíduos e os grupos têm o direito de serem diferentes, a se considerar e serem considerados como tais. Sem embargo, a diversidade das formas de vida e o direito à diferença não podem em nenhum caso servir de pretexto aos preconceitos raciais; não podem legitimar nem um direito nem uma ação ou prática discriminatória, ou ainda não podem fundar a política do apartheid que constitui a mais extrema forma do racismo*” **(item 2)** e que “*As diferenças entre as realizações dos diferentes povos são explicadas totalmente pelos fatores geográficos, históricos, políticos, econômicos, sociais e culturais. Essas diferenças não podem em nenhum caso servir de pretexto a qualquer classificação hierárquica das nações e dos povos*” **(item 5)**; **(ii)** cujo art. 2º assevera que “*Qualquer teoria que envolva a tese de que grupos raciais ou étnicos são inerentemente superiores ou inferiores, portanto implicando que alguns seriam intitulados a dominar ou eliminar outros, presumidos como inferiores, ou cujas bases valorizem julgamentos na diferenciação racial, não têm base científica e é contrária aos princípios éticos e morais da humanidade*” **(item 1)**, que “*O racismo engloba as ideologias*

⁵⁹ “Cada vítima tinha sua cor: o **rosa** para os homossexuais homens; o **amarelo** para os judeus; o **vermelho** para os políticos; o **preto** para os associados e as lésbicas; o **malva** para as testemunhas de Jeová; o **azul** para os imigrantes e o **castanho** para os ciganos” (BORRILLO, *Op. Cit.*, p. 86, em nota de rodapé – g.n)

⁶⁰ GEORGES-TIN, Louis. *The Dictionary of Homophobia. A Global History of Gay & Lesbian Experience*. Tradução [ao inglês] de Marek Redburn, Alice Michaud e Kyle Mathers, Vancouver: Arsenal Pulp Press, 2008, pp. 211 e 213 (trecho parafraseado). No original (desde a eliminação de Röhm): “a posição oficial do partido – tal como expressada pelo líder da SS, Heinrich Himmler, supremo comandante de polícia, durante seu discurso de 18 de Fevereiro de 1937 perante os generais da SS – era de repressão e ódio. Homossexuais, ‘criminosos contra a raça’, eram uma afronta ao ‘vital’ interesse do povo alemão e precisavam ser ‘curados’ ou eliminados. [...] Não foi até Novembro de 2000 que o governo alemão oficialmente se desculpou a gays e lésbicas pela perseguição que eles/as sofreram durante o Terceiro Reich. Contudo, até hoje, somente o Partido Verde declarou-se favorável à compensação das vítimas homossexuais do Nazismo” (tradução livre).

⁶¹ Íntegra em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/discrimina/dec78.htm> (acesso em 17/03/12).

racistas, as atitudes fundadas nos preconceitos raciais, os comportamentos discriminatórios, as disposições estruturais e as práticas institucionalizadas que provocam a desigualdade racial, assim como a falsa ideia de que as relações discriminatórias entre grupos são moral e cientificamente justificáveis; manifesta-se por meio de disposições legislativas ou regulamentárias e práticas discriminatórias, assim como por meio de crenças e atos antissociais; cria obstáculos ao desenvolvimento de suas vítimas, perverte a quem o põe em prática, divide as nações em seu próprio seio, constitui um obstáculo para a cooperação internacional e cria tensões políticas entre os povos; é contrário aos princípios fundamentais ao direito internacional e, por conseguinte, perturba gravemente a paz e a segurança internacionais” (item 2) e que “O preconceito racial historicamente vinculado às desigualdades de poder, que tende a se fortalecer por causa das diferenças econômicas e sociais entre os indivíduos e os grupos humanos e a justificar, ainda hoje essas desigualdades, está solenemente desprovido de fundamento” (item 3); (iii) e cujo art. 5º assevera que “O Estado, conforme seus princípios e procedimentos constitucionais, assim como todas as autoridades competentes e todo o corpo docente, têm a responsabilidade de fazer com que os recursos educacionais de todos os países sejam utilizados para combater o racismo, em particular fazendo com que os programas e os livros incluam noções científicas e éticas sobre a unidade e a diversidade humana e estejam isentos de distinções odiosas sobre qualquer povo”.

Pois bem, **o conceito de racismo da Declaração sobre Raça e Preconceito Racial abarca a homofobia e a transfobia como espécies do gênero racismo**, visto que elas negam o direito à diferença da coletividade LGBT ao perpetrar discriminações contra as pessoas LGBT por seu mero modo de ser, ou seja, por sua mera orientação sexual e/ou identidade de gênero (art. 1º, itens 2 e 5); decorrem de um heterossexismo social que prega a “superioridade” de heterossexuais não-transgêneros sobre pessoas LGBT que tenta, com isto, “justificar” preconceitos e discriminações diversas contra estas (art. 2º, itens 1 e 2); visam, assim, criar desigualdades de poder entre heterossexuais não-transgêneros e LGBTs ao pretender fazer com que somente aqueles sejam merecedores da integral proteção do Estado (art. 2º, item 3); razão pela qual cabe ao Estado Brasileiro combater tais nefastas condutas inequivocamente *racistas* de homofóbicos e transfóbicos (art. 5º).

Com efeito, como afirmado pelo **Ministro Carlos Velloso** com base no magistério do **Professor Celso Lafer**, “o inciso II do citado art. 1 não exclui o **direito à diversidade de indivíduos e grupos**. O racismo, segundo o art. 2.2 da Declaração, reside, então, nas ideologias racistas, nas atitudes preconceituosas, no comportamento discriminatório que levam à desigualdade racial. O racismo, pois, não está no conceito [biológico] de raça, mesmo porque só há [biologicamente] uma raça, a espécie humana”⁶², donde, consoante **J.A. Lindgreen Alves**, “todos de boa-fé sabem que ‘raça’ é, sobretudo, uma construção social, negativa ou positiva, conforme o objetivo que se lhe queira dar”⁶³, donde “**Racismo, portanto, é comportamento preconceituoso, hostil, relativamente a grupos humanos, a pessoas, em razão, por exemplo, da cor de sua pele ou de sua religião.** [...] O racismo constitui-se no atribuir a seres humanos características

⁶² STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Carlos Velloso**, p. 8.

⁶³ ALVES *apud* STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Carlos Velloso**, pp. 8-9 (obra “A Conferência de Durban contra o racismo e a responsabilidade de todos”, Ver. Brasileira de Política Internacional, 2002, 2/206-207).

'raciais' para instaurar a desigualdade e a discriminação"⁶⁴, razão pela qual percebe-se que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo por se caracterizarem como comportamento preconceituoso, hostil, inferiorizador de pessoas por conta de sua orientação sexual e sua identidade de gênero, respectivamente.

Sobre o tema, cabe anotar que o **Tribunal Europeu de Direitos Humanos**, no **caso *Vejdeland e outros v. Suécia*** reiterou seu posicionamento no sentido de que *a discriminação por orientação sexual é tão séria/grave quanto a discriminação por "raça, origem e cor"*, donde, acrescentamos, merece a mesma punição criminal⁶⁵.

Outrossim, o **STF** citou, ainda, a Resolução n.º 623/1998 da ONU, por instar os países a cooperar com a Comissão de Direitos Humanos no exame de todas as formas contemporâneas de racismo, entre elas o antissemitismo, para considerar sua punição enquanto racismo como tema com respaldo no Direito Internacional Público⁶⁶. Pois bem, usando raciocínio análogo, cabe a esta Suprema Corte considerar a **Resolução da ONU de 16 de junho de 2011**, que insta os países a coibirem a discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero, bem como a **Resolução da OEA de 25 de maio de 2009**, que isto também exige, assim como o **princípio n.º 5 dos Princípios de Yogyakarta**, que demanda pela criminalização específica da homofobia e da transfobia, para assim considerar que tal criminalização também tem respaldo no Direito Internacional Público.

Com efeito, a **ONU** (Organização das Nações Unidas) aprovou, em 17/06/2011, a histórica **Resolução sobre "direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero"**, demonstrando a preocupação das Nações Unidas contra a discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero que ocorre ao redor do mundo⁶⁷, sendo que **Resolução análoga já havia sido aprovada pela OEA (Organização dos Estados Americanos) em 25/05/2009**, a qual reconhece a grave situação de violação a direitos humanos que enfrentam as pessoas LGBT por causa de sua orientação sexual e identidade de gênero, que *conclamou os Estados Americanos a adotar todas as medidas necessárias para assegurar que não sejam cometidos atos de violência ou outras violações de direitos humanos contra pessoas em decorrência de sua orientação sexual e identidade de gênero* (item 2), *bem como a combater as discriminações respectivas* (item 3). Sem falar nos **Princípios de Yogyakarta, cujo princípio n.º 5** demanda a criminalização específica da homofobia e da transfobia, como supra explicitado e transcrito.

⁶⁴ STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Carlos Velloso**, p. 10.

⁶⁵ Cf. item 55 da decisão. Para a íntegra da mesma, vide <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=900340&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649> (acesso em 29/04/12).

⁶⁶ STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Maurício Correa**, p. 22.

⁶⁷ Cf. <http://www.viomundo.com.br/voce-escreve/conselho-de-direitos-humanos-da-onu-aprova-resolucao-sobre-a-violacao-dos-direitos-humanos-de-homossexuais.html> (acesso: 26/03/2012).

Tanto a ONU exige a criminalização da homofobia que ela conclamou o Chile a fazê-lo depois do brutal assassinato do jovem Daniel Zamudio em 2012⁶⁸, o que gerou a aprovação de uma lei antidiscriminatória naquele país⁶⁹ - o sentimento de indignação da comunidade LGBT brasileira pode ser visto pela seguinte manifestação do site *Mix Brasil*, destinado a notícias ao público LGBT: "*Bastou UM assassinato de homossexual para os deputados chilenos aprovarem lei que criminaliza a homofobia no país. No Brasil são mais de 200 por ano, e nada acontece*"⁷⁰ (é claro que a comunidade LGBT brasileira fica satisfeita pelo Chile aprovar legislação punitiva da homofobia naquele país, mas é irônico como um assassinato por homofobia choca a opinião pública chilena e mais de duzentos assassinatos anuais não sensibiliza minimamente nosso Congresso Nacional...). Isso mostra como deve ser imposto ao Congresso Nacional a criminalização da homofobia pela enormidade de assassinatos motivados por homofobia em nosso país, que bateu recorde em 2011 e, pelos dados obtidos no primeiro trimestre deste ano, provavelmente baterá novo recorde em 2012...

Afinal, consoante relato dos Juízes Spielmann e Nussberger do Tribunal Europeu de Direitos Humanos ao comentarem a **Resolução Europeia adotada pelo Comitê de Ministros em 21 de Outubro de 2009, manifestações de natureza homofóbica contribuem para uma atmosfera de hostilidade e violência contra as minorias sexuais**⁷¹, donde necessária sua punição em uma sociedade democrática que respeite os direitos das minorias em geral. Dessa forma, a Recomendação Europeia CM/Rec(2010)5 (de 31/03/2010) do Comitê de Ministros conclamou os Estados-Membros a adotarem medidas para combater a discriminação fundada na orientação sexual e na identidade de gênero, bem como ações específicas para garantir a garantia completa dos direitos humanos da população LGBT ("*specific action to ensure the full enjoyment of human rights by LGBT persons*")⁷².

Note-se, Excelências, que embora não se discorde do fato de que, ao cumprir ordens constitucionais de legislar, o legislador tenha liberdade de conformação para decidir como irá elaborar tal lei (se a regulamentação ou, no caso, a punição será mais ou menos ampla), fato é que ele o fez ao aprovar a atual Lei de Racismo, donde **enquadrando-se a homofobia e a transfobia como espécies do gênero racismo, tem-se que as ofensas (individuais e coletivas), os homicídios, as agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima devem ser punidas da mesma forma que as outras formas de racismo reconhecidas pela legislação (atualmente, pela Lei n.º 7.716/89)**, pois todas as formas de racismo devem ser punidas da mesma

⁶⁸ Cf. <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/03/onu-denuncia-a-morte-de-um-homossexual-torturado-no-chile.html> (acesso em 29/04/12).

⁶⁹ <http://mixbrasil.uol.com.br/blogs/cia/2012/04/05/chile-aprova-lei-anti-homofobia-e-o-brasil.html#rmcl> (acesso em 29/04/12).

⁷⁰ Idem.

⁷¹ Cf. TEDH, *caso Vejdeland e outros v. Suécia*, voto concordante dos Juízes Spielmann e Nussberger, item 6. Para a íntegra da decisão, vide <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=900340&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649> (acesso em 29/04/12).

⁷² Idem.

forma, **sob pena de HIERARQUIZAÇÃO DE OPRESSÕES** decorrente da punição mais severa de determinada opressão relativamente a outra (pois isto passará à sociedade a mensagem de que o fato punido mais severamente seria “mais grave” que o fato punido menos severamente), algo absolutamente descabido quando as opressões são equivalentes, como no presente caso, pois se as opressões são equivalentes, a lei deve puni-las da mesma forma, sob pena de **inconstitucionalidade por omissão e/ou por proteção deficiente**.

Logo, tem-se que a homofobia e a transfobia se enquadram na ordem constitucional de legislar criminalmente constante do **art. 5º, inc. XLII, da CF/88**, razão pela qual *requer-se* seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional no que tange à criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das *ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima* como condutas racistas, ou seja, como condutas caracterizadoras do crime de racismo, injúria racial e, em suma, como condutas criminosas de motivações racistas, mediante sua inclusão da atual Lei de Racismo (Lei n.º 7716/89) e em qualquer outra lei que venha a substituí-la.

3.2. Subsidiariamente. HOMOFOBIA E TRANSFOBIA COMO DISCRIMINAÇÕES ATENTATÓRIAS A DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS. Dever constitucional de criminalizar a homofobia e a transfobia como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais. Omissão inconstitucional parcial (art. 5º, inc. XLI, da CF/88).

Relativamente ao art. 5º, inc. XLI, da CF/88, peremptória é a lição de **Luiz Carlos dos Santos Gonçalves**⁷³, relator da comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto de novo Código Penal, acerca da omissão inconstitucional do legislador ao não criminalizar a homofobia:

A situação de maior gravidade, de omissão inconstitucional no sentido de proteger penalmente vítimas de discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais, é a referente à orientação sexual. Embora a ocorrência de crimes de ódio relacionados à opção sexual [sic] no Brasil tenha crescido, a necessidade da legislação penal protetora ainda não foi reconhecida pelo legislador. Homossexuais, bissexuais, transexuais têm tolhido seu espaço de liberdade e escolha porque graves condutas de intolerância ainda não receberam a diferenciada descrição típica penal que a Constituição, no artigo 5º, XLI, exige. Trata-se de omissão inconstitucional. O artigo 5º, inciso XLI, da Constituição, pende de completa regulamentação.

Com efeito, é inegável que todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) *das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima* constitui uma **discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais**, pois: (i) viola o **direito fundamental à liberdade**, pois implica negação à população LGBT de realizar atos que não

⁷³ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*, 1ª Edição, Belo Horizonte: Editora Forum, 2007, p. 285. G.n.

prejudicam terceiros⁷⁴ e que não são proibidos pela lei⁷⁵; (ii) viola o **direito fundamental à igualdade**, pois não há fundamento lógico-racional que justifique a discriminação [negativa] da população LGBT relativamente a heterossexuais não-transgêneros.

Ademais, é inegável que a situação de violência existente contra a população LGBT na atualidade viola o seu **direito fundamental à segurança** e demonstra como o Estado Brasileiro não está ofertando uma proteção eficiente à mesma, donde desrespeitado direito fundamental da população LGBT pela ausência de lei específica criminalizadora da homofobia e da transfobia.

Anote-se, por oportuno, que referida ordem constitucional de legislar punitivamente a discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais evidentemente refere-se a uma **punição criminal**, na medida em que constante do grupo de incisos do art. 5º da CF/88 que trata justamente de matérias penais, donde absolutamente correta a afirmação de **Luiz Carlos dos Santos Gonçalves** no sentido de que *“O primeiro mandado de penalização da Constituição, pelo critério topográfico, é o relativo às discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais”,* pois *“O local de sua inclusão foi influente para a caracterização deste comando constitucional como mandado de criminalização”* na medida em que *“parece inequívoca a intenção constitucional de proteger direitos e liberdades fundamentais por meio de sanções penais”,* visto que *“A locução ‘a lei punirá’ soa mais forte do que a determinação de punição ‘na forma da lei’, pois esta última parece dar ao editor da norma maior liberdade de conformação”*⁷⁶. Com efeito, *“vezes há nas quais a opção constitucional é perfeitamente apreensível a despeito da utilização de expressões plurívocas. [donde] Quando se diz, por exemplo, no artigo 5º, inciso XLI, que ‘a lei punirá’ discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais ou, no artigo 227, parágrafo 4º, que ‘a lei punirá severamente’ o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente, é de punição penal que se trata”*⁷⁷.

Note-se que, ainda que não reconhecidas como espécies do gênero racismo, a homofobia e a transfobia deverão ter a si atribuída a mesma punição criminal relativa àquela atribuída ao racismo porque, do contrário, repita-se, teremos hipótese de **HIERARQUIZAÇÃO DE OPRESSÕES** decorrente da punição mais severa de determinada opressão relativamente a outra (pois isto passará à sociedade a mensagem de que o fato punido mais severamente seria “mais grave” que o fato punido menos severamente), algo absolutamente descabido quando as opressões são equivalentes, como no presente caso, pois se as opressões são equivalentes, a lei deve puni-las da mesma forma, sob pena de **inconstitucionalidade por omissão e/ou por proteção deficiente** (até porque, como visto no tópico anterior,

⁷⁴ Cf. significado ontológico do direito fundamental à liberdade – direito de se fazer o que se quiser, desde que não se prejudiquem terceiros, existente desde a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*.

⁷⁵ Cf. art. 5º, inc. II, da CF/88.

⁷⁶ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*, 1ª Ed., Belo Horizonte: Editora Forum, 2007, p. 279. G.n.

⁷⁷ GONÇALVES, *Op. Cit.*, p. 157.

a ONU e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos reconhecem a homofobia como uma violação dos direitos humanos tão grave quanto a discriminação por cor de pele, etnia ou religião, donde deve ela – e, pela mesma razão, a transfobia – ser punida com a mesma severidade).

Assim, subsidiariamente, caso se entenda que a homofobia e a transfobia não constituiriam espécies do gênero *racismo*, com o que não se concordará, **requer-se** seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional em criminalizar todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) *as ofensas (individuais e coletivas), os homicídios, as agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima por conta da ordem constitucional de punir criminalmente constante do art. 5º, inc. XLI, da CF/88, por se caracterizarem como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais.*

4. INCONSTITUCIONALIDADE POR PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE. Princípio da Proporcionalidade como proibição de proteção deficiente - limitação da liberdade de conformação do legislador penal. Garantismo positivo. Direito fundamental à segurança da população LGBT.

Para Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, *“O monopólio do emprego da força pelo Estado e a necessidade de atuação dos representantes populares para a conformação das leis penais, faz destas, quando constitucionalmente obrigatórias, uma prerrogativa da cidadania. Se há uma ordem constitucional cujo adimplemento é endereçado aos representantes do povo, o controle da omissão não pode ser negado à cidadania, no sentido amplo que se encontra no artigo 1º, inciso II, da Constituição”*⁷⁸. Vejamos o trecho completo:

*Dada a ordem constitucional, é possível ir ao Poder Judiciário para fiscalizar seu cumprimento ou omissão por parte do legislador e os termos em que, eventualmente, se deu o cumprimento. [...] Há adimplementos parciais dos comandos de criminalização, como se dá com a Lei dos Crimes Hediondos, com as leis de tóxicos e com o Código Penal e leis esparsas, que ainda não se deram conta de definir algumas **discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais, como o preconceito em razão da orientação sexual**. A omissão, total ou parcial, pelo legislador, de cumprir esses mandados implica **mora inconstitucional**. [...] O Poder Judiciário poderá, acionado por **Ação Direta de Inconstitucionalidade** ou por Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ‘fixar as condições e o modo de interpretação e aplicação’ dos dispositivos já existentes, demonstrando, a partir daí, a mora inconstitucional em regulamentar ou **regulamentar plenamente** os mandados de criminalização existentes. Entendemos igualmente cabível o emprego de mandado de injunção, outro mecanismo constitucional para coarctar omissões. É que, na escrita do artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição, consta que: ‘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’. **O monopólio do emprego da força pelo Estado e a necessidade de atuação dos representantes populares para a conformação das leis penais, faz destas, quando constitucionalmente obrigatórias, uma prerrogativa da cidadania**. Se há uma ordem constitucional cujo adimplemento é*

⁷⁸ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*, 1ª Ed., Belo Horizonte: Editora Forum, 2007, pp. 299-300. G.n.

endereçado aos representantes do povo, o controle da omissão não pode ser negado à cidadania, no sentido amplo que se encontra no artigo 1º, inciso II, da Constituição⁷⁹.

Assim, nas palavras de Luciano Feldens⁸⁰, “Sob uma perspectiva filosófica, os deveres (estatais) de proteção revelam-se como consequência primária da **atribuição ao Estado do monopólio da força** em um ambiente social onde a autodefesa dos particulares é, em princípio, vedada; em contrapartida, **o Estado, que reivindica esse poder, obriga-se a garantir a proteção contra agressões ou ameaças de terceiros**. Nesse contexto, os **deveres de proteção** apresentam-se como a versão atual da contraprestação imputada ao – e assumida pelo – Estado em decorrência de um hipotético pacto de sujeição a que aderem os homens no precípua desiderato de resguardarem sua liberdade e segurança no convívio social. A legitimidade do Estado, que se origina dessa adesão mútua, apenas se perfaz nessa troca. Na síntese de Alexy, a renúncia ao direito a uma efetiva autoproteção condicionada pela transição da situação pré-estatal à situação estatal apenas se justificaria racionalmente se o indivíduo em troca desta renúncia, obtivesse uma efetiva proteção do Estado”.

Explique-se.

Como bem diz Ingo Sarlet, a **dimensão objetiva dos direitos fundamentais**, para além da irradiação dos direitos fundamentais na interpretação dos textos normativos infraconstitucionais, traz em si um *dever geral de efetivação dos direitos fundamentais pelo Estado*, no sentido de que se impõe ao Estado um **dever de proteção dos cidadãos**, donde ao Estado “incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões oriundas de particulares e até mesmo de outros Estados”⁸¹, razão pela qual “na sua **função de deveres de proteção (imperativos de tutela)**, as normas de direitos fundamentais implicam uma **atuação positiva do Estado**, notadamente, obrigando-o a intervir (preventiva ou repressivamente) inclusive quando se tratar de agressão oriunda de outros particulares”, algo reconduzível ao próprio **princípio do Estado de Direito**, “na medida em que o Estado é o detentor do monopólio, tanto da aplicação da força, quanto no âmbito da solução dos litígios entre os particulares, que (salvo em hipóteses excepcionais, como o da legítima defesa), não podem valer-se da força para impedir e, especialmente, corrigir agressões oriundas de outros particulares”⁸².

Assim, ainda segundo Sarlet, cabe lembrar que “**tal dimensão assume destaque na esfera jurídico-penal, já que um dos importantes meios pelos quais o poder público realiza o seu dever de proteção de direitos fundamentais é justamente o da proteção jurídico-penal dos mesmos**”⁸³ [relativamente à proteção penal dos bens fundamentais], ao passo que, ainda segundo Sarlet, “a resposta penal

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 295-6 e 299-300. Grifos nossos.

⁸⁰ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal. A Constituição Penal*, 2ª Edição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 87. G.n.

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>, p. 21. Acesso em 05/02/12.

⁸² SARLET, *Op. Cit.*, p. 22.

⁸³ SARLET, *Op. Cit.*, p. 23.

para condutas ofensivas a bens jurídicos pessoais sempre tem por efeito – pelo menos em princípio – a sua **proteção**, não importando (neste contexto) o quão efetiva é a proteção”⁸⁴, donde o autor afirma que a **proibição de insuficiência** exige a tomada de medidas necessárias à proteção dos direitos fundamentais⁸⁵.

O **Supremo Tribunal Federal** já consagrou a compreensão da **proibição de proteção deficiente** no conteúdo do princípio da proporcionalidade. Com efeito, na ADIn n.º 1.800/DF, afirmou o **Ministro Lewandowski** que “o princípio da proporcionalidade, bem estudado pela doutrina alemã, corresponde a uma moeda de duas faces, de um lado, tem-se a proibição do excesso (*übertassverbot*), e, de outro, a proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*)”, afirmando que esta “exige que o Estado preste proteção eficaz [...] sobretudo no que respeita aos direitos de cidadania”⁸⁶. No mesmo sentido, o TJSP, na Apelação Criminal n.º 0052878-39.2006.8.26.0050, ao afirmar que o **princípio da proporcionalidade** abrange “a **garantia de proteção eficiente**” por parte do Estado.

Ademais, superado o paradigma puramente liberal-individualista do Estado de Direito, em prol de um Estado Democrático e Social de Direito no qual o Estado atua positivamente para a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, tem-se, consoante **Maria Luiza Schäfer Streck**⁸⁷, que:

“[...] o foco do Direito Penal – e da teoria do bem jurídico – nesse novo paradigma, deve ser direcionado a combater os crimes que impedem a concretização dos direitos e garantias fundamentais. [...] Claramente identificada, assim, a dupla face da proteção dos direitos fundamentais, o que abre caminho para a defesa de uma dupla face na proteção dos bens jurídico-penais. [...] Desse modo, além dos valores clássicos de bens jurídicos individuais protegidos desde há muito pelas Constituições, sabemos que vêm surgindo novos valores vindos de situações que reclamam maior proteção, quer seja em virtude do aparecimento de novas ameaças, quer seja pela tomada de consciência da necessidade de preservar a dignidade da pessoa humana de uma forma mais abrangente. [...] Por tudo, a Constituição que surge nesse novo paradigma é constituidora, dirigente e programática, pois o Estado Democrático de Direito assumiu um novo papel, não apenas o de proteger o indivíduo, como queria o Estado Liberal, mas, sim, o de implementar novos direitos, os fundamentais-sociais, até então ausentes no modelo liberal-individualista. Essa questão fica clara, por exemplo, na discussão no Brasil entre os defensores de um garantismo apenas negativo e aqueles que defendem a existência (e a necessidade) de um GARANTISMO POSITIVO. A defesa do garantismo negativo sustenta-se na função clássica do Direito Penal, postura que André Copetti e Lenio Streck denominam ‘liberal-iluminista’. Já as posturas que defendem uma dupla face do garantismo sustentam-se no PAPEL DIRIGENTE DO CONSTITUCIONALISMO,

⁸⁴ SARLET, *Op. Cit.*, p. 23.

⁸⁵ SARLET, *Op. Cit.*, p. 34.

⁸⁶ STF, ADIn n.º 1.800/DF, DJe de 27/09/07. Como se tratava de ADIn contra a gratuidade de emolumentos fornecida aos comprovadamente pobres, afirmou o **Ministro Lewandowski** que a proibição de proteção deficiente “exige que o Estado preste proteção eficaz aos economicamente hipossuficientes, sobretudo no que respeita aos direitos de cidadania”. Contudo, parece evidente que o Ministro apenas aplicou referido princípio à hipótese do caso concreto ao citar os “economicamente hipossuficientes”, sem que isso signifique que a proibição de insuficiência se limite a tal hipótese, razão pela qual, no corpo do texto desta ação, suprimimos esta expressão para deixar a enunciação de Sua Excelência de maneira ampla, condizente com o conteúdo citado do referido princípio.

⁸⁷ STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito Penal e Constituição. A Dupla Face da Proteção dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009, pp. 46, 50-51, 57-58, 92, 96, 101, 103-106. G.n.

colocando na Constituição o locus da construção da teoria do bem jurídico. [...] Essa alteração no papel do direito – acompanhada do papel do Estado – nos fez alcançar o Estado Democrático de Direito e seu plus normativo em relação ao seu antecessor, o Estado Social. Por isso, a Constituição de 1988 não é apenas simbólica, mas responsável por resgatar (uma vez que é compromissória e dirigente) as promessas da modernidade, sobretudo em países em que o Welfare State foi um simulacro. Por essa razão, o direito – e o Estado – trocam de feição, passando a assumir, como já referido, um caráter de proteção efetiva dos direitos fundamentais, como forma de superar a ideia de Estado ‘mau’ (característica do modelo liberal), para se tornar um Estado ‘bom e amigo’, possibilitado graças a esse plus normativo. [...] E é neste duplo caráter dos direitos fundamentais que encontramos o cerne da questão. Em pleno Estado Democrático de Direito não podemos mais conceber posturas que defendam somente que o Estado deve se abster de condutas que violem os direitos fundamentais, porém, mais do que isso, ele deve proporcionar que os direitos fundamentais sejam plenamente satisfeitos e efetivados por meio de uma conduta prestativa”. [...] **o Estado Democrático de Direito não exige mais somente uma garantia de defesa dos direitos e liberdades fundamentais contra o Estado, mas, também, uma defesa contra qualquer poder social de fato.** [...] **Pode-se concluir, então, que o desenvolvimento dos direitos fundamentais como direitos de necessária e obrigatória proteção surgiram como um desdobramento na concepção da noção de proporcionalidade: a infraproteção passaria a ser também objeto de inconstitucionalidade.** Isso quer dizer que, nesse novo paradigma, o legislador está obrigado pela Constituição a agir em determinadas situações, protegendo determinados interesses. [...] **A proibição de proteção deficiente permite ao jurista, então, verificar se um ato (ação ou omissão) do Estado viola um direito fundamental** (de modo que se uma lei viesse a descriminalizar o crime de estupro, ela não seria constitucionalmente válida, uma vez que feriria frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana), **pois todos os atos estatais têm um dever de atuação ativa em prol dos direitos constitucionalmente resguardados.** [...] **Grimm** explica que ‘enquanto os direitos fundamentais como direitos negativos protegem a liberdade individual contra o Estado, o dever de proteção derivado desses direitos destina-se a proteger indivíduos contra ameaças e riscos provenientes não do Estado, mas sim de atores privados, forças sociais ou mesmo desenvolvimentos sociais controláveis pela ação estatal. [...] Assim, o Estado está obrigado não apenas a se abster de certas ações opostas aos direitos fundamentais, mas também a agir quando os bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais estiverem ameaçados por entes privados. [...] o legislador não dispõe de uma liberdade de conformação para decidir quais normas quer ou não editar. Ele está, sim, vinculado às duas faces de proporcionalidade, responsáveis por salvaguardar (respeitando e protegendo) os direitos fundamentais. [...] Assim, o Estado na esfera penal (e também em outras áreas) poderá frustrar o seu dever de proteção deixando de atuar de modo eficiente na garantia dos direitos fundamentais, ou seja, ficando aquém dos níveis mínimos exigidos pela Constituição ou até mesmo deixando de atuar de qualquer forma. [...] No momento em que o legislador não protege um direito fundamental, caberá a invocação da cláusula de proibição de proteção deficiente. [...] **A criminalização de uma conduta sempre será necessária quando a conduta a ser omitida põe em perigo um bem jurídico considerado digno de proteção penal.** Para a proteção de bens jurídicos, devemos levar em conta, principalmente, os constitucionalmente assegurados, sobretudo os direitos fundamentais. [...] De todo modo, é possível afirmar que a proibição de proteção deficiente tem uma relação direta com a teoria do bem jurídico: ambas são conceitos que restringem a atuação do legislador, requerendo-lhe uma ação positiva e protetora. Da mesma maneira, sua umbilical relação com a noção de **Constituição compromissória e dirigente.** Rompe-se, assim, com a tradição clássica que restringia a atuação do legislador à forma negativa, nada requerendo além dos direitos de defesa. Para **Winfried Hassemer**, ‘(...) una comprensión modificada de la protección de bienes jurídicos no sólo sirve para haver ofertas al legislador, sino también para presionarle normativamente’. Complementa dizendo que é dever do legislador atuar de forma protectora a

conservar bens jurídicos importantes, sendo essa necessidade extraída das tradições penais e, principalmente, da Constituição. [...] Portanto, bem jurídico já não é, sob a égide do Estado Democrático de Direito, a simples proteção contra os poderes estatais; bem jurídico também é/será o modo de proteção através do Estado”

Nesse sentido, parafraseando Sarlet, tem-se que o Estado frustra o seu dever de proteção quando atua de modo insuficiente e, principalmente, quando deixa de atuar, hipótese esta na qual o Estado incorre em omissão inconstitucional na elaboração de legislação criminal protetiva do bem-jurídico lesado, consoante reconhecido inclusive pelo Tribunal Constitucional Alemão, por conta da *“omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção”*⁸⁸ - no caso, no bem jurídico-penal e constitucional da tolerância, que garante a todos o direito de não serem ofendidos, agredidos e/ou discriminados por seu mero modo de ser - sem falar no evidente *direito à vida*, que garante o direito a não ser assassinado, o *direito à integridade física*, que garante o direito a não ser agredido, e o *direito ao respeito à honra e à dignidade*, que garante(m) o direito a não ser ofendido por ofensas individuais ou coletivas, o que (inacreditavelmente) precisa ser afirmado ante o *notoriamente* elevado número de assassinatos, agressões e ofensas de pessoas por sua mera orientação sexual não-heterossexual ou sua mera identidade de gênero dissonante de seu sexo biológico...

Diretamente relacionado, mas independente e constante do caput do art. 5º da CF/88, temos o direito fundamental à segurança, também bem jurídico-constitucional e bem jurídico-penal. Na definição de **Alessandro Baratta**, de um ponto de vista jurídico e psicológico, *“seguros podem e devem ser os sujeitos de direitos fundamentais, em particular daqueles direitos universais, que correspondem não somente às pessoas físicas possuidoras dos direitos dos cidadãos do Estado no qual se encontram, senão todas aquelas que estejam no território de um Estado, de uma cidade, em um bairro, em qualquer lugar público ou privado”*, donde *“A segurança deve referir-se, na realidade, ao desfrute e à proteção efetiva daqueles direitos, relativamente a qualquer agressão ou descumprimento por parte de outras pessoas físicas que exercitem poderes de fato ou de direito em um espaço territorial”*⁸⁹. Afinal, a garantia de segurança é a promessa central do Estado para justificar o contrato social justificador da teoria da

⁸⁸ SARLET, *Op. Cit.*, p. 25. No original (relativamente ao trecho não-transcrito): *“o Estado - também na esfera penal - poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais”*. Sobre o Tribunal Constitucional Alemão, Sarlet ressalta que isso foi reconhecido quando da discussão da descriminalização do aborto, quando, *“em maio de 1993, considerou que o legislador, ao implementar um dever de prestação que lhe foi imposto pela Constituição (especialmente no âmbito dos deveres de proteção) encontra-se vinculado pela proibição de insuficiência, de tal sorte que os níveis de proteção (portanto, as medidas estabelecidas pelo legislador) deveriam ser suficientes para assegurar um padrão mínimo (adequado e eficaz) de proteção constitucionalmente exigido”* (Loc. Cit.). O autor cita, ainda, Canaris, para quem a proibição de insuficiência proíbe a *“omissão por parte do Estado em assegurar a proteção de um bem fundamental ou mesmo de uma atuação insuficiente para assegurar de modo minimamente eficaz esta proteção”* (CANARIS, *apud SARLET, Op.Cit.*, p. 28).

⁸⁹ BARATTA, Alessandro. *La política criminal y el derecho penal de la constitución*. In: FRANCO, Alberto Silva e NUCCI, Guilherme de Souza (orgs). *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*. Volume I, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 37. Tradução livre. Grifos nossos. Tal garantia de direito à segurança e à fruição de todos os direitos fundamentais é evidentemente invocada no sentido de sua garantia a toda a população, sem nenhuma “seletividade” que exclua grupos sociais marginalizados de sua fruição.

Constituição (e mesmo da legislação em geral)⁹⁰, **donde deve ser garantida também à população LGBT, o que até o momento não ocorre por conta da proteção insuficiente do Estado Brasileiro à mesma.**

O **Supremo Tribunal Federal** também já reconheceu expressamente o **direito fundamental à segurança pública** e o **dever estatal de promovê-la eficazmente**. Com efeito, na ADI n.º 3.112/DF, afirmou o relator, **Ministro Lewandowski**, a existência do “*direito dos cidadãos à segurança pública e o correspondente dever estatal de promove-la eficazmente*”, bem como que “*a garantia da segurança pública passou a constituir uma das atribuições prioritárias do Estado brasileiro, cujo enfoque há de ser necessariamente nacional*”⁹¹. No mesmo julgamento, o **Ministro Gilmar Mendes**⁹² bem explicitou tais questões ao afirmar que “*Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbot), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Utilizando-se da expressão de **Canaris**, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbot), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção deficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbot). [...]* No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como **imperativos de tutela (Canaris)** imprime ao princípio da proporcionalidade uma medida diferenciada. **O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção**”. Nesse sentido, o **Ministro Gilmar Mendes** bem explicita as subdivisões para, assim, destacar a existência de um **direito fundamental à proteção estatal**, senão vejamos:

Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte **classificação do dever de proteção**:

- a) **dever de proibição** (Verbotspflicht), consistente no dever de proibir uma determinada conduta;
- b) **dever de segurança** (Sicherheitspflicht), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas;
- c) **dever de evitar riscos** (Risikopflicht), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

Discutiu-se intensamente se haveria um **direito subjetivo à observância do dever de proteção** ou, em outros termos, se haveria um **direito fundamental à proteção**. A Corte Constitucional acabou por reconhecer este direito, enfatizando que **a não-observância de um**

⁹⁰ BARATTA, Op. Cit., p. 46. Tradução livre.

⁹¹ STF, ADIN n.º 3.112/DF, DJe de 25/10/07. Voto do **Ministro Lewandowski**, pp. 4 e 10.

⁹² STF, ADIN n.º 3.112/DF, DJe de 25/10/07. Voto do **Ministro Gilmar Mendes**, pp. 9-10 e 11-12. G.n.

dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2º, II, da Lei Fundamental.

Sobre o tema, cabe destacar o 5º Princípio dos Princípios de Yogyakarta, relativo ao **direito à segurança pessoal**, segundo o qual *“Toda pessoa, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, tem o direito à segurança pessoal e proteção do Estado contra a violência ou dano corporal, infligido por funcionários governamentais ou qualquer indivíduo ou grupo”*, donde aduz, em seu item “b”, que *“Os Estados deverão: b) Tomar todas as medidas legislativas necessárias para impor penalidades criminais adequadas à violência, ameaças de violência, incitação à violência e assédio associado, por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer pessoa ou grupo de pessoas em todas as esferas da vida, inclusive a familiar”*⁹³.

Assim, considerando que a **garantia de segurança aos cidadãos é uma das bases do Estado**⁹⁴ e que, portanto, impõe ao Estado a obrigação de proteger os bens e liberdades dos cidadãos frente às agressões dos outros cidadãos (*direito fundamental à segurança através do Estado*)⁹⁵, tem-se que o **direito fundamental à segurança da população LGBT**, expressamente previsto no caput do art. 5º da CF/88, também resta violado pela proteção deficiente do Estado Brasileiro à mesma.

Com efeito, a criação de normatização criminal regulamentadora das punições criminais necessárias à garantia da segurança da população LGBT é necessária para garantir os citados DEVER DE PROIBIÇÃO, para se proibir expressamente mediante punição criminal as ofensas (individuais e coletivas), agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, para assim efetivar o DEVER DE GARANTIA DA SEGURANÇA da população LGBT, para protegê-la das agressões, ameaças, ofensas e discriminações por elas sofridas na atualidade, e do DEVER DE EVITAR RISCOS mediante adoção de medidas de proteção ou de prevenção para se combater as condutas homofóbicas e transfóbicas hoje nefastamente disseminadas na sociedade brasileira.

Excelências, estamos vivendo em um contexto social no qual homofóbicos e transfóbicos chegam ao ponto de explodir uma bomba ao final da Parada LGBT de São Paulo, em um típico atentado terrorista de motivação

⁹³ Cf: http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf, acesso em 17/03/12. G.n.

⁹⁴ Cf. STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien Jurídico, Proporcionalidad y Libertad del Legislador Penal*. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 1ª Ed., Madrid e Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S/A, 2007, p. 105. Tradução e paráfrase nossas. No original: *“La provisión de ‘seguridad’ es una actividad estatal que desde hace mucho tiempo es considerada una de las bases del Estado, también del moderno Estado liberal”*. G.n.

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 106-107. Tradução e paráfrase nossas. No original: *“En el caso de la Republica Federal Aleman en numerosas decisiones que de los derechos fundamentales como Derecho objetivo no sólo se deriva la obligación del Estado de omitir por principio la intromisión en los bienes y libertades de los ciudadanos constitucionalmente protegidos como derechos fundamentales (seguridad frente al Estado), sino también de ataques provenientes de otros ciudadanos (seguridad a través del Estado). La prestación de seguridad constituye una finalidad principal del Estado”*. G.n.

homofóbica⁹⁶, no qual um padrasto mata filho de 14 anos por não aceitar sua orientação sexual⁹⁷, no qual temos uma pessoa LGBT morta a cada dia e meio por sua mera orientação sexual, consoante relatórios do Grupo Gay da Bahia⁹⁸, sendo que até o Departamento de Estado dos Estados Unidos reconhece a alta incidência da homofobia no Brasil com base nesses relatórios⁹⁹; estamos vivendo em um país no qual temos recorde de pessoas pedindo asilo no exterior pela homofobia generalizada de nosso país¹⁰⁰, no qual pai e filho abraçados são agredidos por confundidos com um casal homoafetivo¹⁰¹ (“*não se pode nem abraçar o filho*”, disse o pai que teve a orelha decepada no ataque...), no qual jovem é agredido na Avenida Paulista/SP com uma *lampadada* por ter sido presumido como homossexual¹⁰², no qual casais homoafetivos são agredidos¹⁰³ e discriminados¹⁰⁴ em estabelecimentos comerciais pelo simples fato de manifestarem seu afeto da mesma forma que fazem casais heteroafetivos... enfim, vivemos um contexto social no qual temos crimes praticados por motivação homofóbica/transfóbica ocorrendo rotineiramente sem que o Estado Brasileiro tome medidas efetivas para combatê-los – medidas estas que, embora não se limitem, se iniciam pela criminalização específica da homofobia e da transfobia... A frase de um daqueles que pediu asilo no estrangeiro é peremptória: “*Não volto de jeito nenhum. Porque aí no Brasil eu serei pra sempre uma condição. Aqui, sou um ser humano*” – vejam, Excelências, a que ponto chegamos; um brasileiro homossexual dizer que não volta ao Brasil porque aqui não é tratado como ser humano por conta de sua homossexualidade... Sobre o tema, **Maria Berenice Dias** bem afirmou que a não criminalização da homofobia é a raiz de iniciativas como essa por parte de brasileiros residentes fora, pois “*A homofobia país é uma realidade social, e a ausência de uma legislação que a criminalize, por si só, já justifica esses pedidos de asilo*”, pois o pedido de asilo “*É medida necessária à medida em que se tem um número muito significativo de violência sem qualquer tipo de repressão. E acho até bom que esses asilos sejam*

⁹⁶ Cf., v.g., <http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL1194246-5605,00-EXPLOSAO+DE+BOMBA+CASEIRA+DEIXA+FERIDOS+NO+CENTRO+DE+SP+DIZ+POLICIA.html> e <http://antigo.andes.org.br/imprensa/ultimas/contatoview.asp?key=5906> (acesso em 03/05/12).

⁹⁷ Cf. <http://imirante.globo.com/noticias/2012/04/26/pagina306726.shtml> (acesso em 29/04/12).

⁹⁸ Cf. <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1071307-assassinatos-de-homossexuais-batem-recorde-em-2011-diz-entidade.shtml> (acesso em 29/4/12). Para um histórico dos relatórios do GGB e da homofobia no Brasil, vide MOTT, Luiz. **Raízes Persistentes da Homofobia no Brasil**. In: *Minorias Sexuais. Direitos e Preconceitos*, 1ª Ed., São Paulo: Ed. Consulex, 2012, pp. 165-182 (em especial: pp. 172-173).

⁹⁹ Cf.: para dados de 2010: <http://www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/2010/wha/154496.htm>; para dados de 2008: <http://ipsnews.net/news.asp?idnews=46596> (todos: acesso em 09/05/12).

¹⁰⁰ Cf. <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/04/04/crece-numero-de-brasileiros-gays-no-externo-que-pedem-asilo-alegando-homofobia.htm> e <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/04/04/nao-volto-de-jeito-nenhum-aqui-sou-um-ser-humano-nao-uma-condicao-desabafa-brasileiro-que-vive-no-canada.htm> (acesso em 29/04/12).

¹⁰¹ Cf. <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2011/07/nao-pode-nem-abracar-o-filho-diz-homem-que-teve-orelha-cortada.html> (acesso em 29/04/12).

¹⁰² Cf. <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2010/11/grupo-usou-lampadas-como-bastao-para-agredir-juvems-na-paulista.html> (acesso em 29/04/12).

¹⁰³ Cf. <http://acapa.virgula.uol.com.br/politica/casal-gay-agredido-se-soma-a-uma-serie-de-ataques-homofobicos-na-cidade-de-sao-paulo/2/5/14894> e <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/984492-casal-gay-e-agredido-na-regiao-da-av-paulista-em-sp.shtml?skin=folhaonline&comment=248332&reply=3795857&type=comment&done=http%3A%2F%2Fwww1.folha.uol.com.br%2Fcotidiano%2F984492-casal-gay-e-agredido-na-regiao-> (acesso em 29/04/12).

¹⁰⁴ Cf. <http://grupomatizespiaui.blogspot.com.br/2012/03/justica-condena-bar-por-discriminar.html> (acesso em 29/04/12).

concedidos, pois acabam até expondo o Brasil a um constrangimento --porque o Judiciário avança em termos de reconhecimento de direitos civis, mas na criminalização está difícil de avançar"¹⁰⁵. Sobre o tema dos homicídios homofóbicos e transfóbicos, segundo o **Grupo Gay da Bahia (GGB)**, único ente que mapeia os assassinatos cometidos por homofobia/transfobia ante a inércia do Estado Brasileiro em fazê-lo apesar disto constar desde o Plano Nacional de Direitos Humanos n.º 2, de 2002, **"99% desses homicídios têm relação com homofobia. Segundo o antropólogo [Luiz Mott], há também uma 'homofobia cultural, que expulsa as travestis para a margem da sociedade, onde a violência é mais endêmica' e uma 'homofobia institucional, quando o governo não garante a segurança dos espaços frequentados pela comunidade LGBT'"**¹⁰⁶; destaca, ainda, que, pelo **número de assassinatos homofóbicos cometidos no primeiro trimestre deste ano, 2012 tende a bater novo (nefasto) recorde de assassinatos cometidos por motivação homofóbica**¹⁰⁷.

Aliás, o caso do pai e do filho atacados apenas por estarem abraçados, por confundidos com um casal homoafetivo, mostra como a homofobia prejudica até heterossexuais, que não podem manifestar afeto fraterno por seus pais ou amigos do mesmo sexo sem que sejam confundidos com homossexuais e agredidos por isso... Ou seja, *"O que choca [ainda mais] é que entre os casos há pelo menos dois casos de heterossexuais que foram agredidos por serem confundidos com homossexuais. Não precisa ser gay para apanhar, levantar suspeita também tem sido o suficiente para aumentar a porcentagem de pessoas agredidas, quando não assassinadas"*¹⁰⁸.

Como se vê, vivemos situação de verdadeira **BANALIDADE DO MAL HOMOFÓBICO**, adaptando aqui célebre expressão de Hannah Arendt, no sentido de termos pessoas comuns (e não "monstros") se achando detentoras de um pseudo "direito" de agredir, ofender, discriminar e mesmo matar pessoas por sua mera orientação sexual homoafetiva/biafetiva ou identidade de gênero transgênera... isso prova a situação de inconstitucionalidade por omissão por proteção deficiente...

O próprio Governo Brasileiro já reconheceu, no PNDH n.º 2, a necessidade de criminalização da homofobia e da transfobia ao estabelecer, no item n.º 116¹⁰⁹, o dever estatal de *"Propor o aperfeiçoamento da legislação penal no que se refere à discriminação e à violência motivadas por orientação sexual"* [e, por identidade de razões, também por *identidade de gênero*], muito embora já houvesse projeto de lei que isto propusesse em tramitação (o então PL n.º 5.003/01, em trâmite desde o final de 2006 no Senado Federal como PLC n.º 122/06), **sem mostrar, contudo, mínimos esforços institucionais para conseguir sua aprovação** – e todos sabemos que é uma

¹⁰⁵ Cf. <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/04/04/cresce-numero-de-brasileiros-gays-no-exterior-que-pedem-asilo-alegando-homofobia.htm> (acesso em 29/04/12).

¹⁰⁶ Cf. <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1071307-assassinatos-de-homossexuais-batem-recorde-em-2011-diz-entidade.shtml> (acesso em 29/4/12).

¹⁰⁷ Idem.

¹⁰⁸ Cf. <http://acapa.virgula.uol.com.br/politica/casal-gay-agredido-se-soma-a-uma-serie-de-ataques-homofobicos-na-cidade-de-sao-paulo/2/5/14894> (acesso em 29/04/12). G.n.

¹⁰⁹ Cf. Decreto n.º 4.229/02, item n.º 116 – in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4229.htm (acesso em 10/05/12).

pura falácia dizer que o Executivo não teria papel na aprovação de projetos de lei, por ser fato notório que a pressão governamental sobre sua base aliada é fundamental para a aprovação de projetos de lei que visam proteger minorias historicamente estigmatizadas, como a minoria LGBT... sendo igualmente notório que o Governo usa seu famoso “rolo compressor” (base aliada) quando deseja aprovar projetos de lei...

Anote-se que a homofobia e da transfobia não são condutas meramente *politicamente incorretas*, donde sua criminalização não é algo que se pleiteia apenas por ser *politicamente correta* como aparentemente alguns incredulamente pensam: **a homofobia e a transfobia ferem bens jurídico-constitucionais de altíssima relevância** (dever de tolerância e direitos fundamentais à livre orientação sexual, à livre identidade de gênero e à segurança da população LGBT), sendo que os demais ramos do Direito não têm se mostrado suficientes para coibir o nefastamente elevado número de crimes e atos de motivação homofóbica e transfóbica em nosso país, donde legitimado o uso do Direito Penal inclusive sob a ideologia do Direito Penal Mínimo, pela falha dos demais ramos do Direito em proteger os relevantes bens jurídicos (penais) em questão.

Tomemos como exemplo o conceito de bem jurídico de **Roxin**¹¹⁰. Para o autor, “se podem definir os bens jurídicos como realidades ou fins que são necessários para uma vida social livre e segura que garanta os direitos humanos e fundamentais do indivíduo, ou para o funcionamento estatal erigido para a consecução de tal fim”¹¹¹. Nesse sentido, considerando a **alta insegurança que a população LGBT brasileira sofre na atualidade** pela enormidade de condutas homofóbicas e transfóbicas, ofensivas dos referidos bens jurídico-constitucionais de tal população, **tem-se por absolutamente legítima e necessária a criminalização da homofobia e da transfobia em nosso país, visto o absolutamente elevado nível de violência e discriminação contra pessoas LGBT no Brasil**, inclusive pelo alto sentimento de insegurança que isto causa à população LGBT na atualidade. Com efeito, **Roxin** bem afirma que a proteção de sentimentos pode configurar-se como proteção de bens jurídicos quando se trate de sentimento de insegurança, de forma a justificar a criminalização da discriminação contra parte da população [especialmente] quanto à incitação ao ódio e à violência¹¹², donde (acrescenta-se aqui) legítima e necessária a

¹¹⁰ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 1ª Ed., Madrid e Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S/A, 2007, p. 448 (tradução livre). Também, como Roxin, defendendo que o Direito Penal deve necessariamente proteger bens jurídicos, cite-se, v.g., BOSE, Martin. **Derechos fundamentales y Derecho Penal como ‘Derecho Coactivo’**. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 1ª Ed., Madrid e Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S/A, 2007, p. 137, para quem, “Segundo a opinião geral, a tarefa do Direito penal consiste (únicamente) na proteção de bens jurídicos” (tradução livre).

¹¹¹ Ainda que eventualmente se considere o conceito insuficiente pelo autor afirmar que adota tal conceito pela visão de um Estado Democrático de Direito *Liberal* (*Loc. Cit.*), isso não afasta o fato de que tal conceito pode ser ampliado pela concepção de um Estado Constitucional Democrático Liberal e Social de Direito, donde válido o conceito para se expor o que aqui se pretende: que a homofobia e a transfobia violam bens jurídico-constitucionais de altíssima relevância.

¹¹² ROXIN, *Op. Cit.*, p. 450 (tradução livre, mediante paráfrase). No original: “la protección de ciertos sentimientos sólo puede considerarse protección de bienes jurídicos cuando se trate de sentimientos de inseguridad. La amenaza con pena de la discriminación de parte de la población (la incitación al odio, la violencia o el desprecio) que realiza el legislador alemán está

criminalização da discriminação contra a população LGBT na realidade brasileira, pois, longe de ser legislação penal “meramente simbólica”, é necessária à **proteção eficiente** da população LGBT brasileira, especialmente na atualidade (no contexto social supra descrito) – afinal, o **Direito Penal constitucionalmente adequado a um texto constitucional dirigente que determina a criminalização de condutas e demanda pela proteção eficiente** da população – logo, também da população LGBT. Não se demanda “apenas” a limitação do *jus puniendi* estatal, demandando-se pela criminalização de condutas quando isto seja necessário à proteção da população em questão.

Sobre a **ausência de liberdade de conformação do legislador** relativamente ao *dever estatal de conferir proteção eficiente aos cidadãos*, é precisa a doutrina de Luciano Feldens¹¹³, para quem “reconhece-se na proibição de infraproteção um **limite inferior da liberdade de conformação do legislador, da qual decorre a necessidade de estabelecer-se um grau suficientemente adequado de proteção** – em nosso caso, temos em mente a proteção normativa – ao direito fundamental, de modo a permitir a seu titular o seu desenvolvimento em maior escala. [...] Uma vez afastados tanto excessos quanto déficits de proteção, atingimos a finalidade do sistema de proteção dos direitos fundamentais: uma **proteção eficiente** (enquanto não insuficiente e não excessiva)”.

Logo, por força do dever estatal de proteção dos direitos fundamentais de todos os cidadãos e, portanto, da população LGBT, **cabe ao Estado aprovar legislação que criminalize todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima**, tendo em vista que o Estado é o detentor de monopólio do uso legítimo da força na solução de conflitos entre particulares, donde tem o dever de criminalizar condutas quando tal criminalização (específica) seja necessária para o **efetivo respeito à CIDADANIA** dos grupos sociais vítimas de tais discriminações, visto que **a população LGBT não tem tido os seus direitos fundamentais à tolerância, à segurança, à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero garantidos pelo Estado Brasileiro, que simplesmente deixa de atuar (donde caracterizada a proteção deficiente e conseqüentemente restrição, ao menos fática, de tais direitos fundamentais) quando poderia ao menos tentar garantir a proteção a tais direitos mediante a aprovação de uma legislação criminalizadora de tais condutas.**

Lembre-se que a **correta interpretação da doutrina do Direito Penal Mínimo**, que aduz que o Direito Penal deve ser usado como *ultima ratio*, significa que, tendo os demais ramos do Direito se mostrado insuficientes para garantir a proteção estatal em questão, como falharam ante leis de punições administrativas como a Lei Estadual Paulista n.º 10.948/2001 não terem se mostrado aptas a coibir a homofobia e a transfobia nas localidades respectivas, significa (a doutrina do Direito Penal Mínimo) que **o Direito Penal deve ser utilizado** quando

justificada”.

¹¹³ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal. A Constituição Penal*, 2ª Edição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012., pp. 166-168. G.n.

falharam os demais ramos do Direito para a proteção dos grupos sociais em questão – embora a questão seja descipienda pela existência de ordens constitucionais expressas de criminalizar, consoante exposto nos tópicos seguintes.

Logo, considerando que a pena tem inegavelmente um caráter preventivo de outros delitos, consoante reconhece **Ingo Sarlet**, ao falar no “*caráter punitivo e preventivo da pena*”¹¹⁴, tem-se que a criminalização específica da homofobia e da transfobia é absolutamente necessária no atual contexto brasileiro.

Afinal, como bem dito pelo **Ministro Gilmar Mendes** no **RE n.º 418.376/MS**, *todos os poderes do Estado estão vinculados e obrigados a proteger a dignidade das pessoas*¹¹⁵, donde o Estado Brasileiro também está vinculado e obrigado a proteger de maneira eficaz/suficiente as **peçoas LGBT**, que sofrem hoje pela absoluta **omissão estatal** em aprovar **lei criminalizadora** das *ofensas (individuais e coletivas), agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima*, lei esta **absolutamente necessária** para combater a homofobia e a transfobia na atualidade.

Com efeito, segundo **Sarlet**, “*há que lembrar constantemente que também o Estado Democrático de Direito (e, portanto, o sistema jurídico estatal) haverá de atuar nos limites do necessário à consecução dos seus fins primordiais*¹¹⁶, dentre os quais assume destaque a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana de todos os integrantes da comunidade”¹¹⁷ – logo, também temos aqui o **dever do Estado de proteção suficiente dos integrantes LGBT da comunidade brasileira**, o que demanda uma legislação criminal que puna especificamente as *ofensas (individuais e coletivas), agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima*, tão generalizadas que nefastamente estão a homofobia e a transfobia no Estado Brasileiro na atualidade...

Com efeito, Excelências, fato é que **está lamentavelmente difundido no inconsciente coletivo social que “a homofobia não é crime” (sic)**, o que faz com que homofóbicos e transfóbicos se sintam no pseudo “direito” de agredir, ofender, discriminar e mesmo assassinar pessoas LGBT por conta unicamente de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero... é a **banalidade do mal homofóbico já mencionada**... Não tem bastado o fato de que injúria, lesão corporal, constrangimento ilegal e homicídio (etc) sejam crimes tipificados: as pessoas têm se sentido no pseudo “direito” de ofender, agredir,

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*, p. 33. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 05/02/12.

¹¹⁵ STF, RE n.º 418.376/MS, DJ de 23/03/07, p. 72. Voto do **Ministro Gilmar Mendes**, p. 10. No original: “[...] *todos os poderes do Estado, dentre os quais evidentemente está o Poder Judiciário, estão vinculados e obrigados a proteger a dignidade das pessoas* [...]”. G.n.

¹¹⁶ “Adotando a ideia de um **Estado essencial**, nem mínimo nem máximo, mas necessário à realização dos seus fins ancorados na Constituição, v. Juarez Freitas, *Estudos de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 31 e ss” [nota do original; grifos nossos]

¹¹⁷ SARLET, *Op. Cit.*, pp. 39-40.

discriminar e assassinar pessoas LGBT apenas por sua não-heterossexualidade ou por sua travestilidade ou transexualidade...

Dessa forma, se é certo (como é) que é necessária uma *radical releitura das necessidades humanas e das situações de risco às pessoas sob a ótica dos direitos fundamentais e do edifício normativo da Constituição*¹¹⁸ para se responder de forma eficiente e suficiente à *demanda social de proteção dos direitos*¹¹⁹, é preciso se compreender o **garantismo** penal não apenas no clássico sentido negativo, de limitação do *jus puniendi*, mas também sob um **garantismo positivo**, pelo qual o Estado atue de forma eficiente para proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

É essa a lição de **Alessandro Baratta**¹²⁰:

*O direito penal da Constituição vive hoje a mesma condição que o direito penal do Iluminismo viveu em seu tempo: ele deve limitar e regular a pena, mas para que o direito penal da Constituição não tenha a mesma sorte do direito penal liberal, permanecendo em grande parte na mente de seus ideólogos, é necessário que reencontre uma dimensão política forte e autêntica. Isso só será possível se incorporar uma política integral de proteção dos direitos fundamentais. [...] Ampliar a perspectiva do direito penal da Constituição na perspectiva de uma política integral de proteção dos direitos, significa também definir o garantismo não somente em sentido negativo, como limite do sistema punitivo, ou seja, como expressão dos direitos de proteção frente ao Estado, senão como **GARANTISMO POSITIVO**. Isso significa a resposta às **necessidades de segurança de todos os direitos**, também dos de prestação por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais) e não só daquela parte deles, que poderíamos denominar direitos de prestação de proteção, em particular contra agressões provenientes de determinadas pessoas. [...] a **necessidade de segurança dos cidadãos** não é somente uma necessidade de proteção da criminalidade e dos processos de criminalização. **A segurança dos cidadãos corresponde à necessidade de estar e de sentir-se assegurados [garantizados] no exercício de todos os próprios direitos**: direito à vida, à liberdade, ao livre desenvolvimento da personalidade e das próprias capacidades; direito a expressar-se e a comunicar-se, direito à qualidade de vida, assim como o direito a controlar e a influir sobre as condições das quais depende, concretamente, a existência de cada um.*

O **Supremo Tribunal Federal** também já consagrou o chamado **garantismo positivo** como consequência da proibição de proteção deficiente. Com efeito, no RE n.º 418.376/MS, afirmou o **Ministro Gilmar Mendes** que “Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de **garantismo positivo**, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A **proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental**. Nesse sentido, ensina o professor **Lenio Streck**: ‘Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de **proteção de omissões estatais**. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é dezarrazoado,

¹¹⁸ BARATTA, *Op. Cit.*, p. 54. Tradução livre.

¹¹⁹ BARATTA, *Op. Cit.*, p. 56. Tradução livre.

¹²⁰ BARATTA, *Op. Cit.*, pp. 57-58. Tradução livre. Grifos parcialmente nossos.

resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de **proteção insuficiente** de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. **Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador**¹²¹.

Pertinente, ainda, a manifestação do **Ministro Celso de Mello**¹²² no HC n.º 82.424/RS, no sentido de que **“A Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, por isso mesmo, deve representar, na consciência dos governantes responsáveis e dos Estados comprometidos com a causa da liberdade, da justiça, da paz entre os povos e da democracia, o elemento vital e impulsionador de medidas, que, de um lado, visem a afastar, das relações entre os indivíduos e o poder estatal, o medo da opressão e, de outro, tendam a evitar a frustração dos sonhos que buscam dar sentido de concreta efetividade às legítimas aspirações do ser humano, banindo, para sempre, das relações entre as pessoas, o ódio e a intolerância, o preconceito e a discriminação que tão profundamente desonram aqueles que os praticam”**, donde o grande desafio no âmbito de uma sociedade democrática consiste em **“extrair, das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima efetividade, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs”**. Afinal, segundo o Ministro, **“A intolerância e as consequentes práticas discriminatórias, motivadas por impulsos racistas, especialmente dirigidos contra grupos minoritários, representam um gravíssimo desafio que se oferece à sociedade civil, a todas as instâncias de poder no âmbito do aparelho de Estado e ao Supremo Tribunal Federal”**, donde **“Torna-se imperioso, pois, a partir da consciência universal que se forjou no espírito de todos em torno do valor essencial dos direitos fundamentais da pessoa humana, reagir contra essas situações de opressão, degradação, discriminação, exclusão e humilhação que provocam a injusta marginalização, entre outros, de grupos étnicos, nacionais e confessionais”**, razão pela qual **“Essa reação – que deve repercutir no próprio sistema de poder e no aparato governamental que lhe dá suporte – deve buscar os meios que permitam transformar, em concreta realidade, os compromissos que o Brasil assumiu ao subscrever a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana e, considerado o contexto da presente causa, as obrigações éticas e jurídicas que incidem sobre o Estado brasileiro, por efeito de sua adesão a importantes atos, declarações, convenções e estatutos internacionais, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965), a Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais (UNESCO/1978) e a Declaração de Durban e Plano de Ação, resultantes da III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, à Discriminação Racial, à Xenofobia e à Intolerância Correlata (África do Sul/2001), ‘inter alia’”**. A demonstração de que homofobia e transfobia são espécies do gênero racismo foi feita em tópico anterior, mas cabe notar que tais considerações se aplicam a toda discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais, não apenas às discriminações estritamente racistas.

¹²¹ STF, RE n.º 418.376/MS, DJ de 23/03/07, p. 72. Voto do **Ministro Gilmar Mendes**, pp. 7-8. G.n.

¹²² STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Celso de Mello**, pp. 8 e 10-12.

Logo, cabível a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão também porque a **ausência de legislação que criminalize de forma específica todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima caracteriza uma proteção deficiente do Estado Brasileiro relativamente à população LGBT, que tem sua cidadania plena inviabilizada pela banalidade do mal homofóbico que absurdamente vigente na atualidade**, pois sob o pseudo *topos* segundo o qual “a homofobia não é crime” (sic), pessoas têm ofendido, agredido, discriminado e assassinado pessoas LGBT por sua mera orientação sexual não-heterossexual/heteroafetiva ou identidade de gênero transgênera. Logo, a célebre compreensão da **cidadania como o direito a ter direitos**¹²³ está sendo inviabilizada para a **população LGBT, que está tendo inviabilizados os seus direitos fundamentais à segurança, à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero pelo grau nefastamente elevado de violência e ofensas, individuais e coletivas, agressões, ameaças e discriminações que tem sofrido de homofóbicos e transfóbicos em geral...**

Sobre o **direito fundamental à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero**, ele é extraível do art. 3º, inc. IV, da CF/88, que veda preconceitos e discriminações de quaisquer espécies, donde também aqueles motivados na orientação sexual e/ou na identidade de gênero, real ou suposta, da vítima. É o que foi reconhecido pelo STF no histórico julgamento da ADPF n.º 132 e na ADI n.º 4277, que reconheceu a possibilidade jurídico do reconhecimento judicial

¹²³ Segundo Valério Mazzuoli, interpretando a lição de Hannah Arendt, “A cidadania e o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso ao espaço público. É este acesso ao espaço público que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos” (cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, cidadania e educação. Uma nova concepção introduzida pela Constituição Federal de 1988.** Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2074>. Acesso em 30/01/2009. G.n). É uma conceituação correta que sintetiza o quanto bem exposto por Celso Lafer sobre a obra de Hannah Arendt, segundo o qual “Dessa reflexão sobre a fundamental importância do princípio de isonomia como critério de organização do Estado-nação, e da sua análise da condição dos apátridas, Hannah Arendt extrai a sua conclusão básica sobre os direitos humanos. Não é verdade que ‘todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos’, como afirma o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, de 1948, na esteira da Declaração Francesa de 1789 (art. 1º). Nós não nascemos iguais: nós nos tornamos iguais como membros de uma coletividade em virtude de uma decisão conjunta que garante a todos direitos iguais. A igualdade não é um dado - ela não é physis, nem resulta de um absoluto transcendente externo à comunidade política. Ela é um construído, elaborado convencionalmente pela ação conjunta dos homens através da organização da comunidade política. Daí a indissolubilidade da relação entre o direito individual do cidadão de autodeterminar-se politicamente, em conjunto, com os seus concidadãos, através do exercício de seus direitos políticos, e o direito da comunidade de autodeterminar-se, construindo convencionalmente a igualdade” (cf. LAFER, Celso. **A RECONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**, 1ª Edição, 7ª Reimpressão, São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2009, p. 150. G. n). Curiosamente, Hannah Arendt não conceituou expressamente a cidadania como o direito a ter direitos em seu célebre *Origens do Totalitarismo* - ela usa a expressão “direito a ter direitos”, mas não diz que “cidadania é o direito a ter direitos” de forma expressa, embora isto fique claramente implícito à sua obra, pois ela fala em “direito a ter direitos” no contexto de que, durante as Duas Grandes Guerras, o conceito de *direitos humanos* mostrou-se ingênuo ou mesmo hipócrita por conta da situação das pessoas objeto das nefastas *leis de desnacionalização*, que retiravam a cidadania nacional de tais pessoas, às quais restava apenas a sua humanidade, que não era reconhecida como merecedora de proteção jurídica a despeito da noção de *direitos humanos* apontar que a pessoa seria merecedora de proteção jurídica por sua mera condição humana. Para análise das explicações da autora sobre o tema, vide ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo. Anti-Semitismo. Imperialismo. Totalitarismo*, 1ª Edição, 8ª Reimpressão, São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2009, pp. 320-336.

da união estável homoafetiva por ser a união homoafetiva uma entidade familiar merecedora da mesma proteção jurídico-familiar destinada à união heteroafetiva. Com efeito, nas palavras do **Ministro Celso de Mello** no citado julgamento e no RE n.º 477.554/MG AgR, *“Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual”* [e de sua identidade de gênero, evidentemente].

Por outro lado, cabível também a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão também porque **a ausência de legislação que criminalize de forma específica todas as formas de homofobia e transfobia tem inviabilizado o exercício dos direitos e liberdades constitucionais da população LGBT**, pois pessoas LGBT têm sido ofendidas, agredidas, ameaçadas, discriminadas e/ou assassinadas por outras (logo, têm tido direitos subjetivos seus prejudicados – direito à honra, à integridade física, à não-discriminação/ao igual respeito e consideração, livre orientação sexual e identidade de gênero e mesmo à vida) pelo inacreditável inconsciente coletivo segundo o qual “a homofobia não é crime” (sic) ou, em suma, pela ausência de legislação que afirme peremptoriamente que ninguém pode ser agredido, ofendido, ameaçado e/ou discriminado por sua orientação sexual ou sua identidade de gênero.

Pelo exposto, percebe-se que há dever constitucional de criminalizar a homofobia e a transfobia também por força do princípio da proporcionalidade na sua acepção de proibição de proteção deficiente, razão pela qual deverá ser declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional em tal criminalização também (ou pelo menos) por este motivo, o que desde já se requer.

5. A QUESTÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. Os discursos de ódio homofóbicos/transfóbicas e a incitação ao preconceito e/ou à discriminação como atos fora do âmbito de proteção da liberdade de expressão.

Opositores da criminalização específica da homofobia e da transfobia usualmente invocam a liberdade de expressão para dizer que teriam o “direito” de “criticar a homossexualidade” (sic). Contudo, o argumento improcede. A uma porque “criticar a homossexualidade” é algo tão incompreensível e descabido quanto, por exemplo, “criticar a negritude”: o que se pode criticar são condutas concretas de pessoas concretas, não uma característica inerente a toda uma coletividade de pessoas como se todas as pessoas adotassem ontologicamente a conduta criticada pelo discurso em questão.

Ademais, cumpre ressaltar que **a liberdade de expressão não garante o direito a discursos de ódio e à disseminação do preconceito e da discriminação contra determinado grupo social**. A uma porque *“cabe reconhecer que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações*

externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público”¹²⁴, donde “não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana”, pois “a liberdade de expressão não se afigura absoluta em nosso texto constitucional. Ela encontra limites, também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos”¹²⁵. Afinal, “**não pode a liberdade de expressão acobertar manifestações preconceituosas e que incitam a prática de atos de hostilidade contra grupos humanos**, manifestações racistas, considerado o racismo nos termos anteriormente expostos, manifestações atentatórias à dignidade humana e a direitos fundamentais consagrados na Constituição, manifestações racistas que a Lei Maior repudia (C.F., art. 4º, VIII; art. 5º, XLII). **A liberdade de expressão não pode sobrepor-se à dignidade da pessoa humana**, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito que adotamos – C.F., art. 1º, III – ainda mais quando essa liberdade de expressão apresenta-se distorcida e desvirtuada”¹²⁶.

Afinal, como bem destaca **Luciano Feldens**¹²⁷, “A violação de bens jurídicos alheios (ilicitude de atuação) configura-se como uma barreira jusfundamental geral ao exercício do direito de liberdade, circunstância que legitima, por outro lado, a edificação de um imperativo de tutela em prol do direito fundamental do agredido”.

Sobre o tema, anote-se que o **Tribunal Europeu de Direitos Humanos**, no julgamento do **caso Vejdeland e outros v. Suécia**¹²⁸, declarou que a condenação criminal de indivíduos por distribuírem panfletos ofensivos a homossexuais não viola a Convenção Europeia de Direitos Humanos, justamente no contexto de que a liberdade de expressão não garante um pseudo “direito” a manifestações homofóbicas/transfóbicas. No mesmo sentido, a **Suprema Corte do México** (Revisión n.º 2802/2012)¹²⁹, a **Suprema Corte do Canadá** [caso Saskatchewan

¹²⁴ STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Celso de Mello**, p. 20.

¹²⁵ STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Gilmar Mendes**, p. 21.

¹²⁶ STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Carlos Velloso**, p. 14.

¹²⁷ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal. A Constituição Penal*, 2ª Edição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 91.

¹²⁸ Para a íntegra da decisão, vide

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=900340&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649> (acesso em 29/04/12).

¹²⁹ Cf. <http://www2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/comunicado.asp?id=2549> (último acesso em 31.07.2013), segundo a qual “a Primeira Sala determinou que as expressões homofóbicas, isto é, o discurso consistente em inferir que a homossexualidade não é uma opção sexual válida, mas uma condição de inferioridade, constituem manifestações discriminatórias, e isso apesar de emitidas em um sentido burlesco, já que mediante as mesmas se incita, promove e justifica a intolerância contra a homossexualidade. Por isso, as manifestações homofóbicas são uma categoria de discursos de ódio, os quais se identificam por provocar ou fomentar o desprezo [rechazo] contra um grupo social. A problemática social de tais discursos decorre de que, mediante as expressões de menosprezo e insulto que contêm, os mesmos geram sentimentos sociais de hostilidade contra pessoas ou grupos. Por isso, a Primeira Sala determinou que as expressões empregadas no caso concreto, consistentes nas palavras ‘bichonas’ [‘maricones’] e ‘punhal’ [‘puñal’], foram ofensivas, pois embora sejam expressões fortemente arraigadas na linguagem da sociedade mexicana, o certo é que as práticas que realizam amajoria dos integrantes da sociedade não podem convalidar violações a direitos fundamentais. Adicionalmente, a Primeira Sala resolveu que ditas expressões foram impertinentes, pois seu emprego não era necessário para a finalidade de disputa que se estava levando a cabo, relativa à crítica mútua entre dois jornalistas [periodistas] da cidade de Puebla. Por isso, determinou-se que as expressões ‘bichona’ e ‘punhal’, tal e como foram empregadas no presente caso, não se encontravam protegidas pela

(Human Rights Commission) v. Whatcott, 2013 SCC 11]¹³⁰ e a **Corte Criminal de Istambul** (caso Kaos GL v. Yeni Akit)¹³¹, **as quais afirmaram que discursos homofóbicos não estão protegidos pelo direito fundamental à liberdade de expressão**, no sentido de que ofensas, menosprezos e incitações ao preconceito, ao ódio e/ou à discriminação não se encontram no âmbito de proteção da liberdade de expressão, sendo paradigmática a decisão canadense por isto aplicar também a um religioso em razão do discurso deste, embora invocando a Bíblia, ter sido entendido como *discurso de ódio* dado seu tom inegavelmente ofensivo e de menosprezo a homossexuais em geral, como supostamente ameaçadores do ambiente das escolas públicas (pelo uso de dois *flyers*: “*Mantenha a Homossexualidade fora das Escolas Públicas de Saskatoon*” e “*Sodomitas nas nossas Escolas Públicas*”, respectivamente).

Sob outro enfoque (o da *teoria interna*, relativamente aos limites iminentes aos direitos fundamentais), entendida a liberdade como o direito de se fazer o que se quiser desde que não se prejudiquem terceiros, a *liberdade de expressão*, como espécie do gênero liberdade, não pode atribuir a ninguém um pseudo “direito” de prejudicar terceiros por ofensas, discursos de ódio e por induzimento ou incitação ao preconceito e/ou à discriminação, pois tais práticas trazem prejuízos ao alvo do discurso em questão e não se encontram, portanto, no âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão. Isso “*basta, por si só, para atribuir, ao Estado, o dever de atuar na defesa de postulados essenciais, como o são aqueles que proclamam a dignidade da pessoa humana e a permanente hostilidade contra qualquer comportamento que possa gerar o desrespeito à alteridade, com inaceitável ofensa aos valores da igualdade e da tolerância, especialmente quando as condutas desviantes culminem por fazer instaurar tratamentos discriminatórios fundados em ódios raciais*”, donde “*Irretocável, sob tal aspecto, a decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, ao manifestar-se sobre a necessidade de se ‘controlarem os abusos da liberdade de expressão, mediante o exercício da jurisdição’, deixou assentado que ‘é inaceitável que se deixe de punir a manifestação da opinião, quando transparece evidente e cristalina a intenção de discriminar raça, credo, segmento social ou nacional [...]*”¹³², como o segmento social LGBT.

Até porque, consideradas a homofobia e a transfobia espécies do gênero racismo, “*há, na espécie, norma constitucional que objetiva fazer preservar, no*

Constituição. Cabe assinalar que a Primeira Sala não ignora que certas expressões que, em abstrato, poderiam caracterizar um discurso homofóbico, podem validamente ser empregadas em estudos de índole científica ou em obras de natureza artística, sem que por tal motivo se caracterizem como discursos de ódio [sin que por tal motivo impliquen la actualización de discursos del odio]”.

¹³⁰ Cf. <http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/12876/index.do> (último acesso em 31.07.2013).

¹³¹ Cf. <http://www.lgbtqnation.com/2013/07/landmark-turkish-court-ruling-anti-gay-language-is-not-freedom-of-speech/> (último acesso em 31.07.2013), segundo a qual “*Dentro do escopo da notícia de que esta reclamou, um grupo de orientação sexual diferente é claramente humilhado e insultado. Portanto a decisão de não processar não é válida quando uma ação pública deveria ser tomada*”, ao passo que “*A corte ainda afirmou que esse tipo de discurso não está dentro da proteção da liberdade de expressão ou de imprensa. A corte decidiu que o jornal deve ser processado por violar o artigo 216 do Código Penal Turco, que proíbe o insulto de grupos sociais*” (tradução livre). Isso porque os réus do processo classificaram um material preparado pelo grupo LGBT que moveu a ação para ajudar professores a aprenderem sobre diferentes sexualidades e combater a homofobia como “*uma tentativa de um grupo de ‘pervertidos’ e ‘desviantes’ de corromper crianças e fazê-las considerar como normal o seu comportamento ‘herético’*” (sic).

¹³² STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Celso de Mello**, p. 22.

processo de livre expressão do pensamento, a incolumidade dos direitos da personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana, buscando inibir, desse modo, comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações racistas, disseminar, criminosamente, o ódio contra outras pessoas, mesmo porque a incitação – que constitui um dos núcleos do tipo penal – reverte-se de caráter proteiforme, dada a multiplicidade de formas executivas que esse comportamento pode assumir, concretizando, assim, qualquer que tenha sido o meio empregado, a prática inaceitável do racismo”¹³³ (Ministro Celso de Mello).

Sobre os discursos de ódio homofóbicos, Daniel Borrillo¹³⁴ justifica sua criminalização específica com o seguinte relato da experiência francesa:

No decorrer de uma passeata organizada pelos adversários do PaCS, vários slogans – tais como ‘Nada de sobrinhos para as bichas’ ou ‘Os homossexuais de hoje são os pedófilos de amanhã’ – foram exibidos nas ruas de Paris sem que os homossexuais conseguissem mover qualquer processo judicial. A presumível afabilidade da homofobia, tendo se mantido latente e um tanto apática, acabou por manifestar-se de forma brutal. Todos os herdeiros da tradição homofóbica estavam presentes: associações católicas, muçulmanas, protestantes e judaicas desfilavam, lado a lado, com a extrema direita e a burguesia conservadora. A antiga repulsa visceral esbaldou-se freneticamente nas paixões homofóbicas: ‘Veados nojentos’, ‘Que essa escória vá para o inferno’ ou, ainda, ‘Parem de nos torrar o saco com a AIDS de vocês’ – eis outros tantos insultos proferidos, publicamente, pelos manifestantes. Diante de tal violência, a necessidade de uma lei para proteger os homossexuais começa a impor-se nas mentes. [...] todos esses textos propõem incluir a orientação sexual nas incriminações penais de injúria, difamação e provocação à discriminação, ao ódio e à violência em relação a uma pessoa ou a um grupo de pessoas.

Assim, justifica-se o entendimento segundo o qual a incitação e o induzimento ao preconceito e à discriminação não se encontra no âmbito de proteção da liberdade de expressão na medida em que, consoante leciona **Bobbio**, “O preconceito não apenas provoca opiniões errôneas, mas, diferentemente de muitas opiniões errôneas, é mais difícil de ser vencido, pois o erro que ele provoca deriva de uma crença falsa e não de um raciocínio errado que se pode demonstrar falso, nem da incorporação de um dado falso, cuja falsidade pode ser empiricamente provada”¹³⁵, donde cabe ao Estado coibir tais nefastas condutas. Afinal, como bem anotado pelo **Ministro Gilmar Mendes**, “a história confirma o efeito deletério que o discurso de intolerância pode produzir, valendo-se dos mais diversos meios ou instrumentos”¹³⁶, sendo que, para o **Ministro Carlos Velloso**, “Uma das formas mais odiosas de desrespeito aos direitos da pessoa humana é aquela que se embasa no preconceito relativamente às minorias e que se revela no praticar ou incitar a prática de atos e sentimentos *hostis* em relação aos negros, aos índios, aos judeus, aos árabes, aos ciganos, etc”¹³⁷ [logo, também à minoria LGBT], donde a punição criminal do Estado a tais condutas medida constitui adequada e necessária para a **salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a**

¹³³ STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Celso de Mello**, pp. 19-20

¹³⁴ BORRILLO, *Op. Cit.*, pp. 117-118. G.n.

¹³⁵ BOBBIO *apud* STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Gilmar Mendes**, p. 9 (obra “Elogio da Serenidade”, São Paulo: Unesp, 2002, pp. 120-121).

¹³⁶ STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Gilmar Mendes**, p. 19.

¹³⁷ STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Carlos Velloso**, p. 7.

tolerância¹³⁸, especialmente consideradas a homofobia e a transfobia como espécies do gênero racismo, hipótese na qual ter-se-á a punição criminal como determinada pelo próprio constituinte no art. 5º, inc. XLII, da CF/88, sendo que a liberdade de expressão não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, ao preconceito e à discriminação¹³⁹ - ou, subsidiariamente, a punição criminal determinada no art. 5º, XLI, da CF/88.

Dessa forma, **requer-se** seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional acerca da criminalização específica da homofobia e da transfobia *inclusive* no que tange à criminalização específica de ofensas e discursos de ódio a toda a coletividade LGBT (*“injúrias coletivas”*), bem como à prática, ao induzimento e à incitação ao preconceito e à discriminação por orientação sexual e/ou por identidade de gênero, na medida em que a liberdade de expressão não pode ser invocada contrariamente à criminalização específica de tais condutas.

6. PEDIDOS CUMULATIVOS.

6.1. DECLARAÇÃO DA MORA INCONSTITUCIONAL DO CONGRESSO NACIONAL NA CRIMINALIZAÇÃO ESPECÍFICA DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA. Omissão inconstitucional parcial.

Caracterizado seu enquadramento no conceito ontológico de racismo ou, subsidiariamente, no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, ter-se-á como caracterizada a **obrigação constitucional de punir criminalmente a homofobia e a transfobia, no sentido de se punir criminalmente todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) as ofensas (individuais e coletivas), os homicídios, as agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima**, obrigação esta oriunda do art. 5º, inc. XLII ou, subsidiariamente, inc. XLI, da CF/88, donde isto deverá gerar a procedência da presente ação, pelo menos, para que seja cientificado o Congresso Nacional de tal mora inconstitucional e, conseqüentemente, intimado a saná-la mediante a aprovação de tal legislação criminal que puna, de forma específica, tais condutas, inclusive e especialmente a violência física, os discursos de ódio, a prática, o induzimento e a incitação ao preconceito e à discriminação por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero da pessoa - sendo que, quanto aos discursos ofensivos, criminalização específica tanto das ofensas individualizadas (injúrias) quanto às ofensas contra a coletividade de pessoas por sua orientação sexual ou sua identidade de gênero (*“injúrias coletivas”*), pois, como supra demonstrado, liberdade de expressão não garante um pseudo “direito” a discursos de ódio, a ofensas e/ou à incitação ao preconceito e à discriminação.

Anote-se o completo descabimento do argumento por vezes invocado pelos opositores da criminalização específica da homofobia e da transfobia no sentido de que ela seria “desnecessária” por conta de os crimes de homicídio (por

¹³⁸ Cf. STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Gilmar Mendes**, p. 33.

¹³⁹ Cf., em parte: STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do **Ministro Gilmar Mendes**, p. 33.

motivo torpe), lesão corporal, injúria e difamação abrangerem, em seu âmbito normativo, condutas homofóbicas e transfobia. A uma porque está incredivelmente consolidado um homofóbico inconsciente coletivo social que “a homofobia não é crime” (sic), donde **homofóbicos e transfóbicos em geral se acham no pseudo “direito” de ofender, agredir, ameaçar e discriminar pessoas LGBT** a despeito dos tipos penais de injúria/difamação e lesão corporal, sendo que o ato puro e simples de discriminar, ou seja, de tratar de forma diferenciada sem justo motivo não é de simples inserção no tipo penal de *constrangimento ilegal* por sua redação restritiva exigir *violência, grave ameaça e/ou redução da capacidade de resistência* para fins de caracterização da conduta tipicamente punível¹⁴⁰. A outra porque **são ínfimas as penas de tais crimes**, não sendo aptas a coagir as pessoas a não-cometerem as condutas típicas ali proibidas, donde, parafraseando o que **Maria Berenice Dias** bem anotou sobre a punição à violência doméstica antes da aprovação da Lei Maria da Penha, **hoje é barato agredir, ofender, ameaçar e discriminar pessoas LGBT**¹⁴¹, pois as penas ínfimas respectivas fazem com que aqueles que cometem tais crimes se beneficiem do disposto na Lei n.º 9.099/95, que permite a substituição da pena privativa de liberdade por *penas alternativas*, sendo que, lamentavelmente, no Brasil banalizou-se a aplicação da *pena de cestas-básicas*, que não trazem em si o indispensável aspecto preventivo-geral da pena oriundo do temor da punição estatal – tão banalizada está tal *pena alternativa* que o Congresso Nacional se viu obrigado, na Lei Maria da Penha, a proibir a pena de cestas-básicas para a violência doméstica cometida contra a mulher.

Ademais, é verdadeiramente absurdo dizer que a homofobia e a transfobia não precisariam ser criminalizadas de forma específica por conta das criminalizações genéricas do Código Penal: será que aqueles que isto dizem afirmariam também que a criminalização específica do racismo seria “desnecessária” por conta das criminalizações genéricas do Código Penal??? É evidente o descabimento de tal afirmação, tanto em relação ao racismo quanto em relação a toda e qualquer discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais¹⁴²:

¹⁴⁰ Código Penal: “*Constrangimento Ilegal*. Art. 146. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa”.

¹⁴¹ Diz-se que se parafraseou a lição da autora porque ela afirmou, com razão, que antes era barato bater *na mulher*, pois bastava ao homem pagar uma cesta básica por tal agressão pela praxe de *acordos* feitos nos juizados especiais criminais em tais casos de violência doméstica contra a mulher.

¹⁴² Nem se diga, como fazem alguns, que a Lei de Racismo não teria se mostrado apta a coibir o racismo. A uma porque a lamentável diferenciação criada entre *racismo* e *injúria racial*, que fazia com que as ofensas individualizadas a uma pessoa não fossem classificadas como racismo, afastando a incidência da Lei n.º 7.716/89 em tais casos, mitigou em muito a repressão constitucionalmente imposta ao racismo enquanto não tipificada a chamada *injúria racial* pela Lei n.º 9.459/97 (cf. art. 140, §3º, do Código Penal), lei esta que criou esta distinção para evitar que referido entendimento tornasse inócua a criminalização do racismo (distinção esta de duvidosa constitucionalidade por diminuir a proteção constitucional ao racismo ao punir a chamada ofensa a pessoas concretas, chamada de *injúria racial*, que inequivocamente constitui espécie do gênero *racismo*, embora este tenha sido descabidamente entendido de forma estrita para abarcar somente ofensas à generalidade do *grupo racial* em questão – mas foi a forma que o legislador encontrou para garantir alguma proteção aos grupos vítima de racismo)... Ademais, esta lei veio em momento histórico no qual as condutas racistas já eram tidas como *politicamente incorretas* – o racismo lamentavelmente e nefastamente ocorre até hoje, mas não da forma explícita como ocorria no passado. Por outro lado, é inegável que a Lei de Racismo ajudou na consolidação da plena cidadania da população negra pela criminalização da discriminação contra a mesma, donde, além de resguardar bens jurídicos relevantes e, inclusive, os ditames do Direito Penal Mínimo pelos demais ramos do Direito não

justamente por tais agressões, ofensas, ameaças e discriminações serem praticadas contra determinadas pessoas por conta de **ódio** dos ofensores contra elas (**crimes de ódio**), é evidente que o Estado deve punir de forma específica e mais grave tais CRIMES DE ÓDIO, por crimes de ódio serem socialmente mais graves do que crimes praticados sem motivação de ódio contra as vítimas por conta do alto grau de intolerância que faz tais agressores se reúnam para agredir (física e verbalmente) suas vítimas e por isto gerar uma intranquilidade social e verdadeiro pavor gerado aos grupos alvo de tais crimes de ódio oriunda de referida intolerância, bem como pelo constante temor dos grupos discriminados de serem difamados, ofendidos e, especialmente, discriminados pelos preconceituosos que perpetram estas odiosas condutas discriminatórias¹⁴³.

Reitere-se: a homofobia e da transfobia não são condutas meramente *politicamente incorretas*, donde sua criminalização não é algo que se pleiteia apenas por ser *politicamente correta* como aparentemente alguns inacreditavelmente pensam: **a homofobia e a transfobia ferem bens jurídico-constitucionais de altíssima relevância** (dever de tolerância e direitos fundamentais à livre orientação sexual, à livre identidade de gênero e à segurança da população LGBT), sendo que os demais ramos do Direito não têm se mostrado suficientes para coibir o nefastamente elevado número de crimes e atos de motivação homofóbica e transfóbica em nosso país, donde legitimado o uso do Direito Penal inclusive sob a ideologia do Direito Penal Mínimo, pela falha dos demais ramos do Direito em resolver a situação.

Cite-se novamente o conceito de bem jurídico de Roxin¹⁴⁴. Como já exposto, para o autor, *“se podem definir os bens jurídicos como realidades ou fins que são necessários para uma vida social livre e segura que garanta os direitos humanos e fundamentais do indivíduo, ou para o funcionamento estatal erigido para a consecução de tal*

estarem se mostrando suficiente para reprimir tais condutas, a criminalização específica da homofobia e da transfobia certamente terá o mesmo resultado. Até porque a sua não-criminalização ensejará a já denunciada *hierarquização de opressões*, no sentido de a população vislumbrar que o Estado entende a discriminação tidas como racistas como supostamente “mais graves” que a discriminação contra pessoas LGBT pela criminalização específica daquela conduta sem a criminalização desta, o que certamente colabora com o inconsciente coletivo homofóbico hoje nefastamente vigente em nossa sociedade...

¹⁴³ Afinal, *“el beneficio marginal de sancionar los delitos motivados por odio racial es plausiblemente más alto que en un delito similar carente de esa motivación (porque los beneficios psicológicos para su autor derivados de la comisión del delito colocan a sus autores en la parte alta de la distribución de delincuentes, es decir, entre los más inclinados a cometer el delito); si se tienen en cuenta los costes de defensa y prevención de los miembros de las minorías amenazadas, una elevación de la sanción resulta igualmente aconsejable. Por supuesto, además, si la motivación racista se considera per se perversa e indigna de entrar en el cálculo del bienestar social, el modelo económico estándar de delitos y penas aconseja subir la pena respecto de la que se impondría a aquellos otros delitos en los que la motivación (económica, pasional, etc.) no resulta como tal excluida de la función de bienestar social”* (cf. GOMÉS, Fernando. *Recensión a Richard Posner, Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2001, pp. 17-18 - disponível em http://www.indret.com/pdf/081_es.pdf (acesso em 05/05/12).

¹⁴⁴ ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?*. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 1ª Ed., Madrid e Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S/A, 2007, p. 448 (tradução livre). Também, como Roxin, defendendo que o Direito Penal deve necessariamente proteger bens jurídicos, cite-se, *v.g.*, BOSE, Martin. *Derechos fundamentales y Derecho Penal como ‘Derecho Coactivo’*. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 1ª Ed., Madrid e Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S/A, 2007, p. 137, para quem, *“Segundo a opinião geral, a tarefa do Direito penal consiste (únicamente) na proteção de bens jurídicos”* (tradução livre).

fim"¹⁴⁵. Nesse sentido, reitera-se: considerando a alta insegurança que a população LGBT brasileira sofre na atualidade pela enormidade de condutas homofóbicas ofensiva dos referidos bens jurídico-constitucionais de tal população, **tem-se por absolutamente legítima e necessária a criminalização da homofobia e da transfobia em nosso país, visto o absolutamente elevado nível de violência e discriminação contra pessoas LGBT em nosso país**, inclusive pelo alto sentimento de insegurança que isto causa à população LGBT na atualidade. Com efeito, **Roxin** bem afirma que a proteção de sentimentos pode configurar-se como proteção de bens jurídicos quando se trate de sentimento de insegurança, de forma a justificar a criminalização da discriminação contra parte da população [especialmente] quanto à incitação ao ódio e à violência¹⁴⁶, donde (acrescenta-se aqui) legítima e necessária a criminalização da discriminação contra a população LGBT na realidade brasileira, pois, longe de ser legislação penal "meramente simbólica", é necessária à **proteção eficiente** da população LGBT brasileira, especialmente na atualidade (no contexto social supra descrito) - afinal, o **Direito Penal constitucionalmente adequado a um texto constitucional dirigente que determina a criminalização de condutas e demanda pela proteção eficiente** da população - logo, também da população LGBT - não se demanda "apenas" a limitação do *jus puniendi* estatal, mas demanda pela criminalização de condutas quando isto seja necessário à proteção da população em questão.

Ora, a legislação penal contra crimes de ódio (*hate crimes*) motivado por orientação sexual e/ou identidade de gênero é adotada por diversos países, mesmo antes da elaboração dos Princípios de Yogyakarta. Nos **Estados Unidos**, o *Matthew Shepard/James Byrd, Jr., Hate Crimes Prevention Act of 2009*¹⁴⁷ combate a discriminação motivada por orientação sexual identidade de gênero, tendo sido inspirada no brutal homicídio homofóbico de Mathew Shepard e no também cruel homicídio racista de James Byrd Jr. Outros países possuem dispositivos legais punindo os crimes de ódio ou a discriminação por orientação sexual de forma autônoma ou, ao menos, prevendo esse tipo de discriminação como agravante de pena ou qualificadora do crime, de forma expressa¹⁴⁸: **Andorra**¹⁴⁹, **Bélgica**¹⁵⁰, **Canadá**¹⁵¹, **Croácia**¹⁵², **Dinamarca**¹⁵³, **Espanha**¹⁵⁴, **França**¹⁵⁵, **Grécia**¹⁵⁶,

¹⁴⁵ Ainda que eventualmente se considere o conceito insuficiente pelo autor afirmar que adota tal conceito pela visão de um Estado Democrático de Direito *Liberal* (*Loc. Cit.*), isso não afasta o fato de que tal conceito pode ser ampliado pela concepção de um Estado Constitucional Democrático Liberal e Social de Direito, donde válido o conceito para se expor o que aqui se pretende: que a homofobia e a transfobia violam bens jurídico-constitucionais de altíssima relevância.

¹⁴⁶ ROXIN, *Op. Cit.*, p. 450 (tradução livre, mediante paráfrase). No original: "*la protección de ciertos sentimientos sólo puede considerarse protección de bienes jurídicos cuando se trate de sentimientos de inseguridad. La amenaza con pena de la discriminación de parte de la población (la incitación al odio, la violencia o el desprecio) que realiza el legislador alemán está justificada*"

¹⁴⁷ Cf. <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-111hr1913rfs/pdf/BILLS-111hr1913rfs.pdf> (acesso em 05/05/12).

¹⁴⁸ As informações sobre leis de crime de ódio aqui utilizadas foram obtidas no *site* da Legislationline.org, ligado à Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE) ou em *sites* oficiais, obtidas em pesquisa do advogado Thiago Gomes Viana.

¹⁴⁹ Cf. <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/15707> (acesso em 05/05/12)

¹⁵⁰ Cf. <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/15715> (acesso em 05/05/12)

¹⁵¹ Cf. art. 318, item "04", do Código Penal do Canadá: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/page-150.html#docCont> (acesso em 05/05/12)

¹⁵² Cf. <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/4135> (acesso em 05/05/12)

Holanda¹⁵⁷, Lituânia¹⁵⁸, Luxemburgo¹⁵⁹, Portugal¹⁶⁰, Reino Unido¹⁶¹, Romênia¹⁶², Suécia¹⁶³.

Excelências, muitas pessoas LGBT estão com medo de andar na *Avenida Paulista*, na cidade de São Paulo, por conta da **banalidade do mal homofóbico** efetivamente instaurado na contemporaneidade... medo de andar de mãos dadas (e serem identificadas como pessoas LGBT) na avenida mais cosmopolita da mais cosmopolita das cidades brasileiras... isso mostra o **alto grau de medo e insegurança** hoje vivenciado pela população pela altíssima disseminação da violência homofóbica na atualidade... daí a necessidade de sua criminalização.

Tem-se, assim, caracterizada uma **omissão inconstitucional parcial** no cumprimento do mandado de criminalização relativo à criminalização de todas as formas de racismo (no caso, o racismo homofóbico e transfóbico) ou, subsidiariamente, da punição criminal de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, passível de ser constatada e declarada por esta Suprema Corte como toda e qualquer mora inconstitucional parcial. Afinal, como ressalta **Luciano Feldens**¹⁶⁴, “o dever de proteção estabelece-se diante do Poder Legislativo em relação ao qual o dever de proteção compreende uma obrigação de dupla face: (i) de editar, se ainda não existentes, as disposições penais tendentes a garantir a proteção jurídico-penal constitucionalmente requerida, explícita ou implicitamente; (ii) ou de mantê-las, se já existentes, dentro de um limiar mínimo de tutela exigido para a proteção eficiente (enquanto suficiente) do direito fundamental”, justamente pela **ausência de “liberdade de conformação do legislador”** para decidir se criminaliza ou não uma conduta quando a Constituição determina a referida criminalização mediante um mandado de criminalização (ainda mais um explícito, decorrente do texto constitucional). É a consequência de termos uma **Constituição Dirigente também em matéria penal: o *dirigismo jurídico-constitucional-penal* torna obrigatória a criminalização de condutas objeto de mandados de criminalização.**

6.1.1. OBSERVAÇÃO. Relativização da ideologia do Direito Penal Mínimo pelas ordens constitucionais de criminalizar (mandados de criminalização). Dever do legislador oriundo da supremacia constitucional: direito subjetivo à legislação criminal por força do dever de proteção eficiente (proporcionalidade). Superação da ideologia *puramente* liberal também no Direito Penal: Estado Democrático e SOCIAL de Direito que demanda pela proteção eficiente por intermédio do

¹⁵³ Cf. <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/9032> (acesso em 05/05/12)

¹⁵⁴ Cf. <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/15764> (acesso em 05/05/12)

¹⁵⁵ Cf. <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/15731> (acesso em 05/05/12)

¹⁵⁶ Cf. <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/16289> (acesso em 05/05/12)

¹⁵⁷ Cf. <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/15753> (acesso em 05/05/12)

¹⁵⁸ Cf. <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/15746> (acesso em 05/05/12)

¹⁵⁹ Cf. <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/16290> (acesso em 05/05/12)

¹⁶⁰ Cf. <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/15756> (acesso em 05/05/12)

¹⁶¹ Cf. <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/16293> (acesso em 05/05/12)

¹⁶² Cf. <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/9033> (acesso em 05/05/12)

¹⁶³ Cf. <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/15766> (acesso em 05/05/12)

¹⁶⁴ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal. A Constituição Penal*, 2ª Edição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 99. G.n

Direito Penal no caso concreto. Subsidiariamente: cumprimento dos requisitos do Direito Penal Mínimo para criminalização no presente caso.

Ressalte-se ser absurda a tese segundo a qual, em termos de Direito Penal, as ordens constitucionais de legislar não caracterizariam obrigação do legislador criar a lei em questão sob o fundamento de que, em temas de Direito Penal, a Constituição “jamais” legitimaria o Direito Penal e/ou criaria obrigações de legislar por ser ela “unicamente” limitadora do *jus puniendi*, a despeito do teor concreto do texto constitucional (ordenador de criminalização). Contudo, a despeito do louvável intuito de seus defensores em prol do clássico *garantismo penal negativo*, tal postura constitui, *data maxima venia*, um *fundamentalismo do Direito Penal Mínimo* incompatível com o texto constitucional concreto e, portanto, incompatível com uma *teoria constitucional constitucionalmente adequada ao texto e ao contexto brasileiro*. Explique-se:

Não se questiona que o *Direito Penal Mínimo* seja a teoria de *política criminal* mais condizente com uma Constituição de um Estado Democrático e Social de Direito no sentido de que, pelo Direito Penal ser a forma mais drástica de intervenção no direito fundamental à liberdade, deva ele atuar somente como *ultima ratio*, ou seja, somente quando demonstrada a incapacidade dos demais ramos do Direito para garantir o *direito à proteção eficiente* devido pelo Estado aos brasileiros e estrangeiros localizados no Brasil, consoante inclusive reconhecido pelo STF¹⁶⁵. Contudo, ainda que se entenda que a interpretação da Constituição segundo a ideologia do *Direito Penal Mínimo* constitua a “regra” de interpretação penal-constitucional de nossa Lei Fundamental, **fato é que as ordens constitucionais de legislar criminalmente constituem uma expressa/textual excepcionalização da ideologia do Direito Penal Mínimo.**

Entendimento em sentido contrário só pode se pautar pela absurda compreensão segundo a qual “*não importa o que imponha a Constituição [!?!], em sendo a intervenção penal uma exceção, se, de uma análise concreta, aferir-se que a elaboração da norma ou que sua manutenção não são efetivamente necessárias, não há previsão legal e/ou constitucional que possa obrigar que a conduta seja incriminada*”¹⁶⁶... Uma tal assertiva simplesmente rasga toda e qualquer noção de **supremacia constitucional** e de **vinculação do legislador pelas normas constitucionais**, pois, se entender-se que em regra a intervenção penal deve constitucionalmente ser uma exceção, se esta regra é excepcionada pela própria Constituição mediante uma ordem constitucional de legislar criminalmente, esta imposição constitucional é tão vinculativa como qualquer outra norma constitucional... Assim, como bem destaca **Luciano Feldens**¹⁶⁷ ao refutar a tese aqui criticada (de que “*não importa[ria] o que imponha a Constituição em termos de Direito Penal*” [sic], que seria “*sempre mínimo*” independentemente do teor concreto das disposições constitucionais

¹⁶⁵ Cf. STF, HC n.º 107.638/PE, DJe de 13/09/11.

¹⁶⁶ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*, 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 148.

¹⁶⁷ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal. A Constituição Penal*, 2ª Edição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, pp. 85-86 e 171. G.n (colchetes referentes a nota de rodapé do original).

expressas – [sic]), “*Sob tal concepção, a Constituição não seria mais que uma espécie de aviso aos navegantes. Os mandados de criminalização seriam, então, normas totalmente destituídas de normatividade, uma vez que seus comandos não vinculariam o legislador, nem mesmo para impedir a despenalização de uma conduta quando a Constituição explicitamente determina a criminalização. Ou seja, seria tanto como dizer que onde a Constituição diz ‘a lei considerará crime’ (art. 5º, inc. XLIII), devemos compreender, em verdade, que ela está querendo dizer ‘a lei poderá considerar crime’; onde diz ‘a lei punirá severamente’ (art. 227, §4º), ela quer apenas dizer ‘a lei poderá punir severamente’ [...] [não cabe aqui retomar toda a discussão acerca da vinculatividade das normas constitucionais, notadamente daquelas insculpidas dentro do rol dos direitos e garantias individuais. Bastaria lembrar, com Clèmerson Clève (2000: 33), que na Constituição não há lugar para lembretes, avisos ou conselhos...]. Como já advertido anteriormente, essa **oposição radical de parte da doutrina penal repousa em uma visão parcial – e, portanto, incompleta – do regime de garantias que a própria Constituição estabeleceu**, exteriorizando-se como uma leitura incompatível com as funções acometidas aos direitos fundamentais na atualidade. A concepção aqui empreendida busca essa recuperação de sentido em torno à eficácia dos direitos fundamentais, submetidos a um modelo de garantias que exige, por um lado, respeito e por outro, proteção. [...] Diante desse **panorama global**, podemos concluir que os pontos de contato entre **Constituição e Direito Penal encerram uma relação de complementariedade entre as funções limitadora** (tradicionalmente colocadas em primeiro plano) **e fundante do Direito Penal**. É sob esta indispensável dialética, entre limitação e fundamento dos institutos ou poderes jurídico-penais, que gravita a temática da Constituição Penal”.*

Ora, se a Constituição ordena a criação de uma lei, então a criação da lei está... ordenada (!), ao passo que uma ordem é de cumprimento... obrigatório (!). Não se pode interpretar uma ordem como algo não-obrigatório – uma ordem, por ordenar, constitui algo de cumprimento obrigatório...

Por outro lado, ao estabelecer uma ordem constitucional de legislar, o Poder Constituinte já constatou a existência de um bem jurídico-constitucional relevante e valorou a conveniência, a oportunidade e a necessidade da criação de tal lei, o que significa que, relativamente aos mandados de criminalização, já foi *materialmente* constatada a necessidade da criminalização no caso concreto.

De qualquer forma, apesar de sua relevância teórico-dogmática, parece que a discussão perde relevância no presente caso na medida em que *racismo e discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais* são condutas flagrantemente antissociais de altíssima reprovabilidade e aptas a gerar graves conflitos sociais, donde, ao menos no atual contexto histórico, evidente a necessidade de sua criminalização por força do princípio da proporcionalidade na acepção da proibição de proteção deficiente (ou melhor, do dever de proteção eficiente). Anote-se, ainda, que, *data venia*, o sistema penal brasileiro da atualidade é *punitivista*, basta ver nosso Código Penal e a mentalidade social vigente sobre a criminalização de condutas. Logo, até que se altere o sistema penal brasileiro para que ele deixe de ser punitivista, afigura-se absolutamente incoerente com o sistema penal vigente argumentar-se contrariamente a criminalização da homofobia e da transfobia por

conta de uma ideologia filosófica minimalista (pois nosso sistema penal não o é na atualidade).

Lembre-se: a mudança de paradigma de Estado de Estado liberal-individualista para **Estado Constitucional Democrático e Social de Direito** demanda pela atuação estatal para proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, mediante um **dever de proteção eficiente** que, no presente caso, demanda pela proteção pela via do Direito Penal.

Nesse sentido, absolutamente necessária a criminalização específica das ofensas (*individuais e coletivas*), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, mediante a aprovação de tal legislação criminal que puna, de forma específica, a violência física, os discursos de ódio, a prática, o induzimento e a incitação ao preconceito e à discriminação por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero da pessoa – sendo que, quanto aos discursos ofensivos, criminalização específica tanto das ofensas individualizadas (injúrias) quanto às ofensas contra a coletividade de pessoas por sua orientação sexual ou sua identidade de gênero (“*injúrias coletivas*”), pois, como supra demonstrado, liberdade de expressão não garante um pseudo “direito” a discursos de ódio, a ofensas e/ou à prática, ao induzimento e/ou à incitação ao preconceito e à discriminação em geral.

Ademais, os demais ramos do Direito não têm se mostrado aptos a proteger de maneira eficaz a população LGBT contra ofensas (*individuais e coletivas*), agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima. Vejamos o caso de São Paulo: este Estado possui a **Lei Estadual n.º 10.948/2001**, que pune atos de violência, ofensas e discriminações motivadas na orientação sexual ou identidade de gênero da vítima com penas de advertência, multa, suspensão e cassação de licença de funcionamento (quando o caso), ou então, no caso de funcionários públicos, punição de acordo com o Estatuto Funcional respectivo. **Contudo, é fato notório que a homofobia e a transfobia continuam ocorrendo cotidianamente no referido Estado.** Ora, se a ideologia do *Direito Penal Mínimo* prega que o Direito Penal deve ser usado como *ultima ratio*, quando falhos os demais ramos do Direito para proteger os bens jurídicos em questão, tem-se que, quando falham os demais ramos do Direito, a utilização do Direito Penal é medida de rigor, obrigatória, inclusive, como verdadeiro *mandado de criminalização implícito*. **Diversos outros Estados e Municípios possuem legislações análogas à Lei Estadual Paulista n.º 10.948/01 e, como se sabe, a homofobia e a transfobia continuam em níveis alarmantes em nosso país, como provam os dados do Grupo Gay da Bahia, já citados nesta ação (inclusive na síntese inicial das teses aqui desenvolvidas).** Assim, absolutamente necessária a criminalização específica da homofobia e da transfobia nos termos requeridos nesta ação, inclusive segundo a ideologia do *Direito Penal Mínimo*, donde a população LGBT tem o **direito subjetivo de receber proteção eficiente do Estado, que, no caso, supõe necessariamente proteção penal, tanto pelas ordens constitucionais de legislar criminalmente apontadas, quanto pela ineficácia dos demais ramos do Direito para efetivar dita proteção eficiente a ela.**

Logo, aqui o **argumento material** citado inicialmente nesta peça: ainda que se entenda que as ordens constitucionais de criminalização não seriam suficientes por si para obrigar o legislador a cumprir tais criminalizações (?), o que a nosso ver rasga a noção de supremacia constitucional, **ainda assim a criminalização da homofobia e da transfobia é obrigatória constitucionalmente pelo mundo real mostrar/provar uma realidade de banalidade do mal homofóbico que demanda por tal criminalização específica.**

Nesse sentido, como destacado pelo **Tribunal Constitucional Alemão**, “Nos casos extremos, quando a proteção determinada pela Constituição não se consiga de nenhuma outra maneira, o legislador pode estar obrigado a recorrer ao Direito Penal [...]. Não convence a objeção de que não se possa deduzir de uma norma de direito fundamental garantidora de liberdade a obrigatoriedade do Estado de sancionar criminalmente. **Se o Estado é obrigado, por meio de uma norma fundamental que encerra uma decisão axiológica, a proteger eficientemente um bem jurídico especialmente importante contra ataques de terceiro, frequentemente serão inevitáveis medidas com as quais as áreas de liberdade de outros detentores de direitos fundamentais serão atingidas (...)**”¹⁶⁸. Assim, consoante **Luciano Feldens**¹⁶⁹, “casos haverá em que a proteção requerida pelo direito fundamental reclamará o recurso ao Direito Penal. [...] poderíamos nos deparar com um mandado implícito de criminalização apenas quando: (i) o bem jurídico a ser protegido esteja dotado não apenas de assento constitucional – circunstância que revestiria de legitimidade o eventual recurso ao Direito Penal, mas não propriamente necessidade -, mas de uma nítida e inquestionável preponderância dentro da própria ordem constitucional de valores (dignidade constitucional primaz do bem jurídico); (ii) em adição, quando pela repulsividade da agressão, a proteção normativa requerida, por não apresentar um efeito necessariamente dissuasório, se mostrasse insuficiente ou mesmo ineficaz se não fosse estabelecida por meio da sanção penal”.

Assim, o alto grau de violência, homicídios, ofensas e discriminações contra pessoas LGBT da atualidade mesmo em cidades e/ou Estados que possuem leis administrativas punitivas da homofobia e da transfobia comprovam que os demais ramos do Direito não têm se mostrado suficientes para garantir uma proteção eficiente à população LGBT contra a homofobia e a transfobia, donde a própria doutrina do Direito Penal Mínimo justifica a criminalização específica de tais condutas no presente caso, razão pela qual requer-

¹⁶⁸ TCFA *apud* FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal. A Constituição Penal*, 2ª Edição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 89. Trata-se da notória decisão de 1975 que declarou a inconstitucionalidade de lei que permitia o aborto quando realizado no primeiro trimestre da gravidez [BVerfGE, 39, 1], cabendo destacar que a invocação da fundamentação do julgado acerca do dever de proteção dos direitos fundamentais não implica em concordância necessária com a decisão de considerar que o dever de proteção tornaria necessariamente inconstitucional legislação permissiva do aborto no primeiro trimestre de gravidez. Até porque igualmente se sabe que o TCFA, posteriormente, admitiu como constitucional nova legislação despenalizadora do aborto que substituíra as medidas penais por medidas de caráter social: o aconselhamento à gestante para convencê-la a levar a termo a gestação, como forma válida de efetivar o dever de proteção em questão ao mesmo tempo em que impede que mulheres recorram à ilegalidade e, com isso, fiquem sujeitas a danos à própria saúde [cf. BVerfGE 88, 203 *apud* FELDENS, *Op. Cit.*, pp. 98-99 e 164-165].

¹⁶⁹ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal. A Constituição Penal*, 2ª Edição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, pp. 92 e 96-97.

se desde já a procedência da presente demanda para declarar a mora inconstitucional do Congresso Nacional relativamente a tais criminalizações.

6.2. PEDIDOS CUMULATIVOS À DECLARAÇÃO DA MORA INCONSTITUCIONAL NA CRIMINALIZAÇÃO ESPECÍFICA DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA.

6.2.1. CASOS PARADIGMA para os próximos pedidos. A regulamentação da greve dos servidores públicos civis pelo STF mediante superação da exigência de legalidade estrita (reserva legal parlamentar) para tanto. Exercício de atividade legislativa/normativa em sentido estrito do Supremo Tribunal Federal pela adoção da corrente concretista geral nos MIs n.º 670/ES, 708/DF e 712/PA. DOCTRINA.

O julgamento conjunto dos mandados de injunção n.º 670/ES, 708/DF e 712/PA foi paradigmático porque, nele, o Supremo Tribunal Federal superou a exigência de legalidade estrita para a regulamentação da greve dos servidores públicos civis constante da norma atribuída interpretativamente por esta Suprema Corte ao art. 37, inc. VII, da CF/88. Explique-se:

Muito embora fosse defensável a tese segundo a qual o art. 37, inc. VII, da CF/88 fosse, na **classificação de José Afonso da Silva**, uma *norma de eficácia contida*, fato é que esta Suprema Corte, por maioria, entendeu desde sempre que se tratava, na mesma classificação, de uma *norma de eficácia limitada*, ou seja, uma norma que, para produzir seus efeitos, precisava de integração legislativa para que pudesse produzir seus efeitos positivos. Ou seja, entendeu o Supremo que a referida norma constitucional demandava uma *reserva legal absoluta* para produzir seus efeitos, no sentido de que, enquanto não regulamentada a greve dos servidores públicos civis por lei em sentido estrito, referido direito não poderia ser exercido pelos servidores públicos civis. É o que se decidiu, *v.g.*, no **MI n.º 20**¹⁷⁰.

Assim, fica claro que o STF entendeu que, da interpretação do referido dispositivo constitucional, **extraí-se a norma segundo a qual “não há exercício do direito de greve no serviço público sem lei anterior que o defina”**, razão pela qual se limitou, ao longo de toda a década de 1990 e de quase toda a década de 2000 a meramente declarar a mora inconstitucional do Congresso Nacional e instá-lo a elaborar a referida legislação justamente por considerar o art. 37, inc. VII, da CF/88 como uma *norma de eficácia limitada* – ainda que dita terminologia seja criticada na atualidade¹⁷¹, isso é irrelevante: fato é que esta foi a classificação adotada pelo STF e que a consequência dela é a supra referida.

¹⁷⁰ No **MI n.º 20**, o STF afirmou a necessidade *absoluta* de lei para que pudesse ser exercida a greve do serviço público. No mesmo sentido: **MI n.º 485/MT** e **RE n.º 185.944/ES** (este último sobre o art. 37, inc. VII, da CF/88 ser uma norma de “*eficácia limitada*”). No mesmo sentido: **MI n.º 585** e **MI n.º 631**.

¹⁷¹ Considera-se irrelevante que, atualmente, existam fortes críticas à consagrada classificação tripartite de José Afonso da Silva entre normas constitucionais de *eficácia plena*, de *eficácia contida* e de *eficácia limitada*, mas **roga-se** que se atente que a **questão não é esta**: fato é que, **aceitando-se como válida a referida classificação** de uma norma constitucional como *de eficácia limitada* (como fez o STF ao longo de sua jurisprudência), é válido entender-se que o dispositivo constitucional em comento consagra, por interpretação, a norma segundo a qual “*não há exercício do direito de greve no serviço público sem lei anterior que o defina*”. **Essa é a questão.**

Contudo, como se sabe, o Congresso Nacional ignorou solenemente referidas determinações do Supremo Tribunal Federal a que ele legislasse. De nada adiantou emenda constitucional ter passado a exigir mera *lei ordinária* ao invés de *lei complementar* para referida regulamentação: nosso Parlamento decidiu simplesmente descumprir a ordem constitucional de regulamentar a greve dos servidores públicos civis, a despeito de constantemente intimado a tanto por reiteradas decisões do STF, donde decidiu solenemente menosprezar, também, a imperatividade das decisões desta Corte.

Dada essa situação, esta Suprema Corte, com absoluto acerto, decidiu que essa situação de deliberada inércia inconstitucional era insustentável e não podia mais continuar, pois isto implicava em solene menosprezo à supremacia constitucional e à imperatividade das decisões desta Suprema Corte. Assim, em uma evolução de sua jurisprudência, **esta Corte afirmou ser inadmissível que as decisões da Suprema Corte constitucional fossem despidas de imperatividade** e, portanto, dada a insistente inércia do Congresso Nacional em cumprir a ordem constitucional de legislar respectiva a despeito de diversas vezes intimado a tanto, a Corte exerceu **atividade legislativa em sentido estrito** ao garantir o direito de greve aos servidores públicos civis a despeito da ausência da lei formal que esta mesma Corte sempre entendeu ser necessária para o exercício de tal direito. Ou, nas palavras do **Ministro Eros Grau**, *atividade normativa*, o que é irrelevante, pois esta atividade normativa era, a princípio, de competência do Parlamento, mas como este se recusou a cumprir seu dever constitucional e menosprezou as decisões desta Corte que o conclamaram a elaborar a legislação, o STF viu-se obrigado a elaborar a *normatização geral e abstrata* respectiva para fins de **garantir a supremacia da Constituição sobre o Parlamento e a imperatividade de suas decisões**.

Não há como negar: considerando que o STF sempre entendeu a norma oriunda do art. 37, inc. VII, da CF/88 como *norma de eficácia limitada*, então sempre entendeu a Corte existir *reserva legal absoluta* para a garantia de dito direito,. Não há como negar que a regulamentação efetivada pelo STF se deu mediante *atividade legislativa em sentido estrito*, consoante expressamente reconhecido pela Corte nos debates realizados para decidir a forma como seria realizada referida regulamentação - veja-se, a respeito, a peremptória frase do Ministro Joaquim Barbosa: "Já que decidimos LEGISLAR sobre o assunto, não seria melhor exaurir?". No mesmo sentido, a igualmente esclarecedora frase do **Ministro Sepúlveda Pertence: "LEGISLAR é muito difícil"** (g.n) - nenhuma delas refutada por nenhum dos outros Ministros - ao contrário, por eles tacitamente referendada.

Como se vê, o STF admitiu normatizar provisoriamente a matéria alvo de omissão inconstitucional por parte do Legislativo até que o mesmo efetivamente cumpra seu encargo e legisle (não aplicando, portanto, o dogma da coisa julgada: se eventualmente aprovada a lei parlamentar em questão, ela vigera dali em diante). Com efeito, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, **a Corte passou a aceitar a possibilidade de**

uma regulação provisória pelo próprio Judiciário para sanar a persistente omissão inconstitucional do Parlamento, o que fez considerando o quadro de omissão que se desenhou, não obstante as sucessivas decisões proferidas em mandados de injunção anteriores que conclamavam o Congresso Nacional a legislar para cumprir tal imposição constitucional. Esta decisão foi tomada de forma a exigir respeito às decisões do Supremo Tribunal Federal, sob a **premissa de que a decisão da Suprema Corte de um país não pode ser simplesmente ignorada por seu destinatário**, como efetivamente o foi ao longo das meras declarações de ciência, ao Legislativo, da inconstitucionalidade de sua mora em regulamentar a greve do serviço público.

Em sua paradigmática manifestação, o **Ministro Celso de Mello** afirmou que a omissão inconstitucional contra encargo jurídico imposto pela Constituição encontra no mandado de injunção um poderoso fator de neutralização na inércia legiferante, visando este impedir o desprestígio da própria Constituição ante as graves consequências da prolongada omissão inconstitucional. Aponta que, não obstante fosse esse seu entendimento desde o início, a jurisprudência do Supremo fixou-se em favor de corrente restritiva no sentido de meramente declarar a omissão inconstitucional ao legislador, postura esta que não mais pode prevalecer, sob pena de se esterelizar a importantíssima função para a qual foi concebido o mandado de injunção¹⁷² [**e também a ação direta de inconstitucionalidade por omissão**, acrescente-se], que visa justamente neutralizar as consequências lesivas da ausência de regulamentação normativa dos preceitos constitucionais. Assim, anota que, caracterizado o **direito subjetivo à legislação** oriundo da constatação do dever estatal de emanar normas legais, entende *cabível a normatização provisória da matéria pelo Judiciário até que o Legislativo cumpra seu dever constitucional de legislar*¹⁷³ em razão de a prolongada inércia legislativa implicar em desprestígio à própria Constituição Federal¹⁷⁴, apto a ensejar, caso não seja feita tal normatização provisória, a efetivação de processos informais de mudança da Constituição¹⁷⁵,

¹⁷² “Esse entendimento restritivo não mais pode prevalecer, sob pena de se esterilizar a importantíssima função político-jurídica para a qual foi concebido, pelo constituinte, o mandado de injunção, que deve ser visto e qualificado como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do Congresso Nacional, impedindo-se, desse modo, que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum” (STF, MIs n.º 670/ES, 708/DF e 712/PA).

¹⁷³ “Desse modo, e para que possa atuar a norma pertinente ao instituto do mandado de injunção, revela-se essencial que se estabeleça, tal como sucede na espécie, a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o consequente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, de outro, de tal forma que, presente a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, tornar-se-á possível não só imputar comportamento moroso ao Estado (como já ocorreu, no caso, quando do julgamento do MI 20/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), mas, o que é muito mais importante ainda, pleitear, junto ao Poder Judiciário, que este dê expressão concreta, que confira efetividade e que faça atuar a cláusula constitucional tornada inoperante por um incompreensível estado de inércia governamental” (idem).

¹⁷⁴ “Desse modo, e ante a irrecusável supremacia da Carta Política, revela-se essencial impedir o desprestígio da própria Constituição, seja por ação, seja por omissão dos órgãos, instituições e autoridades da República. [...] O desprestígio da Constituição - por inércia de órgãos meramente constituídos - representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado” (idem).

¹⁷⁵ “As situações configuradoras de omissão inconstitucional - ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política - refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do magistério doutrinário (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, ‘Processos Informais de Mudança da Constituição’, p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad) [...] Em suma, Senhora Presidente, as considerações que venho de fazer somente podem levar-me ao reconhecimento de que não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável,

mediante nocivo, perigoso e ilegítimo estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional¹⁷⁶.

Com efeito, como bem apontado pelo **Ministro Eros Grau**¹⁷⁷, “a questão que se coloca é a seguinte: presta-se, esta Corte, quando se trate de apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desprovidas de eficácia? 11. Essa é a questão fundamental a considerarmos. [...] Importa verificarmos é se o Supremo Tribunal Federal emite decisões ineficazes; decisões que se bastam em solicitar ao Poder Legislativo que cumpra o seu dever, inutilmente. Se é admissível o entendimento segundo o qual, nas palavras do Ministro Néri da Silveira, ‘a Suprema Corte do País decide sem que seu julgado tenha eficácia’. Ou, alternativamente, se o Supremo Tribunal Federal deve emitir decisões que efetivamente surtam efeito, no sentido de suprir aquela omissão, como se dá no caso em pauta, reiteradas e inúmeras vezes repetida. Daí porque passo a, sucessivamente, desenvolver considerações a propósito dos institutos da greve e do mandado de injunção. [...] 26. Salvo a hipótese de --- como observei anteriormente, lembrando FERNANDO PESSOA --- transformarmos a Constituição em papel ‘pintado com tinta’ e aplica-la em ‘uma coisa que está indistinta a distinção entre nada e coisa nenhuma’, constitui dever-poder deste Tribunal a formação supletiva, no caso, da norma regulamentadora faltante”.

As mesmas razões justificam posição equivalente na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

A correção da tese supra encontra-se, ainda, no conceito de norma jurídica, bem definida por **Goffredo Telles Jr.**¹⁷⁸ como um *imperativo-autorizante*, o que significa que a autorização trazida pela norma jurídica ao titular do direito subjetivo em questão garante a este o poder de exigir judicialmente que o obrigado a cumpri-la efetivamente faça aquilo que a norma determina¹⁷⁹, conceito

irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis – a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional –, traduz um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República” (idem).

¹⁷⁶ “A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado, pois nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se revelarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos” (idem).

¹⁷⁷ STF, MIs n.º 670/ES, 708/DF e 712/PA, voto do **Ministro Eros Grau**.

¹⁷⁸ JUNIOR *apud* DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. 1º Volume: Teoria Geral do Direito Civil*, 20ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 34.

¹⁷⁹ Segundo **Maria Helena Diniz** (*Ibidem*, pp. 26-27 e 33-34): “A norma jurídica é, sem dúvida, uma norma de conduta, no sentido de que seu escopo direto ou indireto é dirigir o comportamento dos indivíduos particulares, das comunidades, dos governantes e funcionários do seio do Estado e do mesmo Estado na ordem internacional. [...] É manifestação de um ato de vontade do poder, por meio do qual uma conduta humana é obrigatória, permitida ou proibida. É imperativa como toda norma de comportamento humano destinada a regular o agir do homem e a orientá-lo para suas finalidades. Por conseguinte, é imperativa, porque ‘imperar’ é impor um dever, o qual é da essência do preceito. [...] Todas as normas, sejam elas morais, religiosas, educativas ou jurídicas, são normas éticas, ou seja, mandamentos imperativos. O traço distintivo entre a norma ética e a lei física é a imperatividade, pois diferencia as normas de comportamento humano das leis que regem outros seres. Por conseguinte, é a nota de imperatividade que revela o gênero próximo da norma jurídica, incluindo-a no grupo das normas que regulam o comportamento humano. A imperatividade é característica essencial genérica e importantíssima da norma jurídica. Não se pode conceber uma norma que não tenha caráter imperativo, elemento iniludível da norma de direito. Entretanto, uma norma que desse lugar tão-somente a um mero dever não seria uma norma jurídica. A caracterização da norma de direito como imperativo é insuficiente,

este pertinente porque a única forma de se conseguir um caráter imperativo à ordem de supressão da lacuna inconstitucional pelo Legislativo (emanada na decisão que declara a inconstitucionalidade da omissão do Parlamento) é mediante a criação de uma normatização provisória pela Jurisdição Constitucional para que esta (normatização) tenha vigência até que o Legislativo cumpra seu encargo de legislar sobre a matéria em questão (que esta é a única forma de se conseguir a efetividade constitucional é algo que resta comprovado pela realidade empírica, que demonstrou o caráter absolutamente inócuo de apenas se notificar o Legislativo acerca de sua mora inconstitucional para fins de aprovação da legislação respectiva). Com efeito, não é minimamente razoável admitir que uma imposição constitucional deixe de ser cumprida por pura arbitrariedade do Legislativo, pois a lógica e a racionalidade da ordem constitucional de legislar demandam a criação da lei em questão, donde, se este não o cria, plenamente válido que o Estado, por intermédio de sua Suprema Corte, elabore a referida legislação – que deve ser elaborada pelo Estado, preferencialmente pelo Legislativo, mas por outro órgão se este não a elabora.

Logo, como decisões do STF não podem ser ineficazes ou inúteis, tem-se como perfeita a decisão do Supremo no julgamentos dos MI n.º 670/ES, 708/DF e 712/PA. Com efeito, as ordens constitucionais de legislar não configuram meros *conselhos despídos de imperatividade* também no que tange ao mandamento positivo a elas inerente, donde tem-se que a imperatividade jurídica positiva inerente às ordens constitucionais de legislar¹⁸⁰ permite à Suprema Corte a elaboração da legislação/normatização geral e abstrata respectiva no caso da persistência da inércia do legislador a despeito de ter sido intimado a suprir a omissão inconstitucional pela Corte, especialmente se transcorrido prazo razoável fixado pela mesma para tanto. Afinal, estando o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes no sistema de *freios e contrapesos*, no sentido de um *poder* controlar o outro¹⁸¹, e considerando a experiência brasileira (o contexto brasileiro)

porque não permite diferencia-lo do heterogêneo conjunto de normas que a vida em sociedade nos oferece. [...] Para Goffredo Telles Jr., a essência específica da norma de direito é o autorizamento, porque o que compete à norma é autorizar ou não o uso dessa faculdade de reação do lesado. A norma jurídica autoriza que o lesado pela violação exija o cumprimento dela ou a reparação pelo mal causado. [...] É, portanto, a norma jurídica que autoriza o uso da faculdade de coagir, legitimando-a. A coatividade é do lesado, mas o autorizamento para o seu uso é da norma jurídica. Logo, o autorizamento para o seu uso é condição para o uso lícito da coatividade, sendo o elemento necessário e específico da norma jurídica, distinguindo-a das demais normas. [...] Tais são os motivos pelos quais definimos a norma jurídica: imperativo autorizante, que é o conceito dado por Goffredo Telles Jr. O elemento 'imperativo' revela seu gênero próximo, incluindo-a no grupo das normas éticas que regem a conduta humana, diferenciando-a das leis físico-naturais. E o 'autorizante' indica sua diferença específica, distinguindo-a das demais normas, pois só a jurídica é autorizante".

¹⁸⁰ E não imperatividade jurídica "meramente" negativa, que torna inconstitucionais leis que contrariem o programa de ação/legislação constitucionalmente afirmado na ordem constitucional de legislar e leis que revoguem pura e simplesmente a legislação que traga a regulamentação da referida ordem.

¹⁸¹ O próprio Montesquieu já falava que "Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder" (MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*, Tradução de Edson Bini, 1ª Edição, São Paulo: Editora Edipro, 2004, p. 189). "E mesmo Montesquieu não entendia esta separação como um fim em si mesma, mas como algo útil à sua concepção de separar para limitar" (PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*, 1ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 1999, p. 107). Como se vê, essa é a lógica do princípio da *separação dos poderes*, que vem desde Montesquieu no sentido do sistema de freios e contrapesos, no sentido de que um *Poder* deve controlar eficazmente o outro. Logo, a despeito da *concepção concreta* de separação de *poderes* de Montesquieu estar superada, pois o mesmo não aceitaria a diferenciação que hoje se faz entre *norma* e *texto normativo* no sentido daquela ser fruto da interpretação deste (pois, ao ver o juiz como mera boca a pronunciar as palavras da lei, não aceitaria essa participação ativa do intérprete na criação da norma), pode-se afirmar que mesmo o seu *conceito* de

das reiteradas intimações ao Congresso para sanar a omissão inconstitucional na regulamentação da greve dos servidores públicos civis sem que ele cumprisse sua obrigação constitucional de legislar, tem-se que **a única forma efetiva de se controlar a persistente omissão inconstitucional do legislador é mediante a elaboração da legislação/normatização geral e abstrata respectiva pela Suprema Corte ou pelo órgão por ela designado por troca de sujeito.**

Com efeito, considerando que a *vontade constitucional* inerente às ordens constitucionais de legislar é que a legislação seja elaborada – preferencialmente, claro, pelo Parlamento, mas caso ele não o faça –, a supremacia constitucional demanda que a ordem constitucional de legislar, de cumprimento obrigatório, seja cumprida de alguma forma, donde, não sendo possível obrigar o Parlamento a legislar, a única forma de cumprir referida ordem é pela elaboração da legislação/normatização geral e abstrata respectiva por outro órgão: pela Suprema Corte ou outro órgão por ela designado. Até porque, consoante bem anota **Dirley da Cunha Júnior**¹⁸², “A atuação supletiva do Poder Judiciário, dispondo sobre a matéria que cumpria aos demais órgãos originariamente dispor, efetivando normas constitucionais, é a garantia de realização do supremo direito fundamental à efetivação da constituição. Insista-se neste ponto: não há qualquer lesão ou ameaça ao equilíbrio entre os Poderes: o Poder Judiciário somente realiza a integração da ordem jurídica, suprindo as omissões do poder público, para efetivar as normas constitucionais carentes de regulamentação e exatamente por não terem sido regulamentadas”. Até porque, na tese aqui defendida, “há o esforço de conciliar o princípio da prevalência constitucional com o princípio da separação dos poderes, na medida em que, declarada a inconstitucionalidade por omissão, é oferecido um prazo razoável para o legislador adotar as providências cabíveis. Somente na hipótese de não cumprimento da omissão é que poderia o Supremo Tribunal Federal, se fosse o caso, expedir decisão normativa provisória, a fim de tornar viável o preceito constitucional” (Flávia Piovesan¹⁸³).

Dessa forma, percebe-se que se efetivou verdadeira **troca de sujeito** para cumprimento da ordem constitucional de regulamentação legislativa da greve dos servidores públicos civis. Com efeito, considerando que a Constituição deseja que a aprovação de legislação relativa às ordens constitucionais de legislar seja feita *preferencialmente* pelo Congresso Nacional, mas que, parafraseando **Walter Claudius Rothenburg**, por ser mais importante cumprir a Constituição do que quem a cumpre¹⁸⁴, claramente o STF entendeu que é compatível com a teleologia da sistemática constitucional que a legislação oriunda de ordens constitucionais de legislar, no caso de recusa ou inércia do Parlamento, por troca de sujeito, seja elaborada pelo Supremo Tribunal Federal, sendo que **a Corte iria fazê-lo novamente**

separação dos poderes tem seu núcleo essencial no sistema de freios e contrapesos (sendo que a teoria tem sido melhor entendida como *separação das funções do poder estatal*, visto que o Poder estatal é uno, sendo divisíveis as funções do Poder – no caso, em função executiva, legislativa e judiciária. Mas se mantém aqui o uso de “separação dos poderes” por se tratar de expressão consagrada).

¹⁸² JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Controle de Constitucionalidade*, 2ª Ed., Salvador: Ed. Podvim, 2007, p. 231. G.n.

¹⁸³ PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*, 2ª Edição, São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 127.

¹⁸⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por Omissão e Troca de Sujeito. A perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*, 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 13.

para regulamentar o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço caso o Congresso, após a Corte isto afirmar, não tivesse aprovado a legislação respectiva¹⁸⁵.

Considerando que a consequência imanente da declaração da inconstitucionalidade da omissão é a retirada da situação de inconstitucionalidade do mundo jurídico, a declaração da inconstitucionalidade da omissão do Legislativo supõe necessariamente a elaboração da normatização faltante pelo Tribunal Constitucional (no caso, pelo STF) quando o Legislativo se recusa a fazê-lo.

Com relação à ausência de disposição constitucional expressa deferindo ao Supremo tal prerrogativa, vale citar o entendimento de **Sérgio Fernando Moro**¹⁸⁶, para quem também inexistente autorização expressa para que o juiz invalide a lei que repute inconstitucional, donde, por analogia, o raciocínio a ser aplicado deve ser o mesmo, mesmo porque a intensidade da interferência parece maior no caso de invalidação de ato legislativo inconstitucional do que no suprimento da omissão inconstitucional (entendimento em sentido contrário implicaria em negar a **lógica de Marbury vs. Madison**, decisão que consagrou o controle de constitucionalidade nos EUA e serve de base para tanto para todo o mundo). Afinal, consoante leciona **Flávia Piovesan**¹⁸⁷, “Controlar a constitucionalidade significa impedir a subsistência de inconstitucionalidade. Isto significa que, de alguma forma, a inconstitucionalidade por omissão deve ser banida, porque atentatória à Constituição”, pois, consoante **Dirley da Cunha Júnior**, “o Poder Judiciário não só pode como deve, no exercício da jurisdição constitucional, integrar a ordem jurídica e suprir a omissão – asseveramos, inconstitucional – dos órgãos de direção política, à guisa de um controle efetivo dessa omissão”. Com efeito, continua o autor em sua paradigmática lição:

Não adianta afirmar que a Constituição deve ser respeitada, que ela vincula os poderes constituídos, que ela deve ser concebida como uma Constituição normativa plena (e não nominal ou semântica, na conhecida classificação ontológica de Loewenstein), e concluir asseverando que o Judiciário não pode suprir ativamente as odiosas omissões do poder público, que acarretam até um pernicioso processo de mutação constitucional, como afirma, do alto de sua sabedoria, Anna Cândida da Cunha Ferraz. Devemos, portanto, superar preconceitos que absolutamente em nada contribuem para a solução do problema, antes mais o aprofundam num mar de escuridão e começar a crer em novas possibilidades. E a Constituição possibilita – todos creem nisso, mas só alguns têm a coragem de revelar – que o Judiciário assuma, provisoriamente, o centro de decisões do Legislativo e do Executivo, no exercício da jurisdição constitucional compromissária com a efetividade constitucional. E isso pode ser percebido com uma simples reflexão acerca

¹⁸⁵ Lembre-se que, neste caso, o STF iria efetivamente normatizar o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, tendo suspenso o julgamento do MI n.º 943/DF, 1010/DF, 1074/DF e 1090/DF apenas para decidir qual regulamentação adotaria (cf. Informativo STF n.º 632 – acórdãos ainda não disponibilizados), o que acabou não fazendo porque o Congresso Nacional, após essa afirmação da Corte que regulamentaria o tema, ter aprovado a Lei n.º 12.506/12, que traz dita regulamentação (e fica evidente que o Congresso só o fez porque, sabedor que o Supremo iria regulamentar o tema em razão de ter regulamentado a greve dos servidores públicos civis nos MIs n.º 670/ES, 708/DF e 712/PA, donde provavelmente se sentiu pressionado por suas bases a sair de sua inércia inconstitucional para regulamentar o tema antes que o STF o fizesse).

¹⁸⁶ MORO *apud* PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*, 2ª Ed., São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 126.

¹⁸⁷ PIOVESAN, *Op. Cit.*, p. 127.

dos poderes implícitos (quem quer a realização dos fins, concede os meios necessários para isso): se a Constituição pretende ser integralmente aplicada (pois para isso ela foi promulgada); se ela confere poderes ao Judiciário para garantir esse seu insaciável desejo de ser aplicada (fins expressamente estabelecidos), criando, para esse fim, três ações constitucionais específicas; é por demais óbvio que ela afetou ao Judiciário - na relevante missão de criar o Direito - a competência de suprir todas as indigestas omissões do poder público (meios implicitamente estabelecidos). Essa posição, com certeza, conta com a crença de todos os constitucionalistas [...]¹⁸⁸.

Nesse sentido, **Flávia Piovesan**¹⁸⁹ sustenta que o Supremo Tribunal Federal deve, declarada a mora inconstitucional, fixar um prazo razoável para que o Legislativo supra a lacuna, que poderia ser o do regime constitucional de urgência para projetos de lei, sendo que, decorrido o prazo sem que seja sanada a lacuna inconstitucional, procedesse o Supremo à normatização provisória da situação até que o Legislativo efetivamente crie as normas definitivas a respeito. Tal posição, defende a autora, implicaria em compatibilização do princípio político da autonomia do legislador e a exigência de efetivo cumprimento das normas constitucionais, sendo que a concessão de prazo razoável para o suprimento da lacuna pelo próprio Legislativo implicaria, por sua vez, na compatibilização da questão, ainda, com o princípio da separação *dos poderes*. É a mesma posição de **José Afonso da Silva**¹⁹⁰, que também vê nessa postura a compatibilidade do princípio da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais.

No mesmo sentido, ressalta **Dirley da Cunha Júnior**¹⁹¹ que a introdução da ação direta de inconstitucionalidade por omissão decorreu da preocupação do Constituinte Originário com a inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada, oriunda da inércia do legislador democrático. Assim, a introdução da ação direta de inconstitucionalidade por omissão veio para acabar com as lacunas legislativas inconstitucionais. Ademais, aponta que a atual leitura do Supremo no que tange à ADI por Omissão decorre de uma interpretação meramente literal do texto constitucional, que não se atenta à teleologia do mesmo, donde se deve adotar uma INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA que reconheça que o intuito do Constituinte Originário foi o de acabar com a inefetividade das normas constitucionais, o que só se afigura possível mediante a supressão da lacuna inconstitucional pelo Judiciário até que o Legislativo cumpra o seu papel.

Nem se argumente que, aceitos os argumentos supra, a elaboração de normatização geral e abstrata seria algo possível somente em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão e não por mandado de injunção. Com efeito, consoante a doutrina do **Ministro Gilmar Mendes**¹⁹², “o constituinte

¹⁸⁸ JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Controle de Constitucionalidade*, 2ª Ed., Salvador: Ed. Podvim, 2007, pp. 223-224.

¹⁸⁹ PIOVESAN, Op. Cit., pp. 125-127.

¹⁹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 25ª Ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, pp. 48-49.

¹⁹¹ JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Controle de Constitucionalidade*, 2ª Edição, Salvador: Editora Podvim, 2007, p. 228.

¹⁹² MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*, 1ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 54. Continua o autor: “O Tribunal [STF] parte da ideia de que o constituinte pretendeu atribuir aos processos de controle da omissão idênticas consequências jurídicas. Isso está a indicar que, segundo seu entendimento, também a decisão proferida no mandado de injunção é dotada de eficácia erga omnes. Dessa forma, pode o Tribunal

pretendeu conferir aos dois institutos significado processual semelhante, assegurando às decisões proferidas nesses processos idênticas consequências jurídicas”, no sentido de que a diferença fundamental entre o mandado de injunção e a ação direta de controle da omissão reside na necessidade de comprovação do interesse jurídico (interesse de agir) da parte impetrante no primeiro e a desnecessidade de tal comprovação no segundo, dado o caráter de processo objetivo de garantia da supremacia abstrata da Constituição independentemente dos interesses concretos indispensáveis à caracterização da legitimidade ativa e do interesse de agir no primeiro. É a posição consagrada na Jurisprudência do STF acerca do mandado de injunção, que sempre lhe atribuiu a mesma consequência jurídica da decisão da ADIn por Omissão, desde o MI n.º 107 até os MI n.º 670, 708 e 712¹⁹³. Assim, nestes termos, efetivamente **as decisões das duas ações podem ter a mesma abrangência**, ou, melhor dizendo, a decisão do mandado de injunção pode também ter eficácia geral (**corrente concretista geral**), por força do princípio da isonomia (notória corrente clássica de José Ignácio Botelho de Mesquita¹⁹⁴ e de Vicente Greco Filho¹⁹⁵).

E, se tal foi aplicado no mandado de injunção (MI 670, 708 e 712), deve também sê-lo na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Assim, sobre as diferenças entre o mandado de injunção e a ADIn por Omissão, tem-se que: *(i)* ambos podem ter decisões com a mesma abrangência pois a necessidade de prova do interesse de agir para o primeiro configura uma diferença suficiente entre o MI e a ADInO; *(ii)* essa compreensão configura uma exceção à regra segundo a qual o cidadão não teria legitimidade para controle abstrato de normas, até porque essa exceção tem uma abrangência bem restrita, a saber, a do controle abstrato da *omissão* inconstitucional e não da *ação* inconstitucional, além da necessidade de prova do interesse de agir para que cidadãos e associações coletivas possam mover o mandado de injunção com tal fim; *(iii)* inexistente proibição constitucional de tal exegese, donde juridicamente possível tal compreensão jurídico-constitucional¹⁹⁶; *(iv)* tem-se como irrazoável a exegese que permita a propositura de ações com o mesmo objeto quando há outra [exegese] que permita uma melhor racionalização dos trabalhos da Corte – pela afronta à isonomia oriunda de regulamentações distintas para pedidos idênticos sobre objetos idênticos formulados por pessoas diferentes, donde irrazoável a exegese que pretenda a existência de inúmeros julgamentos distintos para o mesmo fim; além do que, um mandado de injunção visando a criminalização específica de condutas não tem como

fundamentar a ampliação dos efeitos da decisão proferida no mandado de injunção” (MENDES, *Op. Cit.*, pp. 54-55).

¹⁹³ Ora, não se poderia mudar esse entendimento apenas pela mudança da posição do STF sobre a eficácia da decisão (adoção da corrente concretista geral), pois isto denotaria o caráter puramente ideológico, e não jurídico-constitucional, da posição da jurisprudência anterior do STF (de mera cientificação do Congresso Nacional de sua mora inconstitucional).

¹⁹⁴ BOTELHO DE MESQUITA *apud* MI 712 – voto do Ministro Eros Grau.

¹⁹⁵ GRECO FILHO *apud* PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*, 1ª Ed., São Paulo: Ed. Atlas, 1998, p. 99.

¹⁹⁶ Cf., *v.g.*, **STJ**, **MS n.º 14.050/DE**, DJe de 21/05/2010; **REsp n.º 782.601/RS**, DJe de 15/12/2009; **AR n.º 3.387/RS**, DJe de 01/03/2010; **MS n.º 13.17/DE**, DJe de 29/06/2009; **AgRg no REsp n.º 853.234/RJ**, DJe de 19/12/2008; **REsp n.º 820.475/RJ**, DJe de 06/10/2008; **AgRg no REsp n.º 863.073/RS**, DJe de 24/03/2008; **REsp n.º 797.387/MG**, DJ de 16/08/2007, p. 289; **MS n.º 11.513/DE**, DJ de 07/05/2007, p. 274; **RMS n.º 13.684/DE**, DJ de 25/02/2002, p. 406; **REsp n.º 220.983/SP**, DJ de 25/09/2000, p. 72.

gerar uma “norma de caso concreto” já que a criminalização supõe necessariamente previsões gerais e abstratas válidas para todo o país. Logo, **plenamente viável a regulamentação geral e abstrata realizada (também) por mandado de injunção e (não só) por ação direta de inconstitucionalidade por omissão.**

O advogado signatário, que também elaborou o Mandado de Injunção n.º 4733, mantém os dois parágrafos supra tanto por (obviamente) concordar com tal entendimento quanto para justificar a utilização da corrente concretista geral do mandado de injunção também na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Voltando-se à fundamentação da possibilidade do STF elaborar regulamentações gerais e abstratas para controlar a inércia inconstitucional do legislador, pertinente a lição de **Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitiero**¹⁹⁷, com base na correta noção de que as sentenças judiciais devem ser sempre pensadas à luz do *princípio da efetividade da jurisdição* (art. 5º, inc. XXXV, da CF/88), aduzem que:

Ao não se conceder a elaboração da norma faltante ao Judiciário, confere-se ao Legislativo, implicitamente, o poder de anular a Constituição, retornando-se, assim, ao tempo em que a Constituição dependia da ‘boa vontade’ do legislador. Ora, não há como compatibilizar o princípio da supremacia da Constituição com a ideia de que esta pode vir a falhar em virtude da não atuação legislativa. Isso seria, bem vistas as coisas, dar ao legislador o poder de fazer a Constituição desaparecer.

Ademais, admitir que o Judiciário nada pode fazer quando o Legislativo se nega a tutelar as normas constitucionais é não perceber que o dever de tutela da Constituição é acometido ao Estado e não apenas ao Legislativo. Quando o Legislativo não atua, um Tribunal Supremo ou uma Corte Constitucional tem inescusável dever de proteger a Constituição. Assim, se é a norma legislativa que falta para dar efetividade à Constituição, cabe ao Judiciário, sem qualquer dúvida, elaborá-la, evitando, assim, a desintegração da ordem constitucional.

O princípio da separação dos poderes confere ao Legislativo o poder de elaborar as leis, mas, evidentemente, não lhe dá o poder de inviabilizar a normatividade da Constituição. Aliás, tal poder certamente não é, nem poderia ser, absoluto ou imune. Bem por isso, nos casos em que a Constituição depende de lei ou tutela infraconstitucional, a inação do Legislativo, exatamente por não ser vista como discricionariedade ou manifestação de liberdade e sim violação de dever, deve ser suprida pelo Judiciário mediante a elaboração da norma que deixou de ser editada.

Note-se, aliás, que há contradição em admitir a nulificação judicial de norma legislativa e não aceitar a elaboração judicial da norma que o Legislativo deixou de editar. Sem dúvida, há maior censura quando se nulifica o ato do legislador do que quando se supre a sua inação. A menos que se imagine, em total descompasso com o constitucionalismo contemporâneo, que o legislador apenas pode descurar da Constituição ao agir e não ao deixar de agir.

[...]

Assim, se o prazo conferido ao Legislativo não é cumprido, e, portanto, a declaração judicial da omissão inconstitucional não surte efeito, isto não permite ao Judiciário

¹⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. MARIONI, Luiz Guilherme. MITIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 1116-1118. G.n.

*parar por aí, como se o seu dever não fosse o de remediar a ausência de tutela normativa, bastando-lhe declará-la. Lembre-se de que o Judiciário tem o dever de suprir a falta de tutela do Legislativo e não o de simplesmente pronunciá-la. **Portanto, do não atendimento do prazo o Judiciário pode extrair consequência de modo a fazer surgir a norma**, como no caso em que há norma legal para situação idêntica, conforme ocorre na hipótese de omissão parcial no sentido horizontal, em que se deixa de beneficiar grupo em violação ao princípio da igualdade.*

A lição seria perfeita se os autores, como Flavia Piovesan e Dirley da Cunha Júnior, não afirmassem que entendem que haveria hipóteses em que a atuação do legislador seria “insuprível” (sic), donde não poderia haver a normatização provisória pelo Supremo nestes casos, embora não estabeleçam critérios ontológico-materiais a justificar tal separação de ordens constitucionais “supríveis” e “insupríveis” pelo Judiciário nem estabelecer um critério distintivo de tais hipóteses. Discordamos desta ressalva, por inexistir base jurídica que sustente a diferenciação. Ora, entendida a **vontade constitucional inerente às ordens constitucionais de legislar** como a demandar a elaboração da regulamentação nelas imposta pelo STF no caso da persistência da mora inconstitucional pelo Legislativo, essa **lógica de garantia da supremacia da Constituição** aplica-se a todos os casos de ordens constitucionais de legislar, quaisquer que sejam, donde também aos mandados de criminalização. Como visto acima, **Dirley da Cunha Júnior** afirmou que é preciso “**SUPERAR PRECONCEITOS** [dogmáticos] *que absolutamente em nada contribuem para a solução do problema, antes mais o aprofundam num mar de escuridão e começar a crer em novas possibilidades*”, razão pela qual, **da mesma forma, tal entendimento deve se aplicar a toda e qualquer ordem constitucional de legislar não cumprida pelo legislador quando este permanecer inerte apesar de cientificado de sua mora inconstitucional e de seu dever de supri-la pelo Tribunal Constitucional**, donde deve ser aplicada a lição do autor a toda e qualquer ordem constitucional de legislar – logo, também as ordens expressas de criminalizar (mandados de criminalização). Lição esta segundo a qual “*se a Constituição pretende ser integralmente aplicada (pois para isso ela foi promulgada); se ela confere poderes ao Judiciário para garantir esse seu insaciável desejo de ser aplicada (fins expressamente estabelecidos), criando, para esse fim, três ações constitucionais específicas; é por demais óbvio que ela afetou ao Judiciário – na relevante missão de criar o Direito – a competência de suprir todas as indigestas omissões do poder público (meios implicitamente estabelecidos)*”¹⁹⁸.

Por fim, sobre a acusação de **ativismo judicial**, ainda que se o compreenda como uma atuação da Corte em temas sobre os quais deveriam, a princípio, atuar os demais poderes, entendemos aqui como pertinente a fórmula do **Ministro Celso de Mello**, segundo a qual “*Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade*”, donde “*Esse protagonismo do Poder Judiciário, fortalecido pelo monopólio da última palavra de que dispõe o Supremo Tribunal Federal em matéria*

¹⁹⁸ JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Op. Cit.*, pp. 223-224. G.n.

constitucional (MS 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), *nada mais representa senão o resultado da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao próprio Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram no domínio social e na arena política, considerado o relevantíssimo papel que se lhes cometeu, notadamente a esta Suprema Corte, em tema de jurisdição constitucional*¹⁹⁹. **Logo, plenamente constitucionais e necessárias atuações pró-ativas desta Suprema Corte para criar a normatização geral e abstrata necessária ao cumprimento das ordens constitucionais de legislar caso o Parlamento se recuse a respeitar a supremacia constitucional mediante sua inércia em elaborar tal normatização - o que também se aplica aos mandados de criminalização, por ser isto inerente à juridicidade positiva (aos efeitos jurídicos positivos) de quaisquer ordens constitucionais de legislar, donde também às relativas a temas criminais/penais.** Afinal, a *função jurisdicional da jurisdição constitucional* demanda por tal em um texto constitucional dirigente e em um país cujo contexto aponta para um Parlamento que se recusa sistematicamente a cumprir as ordens constitucionais de legislar.

Em suma: caracterizada a ordem constitucional de legislar, qualquer que seja, declarada a omissão inconstitucional do legislador e ultrapassado prazo razoável para a supressão de tal omissão pelo Parlamento, tem a Suprema Corte Constitucional plena legitimidade constitucional para eliminar a omissão inconstitucional, impedindo sua subsistência, mediante a elaboração de normatização provisória, a subsistir até que o Legislativo se digne a cumprir sua obrigação de legislar.

6.2.2. PRIMEIRO PEDIDO CUMULATIVO. Fixação de Prazo Razoável para o Congresso Nacional elaborar a lei criminalizadora, que considere os anos de debates já realizados no Parlamento.

Declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional para a criminalização específica da homofobia e da transfobia, deverá ser fixado um prazo razoável para que o mesmo elabore a lei criminalizadora da homofobia e da transfobia.

Sobre o tema, cabe lembrar que o Congresso Nacional já discute o tema da criminalização específica da homofobia e da transfobia há **mais de doze anos**, visto que foi apresentado, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei (PL) n.º 5.003/01, o qual, aprovado no final de 2006, chegou ao Senado Federal com o nome de Projeto de Lei da Câmara (PLC) n.º 122/06.

Desde então, o projeto foi alvo de diversos ataques, sob o fundamento de que ele supostamente “feriria” a “liberdade de expressão”. As críticas, todas descabidas por conta de o projeto se limitar a punir condutas violentas, discriminatórias e ofensivas cometidas contra outros por sua orientação sexual ou sua identidade de gênero, se mostraram puramente destrutivas, sem um real intuito dos críticos de apresentar alternativas para a criminalização específica da homofobia

¹⁹⁹ STF, ADPF n.º 132 e ADIn n.º 4277. G.n.

e da transfobia já que nunca propuseram textos alternativos que excluíssem o dispositivo gerador de tais críticas (e, da mesma forma, sequer permitissem sua votação para que não passassem a impressão de serem “politicamente incorretos” por votos de rejeição, pressionando sempre a retirada de tal PL de votação mediante “ameaças” de sua rejeição por suas bancadas). De qualquer forma, a Senadora Fátima Cleide, tentando dialogar com os críticos do projeto, protocolou um substitutivo ao PLC n.º 122/06, “enxugando” o mesmo e dele retirando o dispositivo que trouxe a polêmica sobre suposta afronta à liberdade de expressão (o sugerido §5º ao art. 20 da Lei n.º 7.716/89). Contudo, isto não trouxe o resultado esperado, pois apesar de enxugado e sem o dispositivo que trouxe as críticas ao projeto, seus opositores continuaram a repetir as mesmas críticas ao PLC n.º 122/06, como se nada tivesse sido alterado. Já na atual legislatura, tendo sido desarquivado o PLC n.º 122/06 pela Senadora Marta Suplicy, a mesma debateu com parlamentares opositores do projeto se aceitariam a aprovação de um texto que amenizasse ainda mais o referido projeto, tendo elaborado um texto em comum acordo com referidos parlamentares opositores²⁰⁰, o qual, contudo, não chegou sequer a ser protocolado porque nem mesmo este texto, extremamente insipiente por não punir praticamente nada e ser extremamente menos abrangente que a atual Lei de Racismo (ao não proibir a conduta de praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e a discriminação por orientação sexual e/ou por identidade de gênero – sendo que desagradou a comunidade LGBT por tal insipiência²⁰¹), nem mesmo este texto foi votado por conta da oposição absoluta e incondicional dos parlamentares opositores do projeto. Parlamentares estes que acabam por expor verdadeiro *fundamentalismo religioso no Congresso Nacional*, visto que colocam suas crenças religiosas como pseudo “parâmetros” de sua conduta, donde se opõem a todo e qualquer projeto que vise garantir algum direito à coletividade LGBT ou que criminalize de qualquer forma, mínima que seja, a homofobia e a transfobia, ignorando por completo que a laicidade estatal veda que fundamentações religiosas se constituam como parâmetros para decisões jurídico-políticas de nossa nação...

Ademais, nos dias 20 de novembro e 17 de dezembro de 2013 tivemos a PROVA CABAL do absoluto DESPREZO INSTITUCIONAL do Senado Federal e do Governo Federal pela segurança e pelos direitos humanos da população LGBT. Com efeito, mesmo após a apresentação de um novo substitutivo pelo Senador Paulo Paim, com concessões aos opositores do projeto (PLC 122/06), isso não adiantou, continuando a oposição ao projeto, que por isso foi retirado da pauta da votação da Comissão de Direitos Humanos do Senado. Adiado por duas oportunidades e **após manifestação do Governo Federal pela não-votação do projeto para buscar apoio de fundamentalistas religiosos no ano da reeleição da Presidenta**²⁰² (o Governo *rifou* a segurança e quaisquer direitos humanos da população LGBT em prol do apoio dos setores fundamentalistas da política nacional

²⁰⁰ Cf. <http://www.plc122.com.br/plc122-marta/#axzz1u8tNp5YN> (acesso em 07/5/12).

²⁰¹ Para diversas críticas a este texto que a Senadora Marta Suplicy tentou apresentar, vide <http://www.plc122.com.br/criticas-ao-novo-plc122-de-marta/#axzz1tb3n6Ca7> (acesso em 01/5/12) – críticas feitas pela ausência de concordância do movimento LGBT com o texto que a Senadora pretendia apresentar.

²⁰² Cf. <http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2013-12-13/por-2014-planalto-freia-projeto-que-criminaliza-homofobia.html> (último acesso em 17.12.13).

à reeleição da Presidenta Dilma Rousseff...), o PLC 122/06 foi enterrado de vez após o acolhimento de requerimento de opositores do projeto para que ele fosse apensado ao “Projeto de Código Penal” (PL 236/12), uma claríssima estratégia dos opositores do projeto para procrastinarem o debate pelos muitos anos que notoriamente um projeto de código leva para ser votado para, no futuro, continuarem a se opor a eles. Como inclusive se opuseram na sessão de leitura do Relatório do Projeto de Código Penal do mesmo dia (17.12.13), quando defenderam a retirada das expressões “orientação sexual” e “identidade de gênero” do projeto (de Código Penal), o que PROVA CABALMENTE que o intuito de tal “requerimento” era pura e simplesmente procrastinar as discussões...

Sobre o tema, vale transcrever trecho da *NOTA DE REPÚDIO* que entidades e pessoas físicas fizeram ao Senado Federal sobre o tema, da qual o advogado signatário é, inclusive, co-autor e considera absolutamente relevante ao presente processo (fonte: <http://goo.gl/P5fi4M>):

Nós, pessoas físicas e organizações da sociedade civil abaixo assinadas, manifestamos o nosso profundo **REPÚDIO** à postura do Senado Federal, que, no último dia 17 de dezembro de 2013, **acovardou-se** ao acolher requerimento formulado por opositores do PLC 122/06 para que o referido projeto seja apensado ao “Projeto de Código Penal” (PL 236/2012). O Senado simplesmente ratificou o seu profundo desprezo institucional à população LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais) brasileira.

O pretexto regimental usado não supera quaisquer razões de bom senso (razoabilidade) ante a **urgência** social relativa à necessidade de criminalização específica das discriminações, ofensas, agressões e homicídios motivados na orientação sexual e identidade de gênero da pessoa. Populações vulneráveis evidentemente não podem esperar os muitos anos que um projeto de código normalmente leva para ser votado. Ora, estamos vivendo verdadeira **banalidade do mal homofóbico** ante a enormidade de agressões, discriminações, ofensas e assassinatos cometidos contra pessoas LGBT por sua mera homossexualidade, bissexualidade, travestilidade e/ou transexualidade, *real ou presumida*. Registre-se, aliás, que tivemos recentemente casos de homens heterossexuais sofrendo agressões por motivação homofóbica ao serem “confundidos” com homossexuais apenas por estarem abraçados, como se um homem não pudesse demonstrar afeto (inclusive fraterno) por outro. [1]

Assim, é uma leitura absurdamente fria e insensível aquela que considera que o tema da criminalização da homofobia e da transfobia deveria ser debatido necessariamente com todo o Projeto de Novo Código Penal. O Regimento Interno do Senado diz que é “lícito” (permitido) que se faça a tramitação conjunta de projetos sobre a mesma matéria (art. 258), o que é muito diferente de considerar tal procedimento “obrigatório”. Ora, é fato notório que um projeto de código demora muitos anos para ser votado [2], além da própria polêmica gerada por críticas de renomados juristas (criminalistas) ao referido projeto [3], o que demonstra que o mesmo certamente será alvo de profundas polêmicas (e longos debates) sobre temas não relacionados à homofobia e à transfobia. Este cenário é incompatível com a urgência da referida criminalização (PLC 122/06) e demanda uma compreensão mais sensível do Senado Federal.

Ao mesmo tempo, não se pode deixar de registrar que esse requerimento de apensamento configurou-se numa claríssima estratégia dos opositores do PLC 122/06 para procrastinar a discussão. Justamente por saberem da longa demora na deliberação definitiva de um código é que tal requerimento foi proposto neste momento. Além disso, esta é uma estratégia pautada na mais pura **hipocrisia** de seus autor, que claramente irá se opor à referida criminalização quando ela for debatida no futuro. Não se diz que todo

aquele que votou pelo apensamento teria tal postura hipócrita, já que muitos votaram com base na leitura fria e insensível da situação citada no parágrafo anterior. De qualquer forma, a aprovação deste requerimento consolida ainda mais a absurda situação criada por parlamentares conservadores/reacionários em nosso Congresso Nacional: não aprovam projetos de lei contrários aos dogmas religiosos ou aos valores conservadores de suas bases reacionárias, mas ao mesmo tempo não os rejeitam, o que denota que não querem decidir para não soarem “politicamente incorretos”. Não há como ter outra impressão a não ser esta, de junção de conservadorismo e covardia em assumi-lo formalmente.

Nesta mesma sessão plenária, foi aprovado requerimento feito pelo Deputado Vital do Rêgo (PMDB-PB), apoiado pelo Senador Magno Malta (PR-ES) para retirar do Projeto de Novo Código Penal toda e qualquer menção à “orientação sexual” e “identidade de gênero”, o que prova a citada hipocrisia dos opositores ao PLC 122/06, que com isso conseguem que o referido projeto não puna os crimes homofóbicos e transfóbicos [4]. O fundamento apresentado é simplesmente absurdo: configura profunda ignorância ou pura má-fé afirmar que tais expressões não estariam consolidadas na literatura nem na história legislativa. Ora, diversos países já aprovaram leis penais punindo discriminações por “orientação sexual” e por “identidade de gênero” [5], bem como Constituições Estaduais, Leis Orgânicas Municipais e leis estaduais e municipais antidiscriminatórias brasileiras também as utilizam.

Além disso, os *Princípios de Yogyakarta* expressamente definem tais conceitos [6], citados por Resoluções das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA) [7] – pois é notório a quem tem conhecimentos sobre o tema que a primeira expressão refere-se à homossexualidade, heterossexualidade e bissexualidade, e a segunda à travestilidade, à transexualidade e à cisgeneridade (identificação com o gênero socialmente atribuído a seu sexo biológico), real ou presumida em ambos os casos. Logo, termos que se referem a homossexuais, heterossexuais e bissexuais no primeiro caso e a travestis, transexuais e pessoas que se identificam com o próprio gênero atribuído no segundo caso. Tanto que a “orientação sexual” foi citada pelo próprio Governo Federal ao estabelecer, no item n.º 116 do 2º Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH 2) o dever estatal de “*Propor o aperfeiçoamento da legislação penal no que se refere à discriminação e à violência motivadas por orientação sexual*” [8].

De qualquer forma, parlamentares preocupados com o significado de tais expressões poderiam ter apresentado propostas de especificação de seu conteúdo, para assim afastar os “temores” a “direitos alheios” ou algo do gênero, o que nunca foi feito pelos opositores do projeto. Isto tudo apesar das diversas audiências públicas pelas quais passou o PLC 122/06, o que prova que os senadores contrários ao projeto atuam de forma puramente destrutiva, nunca propositiva.

Por outro lado, o que o Congresso Nacional claramente precisa entender é que democracia não significa “ditadura da maioria”, mas *governo do povo, pelo povo e para o povo* (conceito clássico), sendo que as minorias também fazem parte do povo e, por isso, não podem ser oprimidas por posições totalitárias/preconceituosas de grupos majoritários quaisquer, o que obviamente também se aplica à minoria LGBT. Democracia é o regime jurídico de defesa dos direitos fundamentais (José Afonso da Silva), o que significa que a maioria não pode negar à minoria direitos que concede a si e muito menos negar uma proteção que ela tanto precisa, como a proteção penal demandada pelo PLC 122/06.

Isso tem absoluta relevância porque a população LGBT é uma minoria vulnerável, um grupo historicamente estigmatizado, razão pela qual um Legislativo minimamente preocupado com os direitos humanos e que não tenha como principal preocupação a reeleição não pode deixar de proteger grupos vulneráveis apenas por eles não conseguirem se mobilizar politicamente em número de eleitores maior do que o da

maioria que os oprime -- mesmo porque, como minoria que é, dificilmente conseguirá maior quantidade de votos do que o grupo majoritário que lhes oprime. Não à toa, o Judiciário, na função contramajoritária a ele inerente, tem garantido o direito à igualdade de direitos à população LGBT ante a inércia inconstitucional do Congresso Nacional em fazê-lo. Logo, o Legislativo claramente precisa de aulas de cidadania mediante a compreensão das decisões judiciais garantidoras de direitos da população LGBT.

Nesse sentido, cabe lembrar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já conclamou o Brasil em pelo menos duas oportunidades a garantir uma proteção efetiva à população LGBT. Com efeito, em 07.07.12 “a comissão observa que existem problemas nas investigações destes crimes, o que conduz, em parte, a que não se abram linhas de investigações que considerem se o delito foi cometido em razão da identidade de gênero ou orientação sexual das vítimas. A inefetividade da resposta estatal fomenta altos índices de impunidade, os quais, por sua vez, propiciam uma repetição crônica, submetendo vítimas e seus familiares a uma situação de desamparo” [9] Ato contínuo, em 16.07.12 a Comissão conclamou o Brasil “a adotar ações para evitar e reagir a esses abusos aos direitos humanos e garantir que as pessoas [LGBT] possam exercer efetivamente seu direito a uma vida livre de discriminação e violência, incluindo a adoção de políticas e campanhas públicas, assim como as reformas necessárias para adequar as leis aos instrumentos interamericanos em matéria de direitos humanos” [10].

Pois bem, fazer tal pensamento do PLC 122/06 de vai claramente no sentido oposto à requisição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no sentido de adequação das leis nacionais mediante uma resposta estatal efetiva para combater os altos índices de impunidade nos crimes e discriminações cometidos contra a população LGBT. Vai claramente contra a requisição da Comissão pela garantia dos direitos humanos de dita população, o que mostra o desprezo do Senado ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Em suma, ante todo esse contexto e reiterando todos os termos da *Carta Aberta ao Senado Federal sobre o PLC 122/06* amplamente divulgada na internet e nas redes sociais [11], manifestamos nosso completo **REPÚDIO** ao Senado Federal pela decisão de apensar o PLC 122/06 no Projeto de Código Penal e **EXIGIMOS** que o projeto seja desapensado para ter tramitação autônoma, ante a não obrigatoriedade da “licitude” regimental que possibilita (e não obriga) a tramitação conjunta (art. 258), pela possibilidade de acolhimento de emenda a projeto de lei para que tenha tramitação própria (art. 265) e, principalmente, pela extrema urgência relativa à criminalização da homofobia e da transfobia na atualidade.

Notas

[1] “Homem confessa agressão a pai e filho por confundi-los com casal gay e é libertado” (cf. <http://goo.gl/qZMJMy>, último acesso em 17.12.13); “Abraço de irmãos acaba em ataque homofóbico e morte na Bahia” (cf. <http://goo.gl/bdRBbX>, idem).

[2] O atual Código Civil levou mais de duas décadas e os Projetos de Código de Processo Civil e Penal estão há anos aguardando aprovação.

[3] Renomados criminalistas já demonstraram seu completo descontentamento com o Projeto de Novo Código Penal, a saber, Gustavo de Oliveira Quandt, Luis Greco, Alaor Leite e Paulo César Busato, o que fizeram em *Edição Especial da Revista Liberdades*, do IBCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, dedicada especificamente à análise do referido projeto (cf. <http://goo.gl/tHXEzI>, último acesso em 17.12.13). Também a respeitada Professora de Direito Penal da Universidade de São Paulo, Janaina Conceição Paschoal, acaba de publicar artigo em que critica o projeto apesar das alterações feitas pelo seu atual relator (cf. <http://goo.gl/N6L5EG>, idem). Sem adentrar no mérito dessas críticas, elas mostram que o referido projeto trará muita polêmica e que, assim,

provavelmente demorará muito tempo para ser votado, como é normal quando se discutem projetos de códigos.

[4] Cf. <http://goo.gl/IVFSHc> (acesso em 17.12.13).

[5] *“O PLC 122/06 não é atípico ou inovador no cenário internacional. A homofobia e a transfobia já são criminalizadas em mais de 59 países, tais como Canadá, Dinamarca, Espanha, França, Noruega, Holanda, Portugal, Reino Unido, Suécia, África do Sul, Estados Unidos, Andorra, Bélgica, Bolívia, Colômbia, Equador e Chile, nos quais as expressões “orientação sexual” e/ou “identidade de gênero” foram acrescidas aos critérios proibidos de discriminação e ensejadores de punição criminal. Sobre o tema, lembre-se que “orientação sexual” não tem nenhuma relação com pedofilia, como acusam levemente os opositores do projeto. Orientação sexual refere-se à homossexualidade, heterossexualidade e bissexualidade da pessoa, real ou atribuída. Identidade de gênero refere-se à transexualidade e à travestilidade. Logo, a pedofilia não é protegida pelo PLC 122/06 - tanto que referida criminalização nestes países nunca legitimou a pedofilia, diga-se de passagem”* (cf. “Carta Aberta ao Senado Federal sobre o PLC 122/06”, disponível em <http://goo.gl/QIT7fG>).

[6] Cf. <http://goo.gl/h1G2gp> (último acesso em 17.12.13).

[7] Segundo o site da ABGLT - Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, temos as seguintes Constituições Estaduais que preveem a proibição da discriminação por orientação sexual, embora sem atribuir pena nenhuma a ela: Mato Grosso, Sergipe, Pará e Alagoas. Segundo a mesma fonte, temos os seguintes Estados com leis antidiscriminatórias que protegem a população LGBT (lembrando que a lei estadual carioca foi declarada inconstitucional, por “vício” de iniciativa, pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgamento que pende de recurso ao STF e ao STJ): Rio Grande do Sul (Lei Estadual 11.872/02; Distrito Federal (Lei Distrital 2.615/00); Minas Gerais (Lei Estadual 14.170/02); São Paulo (Lei Estadual 10.948/01); Mato Grosso do Sul (Lei Estadual 3.157/05); Piauí (Lei Estadual 5.434/04); Pará (Lei Estadual 6.971/07); Paraíba (Lei Estadual 7.309); e Maranhão (Lei Estadual 8.444/06). Também segundo a mesma fonte, as seguintes cidades com proibição à discriminação por orientação sexual em suas leis orgânicas, embora também sem atribuição de penas para ela: no Amapá - Macapá (art. 7º); na Bahia - América Dourada (Art. 8), Araci (Art. 10), Caravelas (Art. 8), Conceição da Feira (Art. 6), Cordeiros (Art. 8), Cruz das Almas (Art. 236), Igarorã (Art. 200), Itapicuru (Art. 1), Rio do Antônio (Art. 10), Rodelas (Art. 10), Salvador (Art. 1), São José da Vitória (Art. 140), Sátiro Dias (Art. 4) e Wagner (Art. 10); no Ceará - Barro (Art. 8), Farias de Brito (Art. 8), Fortaleza (Art. 10), Granjeiro (Art. 188) e Novo Oriente (Art. 213); no Distrito Federal - Brasília (Art. 2); no Espírito Santo - Guarapari (Art. 2), Mantenedópolis (Art. 10) e Santa Leopoldina (Art. 7); em Goiás - Alvorada do Norte (Art. 2); no Maranhão - São Raimundo das Mangabeiras (Art. 8); no Mato Grosso - Constituição Estadual e Pedra Preta (Art. 10); em Minas Gerais - Cataguases (Art. 8), Elói Mendes (Art. 207), Indianópolis (Art. 6), Itabirinha de Mantena (Art. 3), Maravilhas (Art. 6), Ouro Fino (Art. 8), São João Nepomuceno (Art. 225) e Visconde do Rio Branco (Art. 9); na Paraíba - Aguiar (Art. 8); no Paraná - Atalaia (Art. 7), Cruzeiro do Oeste (Art. 8), Ivaiporã (Art. 6), Laranjeiras do Sul (Art. 2) e Miraselva (Art. 8); em Pernambuco - Bom Conselho (Art. 161); no Piauí - Pio IX (Art. 8) e Teresina (Art. 9); no Rio de Janeiro - Arraial do Cabo (Art. 9), Barra Mansa (Art. 9), Cacheiras de Macacu (Art. 8), Cordeiro (Art. 7), Italva (Art. 3), Itaocara (Art. 13), Itatiaia (Art. 8), Laje do Muriaé (Art. 3), Niterói (Art. 3), Paty do Alferes (Art. 14), Rio de Janeiro (Art. 5), São Gonçalo (Art. 3), São Sebastião do Alto (Art. 8), Silva Jardim (Art. 5) e Três Rios (Art. 7); no Rio Grande do Norte - Grossos (Art. 136) e São Tomé (Art. 9); no Rio Grande do Sul - Sapucaia do Sul (Art. 153); em Santa Catarina - Abelardo Luz (Art. 106) e Brusque (Art. 5); em São Paulo - Cabreúva (Art. 5), São Bernardo do Campo (Art. 10) e São Paulo (Art. 2); no Sergipe - Constituição Estadual, Amparo de São Francisco (Art. 12), Canhoba (Art. 12), Itabaianinha (Art. 153), Monto Alegre de Sergipe (Art. 3), Poço Redondo (Art. 11) e Riachuelo (Art. 16); no Tocantins - Peixe (Art. 7) e Porto Alegre do Tocantins (Art. 8).

Para a íntegra de algumas destas leis, vide <http://goo.gl/Wml6VI> (acesso em 17.12.13). Para a relação de leis municipais, vide <http://goo.gl/LjLlZs> (idem).

[8] Cf. <http://goo.gl/JzThLG>, último acesso em 17.12.13.

[9] Cf. a Resolução sobre “direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero” da ONU, de 17.06.11 (<http://goo.gl/1o6jpV>), e a Resolução equivalente da OEA, de 25.05.09 (<http://goo.gl/CNVKyS>).

[10] Cf. Decreto 4.229/02, item n.º 116. In: <http://goo.gl/E2KzfB>, último acesso em 17.12.13.

[11] Cf. <http://goo.gl/XG42w3>, último acesso em 17.12.13.

[12] Cf. <http://goo.gl/oMHLJL>, último acesso em 17.12.13.

[13] Cf. <http://goo.gl/QJT7fG>, último acesso em 17.12.13.

Da citada “*Carta Aberta ao Senado Federal sobre o PLC 122/06*”, elaborada um mês antes sobre a retirada do mesmo da pauta da Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal, também de co-autoria do advogado signatário, vale destacar os seguintes trechos:

[...] É importante registrar que, no Direito Penal, existe o **conceito de “atipicidade material”**, que permite ao juiz não considerar crime uma conduta que se enquadre no âmbito de proteção de um direito fundamental (a lógica desta notória teoria é a de que algo não pode ser permitido e proibido ao mesmo tempo). Logo, até mesmo a ressalva constante do texto do Senador Paulo Paim é desnecessária para resguardar o direito fundamental à liberdade religiosa (liberdade de culto e de crença), à liberdade de consciência e à liberdade de expressão, visto que se o Poder Judiciário considerar que uma conduta é protegida por um direito fundamental, ele a considerará como “materialmente atípica”. Ou seja, que o fato em questão não constitui crime, ainda que a lei criminalizadora não o diga expressamente. Assim, quaisquer concessões são inaceitáveis, especialmente o acréscimo de outras.

[...]

Para finalizar, ratificamos aqui as brilhantes e paradigmáticas palavras [4] do advogado criminalista Túlio Vianna, da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), acerca do insistente diálogo do Congresso Nacional com pessoas que ostensivamente se opõem à aprovação da criminalização da homofobia e transfobia:

*“O Congresso Nacional brasileiro não costuma convidar traficantes de drogas para audiências públicas destinadas a debater se o tráfico de drogas deve ou não ser crime. Também não convida homicidas, ladrões ou estupradores para dialogarem sobre a necessidade da existência de leis que punam seus crimes. Já **os homofóbicos têm cadeiras cativas em todo e qualquer debate no Congresso que vise a criar uma lei para punir suas discriminações. Estão sempre lá, por toda parte; e é justamente por isso que a lei ainda não foi aprovada.** [...] O Direito Penal tem, neste momento histórico, um importante papel como instrumento de promoção de direitos. A Lei 7.716/89 tem sido, desde sua entrada em vigor, uma poderosa ferramenta no combate à discriminação racial. Que sirva também para combater a homofobia. Assim como hoje é considerado criminoso quem discrimina o negro, amanhã também deve ser quem discrimina o homossexual.”*

[...]

[4] VIANNA, Túlio. **Criminalizar a homofobia**. 2011. Disponível em: <http://goo.gl/LzPw8n>. (Grifos nossos)

Tanto isso foi pura e simples estratégia de (nefasta) procrastinação que foi noticiado que, segundo o *Estadão*, “A inclusão pelo plenário da

proposta de criminalização da homofobia, que tramitou com dificuldade na Comissão de Direitos Humanos, vai atrasar a votação do código, que agora terá de passar pela CCJ. A mudança é tratada nos bastidores - pela bancada religiosa - como uma forma de tentar rejeitar, na CCJ, qualquer tentativa de tornar crime quem discriminar outros por preconceito de 'identidade ou orientação sexual'²⁰³, tendo sido expressamente noticiado que "Para protelar a discussão do assunto, a bancada evangélica, por meio do senador Eduardo Lopes (PRB- RJ), apresentou um requerimento à Mesa Diretora da Casa para que a matéria pare de tramitar separadamente e seja apensada à proposta de reforma do Código Penal. Segundo a presidente da CDH, senadora Ana Rita (PT-ES), para que esse requerimento seja votado no plenário do Senado é preciso que antes a tramitação seja concluída da CDH"²⁰⁴.

Logo, não cabe tergiversar, o intuito foi procrastinatório para se impedir a eventual aprovação do PLC 122/06 na Comissão de Direitos Humanos do Senado sem, contudo, uma recusa formal. Verdadeira hipocrisia dos opositores do projeto, *data vênia*, de não quererem aprová-lo sem, todavia, rejeitá-lo...

Para um histórico do PLC n.º 122/06 e uma refutação dos argumentos a ele contrários, vide o excelente site www.plc122.com.br - o qual possui diversos textos que explicam o projeto, sanam dúvidas comuns, refutam argumentos contrários e explicam a questão da tramitação do projeto e o texto em tramitação.

Esse é o *estado atual* dos debates acerca da criminalização específica da homofobia e da transfobia no Congresso Nacional: impasse decorrente da oposição ferrenha de parlamentares à aprovação de qualquer projeto que vise efetivar tais criminalizações, de sorte a caracterizar uma verdadeira **opressão continuada da minoria LGBT pela inércia maioria parlamentar (ou das lideranças parlamentares)**, que insiste(m) em nada fazer para efetivar tais criminalizações específicas, **donde necessária a ativação da jurisdição constitucional para fazer cessar tal opressão** mediante a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, como forma de garantir que não sejam inviabilizados os direitos fundamentais à segurança, à igualdade e à livre orientação sexual e identidade de gênero das pessoas LGBT, bem como não seja inviabilizada a cidadania das mesmas.

Assim, tem-se que, considerando que temos mais de uma década de debates no Congresso Nacional acerca da criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das *ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima*, **requer-se** que o prazo a ser concedido ao Parlamento para sanar sua mora inconstitucional para referidas criminalizações **não seja maior que um ano** (ficando, todavia, à discricionariedade desta Suprema Corte a fixação do prazo específico, que

²⁰³ Cf. <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,homofobia-vai-parar-no-codigo-penal,-1109853,0.htm> (acesso em 19.12.13).

²⁰⁴ Cf. <http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2013/12/evangelicos-querem-enterrar-proposta-que-criminaliza-discriminacao-ou> (acesso em 19.12.13);

não fica limitado à sugestão aqui referida), pois todos esses debates devem ser considerados na fixação do referido prazo.

Lembre-se que a mera existência de projetos de lei não afasta a mora inconstitucional, consoante já reconhecido por esta Suprema Corte²⁰⁵.

Por fim, questão que lamentavelmente tem que ser enfrentada é aquela atinente a uma eventual persistência do Congresso Nacional em não-criminalizar de forma específica todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) as *ofensas (individuais e coletivas), os homicídios, as agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima* mesmo após intimado para tanto – afinal, nosso Parlamento já tem como nefasto *costume inconstitucional* ignorar decisões do Supremo Tribunal Federal que lhe intimam a cumprir ordens constitucionais de legislar, como a experiência com as decisões meramente declaratórias de mora inconstitucionais proferidas por esta Suprema Corte ao longo de toda a década de 1990 e da década de 2000 até o ano de 2007 relativamente à greve dos servidores públicos civis comprovam à saciedade... **obrigando esta Corte a efetuar atividade legislativa/normativa em sentido estrito efetivar tal regulamentação no julgamento dos MIs n.º 670/ES, 708/DF e 712/PA.**

Vamos, agora, ao **segundo pedido cumulativo**, cujo acolhimento independe do acolhimento do primeiro (caso não se conceda prazo ao legislador por se considerar que ele já teve prazo para tanto, requer-se o acolhimento diretamente deste segundo pedido cumulativo):

6.2.3. SUPERAÇÃO DA RESERVA DE PARLAMENTO E/OU DA LEGALIDADE ESTRITA CASO O CONGRESSO NACIONAL NÃO SANE A MORA INCONSTITUCIONAL. *Troca de Sujeito* para que o STF exerça função legislativa/normativa geral e abstrata (**função legislativa atípica**), de forma análoga à realizada no julgamento dos Mandados de Injunção n.º 670, 708 e 712. *Separação dos Poderes como sistema de freios e contrapesos (este o seu núcleo essencial) – necessidade de se controlar de forma efetiva de se controlar a mora inconstitucional.*

Nas palavras de **Walter Claudius Rothenburg**²⁰⁶:

A ideia principal aqui desenvolvida é simples: importa mais a finalidade de cumprir a Constituição, do que o sujeito (órgão) a quem as atribuições (competências) foram conferidas. Seria possível, portanto, admitir que outro sujeito, inicialmente não dotado de atribuição constitucional, implementasse o comando constitucional. O controle de constitucionalidade, realizado por órgão e procedimentos legítimos, poderia chegar a esse ponto: destituir um sujeito constitucionalmente previsto e autorizar outro a dar efetividade à Constituição. [...] Deste modo, por meio da fiscalização da omissão inconstitucional, pode-se atingir o âmago do problema, que se situa antes no objeto do controle

²⁰⁵ Cf. STF, MI 361-1/RJ.

²⁰⁶ ROTHENBURG, *Op. Cit.*, pp. 13 e 90-91. G.n.

(o desrespeito constitucional) do que no sujeito responsável. [...] Ora, o que importa fundamentalmente é suprir a lacuna inconstitucional, que constitui o objeto do controle. A preocupação passa então novamente pelo sujeito, só que para desinvestir o titular omissis e buscar outro capaz de colmatar a lacuna indevida, realizando a tarefa constitucionalmente imposta. Agora, no entanto, a questão do sujeito não aparece como principal (esta é a efetivação do direito constitucional), apenas como meio de se obter aquele resultado. A troca de sujeito apresenta-se, assim, como um momento da evolução dos vínculos constitucionais e como uma satisfação à exigência de implementação dos comandos constitucionais (particularmente os vazados em termos programáticos). O órgão encarregado do controle de constitucionalmente (principalmente o Judiciário) tem-se apresentado como o mais adequado para conduzir (e às vezes mesmo assumir) esse câmbio. Portanto, para dar cumprimento satisfatório aos fins estabelecidos para o Estado (e a sociedade), instaura-se uma polêmica concorrência de legitimidade entre, fundamentalmente, o legislador (tradicional encarregado de emprestar integração aos ditames constitucionais carentes de auto-executoriedade) e o órgão judiciário incumbido de realizar a fiscalização de constitucionalidade. [...] Já aqui se inicia o deslocamento de competências constitucionalmente estabelecidas, com a vantagem – marcante sob o aspecto prático – de que goza o Judiciário, de situar o controle do descumprimento constitucional em um campo de mais fácil e imediata aferição jurídica: a partir do instante em que o Judiciário interfere na determinação do sujeito responsável pelo desempenho de competências constitucionais, especifica-se uma ordem judicial, cujo desrespeito é de mais simples caracterização e punição.

Embora a obra se funde fundamentalmente das normas constitucionais garantidoras de direito usualmente tidas como *de eficácia limitada*, entende-se aqui que a fundamentação apresentada se aplica igualmente para as ordens constitucionais de criminalização, que também tiram a liberdade do legislador de decidir se irá ou não criar a **lei criminal: ele deve cria-la, por força da supremacia constitucional de um constitucionalismo dirigente.**

Como visto, ao regulamentar a greve dos servidores públicos civis, o STF superou a exigência constitucional que entendeu existir no art. 37, inc. VII, da CF/88, qualificada inclusive como exigência de reserva legal *absoluta* (*cf. STF, MI n.º 20, MI n.º 485, MI n.º 585 e MI n.º 631*), por conta da reiterada inércia inconstitucional do legislador em cumprir seu dever constitucional de legislar a despeito de inúmeras vezes cientificado de sua mora inconstitucional e de seu dever de supri-la, para com isto evitar uma situação de menosprezo à supremacia constitucional por conta da recusa do Parlamento em cumprir seu dever constitucional de legislar.

Ora, se o Supremo Tribunal Federal superou a legalidade estrita parlamentar (exigência constitucional de lei formal) para regulamentar o exercício da greve no serviço público para que pudesse ser dado cumprimento à vontade constitucional de elaboração da legislação respectiva e assim garantir de maneira efetiva a supremacia constitucional de um constitucionalismo dirigente, tem-se que **os mesmos fundamentos justificam que o Supremo Tribunal Federal supere a legalidade estrita exigida constitucionalmente para criminalização de condutas de sorte a efetivar a regulamentação normativa necessária à criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou**

identidade de gênero, real ou suposta, da vítima. Com efeito, afirmar que o art. 37, inc. VII, da CF/88 é uma norma de eficácia limitada é o mesmo que dizer que “*não há exercício do direito de greve no serviço público sem lei anterior que o defina*”, o que é rigorosamente o mesmo que dizer que “*não há crime sem lei anterior que o defina*”, como faz o art. 5º, inc. XXXIX, da CF/88, donde se o STF superou a exigência de lei formal para garantir o direito de greve do serviço público para dar cumprimento a ordem constitucional de legislar (exercendo, assim, FUNÇÃO LEGISLATIVA ATÍPICA), pode também fazê-lo para superar a exigência de lei formal para efetivar a criminalização de condutas para dar cumprimento a ordem constitucional de legislar criminalmente. Afinal, as hipóteses normativas são rigorosamente as mesmas, por ambas exigirem atuação necessária do legislador, donde se o dirigismo constitucional oriundo das ordens constitucionais de legislar justifica a superação da exigência de atuação do Parlamento para elaborar a regulamentação respectiva em um caso, também o justifica no outro.

A tese aqui defendida certamente é polêmica, pois é óbvio que não se ignora que, a princípio, o art. 5º, inc. XXXIX, da CF/88, ao consagrar o princípio da legalidade estrita ou da reserva legal para fins criminais, pretendeu impor que as figuras típicas e suas sanções só possam ser criadas por leis do Congresso Nacional e de acordo com o devido processo legal. Evidentemente não se desconhece nem se menospreza a fundamentação acerca da alta relevância da exigência de legalidade estrita para fins de criminalização de condutas, como reação às criminalizações arbitrárias realizadas pelo Antigo Regime pré-revolução francesa mediante a imposição de que as leis sejam aprovadas pelo Parlamento, de sorte a garantir que o povo seja o responsável pela elaboração das normas gerais e abstratas que regerão a vida social e, especialmente, as leis restritivas de direitos, bem como visando a garantia de previsibilidade e ciência das pessoas sobre o que constitua crime (legalidade/taxatividade) - em suma, exigência de legalidade estrita nas criminalizações para se combater a ação arbitrária do Estado exemplificada pelos despotismos do absolutismo pré-revolução francesa e do nazi-fascismo.

Contudo, em um Estado Democrático e Social de Direito dotado de supremacia da Constituição sobre o Parlamento e pautado por um constitucionalismo dirigente que impõe ao Estado a obrigação de criar legislações criminais para efetivar o dever de proteção eficiente da população, a vontade constitucional é que a legislação seja efetivamente criada - este é o telos inerente a tais ordens constitucionais de legislar, donde considerando que cabe ao Estado cumprir a Constituição, se o órgão estatal incumbido de elaborar a legislação (o Parlamento) se recusa a cumprir seu dever constitucional, o Estado deve efetivar a ordem constitucional, ainda que o faça por intermédio de outro de seus órgãos - no caso, o Judiciário, embora nada impeça que a Corte preferir determinar a *troca de sujeito* para o Executivo²⁰⁷ elaborar a legislação faltante devido à inércia

²⁰⁷ Claro que, aqui, não se aplicaria a vedação constitucional a medidas provisórias em matéria criminal, pois a troca de sujeito em questão visaria superar a inércia do Parlamento em cumprir a Constituição, donde, como cabe ao Estado Brasileiro cumprir a Constituição, se o Parlamento se recusa a fazê-lo, cabe ao Estado, de alguma forma, cumprir o quanto determinado pela Constituição, seja por intermédio do Poder Executivo ou do Poder Judiciário. Ainda que por interpretação restritiva, a vedação a MPs em matéria criminal não pode abranger casos de cumprimento de imposições constitucionais determinadas pela Suprema Corte, por troca de sujeito, pois a *ratio*

inconstitucional do Parlamento e, somente após eventual inércia também deste, atuar (a Corte) para elaborar a referida legislação. Afinal, *“no Estado Constitucional Democrático de Direito, o poder público está obrigado, normativo-constitucionalmente, à adoção de todas as medidas necessárias à concretização das imposições constitucionais. Essa conclusão leva a uma outra: no Estado Constitucional Democrático de Direito, a proteção jurídica há de ser global e eficiente, sem lacunas, o que pressupõe, nos casos de omissão inconstitucional, o reconhecimento de um direito público subjetivo ao cidadão de exigir uma atuação positiva do legislador (inclusive um direito à legislação), e dos demais poderes do Estado”*²⁰⁸. Essa lógica deve aplicar-se, igualmente, às ordens constitucionais de criminalização por isto ser necessário à concretização do dever estatal de proteção eficiente dos bens jurídicos que tais mandados de criminalização visam proteger e, inclusive, à noção de supremacia constitucional.

Afinal, se o Parlamento não cumpre seu dever constitucional de legislar, essa conduta afronta a norma constitucional caracterizadora do dever constitucional de legislar, criando uma **tensão entre a ordem constitucional de legislar e a normatização que atribui a competência de elaborar a legislação ao Parlamento**. Sobre o tema, entende-se aqui que essa tensão deve ser resolvida com a fixação de um prazo razoável para o Parlamento suprir sua omissão inconstitucional para que, ultrapassado este prazo sem o cumprimento de tal encargo, a Corte elaborar a legislação/normatização geral e abstrata respectiva. Afinal, pedindo-se *venia* para se transcrever novamente a lição de **Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitiero**²⁰⁹, *“O princípio da separação dos poderes confere ao Legislativo o poder de elaborar as leis, mas, evidentemente, não lhe dá o poder de inviabilizar a normatividade da Constituição. Aliás, tal poder certamente não é, nem poderia ser, absoluto ou imune. Bem por isso, nos casos em que a Constituição depende de lei ou tutela infraconstitucional, a inação do Legislativo, exatamente por não ser vista como discricionariedade ou manifestação de liberdade e sim violação de dever, deve ser suprida pelo Judiciário mediante a elaboração da norma que deixou de ser editada”*, na medida em que o Legislativo não tem autorização para anular a Constituição, donde *“não há como compatibilizar o princípio da supremacia da Constituição com a ideia de que esta pode vir a falhar em virtude da não atuação legislativa”*, razão pela qual *“Quando o Legislativo não atua, um Tribunal Supremo ou uma Corte Constitucional tem inescandível dever de proteger a Constituição. Assim, se é a norma legislativa que falta para dar efetividade à Constituição, cabe ao Judiciário, sem qualquer dúvida, elaborá-la, evitando, assim, a desintegração da ordem constitucional”*.

da proibição de MPs em matéria criminal não deve incidir quando isto decorra do cumprimento de decisão da Suprema Corte para cumprir ordem constitucional de legislar, pois esta legislação é determinada pela Constituição. Ora, se o órgão ao qual a Constituição obrigou a criar a legislação se recusa a cumprir a Constituição, perfeitamente legítimo que a Suprema Corte, que tem o dever de extirpar a situação inconstitucional do mundo jurídico, por troca de sujeito, confira a si ou a outro órgão estatal o dever de cumprir a Constituição, pois o mais importante é cumprir a Constituição, não quem a cumpre, consoante a posição de Walter Claudius Rothenburg, exposta no corpo do texto.

²⁰⁸ JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Controle de Constitucionalidade*, 2ª Ed., Salvador: Ed. Podvim, 2007, p. 224. G.n.

²⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. MARIONI, Luiz Guilherme. MITIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 1116-1118. G.n.

Com efeito, consoante Miguel Calmon Dantas²¹⁰, “na medida em que há um *caráter dirigente*, estendendo-se a programaticidade sobre a política e vinculando as deliberações democráticas, o Estado Democrático de Direito legitima, por essa via, a expansão da jurisdição constitucional, deixando a função de guardião passivo para ser o promotor ativo da programaticidade dirigente constitucional, seja proveniente de imposições abstratas, seja de imposições concretas, seja até mesmo oriunda dos direitos fundamentais”. Afinal, segundo o autor, “a mera deferência da resolução da inconstitucionalidade por omissão é uma solução tímida, a par de inadequada e insuficiente para combater a sistemática de deliberada inércia legislativa, que consubstancia o último bastião soerguido pelo arbítrio como contenção à dimensão emancipatória e libertária do direito constitucional, resistindo à projeção da força normativa. A inadequação da deferência ao processo político, solução essa já aviltrada por Vezio Crizafulli, para combater a inconstitucionalidade por omissão, é empiricamente comprovada pela experiência constitucional brasileira, permanecendo relevantes matérias constitucionais sujeitas à ação legislativa, questão que se revelou toda a sua agudeza pelo esvaziamento jurisprudencial do mandado de injunção, resgatado heroicamente numa correção da interpretação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento realizado em 2007, ao ensejo da apreciação dos Mandados de Injunção de n. 670, 708 e 712, concluída na sessão de 25 de outubro”, consagrando, assim, um *direito fundamental à efetivação da constituição* por intermédio de um *direito à legislação*, concretizável, em casos de reiterada omissão normativa, mediante efetivação diretamente pelo juiz, ainda que ele tenha que substituir-se ao legislador omisso para garantir esse direito, o que não afronta a separação dos poderes na medida em que o legislador não estará impedido de legislar (ao contrário, foi conclamado a tanto e continuará podendo/devendo elaborar a legislação constitucionalmente imposta), de sorte a se compatibilizar as ordens constitucionais de legislar com o princípio da separação dos poderes.

É a solução que consegue realizar uma **concordância prática** entre as ordens constitucionais de legislar e a separação dos poderes.

Com efeito, **não se configura coerente com uma teoria da constituição dirigente adequada ao texto e ao contexto brasileiros uma “solução” que pretenda unicamente a declaração da mora inconstitucional ao Congresso Nacional que não permita sanar-se a inconstitucionalidade em caso de persistência da inércia parlamentar em cumprir a ordem constitucional de legislar e a decisão desta Suprema Corte**, caso isso venha a ocorrer. Ora, o texto constitucional brasileiro é *dirigente* e possui *ordens constitucionais de legislar criminalmente*, que devem ser cumpridas de alguma forma – preferencialmente pelo legislador, mas pelo Estado em sentido amplo caso aquele se recuse a tanto. Já o *contexto* brasileiro mostra o absoluto menosprezo de nosso Parlamento aos *apelos* que esta Suprema Corte fez a ele para regulamentar a greve dos servidores públicos civis e diversos outros temas objeto de mandados de injunção julgados procedentes nestes mais vinte e seis anos de controle da omissão inconstitucional (ou seja, nestes quase vinte e quatro anos pós-1988). Logo, **considerando que a decisão que declara a inconstitucionalidade deve**

²¹⁰ DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade*, 1ª Ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, pp. 342 e 329, respectivamente. G.n. Após a segunda transcrição, parafraseamos a lição citada de Dirley da Cunha Júnior sobre o direito fundamental à efetivação da constituição e respectivo direito à legislação, com as ressalvas já informadas no corpo da petição.

SANAR o vício de inconstitucionalidade, a mera declaração de mora inconstitucional configura-se como solução constitucionalmente inadequada no caso de o Congresso Nacional nada fizer após cientificado de sua inércia inconstitucional e após decorrido o prazo razoável fixado por esta Corte para ele elaborar a legislação. *Texto e contexto* brasileiros, portanto, demandam pela procedência do pedido aqui formulado, de criminalização específica da homofobia e da transfobia por esta Suprema Corte, em cumprimento a ordem constitucional de legislar criminalmente, caso o Congresso Nacional se recuse a fazê-lo mesmo após intimado pela Corte a tanto.

Entenda-se bem: não está aqui propondo uma interpretação que ignore os limites semânticos do texto do art. 5º, inc. XXXIX, da CF/88: está-se propondo uma **redução teleológica** de seu âmbito de proteção (a clássica *interpretação restritiva*) para que, devido ao descumprimento pelo legislador da ordem constitucional de punir criminalmente a homofobia e a transfobia, serem compatibilizados tais dispositivos (legalidade estrita criminal x ordem constitucional de punir criminalmente a homofobia e a transfobia) mediante a determinação, por esta Suprema Corte, da aplicação da Lei n.º 7.716/89 (Lei de Racismo) para punição criminal da homofobia e da transfobia ou a elaboração, pela Corte, da normatização criminalizadora respectiva, mediante solução normativa a vigor até que o Parlamento se digne a cumprir seu dever constitucional de legislar sobre o tema, momento no qual sua legislação passará a ter vigor. Lembrando-se, apenas, que reconhecida a homofobia e a transfobia como espécies do gênero racismo, a legislação criminal respectiva deverá punir tais condutas como espécies do gênero racismo, da mesma forma que as hipóteses atuais de racismo, sob pena hierarquização de opressões flagrantemente inconstitucional, inclusive pelo **direito à igual proteção penal** de situações equivalentes, como se dá nas discriminações, ofensas, ameaças e violências por orientação sexual/identidade de gênero relativamente àquelas por cor de pele, etnia, procedência nacional e religião (constantes da atual Lei de Racismo) – pois, por serem opressões equivalentes (aquelas contra negros e contra homossexuais, por exemplo), devem elas ser punidas de forma idêntica, por força da isonomia enquanto **direito à igual proteção penal** por força da inconstitucionalidade da referida hierarquização de opressões por ela afrontar a dignidade da pessoa humana – visto que referida hierarquização de opressões declara os grupos inferiormente protegidos como “menos dignos” que os superiormente protegidos, afrontando-se a noção de igual dignidade humana decorrente da simples humanidade das pessoas – afinal, é evidente que o princípio da dignidade da pessoa humana garante a todos a mesma dignidade pelo simples fato de serem pessoas humanas²¹¹.

Ademais, cabe ressaltar que com a superação da legalidade estrita criminal proposta nesta ação não se visa, de forma alguma, diminuir ou menosprezar a limitação ao poder punitivo do Estado, que constitui a origem histórico-teleológica da imposição de legalidade estrita para fins criminais. De forma alguma. O fato é que **é preciso distinguir situações em que esteja em jogo o cumprimento de ordens constitucionais de legislar descumpridas e situações nas**

²¹¹ Cf. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos*, 2ª Ed., São Paulo: Ed. Método, 2013, p. 132.

quais não haja ordens constitucionais de legislar descumpridas. Quando temos uma ordem constitucional de legislar, o **Parlamento tem o dever jurídico de legislar**, não havendo “liberdade de conformação do legislador democrático” acerca da decisão de legislar ou não. **Essa decisão já foi tomada pela Constituição - ele deve legislar, ele deve criar a lei, pois o juízo de conveniência, oportunidade e necessidade da lei já foi feito pelo Poder Constituinte**, não podendo o Parlamento simplesmente descumprir essa ordem provinda da Constituição, pois o Parlamento encontra-se subordinado às determinações do Poder Constituinte...

Logo, ainda que se entenda que, pela melhor hermenêutica, restrições de Direito devam ser expressas no texto da legislação por força de uma compreensão *democrática* do Estado de Direito, no sentido de que as restrições de Direito precisam estar expressas na legislação porque elas precisam ser autorizadas pela população, por intermédio de seus representantes eleitos para tal, no mínimo mediante norma atribuída a texto normativo constitucionalmente consagrado²¹², o que aqui se defende não contraria essa lógica porque a autorização popular para tanto decorre de existência de ordem constitucional de legislar, que mostra que o Poder Constituinte Originário *quis* a lei em questão (vontade objetiva, decorrente dos textos normativos respectivos), o que significa que essa *vontade constitucional* da existência da lei justifica a atuação do Tribunal Constitucional (no caso, do Supremo Tribunal Federal), mediante *função legislativa atípica*, a criar a lei em questão, mesmo se restritiva de direitos. Não se fala em analogia, mas em criação normativa primária (função legislativa atipicamente exercida pelo Tribunal Constitucional/Supremo Tribunal Federal).

Situação distinta temos quando não há ordem constitucional de legislar. Neste caso, há “liberdade de conformação do legislador democrático”, que pode decidir pela necessidade, conveniência e oportunidade na elaboração da legislação quando não tenhamos situação de omissão inconstitucional. Nesse sentido, inexistindo omissão inconstitucional do legislador no cumprimento de ordem constitucional de criminalizar, a exigência de legalidade estrita para fins criminais é absoluta e insuperável; por outro lado, existindo omissão inconstitucional do legislador no cumprimento de ordem constitucional de criminalizar, a exigência de legalidade estrita para fins criminais é relativa e superável no caso de o Parlamento insistir na omissão a despeito da declaração da mora inconstitucional pelo Tribunal Constitucional (no caso, pelo Supremo Tribunal Federal) e da superação do prazo razoável por ele fixado para a elaboração da legislação em questão.

Eis o princípio limitador da tese: só é admissível a superação da exigência constitucional de legalidade estrita parlamentar quando existir ordem constitucional de legislar descumprida pelo legislador e quando o legislador permanecer inerte a despeito da declaração da inconstitucionalidade desta omissão pelo Tribunal Constitucional (no caso, o STF) e a despeito da superação do prazo razoável por ele fixado para a elaboração da legislação em questão. Pode-se limitar

²¹² Ampliações de direitos não precisam ser expressas, inclusive pela autorização expressa do julgamento por analogia, a qual, junto com a interpretação extensiva, por força do princípio da isonomia, que demanda igual tratamento a situações equivalentes e idênticas (analogia e interpretação extensiva), respectivamente.

ainda mais a tese admitindo-se tal superação da legalidade estrita apenas para ordens constitucionais *expressas* de criminalização, para fazê-lo apenas em hipóteses em que haja *certeza absoluta* de que há tal dever constitucional de legislar, “certeza absoluta” esta decorrente de texto constitucional expresso, afastando-se polêmicas sobre a eventual existência de *mandado de criminalização implícito* no caso concreto em julgamento (embora, no caso desta ação, tenhamos ordens constitucionais expressas – punição criminal do racismo ou, subsidiariamente, a discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, respectivamente).

Por outro lado, a determinação pela Corte de que se aplique uma lei já existente para o cumprimento da ordem constitucional de legislar criminalmente enquanto o Parlamento não o faz é medida que prestigia o Legislativo por se usar um parâmetro por ele já criado para situações equivalentes àquela em questão ou, no caso de projetos de lei, usar como parâmetro proposição feita por representante direto do povo, razão pela qual, considerando que a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo, **requer-se** seja determinada a aplicação da Lei de Racismo (atual Lei n.º 7.716/89 e outra(s) que venha(m) a eventualmente substituí-la) até que o Congresso Nacional cumpra seu dever constitucional de legislar criminalmente para punir de forma específica todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das *ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima* (sendo que, se configuradas a homofobia e a transfobia como espécies do gênero racismo, então dita criminalização específica *deverá* ser feita da mesma forma que aquela feita para as outras formas de racismo reconhecidas pela legislação respectiva).

Por fim, pede-se *venia* para se repetir o quanto afirmado sobre a acusação de ***ativismo judicial*** relativamente ao que aqui se propõe: ainda que se o compreenda como uma atuação da Corte em temas sobre os quais, *a princípio*, deveriam atuar os demais *poderes*, entendemos aqui como pertinente a fórmula do **Ministro Celso de Mello**, segundo a qual “*Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade*”, donde “*Esse protagonismo do Poder Judiciário, fortalecido pelo monopólio da última palavra de que dispõe o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (MS 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), nada mais representa senão o resultado da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao próprio Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram no domínio social e na arena política, considerado o relevantíssimo papel que se lhes cometeu, notadamente a esta Suprema Corte, em tema de jurisdição constitucional*”²¹³. **Logo, plenamente constitucionais e necessárias atuações pró-ativas desta Suprema Corte para criar a normatização geral e abstrata necessária ao cumprimento das ordens constitucionais de legislar caso o Parlamento se recuse a**

²¹³ STF, ADPF n.º 132 e ADIn n.º 4277. G.n.

respeitar a supremacia constitucional mediante sua inércia em elaborar tal normatização - o que também se aplica aos mandados de criminalização, por ser isto inerente à juridicidade positiva (aos efeitos jurídicos positivos) de quaisquer ordens constitucionais de legislar, donde também às relativas a temas criminais/penais. Afinal, a *função jurisdicional da jurisdição constitucional* demanda por tal em um texto constitucional dirigente e em um país cujo contexto aponta para um Parlamento que se recusa sistematicamente a cumprir as ordens constitucionais de legislar.

Assim, **requer-se** seja determinada a aplicação da Lei de Racismo (atual Lei n.º 7.716/89 e outra(s) que venha(m) a eventualmente substituí-la) para punição específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das *ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima*, até que o Congresso Nacional cumpra seu dever constitucional de legislar criminalmente para punir tais condutas.

6.2.4. FIXAÇÃO DO DEVER ESTATAL DE INDENIZAR VÍTIMAS DE HOMOFOBIA E TRANSFOBIA ENQUANTO TAIS CONDUTAS NÃO FOREM CRIMINALIZADAS.

Declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional, e independentemente de esta Corte efetivamente criar a criminalização da homofobia e da transfobia ou do Congresso Nacional cumprir tal mister após cientificado/intimado pela Corte a tanto, deverá ser fixada a **responsabilidade civil do Estado** a indenizar por danos morais, materiais e estéticos²¹⁴ todas as vítimas de crimes motivados pela orientação sexual ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, no mínimo enquanto não for criada a referida criminalização específica.

Com efeito, é preciso que se reconheça a existência de **mecanismos sancionatórios decorrentes da prática da inconstitucionalidade que punam o Estado por sua omissão inconstitucional**, tanto para se tentar coagi-lo, de alguma forma, a eventualmente cumprir com seu dever constitucional de legislar, quanto para que **o Estado seja responsabilizado pelos danos que sua omissão ajudou a perpetrar, no caso, pela ausência de legislação criminalizadora da homofobia e da transfobia estar notoriamente gerando um nefasto inconsciente coletivo segundo o qual haveria um pseudo “direito” a se ofender, agredir, ameaças e discriminar pessoas LGBT pelo fato de a homofobia e a transfobia não serem expressamente criminalizadas...**

Sobre o tema, há **forte doutrina** no sentido do cabimento de tal responsabilização civil do Estado por sua omissão inconstitucional.

²¹⁴ Cf. Súmula n.º 387 do STJ, segundo a qual “*É lícita a cumulação das indenizações por dano moral e dano estético*” (jurisprudência dominante, logo aplicável para admitir o dano estético como terceiro gênero, independente do dano moral e do dano material).

Para **Flavia Piovesan**²¹⁵, “nada obsta o ajuizamento de ação de responsabilidade civil contra o Estado, quando do advento de uma inconstitucionalidade. A respeito, afirma **Jorge Miranda**: ‘A inconstitucionalidade pode constituir uma relação jurídica obrigacional entre o Estado e um particular que, por causa deste ato, tenha seu direito ou interesse ofendido e sofra um prejuízo passível (mesmo se não patrimonial) da avaliação pecuniária. (...) Sob o prisma da ilicitude, a inconstitucionalidade será um pressuposto de responsabilidade civil a acrescer a outros, entre os quais um específico **dever de atuação (ou de não atuação) por parte do Estado. A par da responsabilidade por atos inconstitucionais, e mais ou menos conexa com ela, pode haver responsabilidade civil do Estado por omissões inconstitucionais, máxime por omissões legislativas**’”, donde concluir a autora, com base ainda na lição de **Luiz Alberto David Araujo**, infra transcrita, que “Nesta visão, **configurada a omissão, é cabível o ajuizamento de ação de perdas e danos contra a pessoa jurídica de direito público, responsável pela omissão**”.

Segundo **Luiz Alberto David Araujo**²¹⁶, que, como visto, também embasou a lição de Flavia Piovesan, “A declaração judicial da omissão implica no reconhecimento de dano a pessoa ou grupo de pessoas prejudicadas. Estamos diante de uma obrigação descumprida por uma pessoa de direito público, no caso, o Poder Legislativo da União Federal e, por outro lado, de titulares de direitos feridos, que sofreram prejuízos pela omissão legislativa, reconhecida através da coisa julgada. [...] Quer entendendo o problema sob o prisma individual, quer sob o metaindividual, duas regras ficam claras: há um **reconhecimento de falta de cumprimento de dever (obrigação) do Poder Legislativo; há um princípio de responsabilização das pessoas de direito público. As duas regras devem ser entendidas dentro da ótica da inafastabilidade do Poder Judiciário, para apreciar lesão ou ameaça de lesão de direito (inc. XXXV do art. 5º)**”.

Para **Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitiero**²¹⁷, “O que pode importar em relação ao passado da declaração de inconstitucionalidade por omissão não está nos atos que, eventualmente, foram constituídos, mas sim nos prejuízos que foram impostos em razão da lei faltante. [...] A omissão do legislador em editar lei imprescindível à realização de direito albergado em norma constitucional ou para a proteção de direito fundamental, ao constituir inconstitucionalidade, representa, igualmente, ilicitude. Reafirmando-se a ideia de que o legislador tem, nestes casos, dever de legislar, surge naturalmente a conclusão de que **o Estado não pode ser visto como irresponsável pelas omissões inconstitucionais**. Supera-se, com isso, o dogma da irresponsabilidade do legislador e complementa-se a estrutura técnico-processual de controle da inconstitucionalidade por omissão, dando-se àqueles que tiveram as suas esferas jurídicas atingidas pela falta de lei o poder de responsabilizar o Estado, que, diante desta ameaça, passa a prestar maior atenção no seu dever de legislar. Dessa forma, **a responsabilização do Estado constitui complemento do sistema jurisdicional de controle da omissão inconstitucional**. A ilicitude, enquanto omissão inconstitucional, requer a presença de específico dever jurídico de agir, o dever de legislar. Sucede que este dever, para ser descumprido, requer a caracterização da mora em legislar, cuja ausência elimina a própria inconstitucionalidade ou ilicitude. [...] Porém, deixa-se claro que a mora não é constituída ou passa a existir com a comunicação do legislador. Declara-se a mora no passado, ou melhor, declara-se que a mora existe desde determinado momento passado, considerando-se o prazo que o legislador tinha para editar a lei. É certo que a inconstitucionalidade por omissão não é suficiente para que o Estado tenha que indenizar. A inconstitucionalidade por omissão, ao englobar os requisitos do dever de

²¹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*, 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 123-124. Segundo a autora, a citação de **Jorge Miranda** foi extraída de: *Manual de direito constitucional*, Coimbra: Ed. Coimbra, 1991, tomo II, p. 375.

²¹⁶ ARAUJO *apud* PIOVESAN, *Op. Cit.*, p. 123.

²¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. MARIONI, Luiz Guilherme. MITIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 1118-1121 e 1124-1125. G.n.

legislar e da mora legislativa, constitui ilicitude, mas essa, para gerar dever de indenizar, pressupõe dano e nexo de causalidade entre a falta de lei e o dano. [...] Para a responsabilização do Estado, assim, é necessário omissão inconstitucional (dever de legislar e mora legislativa), dano e nexo de causalidade entre a falta de lei e o dano. [...] Isso não quer dizer que, quando o STF deixa de fixar o dever de indenizar, esse não possa ser alegado e discutido na ação de ressarcimento. Note-se, aliás, que mediante a ação de ressarcimento chega-se no controle da omissão inconstitucional no caso concreto, demonstrando-se a sua possibilidade e necessidade. [...] Para se dar efeito retroativo à decisão, não importa se esta elaborou, ou não, a norma faltante, mas apenas se há dever de ressarcir como decorrência da omissão inconstitucional. O Estado tem dever de ressarcir os danos que não teriam acontecido caso não tivesse se mantido inerte. [...]”.

Excelências, uma ordem constitucional de legislar, como norma jurídica que é, não pode ser considerada um mero conselho despido de imperatividade jurídica também relativamente à imposição (positiva) que consagra, donde esta Suprema Corte deve impor consequências jurídicas oriundas do descumprimento de tal ordem constitucional, ou seja, impor consequências jurídicas oriundas do menosprezo à supremacia constitucional inerente ao não-cumprimento das ordens constitucionais de legislar.

Afinal, a responsabilidade civil do Estado é objetiva (*art. 37, §6º, da CF/88*), sendo que o dispositivo constitucional que isto estabelece não distingue a responsabilidade *por ação* da responsabilidade *por omissão*, donde a omissão inconstitucional também deve gerar a caracterização de responsabilidade objetiva do Estado Brasileiro.

Nesse sentido, principalmente se a Corte entender que não poderia superar a legalidade estrita para criminalização de condutas para cumprir a vontade constitucional oriunda do caráter dirigente das ordens constitucionais de criminalização a despeito de ter superado a legalidade estrita que entendeu existir para a regulamentação da greve dos servidores públicos civis e para a regulamentação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, mas independente disso (logo, ainda que exerça a função legislativa atípica aqui defendida), o mínimo que a Corte deverá reconhecer a responsabilidade civil do Estado Brasileiro pela sua omissão inconstitucional na criminalização específica das ofensas (individuais e coletivas), agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima. São pedidos que podem (e devem) ser julgados procedentes concomitantemente, mas **o mínimo que se deve fazer é o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado Brasileiro pelas consequências da sua omissão inconstitucional.**

Logo, considerando que a omissão inconstitucional do Congresso Nacional tem gerado uma nefasta sensação a homofóbicos e transfóbicos em geral de que eles teriam um pseudo “direito” de ofender, agredir, ameaçar e discriminar pessoas LGBT unicamente por sua orientação sexual e/ou identidade de gênero, tem-se que **o Estado Brasileiro encontra-se conivente com a homofobia e a transfobia que nefastamente assolam a sociedade, razão pela qual requer-se seja fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro em indenizar vítimas de tais crimes quando provado nas ações de indenização que tais crimes foram motivados**

pela orientação sexual e/ou pela identidade de gênero das mesmas. Afinal, ter-se-á como configurada *omissão* do Estado [“conduta omissiva”; ausência de ação que deveria ter sido tomada] relativamente a ato que já deveria ter elaborado (legislação criminal tipificadora da homofobia e da transfobia como crimes), causadora em homofóbicos e transfóbicos em geral a sensação de que teriam um pseudo “direito” de ofender, agredir, ameaçar e discriminar pessoas em razão de sua orientação sexual e/ou de sua identidade de gênero, donde configurado também o *nexo causal* entre a omissão do Estado na criminalização específica de tais condutas e as ofensas, agressões, ameaças e/ou discriminações sofridas por tais pessoas em razão de sua orientação sexual e/ou de sua identidade de gênero. **Ou seja, presentes inclusive todos os requisitos clássicos da configuração da responsabilidade civil do Estado pela não-criminalização específica das ofensas (individuais e coletivas), agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero da vítima,** donde requer-se o reconhecimento de tal responsabilidade civil do Estado nesta hipótese subsidiária.

Assim, requer-se seja fixado o dever estatal de indenizar vítimas de homofobia e transfobia que provem a motivação homofóbica/transfóbica da ofensa, agressão, ameaça e/ou discriminação sofrida, bem com de qualquer outra ação homofóbica/transfóbica de que tenha sido vítima (sendo que, no caso de homicídios, quando os herdeiros provarem a motivação homofóbica/transfóbica respectiva), e isso imediatamente, como consequência lógica/imediata do reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso Nacional em referida criminalização, já que já deveria ter sido elaborada a legislação criminal respectiva. Mas, subsidiariamente, caso se entenda que isso não seria possível, então requer-se seja fixada tal responsabilidade civil do Estado desde o reconhecimento de sua mora inconstitucional, ou, ainda subsidiariamente, após transcorrido o prazo fixado pela Corte para o Congresso Nacional criminalizar a homofobia e a transfobia, como forma de puni-lo por esta nova inércia e pelo desrespeito à autoridade da decisão desta Suprema Corte.

7. “RÉPLICA” ÀS MANIFESTAÇÕES CONTRÁRIAS DE SENADO, CÂMARA, UNIÃO E PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA NO MANDADO DE INJUNÇÃO 4733. Inaplicabilidade do entendimento esposado pelo Nobre Relator do MI 4733 no presente caso.

Como se sabe, a ABGLT (Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais) impetrou o Mandado de Injunção n.º 4733, também representada pelo advogado signatário, no qual formulou os mesmos pedidos aqui constantes pela equivalência (aqui defendida) das decisões do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Na mesma, foram apresentadas manifestações contrárias pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pela União Federal e pela Procuradoria-Geral da República – embora esta tenha defendido o conceito de *racismo social* para defender que a homofobia e a transfobia já constituir crime à luz da palavra *raça* constante da Lei n.º 7.716/89, com o que evidentemente se concorda,

mas é necessário que pelo menos a maioria do Supremo Tribunal Federal afirme em decisão de efeito vinculante e eficácia *erga omnes* para que isso se consolide em nosso país.

Nesse sentido, cabe refutar as alegações por eles apresentadas (que não se dignaram a enfrentar nenhum dos argumentos jurídicos apresentados na petição inicial daquele processo e, portanto, nesta peça), a saber:

(i) a afirmação de que não haveria ordem constitucional de punir a homofobia e a transfobia ignora toda a argumentação daquela (e desta) exordial que comprovou que elas se enquadram no conceito ontológico de racismo e/ou de discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais, donde efetivamente existente referida ordem constitucional de legislar;

(ii) a afirmação de que não haveria mora inconstitucional porque o tema está sendo discutido no Congresso ignora a jurisprudência do STF no sentido de que a mera existência de projeto de lei não afasta a mora (cf., *v.g.*, STF, MI n.º 361-1/RJ e ADInO n.º 3682/MT);

(iii) a afirmação de que homofobia não seria racismo, mas fenômeno distinto embora relacionado (ambas no gênero discriminações ilícitas, mas não sendo homofobia e transfobia racismo) pelo fato de o STF não ter apontado expressamente que elas se enquadram no conceito de racismo adota um conveniente simplismo coerentemente apenas com a superada *Escola da Exegese* o qual só considera como racismo aquilo que o STF assim expressamente designou no HC 82.424/RS, ignorando (ou fechando os olhos para) o fato de que no próprio trecho transcrito por uma destas manifestações o STF fala em racismo como discriminação por cor de pele, sexo, condição econômica, origem, *etc* (o “etc” está expresso na citada decisão – cf. pp. 18 e 51 desta exordial, que se reporta à p. 28 do voto do Ministro Maurício Correa no citado julgado), o que significa que o próprio STF admitiu outras formas de racismo que não as expressamente citadas no acórdão, donde pertinente o enquadramento da homofobia e da transfobia no conceito ontológico ali fixado, segundo o qual racismo é toda ideologia que pregue a inferioridade de um grupo relativo a outro, como a homofobia e a transfobia fazem contra LGBT relativamente a heterossexuais cisgêneros;

(iv) a afirmação de que já há punição legal à homofobia e à transfobia no Código Penal bem como a afirmação de que a invocação, pela petição inicial, de que a proibição de proteção deficiente denota que já há alguma proteção para, assim, concluir-se que seria “exagerado” dizer que estariam inviabilizados os direitos e liberdades de LGBTs pela ausência de criminalização **não enfrenta nenhum dos argumentos da exordial**, no sentido de que a enormidade de violências e ofensas a pessoas LGBT em geral na atualidade caracteriza verdadeira *banalidade do mal homofóbico* de sorte a efetivamente restarem inviabilizados, ao menos materialmente, tais direitos pelo pavor contínuo que as pessoas LGBT sentem atualmente de serem assim identificadas nas ruas (como LGBT) – cf. item 4 desta ação, pp. 33-48;

(v) a afirmação de que sentenças aditivas não poderiam ser usadas em mandados de criminalização pela necessidade de legalidade estrita para a legislação penal não enfrenta a argumentação da exordial sobre a pertinência da *troca de sujeito* para que o STF possa fazê-lo, na medida em que referida argumentação enfrentou o tema da legalidade estrita para afirmar que, para que a ordem constitucional de legislar (criminal ou não) não vire mero conselho despido de imperatividade jurídica no que tange a seu aspecto positivo (a vontade constitucional de que seja aprovada a lei em questão) é necessário que, caso o Congresso não legisle apesar de cientificado pelo STF a tanto, ao Tribunal cabe a elaboração de tal legislação, em função legislativa atípica (como o Tribunal reconheceu que assumiu no julgamento do MI 670, 708 e 712, consoante demonstrado no item 6.2.1 desta exordial [pp. 61-72] – e, se o STF pôde fazê-lo para regulamentar a greve do serviço público civil, superando a exigência absoluta de legislação que entendeu existir aqui (v.g., MI n.º 20), pode fazê-lo também para dar cumprimento a ordens constitucionais de legislar tendo em vista que o Direito Penal não está acima dos demais ramos do Direito e, portanto, a reserva legal penal não é uma reserva legal superior às demais reservas legais – reserva legal é reserva legal, donde, superada uma para dar efetividade à eficácia positiva da ordem constitucional de legislar, a outra [penal] pode ser superada pelas mesmas razões) – cf. item 6.2.3 da exordial, pp. 80-88;

(vi) a afirmação de que não caberia responsabilidade civil do Estado por ausentes seus pressupostos não merece ser considerada porque tal afirmação não foi sequer desenvolvida, mas apenas citada, ao contrário da petição inicial, que demonstrou a presença de todos os requisitos necessários para a configuração da responsabilidade civil no presente caso... (cf. item 6.2.4 desta exordial, pp. 88-91).

Logo, se houver manifestação de tais pessoas jurídicas também neste processo, *requer-se* que se as intime para enfrentar os argumentos concretos desta ação. É o mínimo que exige a boa-fé argumentativa.

Note-se, por fim, que o Mandado de Injunção n.º 4733 foi extinto sob o fundamento de que não seria possível a impetração de mandado de injunção fora da hipótese de pleito por direitos subjetivos, o que é inaplicável deste caso. Não obstante o equívoco dessa posição do Nobre Relator do MI n.º 4733, devidamente impugnada por agravo regimental que pende de julgamento, fato é que sua decisão é inaplicável neste caso, porque é incontestavelmente cabível uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão relativamente a toda e qualquer ordem constitucional de legislar, donde a discussão sobre o cabimento da ação não cabe aqui.

8. DOS PEDIDOS.

Ante o exposto, *requer-se* o regular recebimento, processamento e conhecimento da presente ação para que seja ela julgada totalmente procedente para que:

a) seja reconhecido que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de *racismo* (STF, HC n.º 82.424/RS), de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar o racismo constante do **art. 5º, inc. XLII**, da CF/88, já que elas inferiorizam pessoas LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras (que se identificam com o gênero socialmente atribuído a elas), ou, **subsidiariamente**, reconhecê-las como *discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais*, de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar constante do **art. 5º, inc. XLI**, da CF/88, especialmente porque a não-criminalização de tais condutas] caracteriza-se, no atual contexto social brasileiro, uma **proteção deficiente** do Estado Brasileiro que faticamente restringe tais direitos fundamentais da população LGBT, a caracterizar **inconstitucionalidade por afronta ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente**, por tais nefastas condutas se enquadrarem como condutas intolerantes que geram ofensas, agressões, discriminações, discursos de ódio, a conduta de “praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou à discriminação” por orientação sexual e/ou por identidade de gênero, real ou suposta, da vítima e/ou homicídios por conta de tais motivações homofóbicas/transfóbicas;

b) seja **declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia, a saber, da criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, determinando-se que ele aprove legislação criminal que puna, de forma específica, especialmente (mas não exclusivamente) a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de “praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação” por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa - sendo que, quanto aos discursos ofensivos, criminalização específica tanto das ofensas individualizadas (injúrias) quanto às ofensas contra a coletividade de pessoas por sua orientação sexual ou sua identidade de gênero (“injúrias coletivas”), pois, como supra demonstrado, liberdade de expressão não garante um pseudo “direito” a discursos de ódio, a ofensas e/ou à incitação ao preconceito e/ou à discriminação, donde requer-se seja determinada a criminalização específica de tais condutas, por ser esta a medida constitucionalmente adequada ao texto e ao contexto brasileiros. Procedente o pedido visto terem se passado **mais de vinte e cinco anos** desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 sem tal criminalização, ou mesmo pelo lapso de **mais de doze anos** entre a propositura de projeto de lei na Câmara dos Deputados (PL n.º 5003/2001, convertido em PLC n.º 122/2006 no Senado Federal) para efetivar tal criminalização sem que nada tenha sido aprovado no Congresso Nacional desde então acerca do tema, ou, no mínimo, **mais de sete anos** de debates somente no Senado Federal acerca do tema, inclusive com audiências públicas (sendo que já houve aproximadamente cinco anos antes disso de debates na Câmara dos Deputados), donde superado qualquer prazo razoável de debates acerca do tema no**

Congresso Nacional, de sorte a possibilitar a caracterização da mora inconstitucional do mesmo acerca do tema;

c) cumulativamente, seja **fixado prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, legislação criminal esta que puna, de forma específica, especialmente (mas não exclusivamente) a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de “praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou à discriminação” por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa**, sugerindo-se aqui o prazo de um ano já que o Congresso Nacional debate o tema há aproximadamente doze anos, donde tem o dever de chegar a uma conclusão sobre a forma de efetivar tal criminalização específica, respeitando-se a compreensão da homofobia e da transfobia como racismo ou, subsidiariamente, como discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais, nos termos desta ação;

d) caso transcorra o prazo fixado por esta Suprema Corte sem que o Congresso Nacional efetive a criminalização/punição criminal específica citada ou caso esta Corte entenda desnecessária a fixação deste prazo, **[requer-se] sejam efetivamente tipificadas a homofobia e a transfobia como crime(s) específico(s) por decisão desta Suprema Corte, por troca de sujeito e atividade legislativa atípica da Corte, ante a inércia inconstitucional do Parlamento em fazê-lo, de sorte a dar cumprimento da ordem constitucional de punir criminalmente a homofobia e a transfobia (inclusive em sua teleologia-sistêmica e sua lógica)**, superando-se a exigência de legalidade estrita parlamentar da mesma forma que esta Corte a superou ao exercer ação legislativa/normativa em sentido estrito ao regulamentar a greve dos servidores públicos civis (cf. a *ratio decidendi* da decisão do STF nos MI n.º 670, 708 e 712) e como iria fazer para regulamentar o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço caso o Congresso não tivesse aprovado a lei respectiva antes que a Corte o fizesse (para, assim, garantir a imperatividade positiva das ordens constitucionais de legislar e da decisão desta Suprema Corte), **mediante:**

d.1) a inclusão da criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente), das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima na **Lei de Racismo (Lei n.º 7.716/89) ou em outra lei que venha a substituí-la**, determinando-se a aplicação da referida lei (e outra que eventualmente a substitua) para punir tais atos até que o Congresso Nacional se digne a criminalizar tais condutas, pois isto inclusive prestigia o Parlamento por se usar uma lei por ele aprovada para suprir a omissão inconstitucional do mesmo acerca do tema, ou, **subsidiariamente,**

d.2) efetivando a tipificação criminal/criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não

exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero (real ou suposta) da vítima, legislação criminal esta que puna, de forma específica, especialmente (mas não exclusivamente) a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de “praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou à discriminação” por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa, da forma que esta Suprema Corte julgar mais pertinente/adequada em termos constitucionais, na medida em que essa atividade normativa pura é o que a Corte iria realizar quando estava prestes a normatizar o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (o que não fez porque o Congresso Nacional, após a Corte afirmar que iria regulamentar normativamente o tema, finalmente cumpriu seu encargo constitucional e elaborou a legislação respectiva);

d.3) **requer-se, ainda**, seja fixada a **responsabilidade civil do Estado Brasileiro**, inclusive dos parlamentares responsáveis pela inércia inconstitucional do Estado como devedores solidários por serem eles os efetivamente responsáveis por tal inércia, ante a responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, §6º, da CF/88) em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) de ofensas (individuais e coletivas), agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima (e dos herdeiros, em caso de homicídios), pois considerando que a omissão inconstitucional do Congresso Nacional tem gerado uma nefasta sensação a homofóbicos e transfóbicos em geral de que eles teriam um pseudo “direito” de ofender, agredir, ameaçar e discriminar pessoas LGBT unicamente por sua orientação sexual e/ou identidade de gênero, tem-se que **o Estado Brasileiro encontra-se conivente com a homofobia e a transfobia que nefastamente assolam a sociedade**, pois configurada *omissão* [“conduta omissiva”] do Estado relativamente a ato que deveria elaborar (legislação criminal tipificadora da homofobia e da transfobia como crimes), donde configurado também o *nexo causal* entre a omissão do Estado na criminalização específica de tais condutas e as ofensas, agressões e/ou discriminações sofridas por tais pessoas em razão de sua orientação sexual e/ou de sua identidade de gênero. **Requer-se** seja fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro desde que caracterizada a sua mora inconstitucional em criminalizar a homofobia e a transfobia, inclusive a fatos pretéritos a tal mora inconstitucional ou, subsidiariamente, ao menos dali em diante ou, subsidiariamente, ao menos após fixado o prazo fixado pela Corte ao Congresso Nacional efetivar tal criminalização, e que se reconheça que tal responsabilidade persistirá até que a legislação criminalizadora aqui referida entre em vigor.

Protesta provar o alegado por todos os meios em Direito admitidos, sem exceção, em especial por prova documental (pesquisas, pareceres, artigos acadêmicos etc), eventual realização de audiência pública caso esta Suprema Corte julgue necessário e todas as demais que se façam necessárias ao justo deslinde da presente ação.

Por fim, na longínqua hipótese de ser negado provimento ao presente recurso, no que não se acredita e se aventa unicamente por força do

princípio da eventualidade, e lembrando-se que a manifestação expressa sobre as alegações jurídicas da parte é corolário do **direito fundamental ao contraditório material**, por este conceder o direito não só de se manifestar, mas de ter suas considerações levadas em consideração pelo Judiciário (cf. Gilmar Ferreira Mendes, in STF, RE n.º 492.783 AgR²¹⁸, MS n.º 24.268²¹⁹, e Lenio Luiz Streck²²⁰), requer-se o ***PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO***:

(i) do art. 5º, inc. XLII, da CF/88, relativamente ao dever constitucional de criminalizar todas as formas de racismo, donde sendo a homofobia e a transfobia espécies do gênero *racismo* consoante o conceito jurídico-constitucional de racismo fixado por esta Suprema Corte no HC n.º 82.424/RS, tem-se por caracterizada mora inconstitucional do Congresso Nacional em criminalizar a homofobia e a transfobia como espécies do gênero racismo;

(ii) do art. 5º, inc. XLI, da CF/88, no sentido de que, não entendidas a homofobia e a transfobia como espécies do gênero racismo, sendo elas enquadradas como *discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais* da população LGBT, tem-se por caracterizada a mora inconstitucional do Congresso Nacional em puni-las criminalmente, por força do dever de proteção eficiente oriundo do princípio da proporcionalidade aplicado ao caso;

(iii) do princípio da proporcionalidade (*implícito ao devido processo legal*) na aceção da **proibição de proteção deficiente**, implícito ao devido processo legal substantivo, na medida em que a situação de violência, ofensas, ameaças e discriminações contra a população LGBT na atualidade demonstra que o Estado Brasileiro não está garantindo uma *proteção eficiente* à população LGBT, o que demanda pela aprovação de uma legislação que criminalize a homofobia e a transfobia em nosso país;

(iv) do fato de que um **Direito Penal constitucionalmente adequado a um texto constitucional dirigente que determina a criminalização de condutas e demanda pela proteção eficiente** da população – logo, também da população LGBT – não demanda “apenas” a limitação do *jus puniendi* estatal, mas demanda pela criminalização de condutas quando isto seja necessário à proteção da população em questão;

²¹⁸ Segundo o qual o direito fundamental ao contraditório substantivo “*não se resum[e] a simples direito, da parte, de manifestação e informação no processo, mas também à garantia de que seus argumentos serão analisados pelo órgão julgador, bem assim o de ser ouvido em matéria jurídica*”.

²¹⁹ No qual demonstrou-se que o direito fundamental ao contraditório supõe o *direito de ver seus argumentos considerados* (“*Recht auf Berücksichtigung*”), o que faz com base na doutrina alemã de Dürig/ Assmann, no sentido de que o *dever do magistrado de conferir atenção ao direito das partes não envolve apenas a obrigação de tomar conhecimento* (“*Kenntnisnahmepflicht*”), mas também a de *considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas* (“*Erwägungspflicht*”), donde afirmou-se que “*O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica*” (cf. STF, MS n.º 24.268) [o que só pode ser aferido com certeza e segurança com o enfrentamento destas razões apresentadas], tendo em vista que, como bem demonstrado pelo Tribunal Constitucional Alemão, a pretensão à tutela jurídica (“*Anspruch auf rechtliches Gehör*”) envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o **direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar** – in Decisão da Corte Constitucional Alemã – BverfGE 70, 288-293.

²²⁰ In: STRECK, Lenio Luiz. VERDADE E CONSENSO. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito, 3ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, pp. 557-558.

(v) da vontade constitucional inerente às ordens constitucionais de legislar e por estas não poderem ser consideradas meros conselhos despidos de imperatividade também em seu aspecto positivo (ou seja, na parte em que ordenam que a legislação seja elaborada), que demandam:

(v.1) pela declaração da mora inconstitucional do Congresso Nacional no presente caso, por ele não ter criminalizado a homofobia e a transfobia como deveria;

(v.2) pela elaboração da normatização (inclusive criminal) por esta Suprema Corte ou outro órgão que ela julgue competente para tanto no caso de persistir a inércia inconstitucional do Congresso Nacional após cientificado de sua mora inconstitucional, já que a vontade constitucional inerente às ordens constitucionais de legislar demandam pela aprovação da legislação em questão, preferencialmente pelo Parlamento, mas também pela Suprema Corte ou outro órgão que ela julgue competente para tanto caso o Parlamento se recuse a cumprir o que a Constituição lhe impôs.

(v.3) acerca da necessidade da **responsabilização civil do Estado Brasileiro** por todos os danos materiais, morais e estéticos²²¹ que sofram as pessoas vítimas de homofobia e transfobia enquanto não-criminalizadas a homofobia e a transfobia, inclusive dos parlamentares responsáveis pela inércia inconstitucional do Estado como devedores solidários por serem eles os efetivamente responsáveis por tal inércia, ante a responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, §6º, da CF/88) em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia, por esta inércia estatal em garantir proteção eficiente à população LGBT denotar conviência do Estado Brasileiro com a violência cometida contra referida população em nosso país.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Termos em que,
Pede e Espera Deferimento.
De São Paulo para Brasília, 19 de dezembro de 2013.

Paulo Roberto Iotti Vecchiatti
OAB/SP n.º 242.668

²²¹ Cf. Súmula n.º 387 do STJ, segundo a qual “É lícita a cumulação das indenizações por dano moral e dano estético” (jurisprudência dominante, logo aplicável para admitir o dano estético como terceiro gênero, independente do dano moral e do dano material).