

Banks

## EXMO. SR. DR. MINISTRO RELATOR DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº. 26/DF — CELSO DE MELLO

Ref.: ADO 26

**ASSOCIAÇÃO EDUARDO BANKS** (nome de *fantasia* de **ANTIGA E ILUMINADA SOCIEDADE BANKSIANA**), associação civil sem fins lucrativos, com atividades nas áreas artísticas e culturais, inscrita no CNPJ-MF sob o nº. 09.296.442/0001-00 e no RCPJ/RJ sob o número de matrícula 227.020 (Diário Oficial do Município de 27 de dezembro de 2007, fl. 121), com sede nesta Capital, à Rua Agenor Moreira nº. 62 (casa), Andaraí, CEP 20541-130 RJ, neste ato representada por seu Presidente, nos termos dos artigos 3º., inciso V e 25, inciso I do Estatuto Social, vem por seu advogado infrafirmado, forte no artigo 7º., § 2º da Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999, e no artigo 50 do Código de Processo Civil, requerer a sua admissão como *amicus curiae* nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão impetrada pelo **Partido Popular Socialista (PPS)**, que visa a criminalização da “homofobia” e da “transfobia”, pelos fatos e fundamentos que passa apresentar.

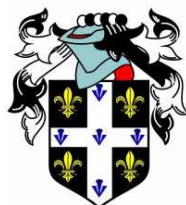
1

### I — BREVE INTRODUÇÃO

A Lei nº. 9.868/99, que disciplina o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI/ADO) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) perante o Supremo Tribunal Federal introduziu no Brasil a figura do *amicus curiae*, de origem norte-americana (art. 7º, § 2º).

Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana

Rua Agenor Moreira nº 62 (casa) Andaraí  
CNPJ-MF 09.296.442/0001-00 / RCPJ matrícula 227.020



Banks

A introdução do instituto do *amicus curiae* teve um propósito muito claro: democratizar o julgamento de processos objetivos, abrindo as portas do Supremo Tribunal Federal para que a sociedade civil, destinatária da decisão, possa trazer argumentos e ressaltar à Corte questões relevantes, de modo a permitir que o julgamento seja abrangente e analise todas as dimensões envolvidas e as conseqüências que dele podem advir.

A aceitação da manifestação de interessados em processos objetivos traz ínsita a idéia de que a interpretação constitucional deve ser aberta e plural. Esse esforço de democratização do processo de interpretação constitucional é extremamente importante no contexto atual, na medida em que diminui o risco de questionamentos sobre a legitimidade democrática do STF e torna a Corte, efetivamente, um fórum de debate da *razão pública*.

É nesse contexto que se deve analisar esta petição. A **Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana** quer contribuir para a discussão em torno da pretensa inconstitucionalidade por omissão em sede penal (não criminalização da *homofobia* e da *transfobia*), fornecendo subsídios para que o Supremo Tribunal Federal possa proclamar a decisão que se mostre mais consentânea com o momento histórico que o País atravessa, de afirmação e respeito dos direitos fundamentais em um ambiente democrático.

2

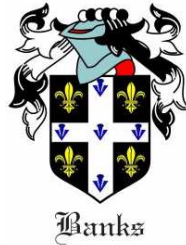
## **II — A REPRESENTATIVIDADE DA ANTIGA E ILUMINADA SOCIEDADE BANKSIANA PARA PARTICIPAR COMO *AMICUS CURIAE***

A Lei nº. 9.868/99 estabeleceu, no § 2º do artigo 7º, dois requisitos para a admissão do *amicus curiae* no âmbito de Ações Diretas de Inconstitucionalidade: (1) que a matéria seja relevante; e (2) que o postulante demonstre ter representatividade.

A **Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana** (fundada em 2006 sob denominação de “**Associação Eduardo Banks**”) passa a demonstrar que a matéria debatida é relevante e que possui representatividade que justifiquem o deferimento do seu pedido de ingresso como *amicus curiae*, a exemplo das outras ações de controle concentrado em que já foi admitida, como a ADI 4277 / ADPF 132 e ADI 4815.

Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana

Rua Agenor Moreira nº 62 (casa) Andaraí  
CNPJ-MF 09.296.442/0001-00 / RCPJ matrícula 227.020



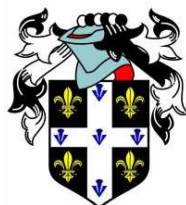
## a) Relevância da matéria discutida e a importância da preservação da sociedade brasileira contra as investidas ditatoriais em Direito Penal

A relevância da matéria discutida nesta ADO 26 é evidente. As omissão apontada como “inconstitucional” diz respeito a importante instituto do Direito Penal, consistente na definição de “racismo”, que o **Partido Popular Socialista** sustenta que deve ser integrada pelos novéis tipos da “homofobia” e da “transfobia”, constituindo a pretensão do **PPS** uma grave tentativa de restringir o *status libertatis* dos cidadãos por ele reputados como “homofóbicos” — entenda-se: líderes religiosos, pessoas de idéias conservadoras e a própria **Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana**, que correria o risco de ser dissolvida judicialmente se a “homofobia” e a “transfobia” fossem crimes, uma vez que a Entidade é visceralmente contrária a qualquer reconhecimento legal dos pretensos “direitos” dos homossexuais, inclusive daqueles nominados “transgêneros” (*travestis e transexuais*).

A intenção declarada do **PPS** é realmente praticar uma **vingança**, instrumentalizada como **perseguição judicial** contra tudo o todos que forem apenas *contrários* à criminalização da “homofobia” e da “transfobia”, tanto que ao postular os seus pedidos, incluiu o item 8 d.3, onde requereu “*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*”, observando a **Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana** que, se tal responsabilização objetiva e solidária fosse aceita, também não escapariam as **igrejas** e **entidades** como a própria **AISB** que fazem “*lobby*” junto ao Congresso Nacional para retardar ou impedir a aprovação do PLC 122/2006.

Mais um pouco, seria possível conceber até mesmo a responsabilização solidária dos **Ministros do Supremo Tribunal Federal** que porventura **votem pela improcedência** da presente ADO, ao lado da dos congressistas!

O **PPS** quer que o Supremo Tribunal Federal **legisle** em **Direito Penal**, criando norma incriminadora por **analogia**, decerto confiando-se na recente decisão na ADI 4277 / ADPF 132 (**por sinal, de**



Banks

eficácia sobrestada pela Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana, que opôs **Embargos de Declaração** em face do Acórdão que reconheceu a “união estável” entre pessoas do mesmo sexo), e esperando que o Excelso Pretório novamente aja como legislador positivo, e não como mero intérprete e guardião da Constituição Federal, como lhe compete nos termos do artigo 102, *caput* da *Lex Fundamentalis*.

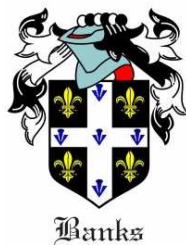
Toda a alegação do PPS se subsume à tese de que uma vez que a Constituição Federal consagra a “igualdade” no artigo 5º., *caput* (“todos são iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza”), no chamado “princípio da isonomia”, e que os “*homossexuais*” (palavra viciada por *hibridismo* de termos gregos e latinos, que só por ser consagrada pelo uso se repete) teriam igualdade de direito com as pessoas normais, esta igualdade (que realmente existe, no plano do exercício dos direitos inerentes à cidadania, como o voto e o acesso aos cargos públicos) teria que se estender ao **Direito Penal**, a ponto de se autorizar a **criação de norma penal em sede de controle concentrado**, cerceando a liberdade dos cidadãos (art. 5º., inciso II da Constituição Federal) e o Princípio da Anterioridade da Lei (art. 1º do Código Penal e art. 5º., incisos XXXIX e XL da Constituição Federal).

4

### **b) Inequívoca representatividade da Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana**

A **Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana** é uma entidade do Terceiro Setor, constituída como associação civil sem fins lucrativos, com Estatuto Social aprovado e registrado no Registro Civil de Pessoas Jurídicas (RCPJ) do Município do Rio de Janeiro (RJ) sob o nº. 227.020 em **26 de dezembro de 2007**, e inscrição no CNPJ/MF sob o nº. 09.296.442/0001-00, portanto, existe há mais de 6 (seis) anos como pessoa jurídica regularmente constituída.

Sua missão institucional primeira é propagar e difundir os ideais do Filósofo, Dramaturgo e Compositor **Eduardo Banks**, o qual sempre se dedicou a impugnar, contestar e combater qualquer iniciativa que implique no reconhecimento de “direitos” aos homossexuais enquanto tais, diferenciando-os da população sadia.



Banks

Trata-se, portanto, de **pessoa pública**, cuja atuação vem ao encontro da defesa de uma sociedade rigidamente hierarquizada e dos valores familiares assentes no **casamento entre homem e mulher**, da qual a Associação postulante se orgulha de ter como Patrono e Presidente de Honra.

Dentre os inúmeros lances do pugilo do Filósofo **Eduardo Banks** contra a escalada do *uranismo* na sociedade (que ele entende ser uma radicalização do *nihilismo*, na esteira dos ensinamentos de **Nietzsche**), avulta justamente a deflagração, mediante representação por ele próprio dirigida ao Exmo. Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, da **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 0017774-24.2012.8.19.0000**, que tem por objeto a Lei Estadual do Rio de Janeiro nº. 3.406, de 15 de Maio de 2000 e o seu respectivo Decreto regulamentador, de nº. 29.774, de 11 de Novembro de 2001, os quais penalizam a “discriminação” por *orientação sexual* no âmbito do Estado do Rio de Janeiro; esta ADI Estadual (ou *Representação de Inconstitucionalidade*, segundo a dicção do § 2º do art. 125 da Constituição Federal), afinal julgada **procedente** para pelo Colendo **Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ)**, sob a relatoria da Eminente Desembargadora **Nilza Bittar**, em julgamento majoritário publicado no Diário da Justiça Eletrônico (RJ) de **8 de Março de 2013**, com a decretação da **inconstitucionalidade** da primeira Lei Estadual a punir a “discriminação” ou o “preconceito” contra os homossexuais.

5

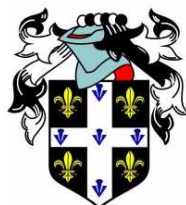
E nesta ADI Estadual, a **Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana** também postulou a sua habilitação como *amicus curiae*.

Mais recentemente, o Procurador Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro também deflagrou, a instâncias do Sr. **Eduardo Banks**, a ADI 0067138-28.2013.8.19.0000, tendo por objeto a inconstitucionalidade dos artigos 1º., 2º., 3º e 5º da Lei nº. 3.292, de 7 de Janeiro de 2011, do Município de Nova Friburgo (RJ), QUE TAMBÉM TRATA DE PUNIR A “HOMOFOBIA”, sendo que esta ADI ainda pende de julgamento pelo Órgão Especial do TJERJ.

Antes da propositura destas ADI's, o patrono da **Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana** teve êxito em sensibilizar

Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana

Rua Agenor Moreira nº 62 (casa) Andaraí  
CNPJ-MF 09.296.442/0001-00 / RCPJ matrícula 227.020



Banks

parlamentares do seu Estado para que ingressassem com Representações de Inconstitucionalidade (art. 125, § 2º da Constituição Federal e artigo 162 da Constituição Estadual RJ) contra leis estaduais e municipais que reconheçam o suposto direito ao recebimento de pensões a amásios homossexuais de servidores públicos, ou que proibiam a chamada “discriminação por orientação sexual”.

A atuação do Filósofo **Eduardo Banks** foi determinante para a propositura, pelo Exmo. Sr. Deputado Estadual **Édino Fonseca** (PR-RJ) das Representações de Inconstitucionalidade ns. 2004.007.00166, 2006.007.00066 e 2007.007.00013, todas elas julgadas procedentes pelo Órgão Especial do TJERJ por unanimidade, derrubando respectivamente (1) o § 7º do artigo 1º da Lei Estadual RJ nº. 4.320/2004 que acrescentou o § 7º ao artigo 29 da Lei Estadual RJ nº. 285/79, o qual equiparava à condição de “companheiro” o amásio homossexual de servidor estadual (2) a Lei Municipal de São Gonçalo (RJ) nº. 13, de 13 de janeiro de 2006, que proibia no Município a prática da chamada “discriminação por orientação sexual” e (3) a Lei Municipal de Niterói (RJ) nº. 2.394, de 4 de outubro de 2006, que reconhecia para efeitos previdenciários a “união estável” entre pessoas do mesmo sexo.

6

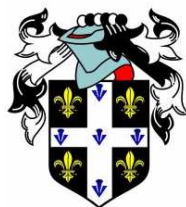
Some-se a isso que o Filósofo **Eduardo Banks** propôs, em **6 de Maio de 2003**, a Ação Popular nº. 2003.001.050626-8, perante a 7ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, visando decretar a nulidade da remessa de verbas públicas para a realização da “Parada do Orgulho Gay”, o que resultou em Acórdão unânime da Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que declarou ser legítimo definir o uranismo (ali denominado “*homossexualidade*”) como uma **doença**, sem que disso possa advir qualquer reproche ou censura.

Leia-se o que diz o Acórdão:

Não se pode negar aos cidadãos heterossexuais o direito de, com base em sua fé religiosa ou em outros princípios éticos e morais, entenderem que **a homossexualidade é um desvio de comportamento, uma doença, ou seja,**

Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana

Rua Agenor Moreira nº 62 (casa) Andaraí  
CNPJ-MF 09.296.442/0001-00 / RCPJ matrícula 227.020



Banks

**algo que cause mal à pessoa humana e à sociedade, devendo ser reprimida e tratada e não divulgada e apoiada pela sociedade.**

**Assim, não se pode negar ao autor o direito de lutar, de forma pacífica, para conter os atos sociais que representem incentivo à prática da homossexualidade e, principalmente, com apoio de entes públicos e, muito menos, com recursos financeiros.**

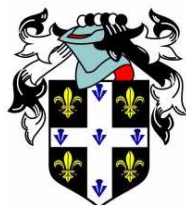
**Trata-se de direito à liberdade de pensamento, de religião e de expressão.**

TJERJ – Décima Primeira Câmara Cível –  
Apelação Cível nº. 2008.001.65473 – Rel.  
Des. CLÁUDIO DE MELLO TAVARES –  
unânime – j. em 01/04/2009 – p. em  
29/04/2009 – grifos nossos.

7

Esta foi uma importante vitória, consagradora da liberdade de expressão e que abriu caminho para que a resistência à promoção do uranismo ganhe corpo, e no caso específico desta Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, fulmina a pretensão do PPS de criminalizar o que chama de “homofobia” e “transfobia”, uma vez que o Poder Judiciário, representado pela **unanimidade** dos Desembargadores da Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro **declarou** que o cidadão pode defender o ponto de vista de que a **homossexualidade é uma DOENÇA e que faz MAL à pessoa humana e à SOCIEDADE**, não se podendo punir criminalmente a qualquer um que isto diga e repita.

Como, então, punir como “crime de homofobia” ou “crime de transfobia”, a conduta reputada como **lícita e suportada constitucionalmente** pelo Poder Judiciário? O PPS pretende criminalizar aquilo que a própria 11ª Câmara Cível do TJERJ entendeu ser genuína liberdade de expressão, dizendo-se que a homossexualidade é uma



Banks

“doença”, afirmativa esta que certamente é considerada pelo Partido requerente como “homofóbica” e “transfóbica”.

A **Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana** vem, precipuamente, difundindo em todo o Brasil que a homossexualidade é uma **doença** ou **desvio de conduta**, ou seja, algo que **causa o mal** à pessoa humana e à **sociedade**, nos precisos termos em que foi autorizada a fazê-lo no Acórdão unânime da lavra do Desembargador Relator **Cláudio de Mello Tavares**, da Décima Primeira Câmara Cível do TJERJ.

Hoje, as manifestações da **Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana** contra o reconhecimento dos “direitos” dos homossexuais, inclusive os memoriais de *amicus curiae* na ADI 4277 / ADPF 132, no MI 4733 e nesta própria ADO 26 estão albergadas pela chancela da **liberdade de opinião e de expressão** (art. 5º., incisos VI e IX e 220 da Constituição Federal), conforme salientado no julgamento da Apelação Cível nº. 2008.001.65473.

Na hipótese absurda de ser julgado procedente o pedido inicial, a primeira entidade a ser visada como “alvo” pelo PPS para sofrer um processo criminal será justamente a **Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana** (e os seus Diretores), por ter esta atuado no sentido contrário ao reconhecimento das “uniões homossexuais” no julgamento da ADI 4277 / ADPF 132, ficando justamente por isso na “linha de tiro” para ser alvejada com uma estrondosa **vingança política** para um momento futuro.

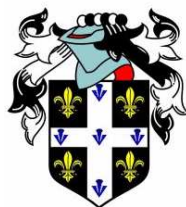
O Estatuto Social da **Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana**, a seu turno, prevê no artigo 1º., § 3º, a possibilidade de a entidade se habilitar como *amicus curiae* em Ação Direta de Inconstitucionalidade, mediante ato de seu Presidente autorizado por reunião da Diretoria:

**Art. 1º** A Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana (AISB), fundada em 18 de novembro de 2006 com denominação “*Associação Eduardo Banks*” (CNPJ 09.296.442/0001-00), é uma associação civil de direito privado, nacional, sem fins

Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana

Rua Agenor Moreira nº 62 (casa) Andaraí  
CNPJ-MF 09.296.442/0001-00 / RCPJ matrícula 227.020





Banks

lucrativos, de caráter iluminista, artístico, cultural, e assistencial, com foro na cidade do Rio de Janeiro e sede provisória à Rua Agenor Moreira, nº. 62 (casa), Andaraí, CEP 20541-130 RJ, tendo por objeto e fins:

[...]

§ 3º. A Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana poderá, por seu Presidente, propor ação civil pública, impetrar mandado de segurança coletivo, **funcionar como *amicus curiae* em ação direta de inconstitucionalidade**, representação de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental e apresentar projetos de lei perante as Comissões de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Assembléias Legislativas, da Câmara Legislativa do Distrito Federal e das Câmaras Municipais, onde houver, e atuar no foro internacional, inclusive junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, desde que aprovado por reunião da Diretoria convocada para este fim. (GRIFAMOS)

9

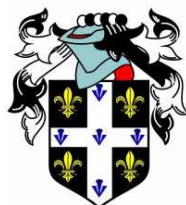
Como exposto, a entidade detém legitimidade para funcionar como *amicus curiae*, sendo esta uma das suas atribuições e missões institucionais, estatutariamente prevista.

### III — NO MÉRITO — DA INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A questão posta a julgamento perante o Excelso Pretório na presente ADO 26 é, a rigor, uma “repescagem” do fracasso experimentado pela **Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transexuais (ABGLT)** no Mandado de Injunção nº. 4733, sendo inclusive

Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana

Rua Agenor Moreira nº 62 (casa) Andaraí  
CNPJ-MF 09.296.442/0001-00 / RCPJ matrícula 227.020



Banks

o mesmo o advogado que subscreveu a petição inicial em ambos os feitos (Dr. **Paulo Roberto Iotti Vecchiatti**, OAB-SP 242.668).

Por *decisum* do Ministro Relator **Ricardo Lewandowski**, foi negado seguimento ao absurdo *writ* injuncional (MI 4733), constando o seguinte da douta decisão monocrática:

Com efeito, é firme a jurisprudência desta Corte com relação à necessidade de se detectar, para o cabimento do *writ* injuncional, a existência inequívoca de um direito subjetivo, concreta e especificamente consagrado na Constituição Federal, que não esteja sendo usufruído por seus destinatários pela ausência de norma regulamentadora exigida por essa mesma Carta.

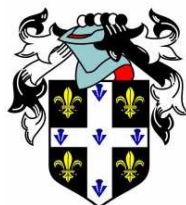
[...]

Essa conclusão, **no sentido de que não há em jogo direito subjetivo especificamente consagrado na Carta Magna cuja fruição esteja sendo obstada pela ausência de regulamentação legal, mas sim um legítimo e bem articulado movimento em prol de uma legislação criminal ainda mais rigorosa no tocante à punição de condutas homofóbicas, foi bem explicitada pela Procuradoria Geral da República,** nos seguintes termos: (...)

10

Isso posto, acolhendo o parecer da Procuradoria Geral da República pela manifesta inviabilidade da via injuncional no caso ora em exame, não conheço deste mandado de injunção.

Tal como realçado pela Procuradoria Geral da República e pelo Eminentíssimo Ministro Relator do MI 4733, a presente Ação



Banks

Direta de Inconstitucionalidade por Omissão visa apenas criar um **fato político**, destinado a ser explorado pelos dirigentes do **Partido Popular Socialista** como dividendos eleitorais em proveito de candidatos ligados a grupos de “lésbicas, gays, travestis e transgêneros”, com o que, naturalmente, não pode se ocupar o Poder Judiciário.

O **PPS** não quer “direitos”, mas sim **PODER**, e **poder político**, para oprimir e humilhar às pessoas as quais, ao seu próprio entendimento, aponte como “homofóbicas”, conforme salientado pelo Ministro **Ricardo Lewandowski** como um “**bem articulado movimento em prol de uma legislação criminal ainda mais rigorosa no tocante à punição de condutas homofóbicas**”.

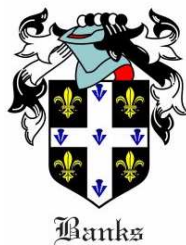
A **Advocacia Geral da União (AGU)**, por intermédio do Eminentíssimo Advogado Geral **Luis Inácio Lucena Adams**, em seu judicioso parecer ofertado nos autos do Mandado de Injunção nº. 4733 (que versa sobre o mesmo *thema*), expôs as seguintes razões, que se aproveitam para o julgamento da presente ADO:

“Como se vê, a parte impetrante não pretende assegurar o exercício de um direito previsto na Constituição, mas objetiva um regramento **específico**, uma tipicidade especial para as condutas de homofobia e transfobia.

Entretanto, é de se ressaltar que o direito garantido pela Constituição Federal refere-se à necessidade de punição de todas as formas de discriminação e racismo (fim) e não à legislação específica de um tipo especial de conduta (meio).

Assim, **não há qualquer comando constitucional que exija tipificação específica para a homofobia e a transfobia.**

[...]



Por fim, cumpre ressaltar a **impossibilidade se de suprir alegada omissão inconstitucional em relação às matéria penais, em razão de seu princípio norteador e especial que é a reserva legal.**

Nesse sentido é o artigo de Erik Noleta Kirk Palma Lima, que vale ser transcrito na parte que interessa:

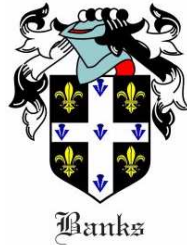
*‘Cumpre observar que, nas hipóteses em que a atuação do legislador fosse absolutamente insubstituível, **não caberia ao STF dispor normativamente, por exemplo, as normas relativas a projetos de Códigos e projetos de leis restritivas de direito, como as definidoras de condutas delituosas e imposições tributárias, bem como as normas de eficácia limitada do tipo institutivo (referente à Defensoria Pública, Advocacia-Geral da União, Conselho da República, etc.)***

12

[...]

Assim, tendo em vista que o presente *writ* cuida de matéria criminal, na qual o princípio da reserva legal deve ser rigorosamente respeitado (art. 5º, XXXIX, CF/88), não há possibilidade de se invocar solução judicialmente satisfatória”. (doc. anexo; grifos do original)

A pretensão do **Partido Popular Socialista (PPS)** é barrada, primeiramente, pela **Conclusão** do magistral livro *Dos Delitos e Das Penas* (“*Dei Delitti e Delle Pene*”) de autoria do imortal **Cesare Bonesana** (1738-1794), o **Marquês de Beccaria**:



De tudo o que acaba de ser exposto, pode deduzir-se um teorema geral utilíssimo, mas conforme ao uso, que é o legislador ordinário das nações:

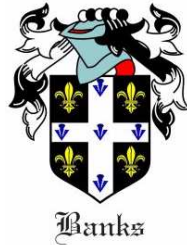
É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei. (GRIFAMOS)

Estas são letras de ouro, por sinal inscritas na *Declaration des Droits de L'Homme et du Citoyen* adotada pela Assembléia Nacional Francesa em 1789, no “**conjunto dos princípios que adoptara no começo dos seus trabalhos como devendo ser a base das instituições humanas**” (Jaime de Séguier, in “Dicionário Prático Ilustrado”, Lello & Irmão Editores, Porto, Portugal, 1963, Volume III, pág. 1551).

13

O que o **Partido Popular Socialista** busca, pela presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, é estabelecer norma penal, por sua índole, **RESTRITIVA DE DIREITOS**, o que é o avesso dos objetivos e fins da declaração de inconstitucionalidade por omissão.

Com efeito, o artigo 103, § 2º da Constituição da República prevê a declaração de inconstitucionalidade por omissão “**para tornar efetiva norma constitucional**”, ou seja, quando a omissão do Poder Legislativo ou do Poder Executivo deixa de *efetivar* (isto é, *aplicar no ordenamento interno*) norma constitucional de observância compulsória, o que não se confunde com a introdução, no ordenamento, de novo tipo penal, que tem por finalidade **restringir direitos e criar deveres e obrigações**, ainda mais em matéria sobre a qual **já existe legislação específica**.



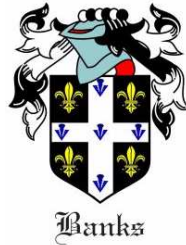
A *omissão* em efetivar norma constitucional, porém, somente existiria se nenhuma lei que punisse o “racismo” tivesse sido aprovada, mesmo tendo decorrido cinco lustros da Promulgação da Carta Magna, deixando, portanto, sem efetivação o inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal.

Ocorre que o Congresso Nacional já efetivou o inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal, ante a aprovação, em exatos 3 (três) meses depois de a Constituição ser promulgada, mediante a Lei nº. 7.716, de 5 de Janeiro de 1989.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha assentado, no julgamento do HC 82.424/RS, que outros *discrímens* além da “raça” ou “cor” podem ser considerados pelo legislador, para fins de tipificar o “racismo” — por isso que no caso específico debatido no *Case Ellwanger*, os **judeus**, que não nem “raça” nem “religião”, mas apenas um “povo” foram equiparados para fins de proteção penal — não quer isso dizer que *toda e qualquer particularidade ou condição* das pessoas “deva” ser incluída na legislação anti-racismo, pois do contrário, pode-se argumentar *ad terrorem* que haveria “mora legislativa” do Congresso em não punir como “racismo” o PRECONCEITO CONTRA OS **OBESOS**, grupo este, por sinal, ao qual pertence o próprio Sr. **Eduardo Banks**, que apresenta Índice de Massa Corporal (IMC) igual a **37,87** (trinta e sete vírgula oitenta e sete), com seus 120 (cento e vinte) quilos distribuídos em 1,78m (um metro e setenta e oito centímetros) de altura, *concessa magna reverentia*.

O Direito Penal, a seu turno, tem o caráter de ser **subsidiário** em relação a todos os demais ramos jurídicos em que se decompõe o ordenamento, o que vale dizer: **onde a Lei não veda, há permissão**, e onde existe previsão de sanção penal, esta sempre deve ser interpretada **restritivamente**, para invadir no mínimo possível a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas.

Por exemplo, nunca houve lei que *proibisse* a prática dos atos homossexuais aos quais se entregam os destinatários da tutela visada na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, embora a prática do homossexualismo seja, perante o Direito Civil, **torpe** como a do **jogo de azar** ou a da **auto-prostituição** (art. 814 do Código Civil).

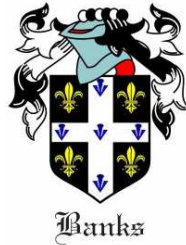


Tratam-se (o homossexualismo, o jogo e a auto-prostituição) de **negócios jurídicos ilícitos**, embora também não “criminosos”, mas colocados à margem da Lei Civil. Evidentemente que a prática de um **ilícito civil** como o é o homossexualismo não pode, de repente, ser chancelada pela Suprema Corte a ponto de se expedir mandado ao Congresso Nacional para que proteja com o arcabouço do Direito Penal a prática de uma conduta que ainda hoje se encontra à margem da Lei, invertendo completamente a esfera de valores jurídicos, e tornando o errado em certo, e a reprovação do homossexualismo, que é hoje **lícita e permitida por Lei**, em algo *errado*, e mesmo **criminoso**.

Assim, não existindo vedação no **Código Penal** para o homossexualismo (ou *pederastia*, segundo a letra do art. 235 do Código Penal Militar instituído no Decreto-Lei nº. 1.001/69) nada impede que tal possa ocorrer entre pessoas adultas e capazes de consentir, e que não ostentem a qualidade de militar ou assemelhado, não obstante o **Código Civil** possa tratá-lo (segundo a exegese da **Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana**) como **negócio ilícito** e assim não obrigar a pagamento nem repetição de qualquer pretensa “obrigação” decorrente de uma relação homossexual, por não ser permitido a que **o torpe se beneficie da própria torpeza**, ou pior, que possa **levá-la a Juízo**, com o gravame, segundo a tresloucada pretensão do **Partido Popular Socialista**, de judicar a torpeza acionando criminalmente àqueles que a ela se oponham, como o fazem membros do Congresso Nacional, Ministros Religiosos, Militares, e a própria **Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana**.

Portanto, é **incabível** a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, devendo ser **extinta sem resolução do mérito** com fundamento no art. 267, inciso VI do Código de Processo Civil, pois lhe faltam duas das condições da ação: a **possibilidade jurídica** e o **interesse processual**.

Caso ultrapassada, a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão deverá ser julgada **improcedente**, por contrariar à índole do Direito (inclusive o Direito Internacional Público), criminalizar a “homofobia” ou a “transfobia”, sendo que até mesmo o **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI)** deixou de fora qualquer possibilidade de interpretar os homossexuais enquanto tais como



Banks

sujeitos de “direitos humanos”, **inexistindo, portanto, qualquer garantia inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania a ser protegida no caso vertente.**

A vedação da suposta “discriminação” por motivo da *orientação sexual* não é contemplada em nenhum dos Tratados ou Resoluções da Organização das Nações Unidas (ONU), tendo em vista que, por respeito ao ordenamento dos países árabes (sendo o idioma árabe uma das línguas oficiais da ONU), nos quais se sanciona com **pena de morte**, não a “*homofobia*” ou a “*transfobia*”, mas sim o **homossexualismo** e o **transexualismo**, as Nações Unidas abstiveram-se de tipificar como “crime contra a humanidade” as execuções de homossexuais que ocorrem diuturnamente na **República Islâmica do Irã**, no Reino da **Arábia Saudita**, nos **Emirados Árabes Unidos**, dentre outros Estados Soberanos do Oriente Médio, onde a pena capital é em regra executada por **apedrejamento** (lapidação).

Com efeito, o artigo 7º., § 3º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, aprovado sem reservas no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº. 4.388, de 25 de Setembro de 2002 preceitua o seguinte:

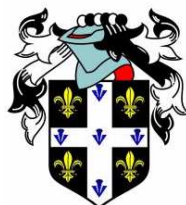
16

### **Artigo 7º** **Crimes contra a Humanidade**

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade”, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

- a) Homicídio;
- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação ou transferência forçada de uma população;
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das





Banks

normas fundamentais de direito internacional;

f) Tortura;

g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;

h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3o, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;

i) Desaparecimento forçado de pessoas;

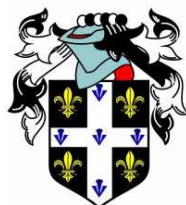
j) Crime de *apartheid*;

k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

[...]

3. Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo “gênero” abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, **não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado.** (GRIFAMOS)

Do momento em que o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional proíbe a atribuição de “**qualquer outro significado**” à palavra “**gênero**” além da abrangência dos sexos masculino e feminino, os *homossexuais* estão excluídos da proteção da Lei Internacional **ainda quando se trate de “Crime contra a Humanidade”**, por não haver



Banks

tipicidade penal específica em relação ao cometimento contra homossexuais de qualquer das condutas insertas no § 1º do art. 7º do Estatuto de Roma.

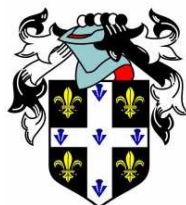
Por este motivo, verifica-se que os homossexuais não têm o direito ao reconhecimento de qualquer proteção penal diferenciada para suas pessoas, não se abrangendo no conceito de “gênero” o chamado “*terceiro sexo*”.

O caso aqui, portanto, é muito diferente do processo internacional que resultou na condenação do estado brasileiro, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a editar a Lei nº. 11.340, de 7 de Agosto de 2006; aqui, a Constituição Federal já proibia a *violência doméstica*, tendo o compromisso de criar “*mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações*” [de família], segundo o art. 226, § 8º da Carta Magna.

Assim, com base no art. 226, *caput* da Constituição Federal, que assegura a “**especial proteção do Estado**” para a Família, seria mais lógico propor Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão para restabelecer o **crime de adultério** (art. 240 do Código Penal, revogado pela Lei nº. 11.106/2005) do que para criminalizar a “homofobia” e a “transfobia”, porque somente a Família goza de “proteção *especial* do Estado”, podendo esta “proteção *especial*” compreender também o ramo do Direito Penal.

Assim, não pode ser emitido nenhum preceito cominatório ou condenatório aos Requeridos (**Congresso Nacional e Presidência da República**), que não têm o dever de legislar sobre “homofobia” e “transfobia”, mas apenas sobre violência sexual que tenha por base a discriminação de **gênero**, o que já foi concretizado na Lei nº. 11.340/2006.

Quanto à pretensão do Partido Popular Socialista de que o próprio Supremo Tribunal Federal edite norma para estender aos homossexuais a tutela da Lei nº. 7.716/89, equiparando a “homofobia” e a “transfobia” ao *racismo* (“*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*”



Banks

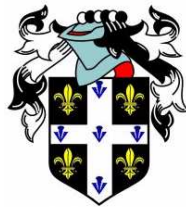
*inconstitucional do Parlamento em fazê-lo*”), esta não pode prosperar, em nenhuma hipótese, uma vez que se nem mesmo o **Legislador** pode usar da *analogia* em Direito Penal, muito menos o **Julgador** poderá emitir preceito que integre norma penal.

Segundo a lição do Eminentíssimo **NÉLSON HUNGRIA**, gênio maior e autoridade máxima no Direito Penal Brasileiro:

“A admissão da analogia em materia penal, como criterio puramente discrecionario ou dictatorial, desprovido de qualquer elaboração scientifica, será o retorno ao ominoso tempo das **cognitiones extraordinariae** do direito romano, a que foi deitar raizes, mais tarde, o monstruoso regimen das **penas arbitrarías**, — um dos traços mais característicos do espirito involutivo da Idade Media, esse longo crepusculo na Historia da Humanidade

19

“Certo, já não se póde repetir o intolerante aphorisma de BACON, de que **optima lex quae minimum relinquit iudicis**; mas, conceder-se ao juiz um illimitado arbitrio, seria, ainda da época actual, um mal cem vezes peor do que a **standardização** e a dosimetria legal das penas. A rejeição do **nullum crimem nulla poena sine lege** não seria apenas o repudio do evangelho democratico: importaria, dentro dos processos empiricos da actual distribuição da justiça punitiva, em transformar esta mesma justiça num verdadeiro jogo de **cabra-cega**, anarchizando-a com a inevitavel multivariiedade dos criterios praticos de decisão, deixando-a á mercê das paixões de momento, expondo-a a todos os erros e incertezas.”



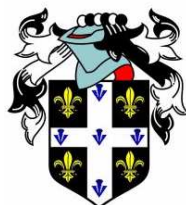
Banks

(NÉLSON HUNGRIA, *Compêndio de Direito Penal — Parte Especial*, Volume I, páginas 11-12, Livraria Jacyntho, Rio de Janeiro, 1936)

Nem mesmo em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade ou de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental este Excelso Pretório deteria *competência* para criar novo tipo penal; o que o Supremo Tribunal Federal tem feito, ao contrário, é **retirar do ordenamento normas incriminadoras autoritárias**, quer declarando a inconstitucionalidade total de dispositivos, como na decisão na ADPF 130, onde se houve por bem suprimir a totalidade da Lei de Imprensa (Lei nº. 5.250/67), quer dando ao tipo penal “interpretação conforme” a Constituição Federal, **sem redução de texto**, a exemplo do art. 287 do Código Penal, interpretado para dizer que as “*Marchas da Maconha*” não constituem o tipo de “*Apologia ao Crime*”, uma vez que se trata de liberdade de expressão defender a descriminalização do uso de drogas.

Muito diferente seria o Supremo Tribunal Federal fazer o **caminho inverso**, como pretendido pelo **Partido Popular Socialista**, introduzindo “interpretação conforme” para **restringir direitos**, o que equivale a usar da **analogia** para punir criminalmente. Quando o STF suprimiu normas penais, ou deu-lhe interpretação conforme à Constituição, foi para **alargar** o horizonte das **liberdades** dos cidadãos brasileiros, que tiveram garantida a sua **liberdade de expressão**; se, ao revés, a Suprema Corte acolher a pretensão do **PPS**, estará **restringindo** estas mesmas liberdades, inclusive a de **opinião e expressão**, na medida em que o simples fato de chamar um homossexual, *data máxima vênia*, de “**VIADO**” ou de “**BICHA**”, acarretará as mesmas sanções do art. 20 e seus parágrafos da Lei nº. 7.716/89 hoje previstas para quem, por hipótese, apode um afrodescendente pelos epítetos de “**MACACO**” ou de “**TIÇÃO**”.

A rigor, o que o **PPS** pretende é que o Supremo Tribunal Federal se preste a legislar em termos de *Direito Penal do Inimigo*, suprimindo garantias constitucionais das pessoas consideradas “homofóbicas” segundo o tortuoso conceito do próprio Partido requerente, mas que, via de regra, apenas externam o seu repúdio à união civil entre homossexuais ou condenam a manifestação pública da “afetividade” entre homossexuais, por exemplo, quando dois ou mais *gays* ou duas ou mais



Banks

lésbicas “namoram” em um restaurante freqüentado por famílias constituídas por **gente normal**.

Novamente se reitera o artigo 1º do Código Penal que, reproduzido no artigo 5º., inciso XXXIX da Constituição Federal, diz:

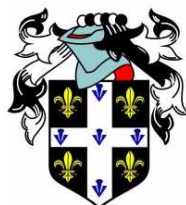
**“NÃO HÁ CRIME SEM LEI ANTERIOR QUE O DEFINA, NEM PENA SEM PRÉVIA COMINAÇÃO LEGAL”.**

Neste dispositivo constitucional, há exigência expressa de lei. Na falta de lei, não cabe a introdução de tipo incriminador destinado a regular relações das pessoas conforme sua pertinência a uma determinada “orientação sexual”, mesmo que se considere tratar-se de uma “ação afirmativa” em favor de grupos socialmente discriminados.

Portanto, norma dessa natureza, que estabelecesse a vedação da discriminação com base em pertinência do ofendido a uma determinada “orientação sexual”, exigiria **lei em sentido formal**, sendo de inferir-se que se trata de competência do **legislador federal**, e não do Poder Judiciário, recordando que não existe dever a ser apurado para o Congresso Nacional legislar em *Direito Penal*, porque este ramo do ordenamento existe para **restringir a liberdade**, e não para regulá-la ou garantir meios para seu exercício.

Novamente nos reportamos ao magistério do insuperável Ministro **Nélson Hungria**, que previu as conseqüências do que poderia advir de uma tão nociva política criminal quanto a pretendida pelo **Partido Popular Socialista**:

“O individuo passaria a viver, em constante sobresalto, sempre na imminencia de se ver sujeito ás **medidas de defesa social** (ou seja o **isolator** ou seja a colonia agricola) por um facto cuja **periculosidade social** tenha passado despercebida ao seu mediano senso cultural. Seria inevitavel o conflicto entre a apurada mentalidade dos juizes e a mentalidade media do homem do povo, de



Banks

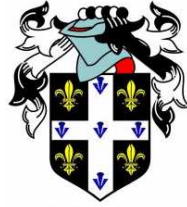
geito que esta estaria subordinado a um **juízo de reprovação** muitas vezes inacessível ao seu próprio entendimento.” (id. ib., op. cit., página 8)

A atuação do Supremo Tribunal Federal para legislar em “troca de sujeitos” com o Congresso Nacional como pretende o **Partido Popular Socialista** somente teria cabimento para **criar norma benigna**, que assegure o exercício de direitos, inviabilizados pela omissão normativa do Poder Legislativo. Tal foi o caso do **direito de greve dos servidores públicos**, onde se aceitou empregar por **analogia a lei das greves no setor privado**, mas jamais poderá ser o da pretensão do **PPS** de criminalizar a “homofobia” ou “transfobia”, visto que a norma incriminadora não seria benigna, na medida em que restringiria direitos dos cidadãos que nela porventura terminassem incursos como seus *infratores*.

A preocupação da **Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana**, portanto, não passa nem ao largo do interesse do **Partido Popular Socialista** na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; enquanto o **PPS** mede “*conforme a sociedade e o dano e perigo para essa*”, isto é, do ponto de vista das *vítimas* ou *ofendidos*, a **Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana** faz questão absoluta de medir o Direito Penal conforme o **infrator**, que é o destinatário final da norma incriminadora e quem terá que suportar as conseqüências de sua violação.

Segundo o Filósofo alemão **Friedrich Wilhelm Nietzsche** (1844-1900), em cujo pensamento existe estreita ligação com o do Patrono da **Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana**:

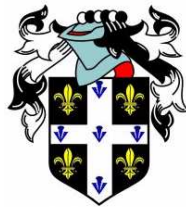
*O arbitrário na atribuição do castigo. — A maioria dos criminosos chega a ter seus castigos como as mulheres chegam a ter os filhos. Já fizeram muitas vezes a mesma coisa, sem experimentar conseqüências ruins; de repente há uma descoberta e, em seguida, o castigo. Mas o hábito devia fazer parecer mais escusável a culpa do ato pelo qual o criminoso é punido; pois criou-se uma inclinação, à qual é mais difícil resistir. Em*



Banks

vez disso, se há suspeita de crime habitual, ele é punido mais severamente; o hábito é visto como um motivo contra a atenuação. Uma vida anterior exemplar, em relação à qual o crime sobressai de forma ainda mais terrível, deveria tornar maior a culpa! Mas ela costuma atenuar a punição. Assim, tudo é medido não conforme o infrator, mas conforme a sociedade e o dano e perigo para essa: a utilidade anterior de um homem é levada em conta perante a sua nocividade numa só ocasião, a nocividade anterior é somada àquela presentemente descoberta e, desse modo, a punição é atribuída no grau máximo. Porém, se o passado de um homem é assim punido ou recompensado juntamente (isso no primeiro caso, em que a pena menor é uma recompensa), então se deveria recuar ainda mais e punir ou recompensar a causa desse ou daquele passado, quero dizer: pais, educadores, a sociedade, etc.; em muitos casos se verá, então, que de algum modo os *juízes* participam da culpa. É arbitrário parar no criminoso, quando se pune o passado: não se querendo admitir a absoluta escusabilidade de toda a culpa, dever-se-ia parar em cada caso e não olhar para trás: ou seja, *isolar* a culpa e não mais relacioná-la com o passado absolutamente — se não, comete-se pecado contra a lógica. Vocês, “livre-arbitrários”, deveriam antes tirar a conclusão necessária de sua teoria do livre-arbitrio, e ousadamente decretar: “*Nenhum ato tem passado*”.

(NIETZSCHE, *Humano, demasiado humano II — O andarilho e sua sombra*, § 28, Editora Companhia das Letras, São Paulo,



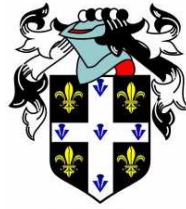
Banks

2008, pp. 182-183, tradução de Paulo César de Souza)

Ainda se deve levar em consideração o próprio **Gênio do Povo Brasileiro** (*Volkgeist*) que não aceita que os homossexuais e transexuais se mostrem ostensivamente como tais, o que provoca um **choque na sensibilidade** da maioria das pessoas, em decorrência do que é **usual no brasileiro médio** o impulso de **reprender** os homossexuais ou transexuais que se beijam e/ou namoram em público, ou que se apresentem em público *travestidos* com roupas do sexo oposto, ou que simplesmente **assumem** para a sociedade que são homossexuais ou transexuais, sendo que este impulso é **reforçado** por várias normas de ordem pública que ainda restringem a prática do homossexualismo, inclusive **penalmente**; por exemplo:

- O artigo 218 do Código Penal (Dec.-Lei nº 2.848/40) pune o crime de “corrupção de menor”, consistente em “**Corromper ou facilitar a corrupção** de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, **com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo**”; mesmo não mencionando expressamente os homossexuais, o “**ato de libidinagem**” em apreço (distinto da *conjunção carnal*, outrora prevista no revogado artigo 217 do CP, que tratava de *sedução* de menor) entende diretamente com o **coito anal** entre homens, ou as práticas do *tribadismo* (fricção de um clitóris contra outro) ou *safismo* (*cunilíngua* entre mulheres), razão de ser do emprego do verbo “corromper”, que indica um ato sexual *contra-natura*;
- O artigo 233 do Código Penal (Dec.-Lei nº. 2.848/40) proíbe a prática em público ou em local aberto ou exposto ao público de qualquer “**ato obsceno**”; embora a norma penal não se limite aos homossexuais, estes





Banks

podem ofender o pudor público mais facilmente do que os casais heterossexuais: ninguém se ofende quando um homem beija sua noiva no *restaurant* ou no *shopping center*, mas se dois homens ou duas mulheres o fizerem, o *maître* ou os seguranças serão instados a “colocá-los para fora”;

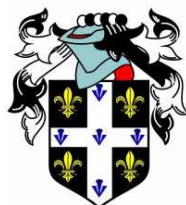
- O artigo 235 do Código Penal Militar (Dec.-Lei n.º. 1.001/69) tipifica conduta com o *nomem juris* de “**pederastia**”.

O Direito Civil também é moldado pelo *Volkgeist* da gente brasileira; a despeito da recente decisão do Excelso Pretório na ADPF 132 / ADI 4277 que permitiu o reconhecimento da *união estável* entre pessoas do mesmo sexo (por sinal, impugnada pela **Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana**, que funcionou como *amicus curiae* naquele julgamento), o **casamento** entre homossexuais ainda não é permitido (Constituição Federal, art.226, §3º), e, quando um homossexual se casa com pessoa heterossexual (por exemplo, para *manter as aparências*) esta pode **anular o casamento** invocando **erro quanto à honra e boa fama do cônjuge** (Código Civil, art. 1557, I) assim como a **adoção de crianças** (Código Civil, art. 1622), o exercício do **poder familiar** (Código Civil, art. 1638, III) são também proibidos aos homossexuais e transexuais enquanto tais.

25

Ora, se o pedido inicial da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão for acolhido, caso alguém queira invocar em face de homossexuais a aplicação escorreita do artigo 233 do Código Penal, ou do artigo 235 do Código Penal Militar, os dos artigos 1557, I, 1622 e 1638, III do Código Civil, correrá até mesmo o risco de ser **preso** com base na aplicação da Lei n.º. 7.716/89, invertendo-se completamente o caráter subsidiário do Direito Penal, como se uma **Lei Penal** pudesse sobrepor-se às **LEIS CIVIS e DERROGÁ-LAS**.

Não pode haver tipicidade penal de conduta tratada pelo Direito Civil como **ato lícito**, como o é o repúdio legítimo ao



Banks

homossexualismo e ao transexualismo; somente aquilo que já é contrário à índole dos demais ramos do Direito como *ilícito* pode ser criminalizado.

Some-se a isso que a **religião cristã** (Católica ou Protestante) seguida pela maioria do Povo Brasileiro é **contrária** ao estilo de vida dos homossexuais; não se quer aqui contornar a *laicidade estatal*, mas apenas pontuar a insofismável presença dos **valores religiosos** na formação da Consciência Nacional, sem propender a favor desta ou daquela Igreja ou Confissão Religiosa.

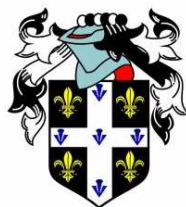
O Estado Brasileiro é *laico*. Sim, é *laico*, mas o **Povo Brasileiro não é laico, o Povo Brasileiro é majoritariamente CRISTÃO**.

A laicidade estatal existe apenas para que os Poderes Públicos não possam ferir a **isonomia** entre as crenças religiosas, adotando partidos ou tomadas de posições sectárias, privilegiando umas em prejuízo dos direitos de outras; mas esta laicidade, que nasceu da Primeira Emenda à Constituição Americana e foi reproduzida no artigo 19 da Constituição da República Federativa do Brasil não implica em que não se possa **valorar** a importância dos valores religiosos na aplicação do Direito.

26

Por isso que as **restrições** ao homossexualismo são **toleráveis**, por fazerem parte do Gênio do Povo, isto é, de suas tradições culturais e religiosas, ao contrário, por exemplo, do **odioso preconceito racial**, que não tem o menor amparo na cultura e na formação deste Povo abençoadamente **miscigenado** pela reunião de **todas as raças humanas** (a grandeza do Povo Brasileiro, por si só, é o mais poderoso argumento contra qualquer pretensa ideologia de *supremacia racial*, seja de que raça for!).

Ora, a pretensão perseguida por esta Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a pretexto de combater uma suposta *discriminação* (não reprimida pela Constituição Federal ou pelo Direito Internacional) termina por **afrontar** valores éticos, religiosos e culturais extremamente caros ao Povo Brasileiro: é simplesmente **constrangedor** para um brasileiro médio ter que assistir ao espetáculo dos “casais” homossexuais namorando publicamente e não poder **protestar** contra isso, dizendo que “*é uma pouca-vergonha!*”, porque, se o fizer, correrá o risco de ser processado criminalmente como “*homofóbico*”, sendo esta conduta



Banks

equiparável à prática do **racismo** e sujeita às pesadas conseqüências da inafiançabilidade e da imprescritibilidade.

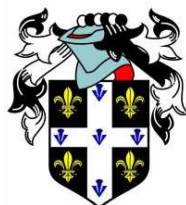
Na cabeça de uma pessoa comum, que assiste à Missa e comunga regulamente, ou que frequenta a Igreja Protestante (Tradicional ou Neo-Pentecostal), não poder abrir a boca contra o que lhe parece (do seu ponto de vista) um **escândalo**, sob pena de **reclusão, até 5 (cinco) anos, e multa**, é um verdadeiro ato de **tirania** dos Poderes Públicos, e provoca **intensa revolta**.

Quando o antigo Reino de Portugal quis proibir na Primavera de 1846 os sepultamentos em **igrejas**, por razões de **saúde pública**, a população mais humilde e religiosa **amotinou-se** na chamada “**Revolta da Maria da Fonte**” contra o Governo Liberal, no que foi talvez o único caso na História de uma revolta contra atos de uma administração liberal encabeçada por aqueles que seriam em tese os seus maiores beneficiários — **as classes populares** — visto que em Roma Antiga sedições como as de **Lucius Cornelius Sylla** (138-78, a.C.) foram orquestradas pelas classes **aristocráticas** para evitar a perda de seus privilégios, e na França Revolucionária foi a **alta burguesia** quem impôs o **Governo do Diretório** destinado a estancar as liberdades concedidas aos *sans-culottes*.

27

Atos como a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão vêm despertando entre as camadas populares, mais religiosas, o mesmo sentimento de **ira e indignação** que animou os revoltosos portugueses da “**Maria da Fonte**”, sendo de se reear que se o Supremo Tribunal Federal impuser “de cima para baixo” a criminalização de conduta dos valores éticos, religiosos e culturais dos brasileiros, poderá haver também uma **revolta popular** em terras *tupinikins*, ou no mínimo o fomento de uma postura de confronto às Autoridades Constituídas, vistas como *ilegítimas* pelo grosso da população, capaz de desembocar em uma autêntica **campanha de desobediência civil**.

A **Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana** acredita que ainda virá o dia em que os “Direitos Humanos” serão usados como pretexto para fazer **guerras**. O que o **Partido Popular Socialista** quer, com a criminalização da “homofobia” e da “transfobia”, é instaurar uma



Banks

**variante laica** da “**Inquisição**”, cerceando a liberdade de pensamento mediante penas altíssimas em face de quem cometer uma *heresia*.

#### **IV — DA IMUNIDADE DOS PARLAMENTARES APONTADOS COMO “RESPONSÁVEIS PELA INÉRCIA CONSTITUCIONAL”**

O **Partido Popular Socialista** não pede somente a criminalização da “homofobia” e da “transfobia” através de ato do Supremo Tribunal Federal, dispensando a atuação do Poder Legislativo; foi além, ao pedir a **responsabilização** dos ilustres Congressistas que, ao seu tortuoso entender, seriam “responsáveis” pela “inércia constitucional”, o que, para *dar nome aos bois*, implicaria na emissão de um título condenatório objetivo contra o Senador da República **Magno Malta**, ou o Deputado Federal **Jair Bolsonaro**, para citar apenas os mais combativos, simplesmente porque eles instrumentalizam o seu mandato parlamentar para criar *obstruções* à tramitação do PLC 122/2006 e impedem a aprovação de lei federal que tipifique a “homofobia” e a “transfobia”.

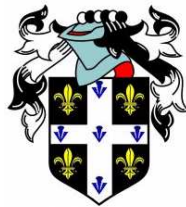
Com efeito, foi postulado pelo **Partido Popular Socialista** que “*seja fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro, inclusive dos parlamentares responsáveis pela inércia inconstitucional do Estado como devedores solidários por serem eles os efetivamente responsáveis por tal inércia, ante a responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, §6º, da CF/88) em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia*”.

28

Ocorre que os **parlamentares**, compreendido nisto os **Deputados Federais** e os **Senadores da República** são INVIOLÁVEIS, CIVIL E PENALMENTE, por suas opiniões, palavras e **votos**, nos termos do artigo 53, *caput*, da Constituição Federal.

Esta inviolabilidade, por sinal, vem de ser reafirmada pelo próprio Relator da presente ADO 26, Ministro **Celso de Mello**, em Decisão Monocrática prolatada no AI 631.276/SP, *in verbis*:

**- A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 29, VIII, c/c o art. 53, “caput”) exclui a responsabilidade civil (e também penal) do**



Banks

membro do Poder Legislativo (**Vereadores**, Deputados e Senadores), **por danos** eventualmente resultantes de manifestações, orais ou escritas, **desde** que motivadas **pelo desempenho** do mandato (**prática “in officio”**) **ou externadas** em razão deste (**prática “propter officium”**).

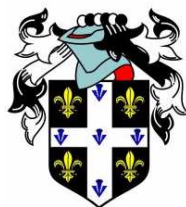
- **A EC nº 35/2001**, ao dar nova fórmula redacional ao art. 53, “caput”, da Constituição da República, **consagrou** diretriz, que, **firmada** anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal (**RTJ 177/1375-1376**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE), **já reconhecia**, *em favor* do membro do Poder Legislativo, **a exclusão de sua responsabilidade civil, como decorrência** da garantia **fundada** na imunidade parlamentar material, **desde que satisfeitos** determinados pressupostos legitimadores da incidência dessa excepcional prerrogativa jurídica.

29

(STF — AI 631.276/SP — Rel. Min. **Celso de Mello** — decisão monocrática — prolatada em **1º.02.2011**; grifos do original)

No mesmo sentido, a Decisão Monocrática prolatada no AI nº. 401.600/DF, também relatado pelo Ministro **Celso de Mello**, *in litteris*:

“**Essa diretriz jurisprudencial** mostra-se fiel à “*mens constitutionis*”, **que reconhece**, a propósito do tema, **que o instituto da imunidade parlamentar** em sentido material **existe para viabilizar o exercício independente** do mandato representativo, **revelando-se**, por isso mesmo, **garantia** inerente ao parlamentar que se encontre **no**



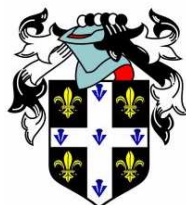
Banks

**pleno desempenho** da atividade legislativa, **como sucedia** com o ora agravado (PONTES DE MIRANDA, “**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**”, tomo III/10 e 43, 2ª ed., 1970, RT; JOÃO BARBALHO, “**Constituição Federal Brasileira**”, p. 64, edição fac-similar, 1992, Senado Federal; PINTO FERREIRA, “**Comentários à Constituição Brasileira**”, vol. 2/625, 1990, Saraiva; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, “**Comentários à Constituição de 1988**”, vol. V/2624-2625, item n. 204, 1991, Forense Universitária; PEDRO ALEIXO, “**Imunidades Parlamentares**”, p. 59/65, 1961, Belo Horizonte; CELSO RIBEIRO BASTOS, “**Comentários à Constituição do Brasil**”, vol. 4, tomo I/187, 1995, Saraiva; RENÉ ARIEL DOTTI, “**Curso de Direito Penal – Parte Geral**”, p. 398, item n. 25, 2001, Forense, v.g.)”. — grifos do original.

30

Assim, o pedido de responsabilização objetiva “solidária” dos congressistas que estariam *obstruindo* a tramitação do(s) projeto(s) de lei destinado(s) a perseguir criminalmente a “homofobia” e a “transfobia” confronta diretamente com a **imunidade parlamentar *in officium* ou *propter officium*** que, no caso de atuação no exercício do mandato, é **absoluta**.

Veja-se que o **Partido Popular Socialista** sequer está pedindo a responsabilização de parlamentares que tivessem feito *discursos* reputados como “homofóbicos” ou “transfóbicos” (em Plenário da Casa Legislativa a que pertence, ou em propaganda política ou manifestação pela imprensa), o que já esbarraria no artigo 53, *caput* da Constituição Federal, embora seja corriqueiro distribuir-se ações judiciais contra parlamentares por *excessos verbais* no exercício do mandato, a exemplo da própria ação de indenização de onde proveio o AI 631.276/SP; o **PPS** foi além, e entendeu de postular uma inusitada forma de “responsabilidade civil objetiva” por danos morais resultantes **da própria atividade parlamentar**, em si mesma e nela mesma, ou seja, o **Partido Popular Socialista** quer



Banks

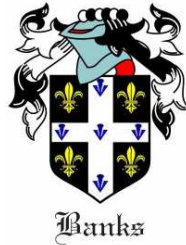
punir os Deputados Federais e Senadores por atos praticados *in officium*, desempenhados dentro do próprio Congresso Nacional, quando atrasam, procrastinam ou obstruem a votação de projeto(s) de lei destinado a tipificar a “homofobia” ou a “transfobia”.

Os membros do Congresso Nacional devem ser **livres** para dar voz, forma e corpo aos reclamos de seus eleitores, sem o que não existe Democracia. O problema é que o **Partido Popular Socialista**, a exemplo de seus congêneres da extinta **União Soviética** e demais países da “*Cortina de Ferro*”, é por sua própria índole, contrário à existência da mesma Democracia que lhe permite existir como uma entidade política regulamente registrada no Tribunal Superior Eleitoral e vir a este Excelso Pretório apresentar sua ADO liberticida.

Ora, o eleitorado que vota em candidatos ao Senado como **Francisco Dornelles**, **Marcello Crivella**, Pastor **Manoel Ferreira** e **Carlos Dias**, à Câmara dos Deputados como **Jair Bolsonaro**, à Assembléia Legislativa como **Édino Fonseca** e à Câmara Municipal como **Carlos Nantes Bolsonaro** (apenas para citar aqueles em quem o Sr. **Eduardo Banks** votou, nas últimas eleições) tem a esperança de que estes parlamentarem IMPEÇAM a aprovação do PLC 122/2006 (crime de “homofobia”) ou do PL 1.151/95 (“casamento *gay*”), e por isso eles são constantemente **pressionados** e **instados** por seus eleitores, sempre que tais projetos ficam “prontos para a pauta”.

Nesse estado, o pedido de condenação solidária em danos morais pela “inércia constitucional” poderia chegar ao cúmulo de atingir até mesmo os **eleitores** de tais Congressistas, visto que no mínimo deram o sufrágio de seus votos para que tal “inércia constitucional” seja perpetuada, ou pelo menos, às Entidades que formam “grupos de pressão” (*lobby*) contra a aprovação do PLC 122/2006.

Será possível que o **Partido Popular Socialista** também pretenderá obter a formação de título condenatório em face da **Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana**, por estar fazendo parte do “esforço concentrado” de entravar a criminalização da “homofobia” e da “transfobia”? Se for essa a intenção do **PPS**, a **AISB** tomará isso como um ataque pessoal, ou antes, como uma *declaração de guerra* a ensejar retorsão imediata contra o Partido requerente.



Por exemplo, no Estado do Rio de Janeiro a Lei n.º 3.406, de 15 de Maio de 2000, que sancionava no âmbito do Ente Federativo a prática da “homofobia” e da “transfobia” com penalidades administrativas como multas e interdições do funcionamento de estabelecimentos, e sanções disciplinares a servidores públicos estaduais, foi declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça, ao acolher a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º. 0017774-24.2012.8.19.0000, proposta pelo Procurador Geral da Justiça mediante provocação do Sr. **Eduardo Banks**.

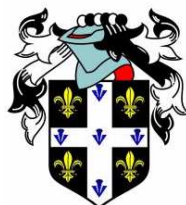
O patrono da **Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana**, porém, havia **previsto** que tão logo a Lei Estadual n.º. 3.406/2000 fosse *derrubada*, o Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sr. **Sérgio Cabral Filho**, apresentaria outra, porque o fundamento para a ADI n.º. 0017774-24.2012.8.19.0000 era apenas e tão-somente o **vício de iniciativa** na propositura do Projeto que resultou na Lei E 3.406/2000, uma vez que apresentado pelo Deputado Estadual **Carlos Minc Baumfeld**, sendo a matéria nela versada assunto de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, como sói às leis que tratam de alvarás de licença para estabelecimentos, multas a particulares e punições a servidores públicos.

32

A previsão do Sr. **Eduardo Banks** se mostrou acertada, posto que uma vez publicado o Acórdão na ADI 0017774-24.2012.8.19.0000 em **8 de Março de 2013**, logo no dia **21 de Março de 2013** o Governador **Sérgio Cabral Filho** encaminhou mensagem à Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, que resultou no PL n.º. 2.054/2013, o qual prevê uma nova “lei anti-homofobia” para o Ente Federativo (DOERJ n.º. 054, Parte II, Legislativo, 22.03.2013, página 2).

Diante disso, e como dito, já alertado por seus próprios pressentimentos, tão logo **julgada** a ADI 0017774-24.2012.8.19.0000 ainda em **1º de Outubro de 2012**, e ainda antes da publicação do Acórdão majoritário, que somente viria a ocorrer em **8 de Março de 2013**, o Sr. **Eduardo Banks** procurou os Deputados Estaduais **Édino Fonseca**, **Samuel Malafaia** e **Clarissa Garotinho**, e avisou-os do perigo que se avizinhava ante a provável apresentação de projeto destinado a punir administrativamente a “homofobia” e a “transfobia”, tendo o Sr. **Eduardo Banks** e o advogado **Ralph Anzolin Lichote** (Vice-Presidente da **Antiga e**





Banks

**Iluminada Sociedade Banksiana**) se reuniu pessoalmente com o Dep. **Édino Fonseca** para combinar a estratégia a ser seguida para combater qualquer eventual futuro projeto que o Governador apresentasse para restabelecer as punições da extinta Lei E nº. 3.406/2000.

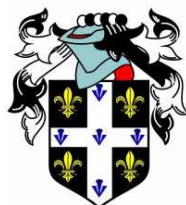
A estratégia traçada pelo Sr. **Eduardo Banks** e pelo advogado **Ralph Anzolin Lichote** com o Deputado **Édino Fonseca** foi justamente a de CRIAR OBSTRUÇÃO AO PL 2.054/2011, mediante a inclusão de **dezenas** de *emendas de plenário*, tudo para contornar o “regime de urgência” requerido pelo Governador e impedir a deliberação do projeto.

Quando foi levado à votação em **24 de Outubro de 2013**, o PL 2.054/2013 recebeu a *bagatela* de 177 (cento e setenta e sete) emendas de plenário apresentadas por vários parlamentares da chamada “bancada evangélica”, isto em um projeto de apenas 12 (doze) artigos, que agora tem mais *emenda* do que *projeto*.

O mesmo vem sendo feito, em âmbito federal, sempre que o PL 122/2006 está pronto para ser votado em alguma Comissão do Senador Federal. O projeto da “homofobia” é continuamente **monitorado** por entidades como o **Pró-Vida de Anápolis**, o **Instituto Plínio Corrêa de Oliveira – IPCO** (antiga TFP), a **ABRACEH** e a própria **Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana – AISB**, e que mobilizam milhares de colaboradores para enviar mensagens aos parlamentares, manifestando a sua completa **discordância** com tal projeto.

Trata-se, portanto, de manobra corriqueira no jogo político de qualquer Democracia saudável, onde os valores do pluralismo e da liberdade são respeitados pelos Poderes Públicos; os grupos de defesa das reivindicações dos homossexuais e transexuais como a **Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transexuais** também costumam aparecer nesses momentos, e mobilizam os seus colaboradores para tentar obter a aprovação desses e de outros projetos.

O **Partido Popular Socialista**, porém, somente respeita a liberdade quando serve aos seus próprios interesses e agenda política, por isso pretende a condenação dos parlamentares que representam a força contrária a pagar “danos morais”, completamente desvirtuados de



Banks

seu verdadeiro objetivo punitivo-pedagógico, e invocados como forma de humilhá-los publicamente por suas próprias posições.

Não vai muito longe, o **Partido Popular Socialista** também vai pretender tornar “inelegíveis” os candidatos que apresentem propostas contrárias ao reconhecimento das uniões homossexuais ou que não aceitem a criminalização da “homofobia” e da “transfobia”, a pretexto de dizer que são políticos “racistas” ou que praticaram “violações de direitos humanos”.

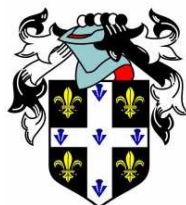
Um passo além, o **Partido Popular Socialista** também procurará responsabilizar aos **eleitores** de tais Congressistas, decerto aprovando leis que **proibam aos católicos e evangélicos o simples direito do voto.**

Estará assim instalada a “Ditadura do Proletariado”, com o respaldo desta Suprema Corte, mergulhando o Brasil nas garras do *espectro do mal* que já rondou a Europa.

E nem se fale em aplicação do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal; ainda que, por absurdo, algum *dano indenizável* decorresse aos homossexuais e transexuais em decorrência da “inércia constitucional” do Congresso em legislar penalmente sobre “homofobia” e “transfobia”, a *responsabilidade objetiva* atingiria apenas à **União Federal**, não havendo que se falar em *responsabilidade objetiva* de **pessoas físicas**, como o são os Congressistas, haja vista a redação do dispositivo constitucional:

**Art. 37.** [omissis]

§ 6º. **As pessoas jurídicas de direito público** e as de direito privado prestadoras de serviços públicos **responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros,** assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.



Banks

Em sendo os parlamentares (Deputados Federais e Senadores da República) **invioláveis** pelos atos praticados *in officium* e *propter officium* e portanto **não puníveis**, nem mesmo em *ação regressiva* ajuizada pela **União Federal** seria possível imputar-lhes qualquer responsabilidade por “inércia legislativa”.

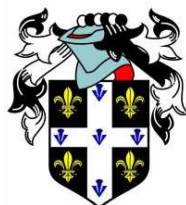
Entretanto, caso se admita a possibilidade de responsabilizar individual e solidariamente cada Congressista pela “inércia constitucional” em aprovar a criminalização da “homofobia” e “transfobia”, é **preciso declarar a existência de culpa concorrente dos parlamentares de “esquerda”**, porque eles também costumam pedir a retirada de pauta dos projetos que interessam aos homossexuais e transexuais, **com medo de serem derrotados em Plenário**.

A acusação irrogada pelo **Partido Popular Socialista** de que os parlamentares de “direita” que não querem a aprovação do PLC 122/2006 têm a “*postura hipócrita de se opor ao mesmo mas não votar contra ele para não passar a impressão de ‘politicamente incorretos’*” é sobremaneira **injusta**, porque os parlamentares que apóiam o projeto também procrastinam a sua marcha, não deixando que seja votado, por receio de não conseguir a maioria simples necessária para sua aprovação.

35

A verdade é que **ambos os lados** — pró e contra o PLC 122/2006 — estão em um **equilíbrio de forças**, sem que nenhum hoje tenha condições de prever o resultado de uma votação aberta em Plenário. A maioria dos parlamentares é **indiferente** ao PLC 122/2006, e aqueles que o combatem ou apóiam são grupos minoritários dentro do Congresso, que precisam atrair para seu próprio lado a simpatia dos neutros majoritários para conseguir o seu intento.

Pelos mesmos motivos, o PL 1.151/95, de autoria da então Deputada Federal **Marta Suplicy** e que trata sobre a “união civil” entre pessoas do mesmo sexo e apelidado de “casamento gay” encontra-se hoje “retirado de pauta” por acordo entre os Líderes de todos os Partidos Políticos; a própria Sr.<sup>a</sup> **Marta Suplicy**, por diversas vezes (inclusive depois de deixar de ser Deputada), requereu que o PL 1.151/95 não fosse votado, embora estivesse pronto para pauta desde o ano de 2001.



Banks

Isso lembra um pouco a luta pelo *divórcio* durante décadas sustentada pelo falecido Senador **Nélson Carneiro**; ele mesmo sempre retirava a proposta quando se encontrava “pronta para a pauta”, visando com isso reeleger-se sempre com a “plataforma política” divorcista; quando enfim a Emenda Constitucional n.º 9, de 28 de Junho de 1977 foi aprovada, alterando a redação do § 1º do artigo 175 da Constituição de 24 de Janeiro de 1967, o próprio **Nélson Carneiro** se mostrou **surpreso**, pois não acreditava que a proposta passasse — e não conseguiu mais reeleger-se, vindo a falecer sem mandato.

Assim, se alguma responsabilização tiver que ser atribuída pela pretensa “mora legislativa” no caso em apreço, o Supremo Tribunal Federal precisa reconhecer a **culpa concorrente** dos Congressistas e *lobistas* do lado dos homossexuais e transexuais, que também evitam a inclusão do PLC 122/2006 em pauta, com receio de que o lado contrário consiga formar maioria e rejeitar o Projeto, acarretando os efeitos do artigo 67 da Constituição Federal: somente poderá voltar a ser discutido na mesma Sessão Legislativa (ou Legislatura) se apoiado pela *maioria absoluta* dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.

36

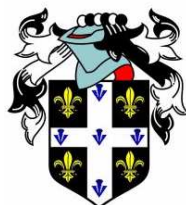
Mais razoável seria, portanto, condenar o próprio **Partido Popular Socialista**, por ter deduzido tal pretensão, sabendo-a **temerária e despida de qualquer fundamento**, nas penas do comportamento de **litigância de má-fé** (art. 17, incisos I e V do Código de Processo Civil), o que não é vedado expressamente no processo das Ações de Controle Concentrado regido pela Lei n.º 9.868/99, e cuja aplicação deveria ser excogitada com mais atenção pelo Excelso Pretório, para prevenir a propositura de Ações Constitucionais absurdas como a de que cuidam os presentes autos.

## V — INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 20 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI N.º 7.716/89 E DO § 3º DO ARTIGO 140 DO CÓDIGO PENAL

Nesta oportunidade, a **Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana**, admitida como *amicus curiae*, postula que, ao invés de se acolher a pretensão do **Partido Popular Socialista**, acrescentando à Lei n.º 7.716, de 5 de Fevereiro de 1989, o novel tipo penal da “homofobia” e

Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana

Rua Agenor Moreira n.º 62 (casa) Andaraí  
CNPJ-MF 09.296.442/0001-00 / RCPJ matrícula 227.020



Banks

“transfobia”, seja reconhecida incidentalmente a inconstitucionalidade material da própria Lei nº. 7.716/89 e do § 3º do artigo 140 do Código Penal, por malferirem o Princípio da Proporcionalidade inserto no inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de Outubro de 1988, assentou como fundamentos de primeira plana as garantias individuais, na esteira de uma tendência legislativa que tomou corpo em todo o mundo após o último conflito mundial de 1939-1945.

Os primeiros artigos da Carta Magna são um verdadeiro *Bill of Rights*, onde foram incluídos princípios jurídicos basilares, protegidos como “cláusula pétrea” pelo artigo 60, § 4º da Constituição contra qualquer proposta de emenda deflagrada pelo Poder Constituinte Derivado.

Dentre os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos inseridos no Título II, Capítulo I da *Lex Fundamentalis*, consta a incriminação do **racismo**, prevista no artigo 5º., inciso XLII, resultante de proposta de emenda apresentada durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte pela bancada do Partido Democrático Trabalhista (PTB).

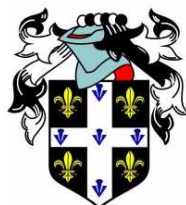
37

Assim reza o citado artigo 5º., inciso XLII da Constituição Federal:

**Art. 5º.** [omissis]

XLII – a **prática do racismo** constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

Como se vê, de forma clara e cristalina, o que o artigo 5º., inciso XLII, da Constituição Federal, prevê como “crime inafiançável e imprescritível”, é a **prática** do racismo, e não o mero ato de “induzir” ou “incitar” ao crime, que sempre recebe tratamento diferenciado (para minorar) no Direito Penal.



Banks

No plano infraconstitucional, o artigo 5º, inciso XLII da Constituição foi regulamentado pela Lei nº. 7.716/89, que reproduziu a maior parte dos artigos da antiga “Lei Afonso Arinos”, que sob a égide da Constituição de 1946, previa o **racismo** como **tipo contravencional**.

Oito anos depois de sancionada pelo então Presidente da República **José Sarney**, o Congresso Nacional aprovou projeto de lei alteradora da Lei nº. 7.716/89, de iniciativa do Deputado Federal **Paulo Paim**, cujo produto final veio a ser a Lei nº. 9.459, de 13 de Maio de 1997, sancionada pelo ex-Presidente **Fernando Henrique Cardoso**.

A Lei nº. 9.459/97 alterou a redação do artigo 20 da Lei nº. 7.716/89 (acrescentado pela Lei nº. 8.081/90), para que constasse a seguinte redação, que abaixo se reproduz:

**Art. 20.** Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional:

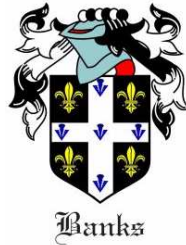
Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos, propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo:

Pena — reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos nos *caput* é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena — reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.



Banks

(...)

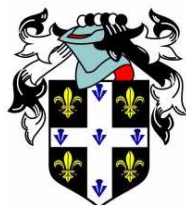
O eminente **Damáσιο Evangelista de Jesus** (que é *mestiço*), autor do célebre “*Código Penal Anotado*” faz as seguintes observações sobre a inconstitucionalidade da Lei nº. 7.716/89:

“De longa e longa história, **o legislador andou mal mais uma vez.** De acordo com a intenção da Lei nº 7.716/89, apenas fazer um discurso por linhas tortas que tenda a inferiorizar negros, judeus ou nordestinos, desde que com vontade de induzir à discriminação, relacionada com a cor, religião, raça ou etnia sujeita o autor a uma pena mínima de um ano de reclusão, além de multa, maior do que a imposta no homicídio culposo (um a três anos de detenção, art. 121, §3º) e a mesma pena do auto-aborto (art. 124) e do aborto consentido (art. 126). Assim, matar o feto e xingar alguém de ‘alemão batata’ têm, para o legislador, idêntico significado jurídico, ensejando a mesma resposta penal e colocando as objetividades jurídicas, embora de valores diversos, em planos idênticos (cf. DAMÁSIO E. DE JESUS, *Direito Penal*, vol. II, pág. 229; GRIFAMOS).

39

Já o festejado **Rodrigues Nunes**, em *Habeas Corpus*, Editorial Fênix Ltda., São Paulo, 1ª edição, 1993, pp. 66/67 ensina que o inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal seria obra de algum *jegue*, *burro* ou outro *muar*, nos seguintes termos:

“Entretanto, achamos uma tremenda sacanagem a imprescritibilidade, pois afronta uma das maiores conquistas do direito moderno que é a prescrição.



Banks

Sem contar o ridículo técnico que advém da comparação: um sujeito que mata outro, se ficar escondido vinte anos, tem extinta a sua punibilidade; se o mesmo sujeito, ao invés de matar o outro, sendo branco, chamá-lo em público de *negão* ou, sendo negro, de *brancão aguido* terá que fugir o resto da vida!

**E dizem que todos os que assinaram a CF-88 têm orelhas normais...** (GRIFAMOS)

Como também se vê, de forma clara e cristalina, a norma penal **confundi**, na mesma figura, a “**prática**” com a mera “**indução**” ou “**incitação**”, atribuindo-lhes a mesma pena, o que denota má técnica legislativa, e como adiante se demonstrará, fatal **inconstitucionalidade**.

Porque o que a Constituição Federal diz que é “imprescritível” e inafiançável” é **apenas** e **tão-somente** a PRÁTICA do “racismo”, não estendendo o ferrete da *imprescritibilidade* e da *inafiançabilidade* à INDUÇÃO ou INCITAÇÃO.

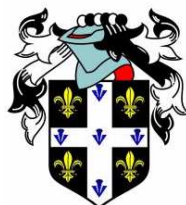
40

A **Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana** entende que “induzir” ou “incitar” à prática do racismo, sendo o racismo um crime, também deve ser um crime, mas não com a mesma gravidade, e muito menos, alcançado pela *imprescritibilidade* e pela *inafiançabilidade*, que a Carta Magna **reservou** apenas para quem **praticasse** o “racismo”.

O Código Penal (Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940) esclarece, em sua Parte Geral, o que se deve entender por “induzimento” ou “incitação” à prática de crime, dizendo quais os casos de impunibilidade, **desde que o crime não seja nem sequer tentado**:

**Art. 31.** O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, **salvo disposição expressa em contrário**, não são puníveis, se





Banks

o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

No caso em questão, induzir, incitar, ajustar, determinar ou instigar a um delito, bem como auxiliar em sua execução, podem ser punidos, desde que a lei o preveja expressamente (salvo disposição expressa em contrário), e de fato, a Lei nº. 7.716/89 prevê expressamente a punição para quem assim aja; mas se a lei penal (norma infraconstitucional) pode prever a incriminação da conduta de quem “induz” ou “incite” ao racismo, por outro lado, não pode se sobrepor à Constituição, e dizer que também “induzir” ou “incitar” à prática do racismo (ou de qualquer outro crime) também seja “inafiançável” e “imprescritível” como o delito efetivamente praticado (consumado ou tentado).

As leis penais sempre consideraram o ato de alguém “induzir” ou “incitar” à prática de algum delito como tendo repercussão na esfera penal, a ponto de justificar a incriminação do indutor ou incitador por causa disso.

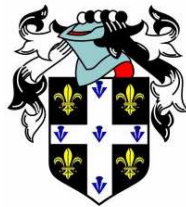
Só que as leis penais sempre consideraram como sendo conduta de pouca monta, em face de um delito efetivamente praticado (consumado ou tentado), a mera “indução” ou “incitação”, e no caso desta última, mesmo em face da consumação a resposta penal é menor do que a destinada aos agentes que tenham participado como co-réus ou partícipes no crime incitado.

Veja-se o que diz o artigo 286 do Código Penal:

**Art. 286.** Incitar, publicamente, à prática de crime:

Penal – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) , ou multa.

Há uma *tábua de valores* aqui: o legislador, ao definir o que lhe parece ser o seu *bem* e o seu *mal* para a sociedade, instituiu que apenas *incitar* à prática de crime (e o Código Penal ainda exige que a



Banks

incitação seja feita *coram populo*) seja apenado com detenção (portanto, *afiançável*) ou somente com uma pena *pecuniária*.

A Lei nº. 2.889, de 1º de outubro de 1956, que *define e pune o crime de genocídio* – guardando franca analogia com o espírito da Lei nº. 7.716/89 – prevê em seu artigo 3º que a “incitação” ao **genocídio** (definido no artigo 1º como uma ação destinada a **destruir**, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico ou religioso, o que é muito pior do que **discriminar**, praticando o **racismo**) seja punida com apenas a **metade** da pena do crime incitado, a menos que ele se consume, quando então a resposta se lhe torna idêntica:

**Art. 3º.** Incitar, direta e publicamente, alguém a cometer qualquer dos crimes de que trata o art. 1º.:

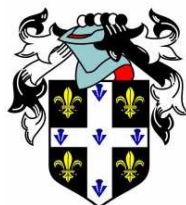
Pena – **metade** das penas ali cominadas.

§ 1º A pena pelo crime de incitação será a mesma de crime incitado, se este se consumir.

§ 2º. A pena será aumentada de um terço, quando a incitação for cometida pela imprensa.

Portanto, a redação dada ao *caput* do artigo 20 da Lei nº. 7.716/89 pela Lei nº. 9.459/97 criou uma valoração até então jamais usada no Direito Penal pátrio: a de que a pena para a “indução” ou ao “incitamento” de um crime seja punida com a mesma reprimenda do crime praticado.

Nesse particular, a Lei nº. 9.459/97, ao alterar a redação do artigo 20 da Lei nº. 7.716/89, seria mais **técnica** se previsse no *caput* do artigo a pena de reclusão de um a três anos e multa somente para a “**prática do racismo**”, e em outro dispositivo (por exemplo, em um parágrafo desdobrado do artigo 20) previsse algo como “induzir ou incitar à prática de qualquer dos crimes previstos nesta lei”, com penas de **detenção**, ou, na pior das hipóteses, com até **metade** da pena cominada ao delito



Banks

praticado, ou a mesma pena, se este vier a se consumir, a exemplo do que fez com magistral técnica legislativa o Presidente **Juscelino Kubitschek de Oliveira** ao sancionar a Lei nº. 2.889/56.

E, fora de dúvida, o **genocídio** é crime muito mais grave do que o mero *racismo*, entendido este como o professar alguma ideologia de “supremacia racial” ou dar a alguém tratamento pior ou injusto em virtude de critérios discriminatórios relacionados a raça, cor, religião, etnia ou origem.

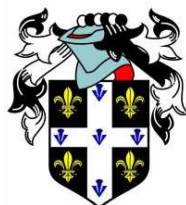
**Genocídio** (crime hediondo) é **destruir**, no todo ou em parte grupo nacional, étnico, ou religioso, praticando condutas como assassinar membros do grupo, provocar abortos visando impedir o nascimento de crianças, remover pessoas para exílio, etc., o que viola, em muito maior intensidade, os direitos fundamentais da pessoa humana, do que apenas usar dos meios de comunicação social para veicular discursos ou publicar livros com conteúdo *racista* ou “*homofóbico*”

O que a Constituição Federal definiu como sua *tábua de valores*, é que **a prática** do racismo constituirá “crime inafiançável e imprescritível”, uma vez que o inciso XLII do artigo 5º da *Lex Fundamentalis* **em momento algum** falou que “induzir” ou “incitar” à prática do racismo também seja crime “inafiançável” ou “imprescritível”.

43

Assim, a conclusão que se deduz como corolário lógico de tudo o que foi exposto nos presentes memoriais, é que o artigo 20, *caput*, da Lei nº. 7.716/89 e o § 3º do art. 140 do Código Penal são **inconstitucionais**, por afrontar precisa e exatamente o próprio artigo 5º., inciso XLII da Constituição Federal, do qual deveria ser “norma regulamentadora”, mas que ultrapassou, excedeu e extrapolou o preceito constitucional para, fazendo uma *mistura* de condutas, incluir no mesmo tipo penal ações a que o Direito assegura **tratamento diferenciado** em face da culpa.

Que se puna a prática do racismo, não há falar-se, uma vez que a Carta Magna foi quem a definiu como crime *inafiançável* e *imprescritível*, ao lado dos delitos de “terrorismo” previstos na Lei de Segurança Nacional.



Banks

Que também se puna quem induza, incite, instigue, auxilie ou de qualquer modo tente influir no comportamento da população (a *massa* é sempre influenciável, e de se temer, como a um estouro de boiada) para que delitos de racismo sejam praticados, também é certo e evidente, como consectário do Direito Penal, que visa a incolumidade dos cidadãos como seu escopo teleológico.

Agora, o que não se aceita é que, tendo a Constituição Federal lavrado a *tábua de valores* de que somente a “**prática**” do *racismo* seja delito inafiançável e imprescritível, venha de noite o legislador infraconstitucional, e marque embaixo da pedra lavrada uma entrelinha segundo a qual *também a incitação e o induzimento* ao racismo serão crimes inafiançáveis e imprescritíveis, semeando onde a Assembléia Nacional Constituinte não arrou.

Pelo mesmo mau caminho segue o § 3º do artigo 140 do Código Penal, igualmente acrescentado pela Lei nº. 9.459/97 e depois alterado pela Lei nº. 10.741, de 1º de Outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), ficando com a seguinte redação:

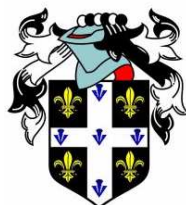
**Art. 140.** Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro (...)

§ 3º. Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

Ora, que o *racismo* seja moralmente condenável não há dúvidas, mas transformar uma conduta imoral em crime inafiançável, imprescritível e sujeito à pena de reclusão requer que a conduta se revista de uma gravidade incomparável, pois tais restrições, em conjunto, não aparecem nem para os denominados “crimes hediondos”.

Portanto, o legislador ordinário criminalizou a *injúria* quando empregados elementos “*racistóides*” (referência à *raça, cor, etnia,*



Banks

*religião, origem, etc.*), criando figura delitiva autônoma, inclusive fora do *Corpus* da lei regulamentadora (Lei nº. 7.716/89). E o legislador constituinte puniu apenas uma conduta, qual seja, o delito de *prática*.

O que o legislador constituinte não puniu foi a modalidade de *injúria*; assim, neste caso, não pode incidir nem a inafiançabilidade e tampouco a imprescritibilidade, por não constar no artigo 5º., inciso XLII da Carta Magna ao lado da *prática*.

A *injúria* é uma conduta tipificada a mero nível infraconstitucional, enquanto que a Constituição Federal, ao impor a imprescritibilidade, assim o faz direta e tão-somente quanto à conduta mais agressiva da “*prática de racismo*” propriamente dita.

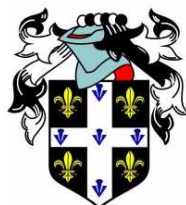
Como se sabe, no ordenamento jurídico não há palavras inúteis.

Se a norma incriminadora aponta três condutas claras para a caracterização do tipo legal e a Constituição indica a imprescritibilidade apenas com relação àquela mais agressiva, evidentemente não quis englobar as outras condutas de menor potencial ofensivo.

E a Constituição somente reputa como *imprescritível* a *prática* de ações preconceituosas, não se podendo ampliar a restrição nela contida, como fez o § 3º. do artigo 140 do Código Penal, ora vergastado pela presente argüição incidental de inconstitucionalidade.

Tratando-se de norma que limita direito, impõe-se a sua interpretação restritiva, razão pela qual se consigna pela impossibilidade da sua incidência sobre as demais condutas típicas previstas no apontado dispositivo incriminatório.

*In casu*, o § 3º do artigo 140 do Código Penal pretende regulamentar o artigo 5º., inciso XLII da CF-88, **mas viola, infringe e desrespeita o inciso XLVI do mesmo artigo 5º., que prevê a PROPORCIONALIDADE e INDIVIDUALIZAÇÃO da pena, que deve ser adequada à real gravidade da conduta.**



Banks

À prática do racismo, portanto, são estabelecidas restrições inexistentes no homicídio qualificado, no estupro e no latrocínio.

Considerando que a pena mínima da maioria dos crimes raciais é de dois anos de reclusão, essas condutas se equiparam a outras objetivamente muito mais danosas, como infanticídio, aborto e lesão corporal grave.

Para se justificar essa cominação frente ao princípio da proporcionalidade, deveria existir no Brasil um cenário semelhante à África do Sul pós-*apartheid*, aos Bálcãs logo após as guerras étnicas ou aos Estados Unidos logo após as leis *Jim Crow*.

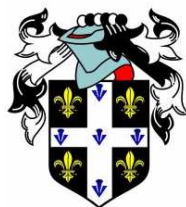
O Direito Penal não deve se preocupar com uma conduta de escassa lesividade social, sob pena de afrontar os princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade. De acordo com o magistério de **Luiz Regis Prado**:

*“...tem-se que a função maior de proteção dos bens jurídicos não é absoluta. O que faz com que eles só devam ser defendidos penalmente ante certas formas de agressão, consideradas socialmente intoleráveis... a fragmentariedade [é um] limite necessário a um totalitarismo de tutela, de modo pernicioso para a liberdade.”* — (Curso de Direito Penal Brasileiro. Volume 1 – Parte Geral. Arts. 1º a 120. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 120).

46

Se estivesse prevista na legislação ordinária, o dispositivo que criminaliza o racismo seria flagrantemente inconstitucional por ofensa aos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ofensividade e da fragmentariedade. Paradoxalmente, está previsto na própria Constituição e, como dispositivo de aplicabilidade imediata, deve ser obedecido.

No entanto, se deve ser obedecido, não será cominando-se uma pena absurda de 1 (dois) a 3 (três) anos de reclusão que



Banks

se vai atender à vontade da Constituinte. O legislador infraconstitucional deveria regulamentar o inciso XLII do art. 5º da Carta Magna com uma pena não superior a 1 (um) ano de reclusão, o que atenderia ao comando de ser a prática do racismo *crime inafiançável*, sem desrespeitar a devida proporcionalidade das penas.

A sanção penal imposta à prática da *injúria discriminatória* (reclusão de um a três anos, e multa) **afronta** nitidamente o **princípio da proporcionalidade**, segundo o qual **a quantidade da pena deve refletir a gravidade da infração**.

De acordo com **Rogério Greco**:

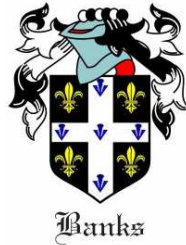
“Embora não tendo sido adotado expressamente, o princípio da proporcionalidade se deduz de outros que passaram a integrar o texto de nossa Constituição, a exemplo do princípio da individualização da pena” (*Curso de Direito Penal. Parte Geral*, p. 85).

47

Assim, crimes muito mais graves, como homicídio culposo (CP, art. 121, § 3º), o auto-aborto (art. 124) e o aborto consentido (art. 126) têm penas menores, sendo inclusive *afiançáveis*, o que torna o dispositivo em questão de duvidosa constitucionalidade.

Além disso, a demasiada apenação para a denominada *prática do racismo* se mostra como mais um sintoma do *Direito Penal simbólico*, ou seja, o Direito Criminal é usado mais uma vez para dar satisfações à sociedade, atemorizada pelo aumento da criminalidade e da impunidade. Desde **Beccaria** se sabe que o potencial criminoso “*irá delinqüir, seja qual for a pena, desde que as oportunidades de impunidade lhe pareçam satisfatórias, desde que suas aquisições culturais o façam crer que o sistema penal não atuará no seu caso*”

Mais uma vez fica evidenciado o erro do legislador: utilizar o Direito Penal com finalidade promocional, para instigar a obediência da sociedade a certos valores. Acompanhamos aqui o magistério de **Paulo de Souza Queiroz**:



*“O Direito, e o Direito Penal em particular, não pode pretender – tais domínios lhe são estranhos – infundir virtudes ou valores aos seus destinatários; há de pretender tão-só concorrer para a viabilização de uma convivência minimamente pacífica, contramotivando-os, por meio da ameaça e execução de penas, da prática de atos sensíveis de violência ao próximo, independentemente da autenticidade e da adesão íntimas (espontaneidade) dessa manifestação (comissiva ou omissiva) de vontade” — (Do Caráter Subsidiário do Direito Penal, p. 100.)*

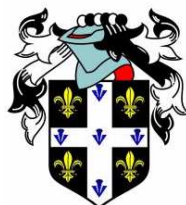
A influência do Direito na cultura, com a pretensão de instigar a adesão a certos valores, é afeto a outros ramos do ordenamento jurídico, como o civil, administrativo, trabalhista e tributário. Assim, já percebemos a desnecessidade do Direito Penal no tocante ao assunto, pois há meios menos gravosos para resolver o problema. Além disso, enquanto a sociedade brasileira considerar o racismo assunto de somenos importância a norma penal vai continuar letra morta. **A valoração social da conduta deve necessariamente preceder a valoração penal desta.** Daí vem a inadequação do Direito Penal com relação à discriminação privada. Por fim, esse ramo do ordenamento jurídico também é inidôneo, pois restringe um bem jurídico essencial (a autonomia privada) sem que consiga prestigiar de modo devido o outro bem (a igualdade).

## **VI — NIHILISMO DOS MOVIMENTOS DE RECONHECIMENTO DOS “DIREITOS” DOS HOMOSSEXUAIS**

Os movimentos de reconhecimento dos supostos direitos dos homossexuais – enquanto tais – decorrem da escalada do **nihilismo** na sociedade deste início de Século XXI, mas já previsto e sentido desde fins do Século XIX.

O Filósofo alemão radicado na Suíça **Friedrich Wilhelm Nietzsche** (1844-1900) definiu da seguinte maneira o **nihilismo**,





Banks

conforme consta de fragmentos póstumos recolhidos após sua morte e editados entre 1901 e 1906 com o título de *Wille zur Macht* (“*Vontade de Potência*”):

**a) Nihilismo, uma condição normal.** — Nihilismo: falta-lhe a finalidade: a resposta à pergunta “Para quê?” — **Que significa o nihilismo? Que os valores superiores se depreciam.**

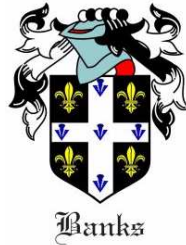
Pode ser indício de força, pode o vigor do espírito aumentar até parecerem impróprios os fins que até então desejava alcançar. (“convicções”, ‘artigos de fé’) (—: porque a fé expressa geralmente a necessidade de condições de existência, a submissão à autoridade de certa ordem de coisas que prospere e desenvolva um Ser, proporcionando-lhe a aquisição da potência...); por outra parte, o indício de força, insuficiente para erigir a si mesma uma finalidade, uma razão de ser, uma fé.

49

(NIETZSCHE, F. W. *Wille zur Macht*, § 2º)

O que caracteriza a sociedade contemporânea é, portanto, a derrocada dos valores soberanos (que **Nietzsche** já denunciara no § 125 de sua obra *Gaia Scientia*, publicada em 1882), comumente chamada também de “morte de Deus”.

Os valores soberanos postos em cheque, na hipótese debatida nestes autos, são os da **família**, os quais para algumas pessoas (infelizmente, algumas delas com poder para propor ações de controle concentrado de constitucionalidade) foram aniquilados, a ponto de se nivelarem sob a mesma expressão a união sacrossanta entre **Homem e Mulher**, com liames abomináveis e execráveis (que fecham a porta para vida representada no ato sexual), em combinações de homem com homem, mulher com mulher, um homem e duas mulheres, uma mulher e dois homens, seres humanos com animais, etc.



É preciso insurgir-se contra o nihilismo, onde quer que ele se encontre, sob pena de fazer a sociedade sucumbir perante o “espírito de peso”, ou seja, à pergunta “para quê”, demolidora e aniquiladora das vidas mais promissoras e instituições as mais respeitáveis.

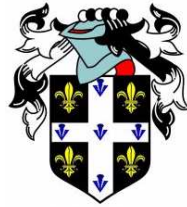
**Não basta reconhecer a existência de um processo de degenerescência moral no seio de nossa sociedade**, contra o qual, entretanto, entende o Partido Requerente da presente ADO 26 que nada possa ou deva ser feito contra isso, como se se tratasse de uma situação imutável. O operador do Direito precisa aplicar a força moralizadora do Judiciário contra a nítida decadência da família, arredando o caos instalado.

A rigor, o que se verifica é que por detrás do pedido de criminalização da “homofobia” e da “transfobia”, bem como de todo esse discurso igualitário em prol dos homossexuais, encontra-se aquilo que **Nietzsche** denunciou em o § 21 de sua obra “*Além do Bem e do Mal*” (“*Jenseits von Gut und Böse*”):

“...os outros, pelo contrário, não desejam se responsabilizar por nada, ser culpados de nada, e, a partir de um autodesprezo interior, querem depositar o fardo de si mesmos em algum outro lugar. **Estes últimos, quando escrevem livros, costumam agora tomar a defesa dos criminosos; uma espécie de compaixão socialista é o disfarce que mais lhes agrada**”

(F. W. Nietzsche, “*Além do Bem e do Mal: Prelúdio a uma Filosofia do Futuro*”, trad. de Paulo César Lima de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 1992, pp. 27/28)

No tempo de **Nietzsche**, os que tinham “compaixão socialista” faziam a defesa dos criminosos; atualmente, uma vez que o niilismo só fez grassar e campear nos últimos cem anos, chegaram ao absurdo de fazer a defesa dos homossexuais, sob o manto de “Direitos Humanos”, o que muitas vezes apenas mascara a “moral de escravo” sob



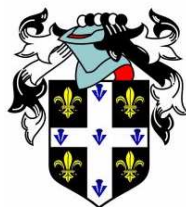
Banks

uma roupagem laica, mais ainda contaminada pelo “platonismo para o povo” que outrora se escondia sob aparência religiosa, ou a “moral de horda”, identificada esta “*como aquela que nasce e se dissemina historicamente em povos escravizados como, por exemplo, os hebreus e perdurando em povos de cultura adepta do cristianismo e que cultuam fervorosa obediência a princípios valorativos, sejam eles estabelecidos por sacerdotes, legisladores ou pensadores*” (**Roberto Kahlmeyer-Mertens**, “*Verdade-Metafísica-Poesia*”, Editora Nitpress, 2007, pág. 33) e que tem no plano internacional a Organização das Nações Unidas (ONU) o seu apanágio.

Todo esse discurso de “Direitos Humanos” invocado pelo **PPS** como “justificativa” para solapar e derrubar a Família constituída pelo casamento entre **homem e mulher** mediante a promoção do uranismo (em regra camuflado sob a roupagem do *respeito à diversidade*) camufla o intuito de enfraquecimento do Homem, através do cultivo da fraqueza, do vício, da *enfermidade* como valores, ao lado da depreciação da força e da potência de vida.

Tanto a *domação* (*Zähmung*) da besta-homem como a *educação* (*Züchtung*) de um determinado gênero-homem recebeu o nome de “melhora” (*Besserung*); mas estes *termini* zoológicos exprimem realidades – realidades, é certo, acerca das quais o “melhorador” típico, o sacerdote, nada sabe – nada quer saber... Chamar “melhoramento” à domesticação de um animal é, para os nossos ouvidos, quase uma piada. Quem conhece o que acontece nas *ménageries* duvida que o animal “melhore”. Debilita-se, isso sim; torna-se menos pernicioso, torna-se um animal doente em virtude da emoção depressiva do medo, pela dor, pelas feridas, pela fome (...) A moral de *criação* (*Züchtung*) e a moral da *domesticação* (*Zähmung*) são inteiramente dignas uma da outra quanto aos meios de se impor.

51



Banks

(Nietzsche, “*Crepúsculo dos Ídolos*”, os “reformadores da humanidade, §§ 2 e 5, Edições 70, Lisboa, Portugal, 1988, págs. 56 e 59)

O que está acontecendo aqui é o seguinte: o **PPS** é um Partido Político voltado programaticamente para os valores do **ressentimento** e da **rebelião escrava da moral** (aliás, o termo “socialista” em seu nome o indica); como a sociedade em peso reprova o comportamento de quem mantém ato libidinoso com pessoa do mesmo sexo, o artifício que o **Partido Popular Socialista** encontrou foi o de **depreciar** quem não é homossexual, inclusive tentando impor a quem não é homossexual que aceite esse tipo de comportamento; hoje basta alguém dizer que “tenho orgulho de ser heterossexual” ou que “branco é lindo” para ser **rotulado** como “racista” ou “homofóbico”.

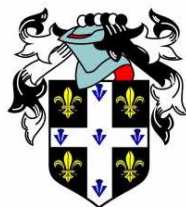
Aos homossexuais, negros e judeus é permitido e até estimulado que afirmem os valores que os fazem ser judeus, negros e homossexuais; ao mesmo tempo, nega-se aos heterossexuais, brancos e não-judeus o mesmo direito de se orgulhar dos seus valores. Os valores das minorias étnicas, religiosas e sexuais são tratados como *bons*, enquanto os da maioria são vistos como sendo *maus*.

52

Os “Direitos Humanos”, na forma que o **PPS** os entende atualmente, encerram uma grande *depreciação* por parte dos que têm “moral de escravo” contra os valores dos Homens Nobres, aos quais se tenta proibir o foro de legitimidade concedido àqueles. Outra fórmula para o nihilismo.

## VII – NECESSIDADE DE SE REPUDIAR A PRÁTICA DE ATOS HOMOSSEXUAIS

A decadência dos costumes é um fenômeno pendular na História da Humanidade; o operador do Direito deve estar atento para usar de todos os meios ao seu dispor para fazê-lo regredir, como a História sempre o tem demonstrado nas épocas de degradação moral, segundo a lição de ALEXANDRE HERCULANO, o maior dos historiadores portugueses:



Banks

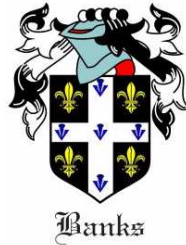
“Aqueles a quem não são estranhas as instituições civis do imperio romano sabem que, na época da decadencia, os legisladores procuravam obstar á devassidão dos costumes, sempre crescente, com penas severas, severas até a ferocidade. As leis de Constantino, Constancio e Joviano sobre este grave assumpto foram refundidas no código de Justiniano, ficando abolidas a lei Julia e todas as correlativas, incomparavelmente mais brandas. O confisco e a morte ameaçam os raptos de virgens ou viúvas, os adúlteros e os seductores. O perdão das vítimas ou o de seus paes e tutores era inutil para os réus de semelhantes delictos. A mesma reparação pelo consórcio era interdicta, e o criminoso colhido em flagrante podia ser assassinado pelos parentes da mulher violada ou ainda da illudida, porque a cumplicidade desta não diminuia a imputação. Finalmente, o instituto de condição servil que se achava incurso em crime dessa especie, quer como actor principal, quer como secundario, era irremissivelmente condemnado ao supplicio do fogo.” (Apud, “*O Monge de Cister*”, Livraria Editora Tavares Cardoso e Irmão, Lisboa, Portugal, 1902, tomo II, capítulo XXIV, pp. 238-239)

53

São desse mesmo sentir os dois brilhantes julgados do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que adiante transcrevemos:

(1) “A devassidão dos costumes sempre existiu.

Nem por isso deve o Magistrado quedar-se inerte, absolvendo sob esse fundamento todos os que atentem contra os bons costumes.



É inegável a ação moralizadora que desempenha o Judiciário, notadamente nas épocas de crime sobretudo moral, como a fase histórica que estamos atravessando.

A pornografia deve ser extirpada, com a mesma perseverança que move o lavrador consciente de suas responsabilidades ao arrancar a erva daninha que brota em suas terras.” – JTACRIM/SP, vol. 52, p. 376.

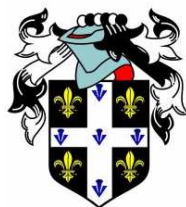
(2) “Por outro lado, não é pela circunstância de determinada conduta ser mais ou menos generalizada que ela deixa de incidir na censura da lei penal. As normas repressivas, principalmente sob o aspecto moral, têm justamente o objetivo de coibir tais condutas impedindo venham elas a dominar a sociedade sufocando seus princípios éticos.” – JTACRIM/SP, vol. 53, p. 452.

54

A referência ao Princípio da Isonomia inserta no artigo 5º., *caput* da Constituição Federal também não tem o condão de converter a situação dos homossexuais em *lícita*, a ponto de tornar-se desejável pelo Estado.

Ao invés disso, o ordenamento jurídico brasileiro pune o uranismo criminalmente, em casos especiais, qual o do Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de Outubro de 1969), em cuja Exposição de Motivos foi o homossexualismo descrito como sendo “*o mal*”, carecedor de sanções e reprimendas; assim, o então Ministro da Justiça **Luiz Antônio da Gama e Silva**, disse no número 17 da Exposição de Motivos:

***“Inclui-se entre os crimes sexuais nova figura: a pederastia ou outro ato de libidinagem quando a sua prática se der em lugar sujeito à administração militar. É a***



Banks

**maneira de tornar mais severa a repressão contra o mal, onde os regulamentos disciplinares se tornaram insuficientes**” (grifos nossos)

A Exposição de Motivos é a fonte de interpretação autêntica do Código Penal Militar; ora, se um Ministro da Justiça qualifica a pederastia de *MAL*, e diz que deve ser reprimido como crime, e que os regulamentos disciplinares vinham sendo insuficientes, a lógica é que praticar a pederastia é coisa que afronta o decoro das Forças Armadas.

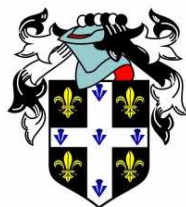
E, se afronta às Forças Armadas, afronta a todo o País, porque os militares são o que existe de melhor em nosso Povo. Em um momento dramático de nossa História como o que vivemos, em que todas as instituições andam desmoralizadas, em que o Povo descrê dos políticos, da polícia, dos magistrados, apenas as Forças Armadas se apresentam como baluarte dos valores de brasilidade e patriotismo, e depositárias de total confiança.

Além do Estatuto Repressivo Castrense, inúmeros regulamentos militares, quer das forças armadas, quer das polícias ou dos bombeiros, proíbem o uranismo; ora, se o ordenamento jurídico chega a utilizar o aparato mais extremo do Direito contra os homossexuais, que é o Direito Penal (Militar), qualquer outra restrição de direitos que se faça contra eles é constitucional e legal, inclusive negar-lhes o reconhecimento do casamento ou da “união estável”, bem como o recebimento de pensões previdenciárias, visto que aí incide o Princípio do “*quem pode o mais, pode o menos*”. Se o legislador pode prendê-los (o mais), pode negar-lhes outros direitos (o menos).

55

Quanto aos Tribunais, o Egrégio Pretório Fluminense está repleto de precedentes em que a prática de atos libidinosos com pessoa do mesmo sexo é tratada como vergonha, como erro sobre a honra ou boa fama, na medida em que muitos casamentos se anularam com base no art. 219, inciso I do Código Civil de 1916, como abaixo se transcreve:

“Anulação de casamento. Erro essencial sobre a pessoa do cônjuge marido, **portador de personalidade psicopática cuja**



Banks

**característica clínica principal é a perversão instintiva de tipo homossexual.**

Procedência do pedido. Confirmação da sentença, submetida a segundo grau de jurisdição.”

Duplo Grau Obrigatório de Jurisdição  
.009.0091 Reg. em 14.06.1977

Sexta Câmara Cível — v. u. – Rel. Des. L. LOPES DE SOUSA J. em 10.05.1977

Assim, segundo a Sexta Câmara Cível do TJERJ, o comportamento homossexual é uma “*perversão instintiva*”, e quem o apresenta é um “*portador de personalidade psicopática*”.

Para confirmar o sobredito, outra ementa, agora da Sétima Câmara Cível do mesmo Tribunal de Justiça:

“Anulação de casamento fundada em erro essencial.

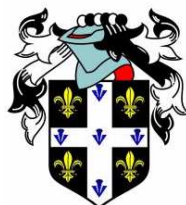
**A prática de homossexualismo pelo varão constitui erro essencial quanto à honra e boa fama, capaz de tornar insuportável a vida em comum e, sua demonstração pode resultar da prova, como conjunto.**

A recusa do varão em submeter-se a exame pericial é forte indício que se robustece com a análise das provas documental e testemunhal.

Sentença que decretou a anulação confirmada.”

Apelação Cível .001.14676 – Reg em 18.11.1981 Sétima Câmara Cível – v. u. Rel.





Banks

Des. WELLINGTON PIMENTEL – J. em  
20.10.1981.

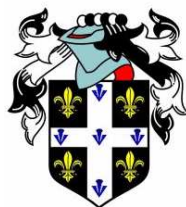
Ora, se a “*prática de homossexualismo*”, segundo o Desembargador **Wellington Pimentel**, constitui “erro essencial quanto à honra e boa fama”, capaz de justificar uma anulação de casamento por “*tornar insuportável a vida em comum*”, a conclusão que tiraria qualquer pessoa, ainda que nunca tivesse visto um invertido em sua vida, é de que a prática do uranismo é avessa aos valores soberanos da Família e do Casamento monogâmico, e somente por uma farsa grotesca se poderia aceitar a confusão entre as duas espécies.

Na seara criminal, o TJERJ também sempre reprovou a conduta homossexual dos agentes do delito de **atentado violento ao pudor**, outrora previsto no revogado art. 214 do Código Penal e hoje subsumido a *species* do estupro; por exemplo, em caso penal arrematado no art. 214 do respectivo Código, e que é considerado crime hediondo, a Sétima Câmara Criminal disse que “homossexual” é a qualidade que ostentam os réus desse tipo de crime, em acórdão assim ementado:

“No crime de atentado violento ao pudor, como em qualquer outro, é irrelevante apurar-se se a vítima é, ou não, homossexual — **qualidade que ostentam, estes sim, os agentes ativos, ora apelantes.**” (grifos nossos)

TJERJ – Sétima Câmara Criminal -  
Apelação Criminal 1999.050.01323 – Rel.  
Des. **Maria Helena Salcedo** – J. em  
08.02.2000, v. u. – Reg. em 24.04.2000 fls.  
9434/9439 – Ementário 22/2000 nº 3  
02.08.2000.

Segundo o magistério da Eminente Desembargadora **Maria Helena Salcedo**, quem comete atentado violento ao pudor é “*homossexual*” e ostenta “*qualidade homossexual*”; assim, como esperar que se fale de outro modo de quem pratica a pederastia?



Banks

No mesmo sentido a lição de VIVEIROS DE CASTRO, em sua monumental obra “*Attentados ao Pudor*”:

“O pederasta vive, sente, pensa, quer, age diferentemente do resto dos homens. Seu vicio tem como resultado fatal uma alteração da personalidade psychica consistindo principalmente em uma transposição, uma inversão das qualidades caracteriticas do sexo, emfim, na effeminização.

[..]

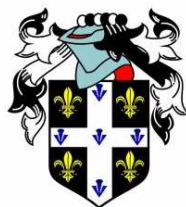
“mentira, delação, covardia, obliteração do senso moral, tal é o seu apanagio. A carta anonyma é a expressão mais exacta da sua coragem.

[...]

“narram-se casos de pederastas que em acessos de raiva ciumenta dilaceram a dentadas o ventre ou arrancaram a pelle do scroto e do membro de seus camaradas”

(VIVEIROS DE CASTRO, “*Attentados ao Pudor*”, 3ª edição, 1934, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, Cap. XVII, pp. 228/229).

É ainda da História Antiga que a **Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana** aponta o exemplo de Nero, que se tornou o mais odiado de todos os imperadores romanos, a ponto de ser identificado com a “Besta do Apocalipse”, não tanto por causa de sua perseguição aos cristãos, visto que Domiciano promoveu contra estes uma carnificina ainda maior, e nem por isso é tão execrado como Nero, mas sim, *porque Nero autorizou a união de homossexuais*, sendo ele mesmo um homossexual casado com outra pessoa do mesmo sexo, conforme relatado por TÁCITO, o mais imparcial dos historiadores de Roma:



Banks

“O próprio Nero, manchado por tôdas as voluptuosidades lícitas e ilícitas, não deixara coisa alguma em que pudesse parecer mais corrupto, se alguns dias após não tivesse êle desposado com tôda a pompa dos casamentos solenes um homem chamado Pitágoras, tirado dentre aquela multidão de depravados.

Coberto o imperador com o véu de noiva, viram-se os padrinhos, o dote, o leito conjugal, as tochas nupciais, enfim tôdas as coisas foram dadas em espetáculo, até mesmo aquelas que para a mulher a noite oculta.”

(TÁCITO, “*Anais*”, Editora Tecnoprint, 1967, Livro XV, capítulo 37, p. 403 – tradução de Leopoldo Pereira)

59

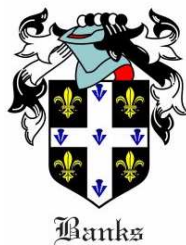
A pretensão escudada pelo **Partido Popular Socialista** se apresenta como triste imitação das aberrações do governo de Nero, que o Ocidente fez bem em condenar ao longo de todos os 2000 anos de processo civilizatório que se lhe seguiram; se a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão não for arquivada ou julgado seu pedido inicial como improcedente, o Brasil terá entrada no infame grêmio daquelas nações que, como Roma e Sodoma, foram varridos com a poeira dos séculos junto com seus povos que institucionalizaram a torpeza e o despudor – e que se reduziram a ser **nada** (*nihil*).

Em conclusão, cabe ressaltar por oportuno que, em Cuba, para um homossexual ser preso por até 1 (um) ano, basta apenas **convidar** alguma outra pessoa para a prática de atos libidinosos, conforme o art. 303, alínea *a* do Código Penal Cubano (Ley nº 62, de 1987), que trata do delito de “*escándalo publico*” assim redigido, *in verbis*:

“**Artículo 303.** *Se sanciona com privación de libertad de tres meses a um año o multa de cien a trescientas cuotas al que:*

Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana

Rua Agenor Moreira nº 62 (casa) Andaraí  
CNPJ-MF 09.296.442/0001-00 / RCPJ matrícula 227.020



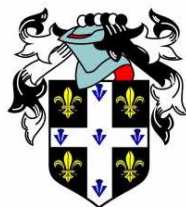
a) ***importune a outro com requerimientos homosexuales***

Isto, como se vê, acontece no direito interno de **Cuba**, o “*paraíso socialista*” das Américas, e admirado pelo **Partido Popular Socialista** e pelas esquerdas brasileiras como um modelo de civilização; chega a ser, portanto, contraditório que um partido que se auto-denomina “socialista” pretenda impor no Brasil a criminalização da “homofobia” e da “transfobia”, ao mesmo tempo em que, no único país da América Latina onde o Socialismo de Estado é praticado, a conduta homossexual é que é passível de sofrer as penas da Lei.

## **VIII – DO PEDIDO:**

A vista do exposto, **REQUER** a **Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana** (“**Associação Eduardo Banks**”) o seguinte:

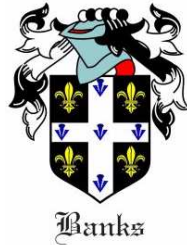
1. A admissão da **Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana** na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26, na qualidade de *amicus curiae* com amparo no artigo 7º., § 2º da Lei nº 9.868/99, juntando-se aos autos os presente memoriais e os documentos em anexo, para que surtam seus legais efeitos;
2. A inclusão do nome dos advogados signatários nas publicações e demais atos de comunicação processual;
3. Seja julgada **extinta sem resolução do mérito** a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26, por lhe faltarem a possibilidade jurídica e o interesse processual como condições da ação nos precisos termos do artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao processo instituído pela



Banks

Lei nº. 9.868/99, negando-se seguimento ao feito, conforme o artigo 21, § 1º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal;

4. Caso o Eminentíssimo Ministro Relator não extinga *si et in quantum* a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26 — esperando a **Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana** que tal não ocorra —, seja designada **audiência pública** para colheita do depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria, em data a ser fixada (art. 9º., § 1º da Lei nº. 9.868/99);
5. Seja autorizada a participação da **Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana** na audiência pública, e a sustentação oral na Sessão de Julgamento;
6. A **improcedência total** da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26, com base no artigo 5º., incisos XXXIX e XL da Constituição Federal, e no § 3º do artigo 7º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional promulgado no Brasil pelo Decreto nº. 4.388, de 25 de Setembro de 2002, com a decretação incidental da inconstitucionalidade do artigo 20 e seus parágrafos da Lei nº. 7.716, de 5 de Fevereiro de 1989, com a redação dada pela Lei nº. 9.459, de 13 de Maio de 1997, e do § 3º do artigo 140 do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº. 10.741, de 1º de Outubro de 2003, com base no artigo 5º., incisos XLII e XLVI da Constituição Federal, estes sim flagrantemente desrespeitados pelo legislador;



7. A **condenação** do **Partido Popular Socialista (PPS)** nas penas do comportamento de **litigância de má-fé** previsto no artigo 17, incisos I e V do Código de Processo Civil, ainda que sem aplicação de valor de multa, ante a não-atribuição de *valor à causa*, ou a fixação de valor *ex officio* pelo Tribunal, para fins de lançamento da coima no *quantum* do artigo 18 do CPC.

Termos em que,  
Espera Deferimento.

Do Rio de Janeiro (RJ) para Brasília (DF), 07 de Janeiro de 2014.

Roberto Flávio Cavalcanti  
OAB-RJ 163.183

Ralph Anzolin Lichote  
OAB-RJ 128.043