

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO CELSO DE MELLO (RELATOR), DO COLENDO ÓRGÃO PLENO DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Note-se que o Senado fala como se nesta ação se pedisse que o STF se substituísse ao Congresso Nacional a todo momento, em todo e qualquer tema, quando o que a tese mais ambiciosa dessa ação, já acompanhada por forte doutrina em temas não-penais [cf. Inicial, p. 68-72], defende que no **tema específico das ordens constitucionais de legislar** cabe ao STF exercer *função legislativa atípica* para concretizá-las, mesmo de forma geral e abstrata, **caso caracterizada mora inconstitucional do Legislativo em fazê-lo**. Apenas nestas hipóteses pede-se o que se pede nesta ação em sua tese mais ambiciosa, logo, uma gama de situações bem restrita, *data venia*. Sem falar que o **pedido de interpretação conforme do termo “raça” para abarcar homofobia e transfobia como espécies de “racismo social”** nos termos do conceito oriundo do HC 82.424/RS afasta a questão da reserva legal, já que o termo “raça” já está na lei e estaria sofrendo mera interpretação declarativa (não “extensiva” nem “analogica”) para isto reconhecer, ao passo que, ainda que nada disso se acolha, o **pedido de declaração de mora inconstitucional** é autônomo ao pedido desta tese mais ambiciosa, donde se o STF não acolher aquela, pode perfeitamente acolher este. O que se pede é o **respeito à imperatividade das ordens constitucionais de legislar, logo, respeito à supremacia constitucional**, em interpretação sistemático-teleológica do texto constitucional, compatibilizando a reserva legal com a eficácia jurídica positiva das ordens constitucionais de legislar. [trecho desta peça: p. 26]

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADO) n.º 26

PPS – PARTIDO POPULAR SOCIALISTA, devidamente qualificado nos autos da ação em epígrafe, que move em face do **CONGRESSO NACIONAL**, por seu advogado signatário, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fulcro em seu direito constitucional de petição, *manifestar-se sobre as Informações da Câmara dos Deputados e do Senado Federal*, nos seguintes termos:

1. SÍNTESE E ÍNDICE DESTA “RÉPLICA”.

Inicialmente, requer-se a remessa **urgente** dos autos à Procuradoria-Geral da República, para parecer e posterior retorno dos autos ao Eminentíssimo Relator para fins de elaboração **com a máxima brevidade possível** de voto e disponibilização de pauta de julgamento. Pede-se **urgência** em razão da população LGBT sofrer constantemente com a **banalidade do mal homotransfóbico**¹ que a assola na atualidade,

¹ **Homotransfobia** é um neologismo que visa englobar em uma única palavra os termos “homofobia” e “transfobia”, para assim designar a discriminação contra a população LGBT como um todo (termo este cuja autoria o signatário desconhece), visto que, em sentido estrito, o termo **homofobia** abarca apenas

denunciada na Inicial e que se agrava dia após dia, além da necessidade de **diálogo institucional** com o Legislativo, instando-o a legislar, preferencialmente pelo acolhimento do pleito de exercício de interpretação declarativa do art. 20 da Lei de Racismo que reconheça que a proibição da discriminação por “raça” abarca a discriminação por orientação sexual e a identidade de gênero da pessoa enquanto “racismo social” (cf. HC 82.424/RS) ou então pelo exercício função legislativa atípica por esta Suprema Corte para implementar a criminalização, por *troca de sujeito* (Walter Claudius Rothenburg), nos termos da Inicial (item 6.2.3, p. 80-88) e desta peça.

O Partido-Impetrante aqui refuta o mérito das alegações do Senado Federal, já que a Câmara dos Deputados limitou-se a reiterar sua decisão do final de 2006, pela criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero.

Em **síntese**, descabidas as alegações do Senado Federal em razão de:

(i) ser sedimentada a jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que a mera existência de projetos de lei não ilide a mora inconstitucional;

(ii) não poder o Legislativo “decidir não decidir” em casos de ordens constitucionais de legislar, pois essa “decisão de não decidir”, em tais casos, é inconstitucional – pois uma **Constituição Dirigente** como a CF/88 afasta o *mito do legislador racional* e a supremacia absoluta do legislador nas hipóteses em que ela demanda pela criação de determina(s) lei(s);

(iii) ser descabido opor-se à caracterização da **homofobia e da transfobia como espécies do gênero racismo** em razão da arbitrariedade de tal afirmação do Senado (disse ele serem fenômenos “distintos”, mas não se dignou a explicar em que consistiria tal “distinção”), ao passo que homofobia e transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de *racismo social* estabelecido por esta Suprema Corte no célebre HC 82.424/RS, como amplamente exposto na Inicial (itens 3.1.1, p.

a discriminação contra homossexuais e bissexuais (logo, a *gayfobia*, a *lesbofobia* e a *bifobia*), ao passo que o termo **transfobia** designa a discriminação contra travestis, transexuais e transgêneros em geral. Por vezes se vê no movimento a utilização do termo “homo-lesbo-bi-transfobia”, pois lesbofobia (discriminação contra lésbicas) e bifobia (discriminação contra bissexuais) também têm especificidades relativamente à gayfobia (discriminação contra [homens] gays) – exemplo paradigmático sobre a lesbofobia é o horrendo “*estupro corretivo*”, pelo qual homens heterossexuais estupram mulheres lésbicas sob o absurdo “fundamento” delas verem o que estariam “perdendo”, em horrenda violação da liberdade sexual destas. De qualquer forma, por convicção acadêmico-terminológica relativamente ao prefixo “homo”, que se refere a “homossexuais” e não a “homens gays”, usa-se o termo *homofobia* como abrangendo a *gayfobia*, a *lesbofobia* e a *bifobia* (com o termo *transfobia*, como dito, abrangendo a discriminação contra travestis, transexuais e transgêneros em geral). **Logo, quando se fala aqui em homotransfobia está-se a falar em “homofobia e transfobia”**

20, e especialmente 3.1.2, p. 20-31), argumentos estes não enfrentados pelo Senado Federal;

(iv) a imposição constitucional de *punição* de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais demanda, ao menos neste caso concreto, por *punição criminal* por dois argumentos: **topológico**, já que o dispositivo constitucional em questão se encontra na parte penal do art. 5º da CF/88, e **material**, pelo princípio da proibição de proteção insuficiente decorrente do princípio da proporcionalidade, ante a **banalidade do mal homotransfóbico** que assola a população LGBT na atualidade;

(v) não é necessária uma “sentença aditiva” para a procedência do pedido de criminalização da homofobia e da transfobia, mas mera **interpretação declarativa do art. 20 da Lei de Racismo** (Lei 7.716/89), mediante *overruling* da decisão do Inq. 3590 ante o exposto no item “iii”, supra, pois sendo homofobia e transfobia espécies do gênero racismo, então o termo “raça”, constante de dita lei, entendido enquanto “raça social” e o racismo, portanto, como “racismo social” abarcam, sem necessidade de interpretação extensiva ou analogia, o entendimento de serem as discriminações por orientação sexual e por identidade de gênero discriminações racistas puníveis com base em dito termo legal, donde o princípio da reserva legal resta respeitado pelo termo “raça” já estar positivado (cf. Inicial, pedido d.1, p. 95);

(vi) subsidiariamente, caso não se acolha dito pleito, a tese da Inicial justifica o exercício de **função legislativa atípica** por esta Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, decorrente do próprio núcleo essencial do princípio da separação de poderes enquanto sistema de freios e contrapesos (necessidade de eficiente controle da omissão inconstitucional do Legislativo, o que só é possível mediante a criação da norma geral e abstrata, neste caso) e do próprio conteúdo imanente da declaração de inconstitucionalidade, que demanda pela retirada do mundo jurídico da situação inconstitucional (o que, no caso da omissão inconstitucional, demanda pela criação da norma geral e abstrata ante a reiterada inércia do Parlamento em fazê-lo – podendo-se estabelecer prazo razoável para que o Legislativo cumpra sua obrigação de legislar para, somente após, dar-se eficácia à decisão legislativa atípica desta Suprema Corte enquanto Tribunal Constitucional para tanto);

(vi.1) nesse sentido, os precedentes esmiuçados na Inicial sobre a greve do serviço público civil são paradigmas efetivamente válidos, pois tendo o STF anteriormente declarado que o exercício do direito de greve no serviço público civil era obstado ante uma “*reserva absoluta de lei*” (STF, MI 20) tendo em vista interpretar o art. 37, VII, da CF/88 como uma “norma de eficácia limitada”, o que significava interpretá-lo no sentido de que “*não há exercício do direito de greve sem lei anterior que o defina*”, de sorte a ter-se por estabelecida a mesma reserva legal por tal norma atribuída (implícita) que aquela expressamente constante do art. 5º, XXXVI, da CF/88, e mesmo

assim superou-se a reserva legal para dar efetividade à imperatividade da ordem constitucional de legislar respectiva. **Logo, tendo o STF superado a reserva legal que ele sempre entendeu existir (e sempre entendeu absoluta) para garantir a imperatividade normativa da ordem constitucional de legislar respectiva, então pode fazer o mesmo aqui, pois reserva legal é reserva legal, inexistindo dicotomias entre uma “absoluta” e outra “relativa”, donde se o STF superou-a no caso da greve do serviço público civil, então pode superá-la também no presente caso, pois em ambos os casos há ordem constitucional de legislar, em ambos os casos há reserva legal mas em ambos os casos há necessidade de se garantir a imperatividade da Constituição ante a inércia inconstitucional do Legislativo em fazê-lo** (tema amplamente desenvolvido na Inicial, item 6.2.3, p. 80-88).

Cabe ainda citar a **má-fé institucional do Senado Federal** em sua conduta concreta no tema da criminalização da homofobia e da transfobia no que tange ao PLC 122/06: além da **inércia deliberativa** relativa à insistência em não votá-lo, no final de 2013 decidiu o Senado apensar o PLC 122/06 ao Projeto de Novo Código Penal sob o fundamento de que este estaria visando discutir o sistema penal como um todo (o que gerou o repúdio do Movimento LGBT, por se tratar de claríssima estratégia de procrastinação da decisão de aprovar ou não o projeto) para, um ano depois, decidir “desapensá-lo” em razão de sua “polêmica” e “incompatibilidade” com o contexto de criminalização geral do Código Penal. Sem falar que **isso gerou o arquivamento definitivo do PLC 122/06**, donde se pode dizer que o Senado violou, no mínimo, o **princípio da boa-fé objetiva** nesta conduta de “apensar para depois desapensar”, desapensamento este que inclusive teve sua incoerência bem criticada pela **Senadora Marta Suplicy**, a qual destacou que o próprio apensamento já foi uma manobra procrastinatória do Senado na deliberação sobre o tema – o que dizer, então, deste “desapensamento pós apensamento”², especialmente porque o Senado tinha a *obrigação de saber* (por boa-fé objetiva) que o arquivamento definitivo do projeto se daria em 2015 (e, se sabia, então teremos caracterizada a própria *má-fé subjetiva*) Voltaremos a este tema no item 4.1 nesta peça.

Para finalizar esta síntese, sobre a paradigmática lição de Vanice Regina Lírio do Vale transcrita no item 6.1 infra, sintetizemos no seguinte, no intuito da clareza (como ali também fazemos): o **agir adequado do Poder Legislativo** no caso objeto desta ação é o que dá cumprimento às ordens constitucionais de legislar, razão pela qual **se o Legislativo não cumpre a Constituição no que toca à elaboração de tal legislação, não é constitucionalmente aceitável em um constitucionalismo dirigente que ele invoque a separação “dos poderes” (a separação funcional do poder estatal) como “justificativa” para impedir o Tribunal Constitucional (o**

² Cf. <http://www.ptnosenado.org.br/textos/122-curtas/30489-marta-repudia-exclusao-da-criminalizacao-da-homofobia-no-codigo-penal> (último acesso em 11.01.15). Íntegra da fala no item 4.1, p. 30, desta peça.

STF, em nosso caso) a dar cumprimento à Constituição. Isso seria permitir ao Legislativo, o réu deste processo, **se beneficiar de sua própria torpeza**, contrariando assim célebre princípio geral de Direito. É isso que se entende por violação do *agir adequado* do Poder Legislativo neste caso: o não-cumprimento do mandado de criminalização da homofobia e da transfobia, razão pela qual cabe a este Supremo Tribunal Federal, em sua função contramajoritária (e representativa, cf. Barroso e Alexy, item 5, infra) dar cumprimento à Constituição, seja mediante *função legislativa atípica*, seja por interpretação conforme aos dispositivos da Lei de Racismo (Lei 7.716/89) para aplicar ao termo “raça” interpretação declarativa nos termos do decidido no multicitado HC 82.424/RS, para entender homofobia e transfobia espécies do gênero racismo, nos termos do pedido d.1 da petição inicial. Ao passo que, se o **diálogo institucional** é a via ideal para superação da omissão inconstitucional, considerando que o Senado, neste processo, só oferece como “alternativa” a única hipótese incontestavelmente inconstitucional (o não-cumprimento do mandado de criminalização da homotransfobia), só resta a esta Suprema Corte declarar a mora inconstitucional e fixar prazo razoável ao Senado para efetivar tal criminalização (como já feito quando determinou que o Congresso legislasse no tema da distribuição dos recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal³), como sugerido na Inicial (e que atende ao ideal do diálogo institucional) para, ultrapassado dito prazo (ou independente dele, caso a Corte julgue possível, dada a urgência de coibir a citada banalidade do mal homotransfóbico aqui reiterada), dar eficácia a decisão que aplique a interpretação conforme ou exerça a função legislativa atípica pleiteada(s) nesta ação, de forma similar ao que fez em outros processos, quando deu prazo para o Congresso legislar, ao fim do qual, na inércia, concretizou as normas constitucionais respectivas (*v.g.* os MI 283, 232, 284, 543, 562, 679 e 758 – e, na **ADO 23**, ante o desatendimento do prazo fixado pelo STF em processos anteriores, deferiu-se liminar com solução concretista, mantendo-se efeitos de legislação antes declarada inconstitucional, ante a persistência da inércia do Legislativo a despeito do prazo que lhe foi assinalado pelo STF). Em razão de tais decisões, afirmou em sede doutrinária o **Ministro Gilmar Mendes** que ditas decisões provam que **“o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, caso se utilize a denominação do direito italiano”**⁴), o que, se não foi feito em seara criminal, entende-se que pode ser feito nos termos amplamente trabalhados na Inicial (item 6.2.3, p. 80-88) e nesta peça.

Sobre a vedação constitucional de medidas provisórias em matéria criminal, que esse dispositivo deve ser

³ STF, ADI 875, 1987, 2727 e 3243, também objeto da ADO 23.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **O Mandado de Injunção e a Necessidade de sua Regulação Legislativa**. In: MENDES, Gilmar Ferreira. VALE, André Rufino. QUINTAS, Fábio Lima (orgs.). Mandado de Injunção. Estudos sobre a sua Regulamentação, 1ª Ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 31.

interpretado como relativo a hipóteses de criminalização não-constitucionalmente obrigatória, ou seja, em hipóteses de normalidade da atuação institucional do Legislativo relativamente à Constituição, hipóteses de criminalizações meramente legítimas, não de criminalizações obrigatórias, de sorte a não poder ser usado como óbice para a concretização de mandados de criminalização pelo STF (Tribunal Constitucional) em casos de reiterada inércia inconstitucional do Congresso Nacional em realizá-lo. É o que foi exposto na Inicial, em nota de rodapé (n.º 207, p. 82-83) e que aqui se reitera.

Ademais, a teoria dos diálogos institucionais, também destacada pela Procuradoria-Geral da República em seu paradigmático parecer no MI 4733, é aqui considerada relevante por três motivos: (i) mostrará o dever de criminalizar no caso concreto, algo negado pelo Congresso Nacional; (i.1) determinando a aplicação da Lei de racismo por interpretação DECLARATIVA do termo “raça” da Lei de Racismo”, nos termos do conceito ontológico-constitucional fixado pelo STF no HC 82.424/RS, colaborando com o Legislativo na efetivação da atuação maximalista necessária para proteger os direitos fundamentais das pessoas LGBT, ante a nefasta banalidade do mal homotransfóbico que as assola na atualidade e viola seus direitos fundamentais à tolerância, à segurança, à não-discriminação, ao respeito à sua dignidade e, evidentemente, à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero – o mesmo valendo para eventual exercício de função legislativa atípica por esta Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, com base na compreensão do núcleo essencial da separação dos poderes enquanto sistema de freios e contrapesos (para controlar eficientemente a omissão legislativa) Afinal, em ambos os casos permitir-se-á ao Congresso Nacional analisar a regulamentação realizada por esta Corte, para eventualmente poder propor alternativas válidas, desde que isonômicas e caracterizadoras de proteção eficiente da população LGBT, algo que seria estimulado por uma regulamentação provisória realizada por esta Suprema Corte.

Subsidiariamente, a se acolher apenas o pedido mais modesto, de mera declaração de mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia (e eventualmente o de responsabilidade civil do Estado pela mora inconstitucional), estar-se-á, com este apelo ao legislador, deixando incontestemente referida mora inconstitucional do Congresso Nacional, por ele negada (a manifestação do Senado neste processo é a prova cabal disso), apontando esta Suprema Corte, assim, para a inaceitabilidade do vácuo normativo e, assim, estimulando nosso Parlamento a agir, apontando-lhe que a solução criminalizadora é constitucionalmente obrigatória, sugerindo-se (nesta hipótese de decisão não-concretista, que se limite a declarar a mora inconstitucional, ainda que eventualmente também

reconheça a responsabilidade civil do Estado pela mora inconstitucional) **que se o faça mediante uma SENTENÇA ADITIVA DE PRINCÍPIO⁵ para se delinear parâmetros gerais de criminalização, para ela abarcar necessariamente toda e qualquer discriminação contra pessoas LGBT** (impedir-lhe de fazer o que se tolera que a população heterossexual cisgênera faça) **e toda e qualquer ofensa à coletividade de pessoas LGBT** (as injúrias e difamações em geral e, principalmente, “injúrias coletivas”, ou seja, as ofensas a qualquer das coletividades LGBT, por qualquer meio, mesmo na forma de difamação), **sem hierarquização de opressões** relativamente às demais opressões já especificamente punidas pelo Direito Penal Pátrio.

Entenda-se bem. Mera interpretação declarativa dos dispositivos da Lei de Racismo (o termo “raça”), no sentido de “racismo social” definido pelo STF no HC 82.424/RS, por *interpretação conforme*, afasta a dificuldade da reserva legal porque estar-se-á meramente interpretando o significado ontológico/gramatical do termo “raça”, ainda que em conformidade com a Constituição. **Neste caso não haverá “função legislativa atípica” pelo STF.** Mas, caso assim não se entenda e se ache que seria necessária uma “sentença aditiva” para isto justificar e caso não se acolha a tese mais ambiciosa, de exercício de “função legislativa atípica” por esta Suprema Corte enquanto Tribunal Constitucional e se entenda que o STF poderia apenas declarar a mora inconstitucional do Legislador, aí sim requer-se seja elaborada uma **sentença aditiva de princípio** para se delinear os citados parâmetros gerais de criminalização.

Sobre a **superação do dogma do legislador negativo** pela ciência jurídica contemporânea, a uma, dizer que o Tribunal Constitucional, ao declarar a inconstitucionalidade (por ação), age como se aprovasse uma lei com o sinal negativo (“revogadora”), como se “legislador negativo” fosse, é muito diferente de dizer que o Tribunal Constitucional *apenas pode agir* como “legislador negativo” – ao passo que a premissa kelseniana, indispensável a esta tese, era a da anulabilidade da decisão inconstitucional, algo que nunca foi de nossa tradição constitucional brasileira, da nulidade, que demanda pela superação da situação

⁵ **Sentença aditiva de princípio** é aquela “imediatamente operante e aplicável, que fixa um princípio geral que deve ser desenvolvido através de uma intervenção do legislador; mas o juiz pode já, com certos limites, fazer referência a ela na resolução de casos concretos” (ROMBOLI *apud* VALLE, Vanice Regina Lirio do. **Sindicar a Omissão Legislativa. Real Desafio à Harmonia entre os Poderes**, 1ª Ed., Belo Horizonte: Ed. Forum, 2007, p. 344), pela qual, “sem o traçado de uma norma abstrata de conduta, a Corte Constitucional delibeia a moldura principiológica a incidir sobre a matéria, instando à produção/correção legislativa e autorizando ao juízo ordinário a garantir, ainda que na persistência da inércia, situações individuais, tendo em conta aquele mesmo traçado principiológico” (VALLE, *Op. Cit.*, p. 313). Diferencia-se a **sentença aditiva** [propriamente dita] porque nesta “*se empreende à ampliação do conteúdo normativo de uma disposição que encontrava fronteira aquém daquilo que a Constituição lhe determinaria; e, ainda, das sentenças substitutivas, em que se tem por impositivo uma pronúncia preliminar de nulidade de parte do preceito que se revela inconstitucional, para só então proceder-se à integração de seu conteúdo nos termos em que o determinara a Carta Fundamental (ELIA, 1985, p. 303-305)*” (VALLE, *Op. Cit.*, p. 339-340).

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

inconstitucional com eficácia retroativa (*ex tunc*). Por outro lado, o **Min. Gilmar Mendes** bem apontou, no julgamento da ADPF 132/ADI 4277, que o STF de há muito superou o dogma do legislador negativo em sua jurisprudência. O **Min. Roberto Barroso**, antes e depois de entrar no STF⁶, bem aponta que a partir do momento em que se concluiu na hermenêutica jurídica que a norma é fruto da interpretação do texto normativo, de sorte ao intérprete participar ativamente da criação da norma jurídica, percebe-se que o Estado-juiz tem necessariamente uma *atuação positiva*, donde também a jurisdição constitucional, ante notoriamente esta Suprema Corte assim agir em sua jurisprudência. Tão absurda é a ideia de “juiz como [mero] legislador negativo” que isso demandaria a declaração de inconstitucionalidade da analogia (arts. 4º da LINDB e 126 do CPC/73) por suposta “violação” da separação “dos poderes”, algo anacrônico por ser a analogia concretização do princípio da igualdade⁷. Logo, o dogma do “legislador negativo” precisa ser definitivamente superado por esta Suprema Corte.

Eis agora o **índice** da presente peça, para facilitar o manuseio dela por Vossas Excelências:

ÍNDICE

1. SÍNTESE E ÍNDICE DESTA PEÇA.	p. 01-08
2. REMESSA À PGR E RAZÕES PARA SUPERAÇÃO (OVERRULING) DA DECISÃO DO INQUÉRITO 3590 (Rel. Min. Marco Aurélio).	p. 09-14
3. A (CURIOSA) MANIFESTAÇÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS.	p. 14
4. REFUTAÇÃO DA MANIFESTAÇÃO DO SENADO FEDERAL.	p. 14-29
4.1. MÁ-FÉ INSTITUCIONAL DO SENADO FEDERAL. Apensamento e Desapensamento do PLC 122/06 ao Projeto de Novo Código Penal. Arquivamento Definitivo do PLC 122/06. O (absurdamente incoerente) Parecer da Consultoria Jurídica do Senado Federal.	p. 29-35
5. CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE E TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS. A obra de Conrado Hübner Mendes e a posição doutrinária do Ministro Roberto Barroso.	p. 35-44
6. UM DEBATE DOUTRINÁRIO. Artigo-resposta do signatário a artigo-crítico ao Paradigmático Parecer da PGR no AgRg/MI 4733. Outros artigos (também críticos aos críticos).	p. 44-49
6.1. A Paradigmática Obra de Vanice Regina Lírio do Valle. Superando a vetusta visão do Tribunal Constitucional como mero “legislador negativo”.	p. 49-59
7. DOS PEDIDOS.	p. 59-60

⁶ Inclusive em debate com o Min. Marco Aurélio em debate sobre a proposta daquele de modulação de efeitos da decisão da ADI 4357, sobre a “PEC do Calote” – *citação de memória (TV Justiça)*.

⁷ Obviamente não se está defendendo o uso da analogia no Direito Penal, apenas se argumentou que o dogma do legislador negativo não se justifica nem mesmo diante da clássica analogia, que obviamente não é inconstitucional. O pedido de exercício de função legislativa atípica se dá como forma de concretização de ordens constitucionais de legislar em casos de omissões inconstitucionais, nos termos amplamente justificados na Inicial e nesta réplica, mas tal se justifica em razão da patologia oriunda da inércia inconstitucional do Legislativo, logo, uma hipótese de anormalidade institucional – em casos de normalidade institucional, de inexistência de omissões inconstitucionais, não cabe ao Judiciário superar a reserva de lei constitucionalmente fixada; nos casos de omissões inconstitucionais, aplica-se a tese de Walter Claudius Rothenburg exposta na Inicial: mais importante do que quem cumpre a Constituição é cumprir a Constituição.

2. REMESSA À PGR E RAZÕES PARA SUPERAÇÃO (OVERRULING) DA DECISÃO DO INQUÉRITO 3590 (Rel. Min. Marco Aurélio).

Ab initio, requer-se sejam os autos enviados, com a máxima urgência, à **Procuradoria-Geral da República**, para fins de elaboração de parecer. Anote-se apenas que **a PGR já apresentou manifestação favorável ao mérito da causa** quando, ao proferir parecer relativamente ao agravo regimental interposto no Mandado de Injunção n.º 4733. Com efeito, ali o Ilustre Procurador-Geral opinou pela atribuição de *interpretação conforme à Constituição* ao art. 20 da Lei 7.716/89, para que o termo **“raça”** ali constante seja interpretado no sentido de *raça social*, definido por esta Suprema Corte no célebre HC n.º 82.424/RS, que considerou o antissemitismo como espécie do gênero racismo por entender este na acepção de **racismo social**, enquanto qualquer ideologia ou conduta que pregue a inferioridade de uns relativamente a outros, conceito este no qual homofobia e transfobia inequivocamente se encontram.

Sobre o tema, Excelência, após ser proferido novo parecer pela PGR, em termos de mérito, cabe ainda requer-se a **superação (overruling)** do quanto decidido pela Colenda 01ª Turma desta Suprema Corte no **Inquérito n.º 3590** (Rel. Min. Marco Aurélio) quando rechaçou-se a citada tese esposada pela PGR já na petição inicial daquele inquérito.

Naquele julgado, o **Min. Marco Aurélio** limitou-se a dizer que a discriminação por *“opção sexual”* (SIC) não estaria criminalizada pela legislação de regência e que, por isso, não se poderia considerar a homofobia crime; o **Min. Roberto Barroso** afirmou que, não obstante sejam lamentáveis e preconceituosas as afirmações do ali acusado, a liberdade de expressão permite opiniões com as quais não concordamos, não considerando crime aquela fala (que imputou *“podridão”* aos *“sentimentos homoafetivos”*). O **Min. Fux**, também repudiando a fala do ali acusado, disse que não se poderia considerar homossexuais como *“raça”* porque toda a *ratio* do STF na ADPF 132 e ADI 4277 foi a de garantir igualdade às uniões homoafetivas relativamente às heteroafetivas e que, assim, seria discriminatório o STF considerar homossexuais uma *“raça”* distinta de heterossexuais. O **Min. Dias Toffoli** e a **Min. Rosa Weber** acompanharam o entendimento dos demais. Concluíram, assim, que violaria a exigência de legalidade estrita para criminalização de condutas a condenação do acusado por supostamente inexistente lei criminalizadora no caso concreto.

Contudo, *data maxima venia*, não agiram com o costumeiro acerto os referidos Ministros, senão vejamos.

O único Ministro que enfrentou o cerne da questão foi o **Min. Fux**, mas suas considerações perpetram uma *inversão de valores* com a qual não se pode concordar. **Ora, não é o STF que estará**

“discriminando” homossexuais ao considerar a homofobia como *racismo social* e, portanto, a homossexualidade uma *raça social*, nos termos do conceito geral e abstrato definido por esta Suprema Corte no célebre caso *Ellwanger* (HC 82.424/RS). Não é nem mesmo o STF que estará considerando a homossexualidade uma “raça social”. Quem trata homossexuais como uma raça (social) distinta e perpetra contra tal população conduta tipicamente racista são os homofóbicos! São as pessoas que efetivamente discriminam homossexuais as que os(as) estão agindo de forma discriminatória ao desumanizá-los(as) por suas nefastas condutas discriminatórias. **Eis o equívoco do Min. Fux em dito julgamento:** ele disse que o STF seria discriminatório caso considerasse a homossexualidade como uma “raça [social]” quando, na verdade, o STF apenas estaria reconhecendo que pessoas homofóbicas tratam homossexuais como uma *raça social* distinta ao discriminá-las.

Para ratificar tal afirmação (a nosso ver evidente), de que homofóbicos e transfóbicos consideram pessoas LGBT como um *raça do demônio* (SIC), veja-se a declaração homofóbica de teor incontestavelmente racista de um membro da gangue neonazista Carecas do ABC sobre um homossexual:

Essa raça é uma raça do demônio. Deus criou o homem e a mulher e não o homossexual. (SIC/g.n)⁸

Reportagem que mostra altíssima intolerância contra homossexuais em nossa sociedade, com a fala de alguém dizendo que “*mandava matar esses viadinhos tudinho*”/SIC, pouco após 1m20s de vídeo... para ficar apenas nestes exemplos...

Vejamos, ainda, a confirmação de voto do **Ministro Nelson Jobim** no multicitado HC n.º 82.424/RS:

[...] *No debate da Constituinte, registrado nos anais, falava-se no negro, mas estavam lá os judeus, estavam lá os homossexuais e tivemos a oportunidade de discutir isso. [...] circularam dentro da Assembleia Constituinte todas as minorias que poderiam ser objeto de racismo. Nunca se pretendeu, com o debate, restringir ao negro. Não há necessidade de trazer esse debate, porque a Assembléia Constituinte não vai restringir, no texto, ao negro, mas vai deixar em aberto para o exercício futuro de virtuais racismos não conhecidos no momento de 88 e que possam ser conhecidos num momento do ano de 2000*” (STF, HC n.º 82.424-2/RS, confirmação de voto do Ministro Nelson Jobim, p. 04. Grifos nossos)

E, em trecho anterior da mesma confirmação de voto:

⁸ Cf. http://www.sbt.com.br/jornalismo/noticias/4703/No-Rastro-da-Intolerancia---Parte-1.html#.VJCM0SvF_T9 (último acesso em 16.12.14). Trata-se da primeira fala do vídeo, logo após o vigésimo segundo do vídeo. Para a segunda parte desta reportagem: <http://www.sbt.com.br/jornalismo/noticias/12831/No-Rastro-Da-Intolerancia---Parte-2.html#.VJCPa3u4Ka9> (último acesso em 16.12.14).

A questão, portanto, é esta: **as opiniões que pretendem produzir o ódio racial contra judeus, contra negros, contra HOMOSSEXUAIS, devem ou não serem tratadas de forma diferente daquelas opiniões que causam ordinariamente a ofensa ou a raiva?** Por óbvio, o ódio racial causa lesão ao objetivo de uma política objetiva de igualdade, que é uma política democrática. A igualdade, portanto, é pré-condição para a democracia e o objetivo da liberdade de opinião. **As opiniões consubstanciadas no preconceito e no ódio racial não visam para contribuir para nenhum debate inerente às deliberações democráticas para o qual surge a liberdade de opinião.** Não visam contribuir para nenhuma deliberação, não comunicam ideias que possam instruir o compromisso que preside a deliberação democrática. Os crimes de ódio não tem a intenção de transmitir ou receber comunicação alguma para qualquer tipo de deliberação. O objetivo seguramente é outro. Não está na base do compromisso do deliberar democrático. Quer, isto sim, impor condutas anti-igualitárias de extermínio, de ódio e de linchamento.
(STF, HC n.º 82.424-2/RS, confirmação de voto do Ministro Nelson Jobim, pp. 02-03. Grifos nossos)

Veja-se, ainda, trecho do voto do **Min. Maurício Correa** naquele célebre julgado, **que cai como uma luva para mostrar o equívoco do Min. Fux na citada fala no Ina. 3590:**

O que vale não é o que pensamos, nós ou a comunidade judaica, se se trata ou não de uma raça, mas efetivamente se quem promove o preconceito tem o discriminado como uma raça e, exatamente com base nessa concepção, promove e incita a sua segregação [...].
(STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do Ministro Maurício Correa, pp. 12-13. G.n)

Por outro lado, o Min. Fux (no Inq. 3590) não teceu nenhuma consideração sobre o **conceito de racismo social** definido por este Supremo Tribunal Federal no citado HC 82.424/RS. **Onde está a vinculação a precedentes que Sua Excelência tanto pretendeu valorizar quando coordenou o Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil?** Ora, o citado precedente desta Suprema Corte estabeleceu um conceito geral e abstrato de racismo social que abarca homofobia e transfobia, como supra sintetizado e amplamente demonstrado na Inicial (itens 3.1.1 e 3.1.2, p. 15-31). Absurda a tese (do Senado) de que o STF não teria dito que homofobia e transfobia seriam espécies do gênero racismo, na medida em que isso é a **decorrência lógica** do citado conceito de *racismo social* esposado na **ratio decidendi** daquele célebre julgado. Descabe exigir uma linha *a la Escola da Exegese* para dizer que, como não se falou em homofobia e transfobia expressamente naquela decisão, ela não as abarcaria – ela as abarca, por elas se enquadrarem no conceito geral e abstrato de racismo social definido por esta Suprema Corte naquela oportunidade (qualquer ideologia ou conduta que pregue a inferioridade de uns relativamente a outros). **E, como visto na confirmação de voto do Min. Jobim no HC 82.424/RS, nos debates constituintes nunca se pretendeu restringir a criminalização do racismo apenas à negrofobia, à discriminação contra negros.** Isso deve ser levado em conta na interpretação do termo *raça*, da Lei de Racismo.

Nesse sentido, a fala do **Min. Marco Aurélio** também não merece respaldo. Ora, sendo homofobia e transfobia espécies do gênero *racismo social*, então as discriminações por *orientação sexual* e por *identidade de gênero* encontram-se já criminalizadas pela criminalização da discriminação por raça, constante do art. 20 da Lei 7.716/89. A se entender o termo *raça* enquanto *raça social*, como feito pelo STF no HC 82.424/RS, então a discriminação por *raça* abrange a discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero, **ai residindo o equívoco** do Min. Marco Aurélio no voto ora criticado.

Ou seja, não há afronta ao princípio da legalidade estrita criminal na tese da Procuradoria-Geral da República, que também respalda a Inicial deste caso: a interpretar-se o termo raça no sentido de raça social, como fez o STF no HC 82.424/RS, o qual foi solenemente desconsiderado pela citada decisão a despeito de seu relatório apontar que ele (HC 82.424/RS) era o fundamento determinante da tese da PGR naquele caso, então concluir-se-á que a Lei nº 7.716/89 já criminaliza a homofobia e a transfobia enquanto espécies de racismo social. Ai a inexistência de violação do dogma da legalidade estrita criminal por esta verdadeira interpretação conforme à Constituição do termo “raça” constante do art. 20 da Lei nº 7.716/89.

Como sempre fala o signatário, e inclusive disse na minuta de agravo regimental do Mandado de Injunção (MI) 4733, **se** este Supremo Tribunal Federal julgar improcedente a presente ação dizendo que homofobia e transfobia já configuram crime de racismo **hoje**, então a finalidade desta ação terá sido alcançada, **MAS**, devido à polêmica do tema, provada pela própria decisão que aqui se visa superar (*ouerrule*), o Inq. 3590, entende-se que deve este STF, no mínimo, julgar parcialmente procedente a presente ação para aplicar a citada interpretação conforme à Constituição ao art. 20 da Lei nº 7.716/89, para neles entender criminalizadas a homofobia e a transfobia como espécies de *racismo social*, consoante amplamente desenvolvido na Inicial, nos itens 3.1.1 (pp. 15-20) e (especialmente) 3.1.2 (pp. 20-31) – evidentemente não se trata de “aditamento de pedido”, mas de compreensão sobre a possibilidade de um julgamento de parcial procedência, já que na Inicial pleiteou-se, sem tergiversar, que se requeria, de forma principal, o exercício de **função legislativa atípica** por esta Suprema Corte, o que esta tese da *interpretação conforme* paradigmaticamente defendida pela PGR acaba por tornar desnecessária, ainda que sob o viés de uma *sentença aditiva*, cf. o parecer da mesma no agravo regimental do MI 4733, abaixo transcrito nos pontos principais.

Por outro lado, a fala do **Min. Roberto Barroso** igualmente não merece respaldo pela compreensão, *data venia*, exageradamente ampla que teve de *liberdade de expressão*. Com efeito,

discursos de ódio, ofensas a coletividades de pessoas e incitações ao preconceito e à discriminação não são protegidas pelo conteúdo imanente do direito fundamental à liberdade de expressão. O voto de Vossa Excelência, Min. Celso de Mello, no citado HC 82.424/RS demonstra isso com uma clareza solar, ao afirmar a obviedade segundo a qual a liberdade de expressão não garante o direito a ofender quem quer que seja. Consoante sempre defende o signatário, **sendo a liberdade o direito de se fazer o que se quiser desde que não se prejudiquem terceiros, e considerando que ofensas a coletividades de pessoas evidentemente prejudicam suas vítimas, então a liberdade de expressão, vinculada a este conceito imanente de liberdade consagrado desde a célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão não protege discursos de ódio, ofensas a coletividades de pessoas e incitações ao preconceito e à discriminação em geral.**

Aí o **equivoco do Min. Roberto Barroso**: não se poderia considerar como *liberdade de expressão* uma fala que imputa “*podridão*” aos “*sentimentos homoafetivos*” e basicamente classifica estes como a razão para diversos males da humanidade... Tal é relevante no presente caso porque **igualmente não pode ser considerado como liberdade de expressão** aquilo que a petição inicial pede que o Supremo Tribunal Federal reconheça como conteúdo da mora inconstitucional do Congresso Nacional, a saber: “todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das *ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima*⁹ como condutas racistas, ou seja, como condutas caracterizadoras do crime de racismo, injúria racial e, em suma, como condutas criminosas de motivações racistas, mediante sua inclusão da atual Lei de Racismo (Lei n.º 7716/89) e em qualquer outra lei que venha a substituí-la” (item 3.1.1, parágrafo final, p. 31, e pedido “b”, p. 91, além de diversas outras menções ao longo da peça).

Sobre o tema da liberdade de expressão, cabe reiterar todo o voto do **Ministro Celso de Mello** no multicitado HC 82.424/RS, que condiciona seu exercício ao respeito aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, bem como do **Ministro Nelson Jobim**, no trecho supra citado, ao bem dizer que **as opiniões consubstanciadas no preconceito e no ódio racial não visam para contribuir para nenhum debate inerente às deliberações democráticas para o qual surge a liberdade de opinião**, donde não estão protegidas pelo âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão¹⁰. Somente uma visão

⁹ Sobre o tema (reiterando a Inicial), ressalte-se a obviedade segundo a qual não se defende um *tipo penal* com uma tal redação, mas tipos penais que abarquem todas essas condutas, quando motivadas pela orientação sexual ou identidade de gênero (real ou atribuída) da vítima.

¹⁰ Sobre o tema, considerando que se cita Dworkin em outros contextos nesta peça (que não o da liberdade de expressão), vale citar que **José Emílio Medauar Ommati**, um dworkiano, afirma que Dworkin trai (contradiz) seu pressuposto de “igual respeito e consideração” ao entender protegidos os discursos de ódio no âmbito de proteção da liberdade de expressão, afirmando que se um discurso fere

ultraliberal, desconcertada dos valores constitucionais antidiscriminatórios, poderia sustentar o contrário, a qual, todavia, é flagrantemente inconstitucional.

As razões supra justificam a **superação (overruling) do precedente relativo ao Inquérito 3590**, o que desde já se requer, para fins de procedência da presente ação para a aplicação de *interpretação conforme à Constituição* ao art. 20 da Lei nº 7.716/89, para o fim de declarar que a criminalização da discriminação *por raça*, constante de tal artigo, abrange a homofobia e a transfobia enquanto *racismo social*, consoante decidido por esta Suprema Corte no HC 82.424/RS.

3. A (CURIOSA) MANIFESTAÇÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS.

Em uma manifestação de dois parágrafos (!), a Câmara dos Deputados, após relatar sinteticamente os pedidos da presente ação, limitou-se a afirmar que reitera o quanto por ela decidido ao aprovar o PL 5.003/2001, em prol da criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero. Ao que parece, com tal manifestação a Câmara dos Deputados imputa a *mora inconstitucional* ao Senado Federal, já que foi este o responsável pela não-aprovação do referido PL nº 5.003/2001 até hoje (o qual, no Senado, ficou conhecido como *PLC nº 122/06 – Projeto de Lei da Câmara nº 122/06*). Disso poder-se-ia inferir a Câmara dos Deputados manifesta-se favoravelmente à criminalização da homofobia e da transfobia, o que só se poderia comemorar. **Contudo**, com o arquivamento definitivo do PLC 122/06, a tramitação legislativa se iniciará novamente, sendo que **o Deputado Eduardo Cunha (PMDB-RJ) manifestou-se, em 13.01.15, no sentido de que o projeto de criminalização da homofobia (e da transfobia) “não passará” (SIC)**¹¹. Logo, isso mostra a potencial má-fé institucional também da Câmara dos Deputados, a reforçar ainda mais a situação de mora inconstitucional do Congresso Nacional neste tema.

4. REFUTAÇÃO DA MANIFESTAÇÃO DO SENADO FEDERAL.

A manifestação do Senado Federal contesta a petição inicial com base nos seguintes fundamentos:

(i) não haveria mora inconstitucional em razão:

a igualdade e a liberdade daqueles aos quais se refere, então ele deve ser proibido e o titular responsabilizado, pela violação do dever de tratar a todos com o igual respeito e consideração que Dworkin tanto valoriza em suas obras como um todo (mas, aparentemente, a visão liberalista de Dworkin foi *ultraliberal* neste ponto, de sorte a impedi-lo de isto perceber). Cf. OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988**, 2ª Ed., Rio de Janeiro: Ed. LumenJuris, 2014, pp. 98-101.

¹¹ Cf. <http://atarde.uol.com.br/politica/noticias/1652297-projeto-contr-homofobia-nao-passara-afirma-cunha> (acesso em 13.01.15).

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

(i.1) de o tema estar sendo debatido no Congresso Nacional, e no Senado em particular desde o final do ano de 2006;

(i.2) porque o não-decidir constitui uma decisão (!), não havendo que se falar assim em *inércia deliberativa* neste processo legislativo;

(ii) em nenhum momento o STF teria dito que homofobia e transfobia seriam espécies do gênero racismo quando decidiu o HC 82.424/RS;

(iii) a ordem constitucional de punir discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais não demandaria por punição criminal, mas “qualquer punição”, donde seria suficiente o Código Penal para punir crimes homofóbicos e transfóbicos, ao passo que não caberia ao STF avaliar se a punição é “suficiente ou não” (!), aparentemente entendendo o Senado que qualquer punição seria o bastante para qualquer crime...;

(iv) que seria “questionável” a existência de ordens constitucionais de legislar criminalmente (!), mesmo à luz de texto constitucional expresso que o faça;

(v) deveria este Supremo Tribunal Federal adotar uma postura de *autocontenção*, respeitando a liberdade de conformação do legislador, invocando, para tanto, as lições de Carl Schmitt (!); e

(vi) não caberia a aplicação de sentenças aditivas em temas afetos ao Direito Penal;

Todavia, *data maxima venia*, não merece respaldo a posição defendida pelo Senado Federal, especialmente no que tange à questão da mora inconstitucional.

Com efeito, é **pacífica a jurisprudência do STF** no sentido de que a mera tramitação de projetos de lei não afasta a mora inconstitucional. Esta Suprema Corte já superou de há muito a compreensão de que a mera tramitação legislativa afastaria a mora inconstitucional, **até porque evidentemente** uma ordem constitucional de legislar só é cumprida quando a lei é criada e entra em vigor, não quando o Congresso discute indefinidamente o tema... Qualquer compreensão minimamente coerente de ***dirigismo constitucional*** só pode concluir que a omissão inconstitucional só deixa de existir quando entra em vigor a lei que a Constituição exige seja criada – e, neste caso, temos **mais de treze anos de tramitação** do projeto de lei que visa criminalizar a discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero, uma ***demora absolutamente irrazoável*** que não pode, assim, ser tolerada por esta Suprema Corte.

Nesse sentido, o paradigmático parecer da **Procuradoria-Geral da República** no agravo regimental do Mandado de Injunção 4733:

Encontra-se definitivamente superado o entendimento (referido no anterior parecer da Procuradoria-Geral da República e na decisão monocrática de extinção **de que a existência de proposta legislativa em discussão no Congresso Nacional constitui óbice ao mandado de injunção**. Colha-se o exemplo do emblemático caso da falta de regulamentação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu suspender o julgamento da ação, tendo em vista iminente aprovação de projeto de lei – em mais um episódio de pleno respeito ao Poder Legislativo, mas igualmente de interferência construtiva do Poder Judiciário –, sendo que a edição da Lei 12.506, de 11 de outubro de 2011, não prejudicou os mandados de injunção que haviam sido impetrados e que foram deferidos, com efeitos retroativos [MI 943/DF, MI 1.010/DF, MI 1.074/DF e MI 1.090/DF, entre outros. Veja-se ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2014, p. 222-223].
(Grifos nossos)

Isso sem falar no **nefasto pensamento do PLC 122/06 no Projeto de Novo Código Penal**, uma claríssima estratégia de opositores do projeto para, mesmo sem formalmente rejeitá-lo, impedir a criminalização da homofobia e da transfobia (vide o item 6.2.2 da Inicial, especificamente em suas páginas 74-79, no qual se transcreve *Nota de Repúdio ao Senado Federal por enterrar o PLC 122/06*¹², onde se explica pormenorizadamente o tema). Tanto que, ato contínuo ao apensamento, foram excluídas *todas* as menções a *orientação sexual* e a *identidade de gênero* do referido projeto, **o que se repete no recente Relatório apensado ao Projeto de Novo Código Penal em 04.12.2014**¹³, o qual, absurdamente, violando a boa-fé objetiva institucional do Senado, determinar o desapensamento do PLC 122/06 do Projeto de Código Penal, o que gerou o arquivamento definitivo do mesmo, por conta do critério regimental de arquivamento automático de projetos que tramitam há mais de duas legislaturas... Ainda que não se possa imputar *má-fé subjetiva*, tomar uma decisão que gera o arquivamento definitivo do projeto, sem votar o seu mérito, parece incontestavelmente violar um dever de seriedade e razoabilidade que deve existir em um debate legislativo sobre tema rão relevante como esse...

Veja-se o **absurdo**, Excelência(s): o Projeto, de maneira salutar, cria todo um capítulo para crimes contra os direitos humanos a abarcar crimes de racismo, de preconceito e contra grupos vulneráveis (o que é de se elogiar), **mas não criminaliza em nenhum momento os crimes contra o vulnerável grupo LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais)**.

Olhe-se a **incoerência**: visa o Projeto de Novo Código Penal, com absoluto acerto, criminalizar o **feminicídio** de forma específica como espécie qualificada de homicídio, para melhor proteger a população

¹² Cf. <http://goo.gl/P5fi4M> (último acesso em 11.01.15). Nota também transcrita na Inicial e em <https://pauloriv71.wordpress.com/2013/12/18/nota-de-repudio-ao-senado-federal-por-enterrar-o-plc-12206/> (idem).

¹³ Cf. <http://www.revistaforum.com.br/blog/2014/12/congresso-nacional-vai-permanecer-na-cumplicidade-com-crimes-homofobicos/> (último acesso em 11.01.15).

feminina, mas não se quer criminalizar a **homotransfobia** de forma específica por suposta (e inexistente) “desnecessidade” de tal criminalização específica por suposta (e inexistente) “suficiência” dos tipos penais em geral para tanto (argumento pelo qual, por consequencialismo, deveria gerar a defesa da revogação da Lei de Racismo, o que obviamente não se defende aqui, mas serve para mostrar a teratologia e a incoerência de tal “argumento”...).

Isso sem falar que cabe a seguinte **indagação: até quando o Senado pretende “debater” sem decidir o tema?** (ou “decidir não decidir”, como ele mesmo disse...) Já se passaram quase 14 anos!!! **Uma ordem de legislar não é atendida por infinitos debates acerca do tema, uma ordem de legislar é cumprida, tem sua eficácia jurídica positiva cumprida, quando a lei é aprovada.** A “inexistência de consenso” da maioria parlamentar evidentemente gera **mora inconstitucional** quando ocorre em temas objeto de ordens constitucionais de legislar...

Logo, a mora inconstitucional persiste mesmo à luz do (absurdo e anacrônico) argumento do Senado Federal, já que não há a criminalização da homofobia e da transfobia no Projeto de Novo Código Penal, ao qual foi apensado e depois desapensado o PLC 122/06 (vide infra), donde resta refutado o argumento sintetizado no **item i.1**, supra.

Sobre a espirituosa afirmação de que *o não-decidir é uma decisão* (SIC), isso não socorre em nada a pretensão do Senado, na medida em que, **se o “não-decidir” constitui uma decisão, trata-se neste caso de uma decisão INCONSTITUCIONAL, por contrária à ordem constitucional de legislar que demanda que a “decisão” do Parlamento seja uma decisão que aprove a lei cuja criação a CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE demanda seja criada.** Até porque, como se sabe, a Constituição não é mera *carta de conselhos, avisos etc.*, ao passo que a mesma tese poderia ser perigosamente utilizada para negar, inclusive, o próprio mandato criminal de constitucionalização do racismo se ainda esta não tivesse sido concretizado ou em relação aos seguintes: art. 5º, inc. XLIII (“a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”); art. 5º, inc. XLIV (“constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”); art. 7º, inc. X (“proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”); art. 225, § 3º (“As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”); art. 227, inc. § 4º (“A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”) , o que mostra a teratologia de uma tal tese, que acaba por

negar a supremacia constitucional sobre o legislador penal relativamente aos mandados constitucionais de criminalização...

Logo, concluindo o STF pela existência de mandado (constitucional) de criminalização da homofobia e da transfobia como espécies do gênero racismo ou enquanto discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, a **confissão** do Senado de sua “decisão por não-decidir” implica necessariamente o reconhecimento da **mora inconstitucional** do Congresso Nacional na criminalização da homofobia e da transfobia, donde resta refutado o argumento sintetizado no **item i.2**, supra.

Sobre o argumento Inicial de homofobia e transfobia como espécies de racismo social, descabe exigir, como exige o Senado, uma linha *a la Escola da Exegese* para dizer que, como não se falou em homofobia e transfobia expressamente na decisão do **HC 82.424/RS**, ela não as abarcaria – ela as abarca, por elas se enquadrarem no conceito geral e abstrato de racismo social definido por esta Suprema Corte naquela oportunidade (qualquer ideologia ou conduta que pregue a inferioridade de uns relativamente a outros).

Sobre a afirmação de que racismo e homotransfobia seriam diferentes, por supostamente terem peculiaridades, seria preciso saber por qual motivo o Senado Federal isto considera, mas isso não é possível porque **o Senado simplesmente não fundamentou tal afirmação**... limitou-se a alegar, e além de alegar sem provar ser o mesmo que não alegar, consoante célebre adágio processual (já que se limitou a apresentar alegações soltas desprovidas da devida fundamentação que justificassem racionalmente a suposta exclusão da população LGBT do conceito ontológico de racismo), **o princípio da igualdade** impõe a quem exige tratamento diferenciado a prova da pertinência lógico-racional da diferenciação pretendida com base no critério diferenciador erigido, consoante a clássica lição de Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁴ acerca do tema. **Logo, cabia ao Senado explicar porque “racismo” e homofobia/transfobia seriam distintos (ou, nos termos da Inicial, porque homofobia e transfobia não seriam espécies do gênero racismo e este abarcaria somente a negrofobia – de onde se vê a incoerência do Senado, pois claramente se referiu tão-só a esta convenientemente ignorando que a Lei de Racismo considera racismo também discriminações por religião, procedência nacional e etnia, não apenas por cor de pele).**

Sobre o tema, não obstante homossexuais e pessoas LGBT em geral não tenham sido escravizadas, cabe lembrar, a título

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, 3ª Edição, 11ª Tiragem, Maio-2003, São Paulo: Malheiros Editores, pp. 38-39.

exemplificativo, que as **Ordenações do Reino Português, que vigoram no Brasil até a aprovação dos Códigos Penal, Comercial e Civil respectivos, criminalizavam a “sodomia” (o sexo homoafetivo) enquanto crimes de lesa-majestade.** O voto de Vossa Excelência, Min. Celso de Mello, na ADPF 132, bem mostra a perseguição a homossexuais [e pessoas LGBT em geral] no Brasil Colônia. **Logo, negrofobia e homotransfobia são discriminações equivalentes que merecem, assim, a mesma punição penal, caracterizando assim um direito a igual proteção penal por se tratarem de situações equivalentes.**

Somente uma espécie de **“originalismo interpretativo”** poderia justificar suposta “intenção” constitucional em criminalizar, enquanto racismo, somente a negrofobia, **contudo**, além de essas crenças originalistas (interpretações subjetivas, que buscam a “intenção” do legislador”) já devessem ser tidas como superadas pelo menos desde **Carlos Maximiliano**, é preciso adotar a lição de **Dworkin**¹⁵ acerca da **diferença entre conceito e concepção** para uma melhor compreensão das normas jurídicas e, portanto, das normas constitucionais.

Proibiu-se o **racismo** na *Constituinte* por ver-se o *racismo* como um **sistema opressor** absolutamente nefasto. Se proibiu-se o *racismo* por isso, **não faz sentido** não se entender por proibida a **opressão racista** contra **qualquer grupo social ou coletividade de pessoas**. Eis aí a relevância da **diferença entre conceito e concepção**. O **conceito** de racismo encontra-se repudiado e demandando criminalização pelo texto constitucional, **conceito** este que o STF afirmou abarcar toda ideologia ou conduta que pregue a inferioridade de uns relativamente a outros, no que homofobia e transfobia evidentemente se enquadram, como amplamente desenvolvido na Inicial. Irrelevante perquirir a **concepção** de racismo dos constituintes concretamente considerados, se apenas *negrofóbico* ou não – **até porque esse foi o voto do Min. Moreira Alves no HC 82.424/RS e referido Ministro FICOU VENCIDO EM SEU ORIGINALISMO, o qual, portanto, não cabe repriminar nesse momento...** O Min. Moreira Alves defendeu que a “intenção do constituinte” teria sido considerar somente a *negrofobia* (discriminação por cor) como racismo, mas **ficou vencido** neste ponto ante esta Suprema Corte ter seguido o voto do Relator, **Min. Maurício**

¹⁵ V.g., DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, Tradução de Nelson Moreira, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2007, pp. 211-214, devemos considerar as chamadas cláusulas constitucionais “vagas” como representando apelos aos *conceitos* que elas empregam (igualdade, liberdade, crueldade etc), mas não à *concepção* que deles tiveram os redatores da Constituição, pois se aqueles que promulgaram as cláusulas gerais [“vagas”] tivessem desejado estabelecer concepções particulares, teriam se valido do tipo de linguagem que era convencionalmente usado para isso, oferecendo teorias particulares dos conceitos em questão – e aponta que só se pode considerar uma cláusula como “vaga” se as considerarmos como tentativas remendadas, incompletas ou esquemáticas de estabelecer concepções particulares, ao passo que se as encararmos como apelos a conceitos morais, um maior detalhamento não as tornará mais precisas. No mesmo sentido, DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo, Revisão Técnica de Gildo Sá Leitão Rios, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2007, pp. 91-92, posteriormente caracterizando o “conceito” enquanto “objetivo abstrato” (p. 152) e “proposição abstrata” (p. 154), v.g.

Correa, que citou farta literatura para justificar a compreensão constitucional de racismo enquanto **racismo social**, ou seja, enquanto qualquer ideologia ou conduta que pregue a inferioridade de uns relativamente a outros – inclusive com base na **Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial** (1968).

Ressalte-se que não se está a defender uma “interpretação extensiva” nem muito menos “analgica” ao art. 20 da Lei 7.716/89 na presente ação, mas uma **pura e simples interpretação declarativa**, que explicita o conteúdo semântico-teleológico do termo **“raça” enquanto “raça social”**. O STF, no **HC 82.424/RS**, disse que o conceito constitucional de "racismo" é o de "racismo social", de qualquer ideologia ou conduta que pregue a inferioridade de um grupo relativamente a outro. **Ficou vencido o Min. Moreira Alves, que queria uma interpretação originalista**, dizendo que a "vontade dos constituintes" teria sido punir como racismo só a negrofobia com base em debates constituintes, mas ele, reitera-se, ficou vencido neste ponto. Se racismo fosse considerado como algo decorrente de critérios biológicos, como queria o Min. Moreira Alves por suposta “intenção” (SIC) constituinte, ele se tornaria um “crime impossível”, **por isso o STF adotou o posicionamento que adotou, em prol de uma compreensão geral e abstrata de racismo social em dito julgamento**. Logo, não se está a defender "interpretação extensiva" nem muito menos "analogia", mas mera "interpretação declarativa" (enunciação do significado da palavra) do termo "raça", no sentido de "racismo social" ("raça social"). Daí se defender "interpretação conforme à Constituição" para que essa interpretação seja a fixada pelo STF a dito termo, já que certamente isso gerará polêmica no meio jurídico-judiciário. Em suma, não se diz que homofobia e transfobia seriam "equivalentes" (análogas) aos delitos raciais, disse-se que elas constituem-se enquanto “delitos raciais” por se enquadrarem no termo “raça”, nessa acepção de racismo social (com o perdão pela repetição).

A interpretação aqui defendida é puramente “gramatical” (declarativa), não é extensiva nem muito menos analógica.

Assim, quem se opõe a tal exegese está, na realidade, a invocar a clássica "interpretação restritiva", aquela que diz que "a lei disse mais do que queria", pois se a interpretação literal/declarativa do termo "raça" abarca o conceito de "raça social/racismo social", então dizer o contrário implica dizer que a lei (e a CF/88, no caso) teria “dito mais do que se pretendia”, o que é algo bem controverso ante a citada diferença entre “conceito” e “concepção” que **Dworkin** bem explicita no trecho já citado: **positiva-se um "conceito", independente da "concepção" do legislador concreto**, consoante essa célebre linha dworkiana. Nesse sentido, a se discordar do que aqui se defende, então por coerência estará o STF a ressuscitar o voto vencido do Min. Moreira Alves no HC 82.424/RS, que defendeu que "racismo" abarcaria só a discriminação contra "negros" (portanto, apenas a negrofobia) porque os

debates constituintes só teriam se preocupado com esta; estar-se-á dando razão a Sigfried Ellwanger quando ele defendeu, neste HC, que o seu crime seria um mero "crime de discriminação", não um crime de racismo (o que era relevante porque, sendo assim, já havia prescrito a pretensão punitiva, ao passo que, sendo racismo, o crime é imprescritível). O STF, nesta interpretação literal/declarativa, afirmou que esta posição tradicional de racismo baseado em "raças humanas biologicamente distintas entre si" foi superado pelo Projeto Genoma, logo, citando farta literatura, apontou que o conceito constitucional (ontológico) de racismo é o de "racismo social" explicitado (qualquer ideologia ou conduta que pregue a inferioridade de uns relativamente a outros), sob pena do crime de racismo virar "crime impossível" pela unicidade da raça humana.

Enfim, a prevalecer a posição do Senado, então a Lei de Racismo, que fala em "raça, cor, etnia, procedência nacional ou religião" atualmente, vai ter que ser entendida como criminalizando como "racismo" apenas a discriminação por cor, sendo as discriminações por "etnia, procedência nacional e religião" configurando um mero crime autônomo de "crime de discriminação não-racista", não obstante estar no mesmo artigo de lei. Ademais, o termo "raça" perderá qualquer sentido, já que se "racismo" for só discriminação por "cor" e **a Lei de Racismo fala em "raça, cor, etnia..."**, então teremos, para o Senado, a palavra "raça" como uma **palavra inútil**, contrariando célebre princípio geral de Direito segundo o qual "a lei não possui palavras inúteis" (não estou querendo erigir isso como dogma, mas é um argumento de teoria geral do Direito).

Dessa forma, a interpretação contrária à defendida nesta ação não nos parece a **melhor interpretação** que se pode dar ao tema, no sentido dworkiano de **resposta correta**, a significar aquela que melhor se compatibiliza com as regras e princípios do sistema jurídico como um todo¹⁶. De forma alguma. A negrofobia é punida com o rigor do racismo não por negros merecerem maior proteção que outras pessoas, mas pelo tipo de discriminação que negros historicamente sofreram. Logo, o "conceito" de racismo abarca situações outras que não apenas a "concepção negrofóbica" de racismo e o conceito adotado pelo STF no HC 82.424/RS é uma bela concretização do conceito constitucional de racismo.

Em suma, não houve interpretação extensiva nem analogia, ao contrário da sua fala inicial neste tópico, mas mera interpretação literal/declarativa, ainda que obviamente evolutiva, "construtiva", do conceito de racismo, uma **interpretação construtiva** [novamente] no sentido de **Dworkin**¹⁷: aquela que tenta apresentar a melhor

¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério...** (Op. Cit), pp. 429-431.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito...** (op. cit), pp. 64-65 e 96, que traz a seguinte "caracterização geral e muito abstrata da interpretação: ela tem por finalidade apresentar em sua melhor luz o objeto ou a prática a serem interpretados", sendo "a interpretação construtiva [uma] questão

justificativa do objeto que é interpretado, da "prática social" respectiva - a prática social de punição do racismo e da compreensão do conceito de racismo, poderíamos colocar. Há uma enorme diferença entre uma coisa e outra.

Assim, restam refutados os argumentos sintetizados no **item i.2**, supra.

Sobre o argumento de que a ordem constitucional de punir discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais não demandaria punição criminal, mas qualquer espécie de punição, este argumento do Senado não refutou nenhuma das considerações da Inicial (item 3.2, p. 31-33, e item, e 33-48), a qual se pautou em dois argumentos: um topológico e outro material.

Com efeito, com base na lição de **Luiz Carlos dos Santos Gonçalves**¹⁸, afirmou-se na Inicial que dito dispositivo encontra-se na *parte penal do artigo 5º (argumento topológico)*, a justificar a exegese pela qual a intenção **objetivamente aferível** de dito dispositivo constitucional é a de que a *punição* em questão deve ser necessariamente uma *punição criminal*.

Ademais, com base no princípio da proporcionalidade enquanto **proibição de proteção insuficiente**, apontou-se que temos aqui **bem jurídico-penal** (bem jurídico relevante, merecedor da tutela penal), a saber, os direitos fundamentais à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero, implícitos ao direito fundamental à liberdade, ao respeito à própria dignidade e à não-discriminação, bem como a **incapacidade dos demais ramos do Direito** em reprimir a homofobia e a transfobia mesmo em locais que possuem leis administrativas antidiscriminatórias, como o Estado de São Paulo com sua Lei Estadual (Paulista) 10.948/01. Com efeito, dada a verdadeira **BANALIDADE DO MAL HOMOFÓBICO E TRANSFÓBICO** que vivemos na atualidade, com pessoas se sentindo detentoras de um pseudo "direito" de ofender, discriminar, agredir e até mesmo matar pessoas LGBT por sua mera orientação sexual não-heterossexual ou identidade de gênero não-cisgênera, mesmo leis administrativas que aplicam advertências e multas a pessoas físicas, bem como suspensões ou cassações de licença no caso da citada lei paulista, não têm se mostrado suficientes para coibir condutas homofóbicas e transfóbicas, **de sorte a justificar-se a criminalização da homofobia e da transfobia mesmo à luz da doutrina do Direito Penal Mínimo**, que exige a atuação do Direito Penal somente como *ultima ratio*, quando falham os demais ramos do Direito em proteger o bem jurídico em questão (como falham, como se acaba de demonstrar).

de impor um propósito geral a um objeto ou prática, afim de torná-lo o melhor possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam" (pp. 64-65).

¹⁸ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**, 1ª Ed., Belo Horizonte: Editora Forum, 2007, pp. 157 e 299-300.

Nada disso foi refutado pelo Senado Federal, que ainda teve a capacidade de dizer que não caberia à jurisdição constitucional aferir se a proteção é suficiente ou não. **Ora, então para o Senado, se o homicídio fosse criminalizado com pena de um único dia de prisão, então não haveria inconstitucionalidade por proteção insuficiente?!** É o que decorre dessa absurda colocação que ele fez... Enfim, a proibição de proteção insuficiente decorre dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para se garantir que uma conduta lesiva a bem jurídico-penal seja punida de acordo com a gravidade da conduta em questão, e não com uma pena ínfima ou que tenha se mostrado insuficiente na prática...

Sobre o argumento de que o **Código Penal** seria “suficiente” para criminalizar homofobia e transfobia, o argumento improcede por razões também mencionadas na Inicial e não enfrentadas pelo Senado, que se passam a reiterar. A uma, se isso fosse verdade, então a Lei de Racismo “poderia” ser revogada, já que o Código Penal seria “suficiente” para coibi-lo... a menos que se adote uma noção meramente formal da Constituição sobre o tema (ordem de criminalizar o racismo), por coerência deveria o Senado isto defender, como inclusive absurdamente defende a autora que o Senado usa como “argumento de autoridade” (Janaina Paschoal, em argumento antecipado e refutado pela Inicial, cf. item 6.1.1, pp. 56-61), cuja obra defende a constitucionalidade da revogação da Lei de Racismo, da Lei de Crimes Hediondos e outras, tese absurda que só se justificaria com a colocação de uma ideologia extremista de minimalismo penal (verdadeiro abolicionismo disfarçado) em um patamar “supraconstitucional/suprapositivo”, com o que não se pode concordar. Como demonstrado sobre o tema na Inicial, inclusive com a doutrina de **Luciano Feldens**¹⁹, que contesta expressamente a lição de tal autora, também o Direito Penal está submetido às ordens constitucionais de legislar (bem afirmando Feldens que o espaço de conformação do legislador fica limitado pelos mandados de criminalização, no sentido de que (a) caso ainda não exista a lei que concretize o mandato constitucional de criminalização, deve o legislador criar tal lei, ao passo que (b) fica vedado qualquer movimento legislativo que tenda a extirpar a proteção jurídico-penal exigida pela Constituição), donde no mínimo uma decisão de declaração da mora inconstitucional é uma decisão que não só pode como deve o Supremo Tribunal Federal proferir quando constatado o não-cumprimento de ordem constitucional de legislar criminalmente (mandado de criminalização).

Mas, a outra, o argumento de que o Código Penal seria “suficiente” para punir homofobia e transfobia é incorreto por dois motivos: **(i)** o atual Código Penal **não criminaliza a conduta discriminatória em geral**, punindo quem não permite que a pessoa faça o que a lei não proíbe (o

¹⁹ FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal. A Constituição Penal**, 2ª Edição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 99. G.n

que viola o direito fundamental à luz do art. 5º, II, da CF/88) ou que tolera que outras pessoas o façam (o que viola o direito fundamental à não-discriminação). O crime de constrangimento ilegal, ao exigir *violência ou grave ameaça*, torna o tipo respectivo muito *fechado*, e pessoas LGBT são vítimas rotineiras de uma tal conduta discriminatória não-criminalizada até hoje; **(ii)** o atual Código Penal não criminaliza o que o signatário costuma chamar de **injúria coletiva**, ou seja, a ofensa a coletividades de pessoas, que é outra conduta da qual a população LGBT é vítima rotineira (equiparação de homossexualidade à pedofilia, à devassidão, à destruição da família, à origem de catástrofes naturais etc.). A atual Lei de Racismo criminaliza tal *injúria coletiva* em seu art. 20, ao criminalizar toda conduta de *praticar, induzir ou incitar ao preconceito e a discriminação*, que constitui o cerne de referida lei. Esclareça-se que se fala em *injúria coletiva* em razão do (absurdo) entendimento que diferencia “racismo” de “injúria racial”, para entender o primeiro como ofensa à coletividade racial em questão e a segunda como a ofensa a uma pessoa por elementos raciais (o que a nosso ver menospreza o repúdio constitucional ao racismo e é, portanto, tal diferenciação, de constitucionalidade duvidosa) – ou seja, considera-se como *injúria coletiva* aquilo que a jurisprudência convencionou chamar de *racismo* por (absurda) oposição (inventada) relativamente à *injúria racial*.

Nesse sentido, o paradigmático parecer da **Procuradoria-Geral da República** no agravo regimental do Mandado de Injunção 4733:

*As normas criminais existentes, que punem de forma genérica o homicídio, as lesões corporais e a injúria, são notoriamente insuficientes para prevenir e reprimir atos de homofobia e transfobia, os quais se qualificam pelo desprezo oriundo do preconceito. Segundo afirmado na petição inicial, os crimes de ódio são socialmente mais graves do que crimes praticados sem motivação de ódio contra as vítimas por conta do alto grau de intolerância. Por outro lado, a Constituição (no art. 5º, XLI e XLII) e a legislação criminal brasileira (na Lei 7.716/1989) reconhecem explicitamente que o preconceito e a discriminação são fatores de justificação para resposta penal específica. **A proteção insuficiente é notória hipótese caracterizadora de inconstitucionalidade por omissão.** Trata-se da versão ‘negativa’ da proporcionalidade, conforme esclarece **PAULO GILBERTO C. LEIVAS**: ‘A proibição da não suficiência exige que o legislador (e também o administrador), se está obrigado a uma ação, não deixe de alcançar limites mínimos. **O Estado, portanto, é limitado de um lado, por meio dos limites superiores da proibição do excesso, e de outro, por meio de limites inferiores da proibição da não suficiência.** (Grifos nossos)*

Logo, não há punição eficiente, não há “certeza de punição” a atos homofóbicos e transfóbicos na atualidade (muito pelo contrário, há notória sensação de impunidade de homotransfóbicos em seus atos discriminatórios, ofensivos e violentos contra pessoas LGBT), os mandados expressos de criminalização são normas constitucionais de obrigatório cumprimento ao contrário da absurda elucubração do Senado em contrário (chamando-os de “mandado ou recomendação”/p. 9, por exemplo, quando a ordem constitucional é, como qualquer ordem, *obrigatória*), a conduta de *discriminar* e de *ofender a coletividade* [“injúria coletiva”] de

pessoas LGBT não é crime hoje (o tipo de constrangimento ilegal é “muito fechado”, exigindo violência e grave ameaça, sendo a discriminação e a *injúria coletiva* as condutas que mais assolam pessoas LGBT na atualidade), **tudo isso a mostrar que não há mitigação da ideia de *ultima ratio* pela criminalização da homotransfobia**. Sendo *necessária* a criminalização específica pela ineficácia da legislação penal em geral acerca do tema, tem-se por atendido mesmo o requisito ideológico da *ultima ratio*.

Assim, resta refutado o argumento sintetizado nos **itens ii, iii e iv**, supra.

Improcede ainda o argumento de que esta Suprema Corte deveria praticar a *autocontenção* (*self-restraint*) perante a “decisão de não-decidir” do Congresso Nacional, mesmo para fins do pedido de declaração de mora inconstitucional (autônomo quanto aos demais, que pode ser acolhido mesmo que rejeitados os outros, cabe sempre ressaltar), senão vejamos:

Primeiramente, cabe destacar ser extremamente curioso (e academicamente trágico) o Senado Federal invocar lições de **Carl Schmitt** para defender a liberdade de conformação do Parlamento (!?!). **Ora, Excelências, Schmitt praticamente declarou a caducidade da existência do Parlamento em uma democracia de massa²⁰ nas suas duras críticas ao pluralismo de interesses no qual ele é embasado** quando de sua defesa de que o *Presidente do Reich* (Hitler...) deveria ser o “*Guardião da Constituição*”! Logo, é academicamente trágico invocar um autor que tanto menosprezava o Parlamento em uma defesa da autonomia do Parlamento...

Ademais, cabe destacar que em nenhum momento se menospreza o Congresso Nacional com esta ação, mas apenas se defende a obriedade das últimas décadas, a saber, que **o Congresso Nacional também deve respeito e obediência à Constituição, tanto em termos de obrigações de não-fazer, relativas à não-aprovação de leis inconstitucionais, sob pena de declaração de nulidade delas, quanto em termos de obrigações de fazer, relativas à aprovação das leis que a Constituição ordena sejam criadas**. Somente uma visão extremamente anacrônica/ultrapassada da Constituição justificaria a posição defendida pelo Senado Federal sobre o tema, a saber, uma visão que visse nas normas constitucionais meros “programas” despidos de imperatividade, que só ganhariam juridicidade quando concretizados por normas legais, ou seja, mediante *interpositio legislatoris*... **Sendo as ordens constitucionais de**

²⁰ “A respeito do Parlamento e da Democracia, era opinião de Schmitt (1983) que a crença de que a democracia exercida no Parlamento por meio do livre jogo de opiniões não era mais do que uma ‘metafísica liberal’” (BAHIA, Alexandre. Controle Concentrado de Constitucionalidade: o Guardião da Constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 164, 2004, p. 91), incompatível, pois, com uma sociedade plural. Essa assertiva pode ser vista em: SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Madrid, Tecnos, 1983.

legislar criminalmente normas constitucionais com plena imperatividade, a elas deve-se reconhecer uma eficácia jurídica positiva: não apenas a invalidação/revogação de normas infraconstitucionais a ela anteriores e com elas materialmente incompatíveis (eficácia jurídica negativa), mas também o estabelecimento de uma *obrigação de fazer* para o Legislativo, *obrigando-o* a criar a lei objeto da ordem de legislar, o que evidentemente se aplica também a *mandados de criminalização*, ante o Direito Penal não poder ser blindado da lógica inerente à supremacia constitucional (eficácia jurídica positiva).

Logo, absurdo o Senado afirmar que “*tampouco se mostra razoável que, em afronta à independência dos poderes, o Judiciário imponha uma determinação ao Legislativo*” (p. 31). **Ora, é da essência do fenômeno da omissão inconstitucional que o Judiciário imponha uma determinação ao Legislativo.** No mínimo sobre o mero *Apelo ao Legislador*, preferencialmente pela postura pró-ativa pleiteada nesta ação.

Portanto, a posição do Senado é incoerente com a evolução do constitucionalismo para a compreensão contemporânea de neoconstitucionalismo e pós-positivismo, consoante os marcos histórico, filosófico e teórico (evolução esta claramente consoante a lição doutrinária do Professor e **Ministro Luís Roberto Barroso**²¹, não obstante a autoria não tenha sido citada na petição do Senado). Com efeito, **o marco teórico da força normativa da Constituição, relativamente ao dirigismo constitucional inerente às ordens constitucionais de legislar** é diametralmente oposto à posição puramente ideológica e desprovida de base normativa que lhe sustente propugnada pelo Senado Federal em sua manifestação. **Ora**, se as normas constitucionais são normas jurídicas, então uma ordem constitucional de legislar demanda por uma **atitude proativa, e não autocontida**, do Supremo Tribunal Federal para lhe garantir efetividade – no mínimo para a declaração da mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica e proporcionalmente suficiente da homofobia e da transfobia.

Note-se que o Senado fala como se nesta ação se pedisse que o STF se substituísse ao Congresso Nacional a todo momento, em todo e qualquer tema, quando o que a tese mais ambiciosa dessa ação, já acompanhada por forte doutrina em temas não-penais (cf. Inicial, p. 68-72), defende que no **tema específico das ordens constitucionais de legislar** cabe ao STF exercer *função legislativa atípica* para concretizá-las, mesmo de forma geral e abstrata, **caso caracterizada mora inconstitucional do**

²¹ Além constar de seus livros, referida lição do Professor e Ministro Roberto Barroso encontra-se no seguinte artigo disponível na *internet*: BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005, Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 11 dez. 2014.

Legislativo em fazê-lo. Apenas nestas hipóteses pede-se o que se pede nesta ação em sua tese mais ambiciosa, logo, uma gama de situações bem restrita, *data venia*. Sem falar que o **pedido de interpretação conforme do termo “raça” para abarcar homofobia e transfobia como espécies de “racismo social”** nos termos do conceito oriundo do HC 82.424/RS afasta a questão da reserva legal, já que o termo “raça” já está na lei e estaria sofrendo mera interpretação declarativa (não “extensiva” nem “analógica”) para isto reconhecer, ao passo que, ainda que nada disso se acolha, o **pedido de declaração de mora inconstitucional** é autônomo ao pedido desta tese mais ambiciosa, donde se o STF não acolher aquela, pode perfeitamente acolher este. O que se pede é o **respeito à imperatividade das ordens constitucionais de legislar, logo, respeito à supremacia constitucional**, em interpretação sistemático-teleológica do texto constitucional, compatibilizando a reserva legal com a eficácia jurídica positiva das ordens constitucionais de legislar.

Nesse sentido, entende o signatário que a compreensão do núcleo essencial do princípio da separação dos poderes enquanto sistema de freios e contrapesos e a compreensão imanente da declaração de inconstitucionalidade justificam também a **atividade legislativa atípica** desta Suprema Corte para ela determinar a criminalização da homofobia e da transfobia caso entenda que elas não estariam criminalizadas pelo termo “raça” do art. 20 da Lei de Racismo (Lei nº 7.716/89), nos termos supra explicitados e amplamente desenvolvidos na Inicial (item 6.2.3, p. 80-88): como única forma eficaz de se controlar a omissão inconstitucional do legislador, ao menos neste caso (de ordem de criminalizar), em termos de separação dos poderes, bem como enquanto única forma eficaz de se retirar a situação inconstitucional do mundo jurídico (que só se faz, em casos de omissões inconstitucionais, pela criação de norma geral e abstrata, que é a única forma de se solver definitivamente a situação de mora inconstitucional), em termos de conceito imanente de declaração de inconstitucionalidade enquanto retirada da situação inconstitucional do mundo jurídico.

Sobre o tema, invocamos o **paradigmático Parecer da Procuradoria-Geral da República no Mandado de Injunção n.º 4733**, que ainda pende de julgamento de seu agravo regimental perante esta Suprema Corte (mandado de injunção este movido pelo próprio signatário em nome da ABGLT – Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais), **o qual concordou com as principais teses de mérito daquela ação, coincidentes que são com as teses de mérito da presente ação:**

O importante argumento da reserva absoluta de lei (princípio da legalidade estrita) em matéria penal precisa ser interpretado à luz da supremacia da Constituição, das determinações específicas de legislar para proteger a dignidade, do controle de constitucionalidade, da previsão de mecanismos processuais talhados para o enfrentamento da

omissão inconstitucional (tais como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão) e do papel do Supremo Tribunal Federal na concretização constitucional, que geram reconfiguração desse princípio. Importa, antes de tudo, a efetiva regulamentação do valor constitucional desprotegido, ainda que de modo provisório e por intermédio da jurisdição constitucional. Será então **regulamentação autorizada pela Constituição**, com o que restará atendido o princípio da legalidade. Será **regulamentação excepcional e supletiva**, com o que se respeitará o princípio da divisão funcional do poder e a primazia da conformação pelo Poder Legislativo.

A ausência de resposta jurídica eficaz ao comando constitucional de combate à discriminação e ao preconceito contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais é intolerável num quadro social estarrecedor em que centenas de pessoas LGBT são mortas a cada ano primariamente por causa de sua orientação sexual! (Levantamento da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República para o ano de 2012 estimou a ocorrência de 310 homicídios ligados à intolerância em face da orientação sexual da vítima (Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano de 2012, p. 39; disponível em <<http://bit.ly/violhomo2012>> ou <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violenciahomofobica-ano-2012>>; acesso em 25 jul. 2014). Esse número é muito provavelmente subdimensionado, pelas dificuldades associadas à subnotificação e à identificação da homofobia ou transfobia como móvel da infração) **(Grifos nossos)**

Contudo, não obstante essa tese do signatário e de ele defender sua pertinência (se nela não acreditasse academicamente, não a teria elaborado), **fato é que pelo menos a declaração de mora inconstitucional do Legislativo pode este Supremo Tribunal Federal realizar, já que neste caso não teríamos sequer nenhuma espécie de sentença aditiva.**

Nesse sentido, o citado e paradigmático **parecer da Procuradoria-Geral da República** no agravo regimental do Mandado de Injunção n.º 4733:

CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. HOMOFOBIA. PROTEÇÃO DEFICIENTE. MANDADO DE INJUNÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. CONHECIMENTO E PROVIMENTO. O mandado de injunção, na linha da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, presta-se a estabelecer profícuo e permanente diálogo institucional nos casos de omissão normativa. **Extrai-se do texto constitucional dever de proteção penal adequada aos direitos fundamentais (Constituição da República, art. 5º, XLI e XLII). Em que pese à existência de projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, sua tramitação por mais de uma década sem deliberação frustra a força normativa da Constituição. A ausência de tutela judicial concernente à criminalização da homofobia e da transfobia mantém o estado atual de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional.** Parecer pelo conhecimento e provimento do agravo regimental.

[...]

Apesar da evolução jurisprudencial do mandado de injunção, mercê de atuação criativa do Supremo Tribunal Federal, as diversas possibilidades de provimento judicial não se excluem. Continua acessível e oportuna, a depender do contexto, a mera injunção (aviso de mora ao Congresso), com ou sem assinação de prazo, em

que se verifica a técnica de controle de constitucionalidade do apelo ao legislador (inspirado na *Appellentscheidung* da prática alemã), reconhecendo-se que ainda cabe a este a avaliação no que respeita à oportunidade da edição da norma regulamentadora faltante. Tal alcance “reduzido” do mandado de injunção está compreendido no pedido articulado pela ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS (ABGLT), a qual requer, subsidiariamente: (...) seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia, (...) determinando-se que ele aprove legislação criminal que puna, de forma específica, especialmente (mas não exclusivamente) a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de “praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação”, por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa (...). **Esse pedido mínimo pode ser acolhido pelo Supremo Tribunal Federal.** O eminente relator deste mandado de injunção reconheceu expressamente, na decisão de não conhecimento, que existe hoje legítimo e bem articulado movimento em prol de legislação criminal ainda mais rigorosa no tocante à punição de condutas homofóbicas, ou seja, **a parca legislação penal em vigor não mais dá conta da discriminação e do preconceito referentes à orientação sexual e à identidade de gênero.** Nesse ponto, mostra-se evidente o desacerto na decisão monocrática de precoce extinção da ação sem julgamento de mérito. (grifos nossos)

Restam, assim, refutados o argumento sintetizado no **item v e vi**, supra.

4.1. MÁ-FÉ INSTITUCIONAL DO SENADO FEDERAL. Apensamento e Desapensamento do PLC 122/06 ao Projeto de Novo Código Penal. Arquivamento Definitivo do PLC 122/06. O (absurdamente incoerente) Parecer da Consultoria Jurídica do Senado Federal²².

É inegável a **má-fé institucional do Senado Federal** em sua conduta concreta no tema da criminalização da homofobia e da transfobia no que tange ao PLC 122/06.

Com efeito, além da **inércia deliberativa** relativa à insistência em não votá-lo, no final de 2013 decidiu o Senado apensar o PLC 122/06 ao Projeto de Novo Código Penal sob o fundamento de que este estaria visando discutir o sistema penal como um todo (o que gerou o repúdio do Movimento LGBT, por se tratar de claríssima estratégia de procrastinação da decisão de aprovar ou não o projeto) para, um ano depois, decidir “desapensá-lo” em razão de sua “polêmica” e “incompatibilidade” com o contexto de criminalização geral do Código Penal. Sem falar que **isso gerou o arquivamento definitivo do PLC 122/06**, donde se pode dizer que o Senado violou, no mínimo, o **princípio da boa-fé objetiva** nesta conduta de “apensar para depois desapensar”, desapensamento este que inclusive teve sua incoerência bem criticada pela **Senadora Marta Suplicy**, a qual destacou que o próprio apensamento já foi uma manobra procrastinatória na

²² **Nota Informativa n.º 2.478/2014, de 16.12.2014**, que pode ser acessada no *print* da tramitação legislativa do Projeto de Novo Código Penal (PLS 236/2012), *print* este disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404 (último acesso em 11.01.15).

deliberação sobre o tema - o que dizer, então, deste “desapensamento pós apensamento”, especialmente porque o Senado tinha a *obrigação de saber* (por boa-fé objetiva) que o arquivamento definitivo do projeto se daria em 2015 (e, se sabia, então teremos caracterizada a própria *má-fé subjetiva*).

Eis notícia sobre a fala da **Senadora**²³:

Na sequência, Marta Suplicy afirmou que foi realizada uma manobra para não se votar o PLC 122. “Foi feita uma manobra procrastinatória para apensar, aí apensou e agora eu tenho na mão uma justificativa dizendo que foi errado, que não compete ao Código Penal e que ele (PLC 122) deveria ser desapensado e voltar para o 122. O que é isso? Fica evidente que foi apensado para não ser votado. Aí volta de novo para lá, para a Comissão de Direitos Humanos (CDH) e apensa em qualquer coisa e ficamos nesse jogo”, criticou. (grifos nossos)

Em nada socorre o Senado o parecer de sua consultoria jurídica, apresentado após a manifestação do Senado neste processo, o qual, em síntese:

(i) cita parecer do Conselho da Europa que demanda pela criminalização da homofobia e da transfobia nos países da União Europeia, mas do fato de que nem todos os países da UE efetivaram a criminalização “conclui”, por arbitrária ilação, que o tema seria “polêmico” e, sobre a Alemanha, cita o parecer um artigo acadêmico que teria afirmado que a criminalização da homotransfobia teria sido “problemática” na Alemanha em razão de sua suposta abrangência...

(ii) afirma que seria “problemática” a criminalização dos discursos de ódio, embora sem nada dizer sobre a criminalização vigente no Brasil sobre os discursos de ódio negrofóbicos, etnofóbicos, xenofóbicos e religiosofóbicos da atual Lei de Racismo, **bem como** afirma que a criminalização genérica do Código Penal vigente (e projetado) seria “suficiente” para coibir a homotransfobia, **além de** insinuar que a criminalização aqui pleiteada implicaria em *banalização* do uso do Direito Penal e uso meramente simbólico do mesmo **e que** seriam necessários “estudos de impacto legislativo” até agora inexistentes sobre o tema;

(iii) afirma que “não sabe dizer” se a criminalização da homotransfobia respeita os três testes da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), **para concluir que** o tema de tal criminalização específica, dada sua “polêmica”, seria incompatível com um Projeto de Novo Código Penal, pela generalidade supostamente inerente a um Código.

²³ Cf. <http://www.ptnosenado.org.br/textos/122-curtas/30489-marta-repudia-exclusao-da-criminalizacao-da-homofobia-no-codigo-penal> (último acesso em 11.01.15).

Contudo, nenhuma razão assiste à Consultoria do Senado Federal, senão vejamos.

Primeiramente, milita contra a oposição à criminalização o reconhecimento de que o próprio Conselho da Europa demanda por ela aos países da União Europeia. O fato de alguns países não a terem criminalizado, ainda que por supostas “razões culturais”, não afasta o fato de que a **banalidade do mal homotransfóbico** que assola a população LGBT *mundial* demanda pela criminalização, ante o princípio da proporcionalidade na acepção da proibição de proteção insuficiente.

Se “polêmica” há no tema é justamente por essa **banalidade do mal** no preciso sentido arendtiano, de conduta nefasta tão absurdamente naturalizada entre pessoas consideradas “normais” (e não “monstros”) que elas se sentem “oprimidas” pela perda do pseudo “direito” de oprimir... como se liberdade de expressão fosse liberdade de opressão, o que evidentemente não é (cf. Inicial, item 5, pp. 48-52). Daí a necessidade de uma **atuação contramajoritária do Estado para proteção desta parcela de sua população, minoria estigmatizada que é**. Se o Legislativo não se digna a fazê-lo, até pela inércia do Executivo em pressionar sua base aliada para aprovar lei que garanta tal proteção, então cabe ao Judiciário fazê-lo, na **função contramajoritária inerente à jurisdição constitucional** (*no mínimo* para declarar a mora inconstitucional do Legislativo em fazê-lo).

Logo, resta refutado o argumento sintetizado no **item (i)**, supra.

A afirmação de ter sido “problemática” a criminalização da homotransfobia na Alemanha é arbitrária, por não explicitada no parecer. De qualquer forma, é evidente que a criminalização deve se dar em atendimento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, mas é absurdo se opor a ela sem levar em conta a redação concreta dos dispositivos do projeto supostamente analisado – o parecer menciona que se reportaria a determinado substitutivo, mas não se digna a sequer analisar pontualmente cada um dos respectivos dispositivos projetados, convenientemente não analisa o fato de que outras opressões absolutamente análogas, contra outros grupos também historicamente estigmatizados, já são criminalizadas pela atual Lei de Racismo (coerência e integridade zero, portanto, do referido parecer) e, ainda, **não diz que supostos “impactos negativos” poderiam existir** se criminalizada a homofobia e a transfobia de forma específica, como espécies do gênero racismo – que é o que o PLC 122/06, supostamente analisado por dito parecer, visa(va) fazer.

O argumento de que o **Código Penal** seria “suficiente” para criminalizar homofobia e transfobia já foi enfrentado e infirmado/refutado nesta peça, em sua página 23, à qual se remete Vossas Excelências.

O argumento de que não se poderia *banalizar* o uso do Direito Penal é improcedente no presente caso, sem falar na incoerência com o fato de já haver criminalização equivalente a outras opressões na atual Lei de Racismo. É improcedente neste caso porque a proteção da atual legislação penal (e, portanto, do Projeto de Novo Código Penal) é insuficiente à população LGBT, a gerar inconstitucionalidade por proteção insuficiente como amplamente demonstrado na Inicial (item 4, p. 33-48) e no parecer da PGR no MI 4733. Ademais, como também demonstrado na Inicial (item 6.1.1, p. 56-61), **a criminalização da homofobia e da transfobia respeita os ditames da Teoria do Direito Penal Mínimo**, já que visa proteger bens jurídicos relevantes e temos a ineficácia dos demais ramos do Direito em fazê-lo nos *parcos* Estados e Municípios que possuem leis administrativas anti-homotransfobia. **Logo, se a criminalização respeita os ditames da Teoria do Direito Penal Mínimo, não se pode falar que ela implicaria em banalização do uso do Direito Penal.** E tal argumento não foi enfrentado nem pelo Senado em sua manifestação neste processo nem pela Consultoria Jurídica do Senado no citado parecer, cujos autores evidentemente tinham ciência desta ADO quando de sua elaboração...

Pelo mesmo motivo, não se trata tal criminalização de mero *Direito Penal Simbólico*. Tal expressão é usada pejorativamente no sentido de lei penal desnecessária ou notoriamente ineficaz, o que não se daria no presente caso. **Basta compararmos com a criminalização do racismo pela Lei 7.716/89: a Lei de Racismo calou os racistas, acabou com os generalizados discursos de ódio e desumanizações, mal disfarçadas de “piadinhas”, contra negros.** Embora ainda nefastamente ajam atos racistas na sociedade, eles são feitos de forma velada muitas vezes e são evitados ao máximo por seus praticantes justamente por eles saberem que o racismo é crime. O mesmo presumivelmente ocorrerá com a criminalização específica da homofobia e da transfobia, **até porque atualmente há um absurdo inconsciente coletivo social que faz com que muitas pessoas se achem detentoras de um pseudo “direito” de ofender, discriminar e até mesmo agredir e matar pessoas LGBT por sua mera orientação sexual ou identidade de gênero, tudo isso sob a absurda justificativa de que “a homofobia não é crime” (SIC).** Logo, a criminalização específica cumprirá um importante papel de dissuasão social nas práticas homotransfóbicas, e a **prevenção geral de condutas** é uma das notórias finalidades da pena.

Assim, restam refutados os argumentos sintetizados no **item (ii)**, supra.

A afirmação de que “não sabe” dizer se a criminalização pleiteada respeita os três testes da proporcionalidade para por isso se opor a ela é de uma inversão de valores ímpar: ora, quem se opõe a uma proposta é que tem o ônus argumentativo de mostrar sua impertinência ou

descabimento. Nesse sentido, se a Consultoria Jurídica do Senado “não sabe” dizer se a criminalização respeita os três testes da proporcionalidade, disso não se pode concluir que ela não os respeitaria, como ela claramente quer concluir...

Por outro lado, e por amor ao debate, evidentemente que a criminalização da homofobia e da transfobia respeita os três testes da proporcionalidade. É medida **adequada** a combater tais práticas discriminatórias, ainda amplamente praticadas pela sensação de impunidade oriunda da ausência de lei que as criminalize, de sorte a se salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância (e ninguém pleiteia um “tipo muito aberto ou abstrato”, mas tipos penais concretos que respeitem a exigência de “lei certa”, em coerência a “certeza” dos tipos penais do sistema penal como um todo). É medida **necessária** ante a proibição de proteção insuficiente decorrente do princípio da proporcionalidade, aplicável ao caso (cf. Inicial, item 4, p. 33-48) porque a ineficácia das leis administrativas antidiscriminatórias, como a Lei Estadual Paulista 10.948/01, mostram que não há meio menos gravoso apto a coibir tais práticas discriminatórias, além da notória sensação de impunidade de homotransfóbicos em suas condutas discriminatórias contra pessoas LGBT na atualidade – sendo absurdo falar-se em suposto “contexto cultural” para “justificar” práticas discriminatórias, como claramente fez tal parecer, já que os direitos fundamentais não podem ser desconsiderados pela mera “tradição cultural” (a negrofobia, a escravidão e a violência doméstica já foram tradições da cultura humana e evidentemente isso não foi um “óbice” para sua punição quando da tardia iluminação da mentalidade humana sobre tais temas...). É medida **proporcional em sentido estrito** porque evidentemente não há “direito” a “ponderar”, visto que não há um pseudo “direito” a discriminar do lado de homotransfóbicos, de sorte a evidentemente deverem ser protegidos os direitos à segurança, à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero da população LGBT. Até porque **a liberdade de expressão não abarca discursos de ódio e ofensas a indivíduos e coletividades em geral**, pois sendo a liberdade o direito de se fazer o que se quiser desde que não prejudique terceiros e considerando que discursos de ódio, injúrias (individuais e coletivas) prejudicam suas vítimas, então não estão protegidas no suporte fático do direito fundamental à liberdade de expressão (que evidentemente não salvaguarda a incitação ao ódio, à intolerância, à violência e ofensas em geral), razão pela qual deve-se interpretar a liberdade de expressão em consonância com os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não-discriminação (cf. paradigmaticamente demonstrado no voto do Min. Celso de Mello no HC 82.424/RS, bem como trabalhado na Inicial: item 5, p. 48-52). Ou, ainda que assim não se pense, então não hão de prevalecer o direito ao respeito à própria dignidade e à não-discriminação sobre a “liberdade de expressão” a estes contrária²⁴.

²⁴ Em termos absolutamente equivalentes, as considerações do **Min. Gilmar Mendes** no multicitado HC 82.424/RS, justificando a criminalização do discurso de ódio antisemita.

Sobre a conclusão da Consultoria Jurídica do Senado sobre a incompatibilidade da criminalização da homotransfobia com o Projeto de Novo Código Penal, cabem os seguintes comentários. A uma, a se concordar com tal assertiva, estará ainda mais caracterizada a citada **má-fé institucional do Senado Federal** no apensamento do PLC 122/06 a dito Projeto, ante a conclusão atual pelo desapensamento. A outra, tal conclusão é contraditória com a própria lógica de dito Projeto, que visa revogar *toda a legislação penal especial* para trazê-la para seu corpo, tanto que traz a seu corpo os “crimes de racismo e preconceito em geral” constantes da atual Lei de Racismo, além de criminalizar outros preconceitos, embora não o homotransfóbico. Até se entende como criticável tal postura centralizante do Projeto, que contraria a tendência mundial de *descodificação* e elaboração de microssistemas (leis especiais) de sorte a tornar o Código uma lei subsidiária e não principal, mas o que se quer dizer é que o argumento da Consultoria Jurídica do Senado Federal contradiz a própria lógica do projeto, a tornar, ainda maior, a **má-fé objetiva** (por violadora da boa-fé objetiva) do Senado Federal no presente caso.

Entenda-se bem, na Inicial transcreveram-se *Carta Aberta*²⁵ e *Nota de Repúdio* ao Senado Federal²⁶ contra dito apensamento (p. 74-78), por se entender que deveria haver uma lei específica contra o preconceito discriminatório (a exteriorização do preconceito), o que aqui se reitera, mas essa postura de “apensar para depois desapensar” transcende o absurdo e não tem como não ser caracterizada como **violadora do princípio da boa-fé objetiva** por parte do Senado Federal. Até porque o Projeto de Código traz em seu corpo a **criminalização de diversas formas de preconceito específico** (discriminação contra negros, crianças/adolescentes e pessoas com deficiência, por exemplo) e isso não foi considerado por tal Consultoria como “incompatível” com a proposta “generalista” de um Código. Quer-se apenas deixar clara a **incoerência, violadora da boa-fé objetiva**, de tal postura do Senado Federal acerca destes temas (e do feminicídio) relativamente à homotransfobia (todos esses temas devem ser criminalizados de forma específica, evidentemente – a homotransfobia *também*, esse o nosso ponto).

Assim, restam refutados os argumentos sintetizados no **item (iii)**, supra, restando, assim, inteiramente refutado o parecer em questão.

²⁵ Cf. <http://goo.gl/QJT7fG> (último acesso em 11.01.05). Trecho também transcrito na Inicial; íntegra também em <https://pauloriv71.wordpress.com/2013/11/25/carta-aberta-ao-senado-federal-sobre-o-plc-12206/> (idem).

²⁶ Cf. <http://goo.gl/P5fi4M> (último acesso em 11.01.15). Nota também transcrita na Inicial e em <https://pauloriv71.wordpress.com/2013/12/18/nota-de-repudio-ao-senado-federal-por-enterrar-o-plc-12206/> (idem).

5. CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE E TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS. A obra de Conrado Hübner Mendes e a posição doutrinária do Ministro Roberto Barroso.

Muito se debate no constitucionalismo estadunidense sobre a questão da teoria da *última palavra*: se deve ficar com o Judiciário, com o Parlamento ou se deve se proceder a um *diálogo institucional* entre ambos. Na literatura pátria, a obra de **Conrado Hübner Mendes**²⁷ veio a sanar a lacuna sobre esse importante tema – que consideramos relevante, na medida em que o **diálogo institucional entre Judiciário e Legislativo é algo que julgamos imanente ao controle judicial da omissão inconstitucional do Parlamento**, objeto direto desta ação.

Contrariamente à manifestação do Senado Federal, entende-se aqui que o Supremo Tribunal Federal não deve se autoconter mas, ao contrário, atuar de forma proativa porque temos aqui situação de mora inconstitucional na concessão de proteção eficiente à população LGBT, violando assim os direitos fundamentais à segurança, à não discriminação, à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero dessas pessoas, sem falar na violação das ordens constitucionais de legislar relativas à criminalização do racismo e de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, que, corretamente concretizadas ao caso concreto, geram a conclusão pela existência de ordem constitucional de criminalização específica da homofobia e da transfobia como espécies do gênero racismo ou, ao menos, como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais.

A **teoria dos diálogos institucionais, também destacada pela Procuradoria-Geral da República em seu paradigmático parecer no MI 4733**, é aqui considerada relevante por três motivos:

(i) a se acolher os pedidos mais ambiciosos desta ação, seja por interpretação DECLARATIVA do termo “raça” da Lei de Racismo (cf. Inicial, itens 3.1.1 e 3.1.2, p. 15-48), e síntese desta peça, item iv), **ou, subsidiariamente, caso se entenda que isso demandaria função legislativa ou uma sentença aditiva relativamente a tal termo, pelo exercício de função legislativa atípica por esta Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, com base na compreensão do núcleo essencial da separação dos poderes enquanto sistema de freios e contrapesos (para controlar eficientemente a omissão legislativa), permitir-se-á ao Congresso Nacional analisar a regulamentação realizada por esta Corte, para eventualmente poder propor alternativas válidas, desde que isonômicas e caracterizadoras de proteção eficiente da**

²⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**, São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

população LGBT, algo que seria estimulado por uma regulamentação provisória realizada por esta Suprema Corte;

(ii) **subsidiariamente, a se acolher apenas o pedido mais modesto, de mera declaração de mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia, estar-se-á, com este apelo ao legislador, deixando incontestemente referida mora inconstitucional do Congresso Nacional, por ele negada (a manifestação do Senado neste processo é a prova cabal disso), apontando esta Suprema Corte, assim, para a inaceitabilidade do vácuo normativo e, assim, estimulando nosso Parlamento a agir, apontando-lhe que a solução criminalizadora é constitucionalmente obrigatória, sugerindo-se que se o faça mediante uma **SENTENÇA ADITIVA DE PRINCÍPIO**²⁸ para se delinear parâmetros gerais de criminalização, para ela abarcar necessariamente toda e qualquer discriminação contra pessoas LGBT (impedir-lhe de fazer o que se tolera que a população heterossexual cisgênera faça) e toda e qualquer ofensa à coletividade de pessoas LGBT (as injúrias e difamações em geral e, principalmente, “injúrias coletivas”, ou seja, as ofensas a qualquer das coletividades LGBT, por qualquer meio, mesmo na forma de difamação);**

(iii) **ou, ainda, a se acolher os pleitos de declaração de mora inconstitucional e de responsabilização civil do Estado Brasileiro por referida mora, estará esta Suprema Corte deixando ainda mais clara a transgressão da ordem constitucional por referida mora inconstitucional, o que tende a estimular ainda mais nosso Parlamento a agir (é, ao menos, o que se presume que pode acontecer).**

Feita essa exposição do motivo deste tópico, analisemos a referida teoria dos diálogos institucionais para, ao final, retornarmos ao tema dos dois parágrafos anteriores.

Segundo **Hübner Mendes**, *diálogo* é um signo de igualdade, respeito mútuo e reciprocidade, por denotar uma relação horizontal e não hierárquica, donde visam *amenizar* a questão da *dificuldade contramajoritária* e *escapar* da *armadilha* da tese da *última palavra*, mediante o reconhecimento de que o Judiciário não é o *único* legitimado a interpretar a Constituição e visar, assim, que ele reconheça que o Legislativo é um [relevante] participe da concretização da Constituição²⁹. Aponta autores que adotam posturas *minimalistas* e *maximalistas* na relação dialógica entre os Poderes. Sobre o tema, vale citar aqui a explicação do autor sobre a **teoria de Cass Sunstein**, flexível o bastante para abarcar tanto minimalismo quanto maximalismo. Segundo Hübner Mendes, Sunsteins, desenvolvendo as ideias de Bickel de forma mais refinada, defende a *prática de dizer não*

²⁸ Vide conceitos na nota de rodapé n.º 5, supra (p. 6 desta réplica).

²⁹ MENDES, *Op. Cit.*, pp. 106-107.

mais que o necessário e deixar o máximo possível não-decidido, sem utilizar-se de ferramentas processuais discricionárias como defende Bickel, mas decidindo o mínimo possível, sempre com base em *princípios*; defende a ideia de uma **república de razões**, pela qual todo ato de autoridade deve vir acompanhado de justificativas, mas possibilitando escolhas deliberadas sobre o que deveria permanecer não-decidido, sem a Corte comprometer-se com uma teoria unitária da interpretação, para assim *reduzir o ônus da decisão judicial* ao não forçar juízes a se comprometerem com formulações muito gerais, esforçando-se o juiz a decidir apenas o caso que tem diante de si e minimizar os reflexos da decisão em outros casos ao menos em casos de *acordos teóricos incompletos*, para assim reduzir-se o desacordo social em sociedades pluralistas, por entender que o *objetivo crucial do sistema político* ser tornar possível que pessoas concordem quando o acordo é necessário e tornar desnecessário que concordem quando o acordo é impossível; mas rejeita um apoio irrestrito às ideologias da autocontenção ou do maximalismo judicial, até porque, do ponto de vista substantivo, entende que a Corte deve proteger alguns *elementos constitucionais essenciais*, sem os quais a prática minimalista não encontraria razão de ser, donde identifica, como **coração substantivo**, o núcleo consensual correspondente ao conjunto de **direitos fundamentais previstos na Constituição**, daí a demandar uma **atuação maximalista** quando o juiz tenha considerável confiança no mérito da solução, quando o planejamento for importante para reduzir a incerteza de litigantes futuros e/ou quando estiver lidando com **precondições da democracia**, razão pela qual se percebe que a tese de Sustain é flexível o bastante para englobar minimalismo e maximalismo, **demandando pelo maximalismo** para assegurar as precondições necessárias para a vida democrática e os direitos fundamentais dos cidadãos³⁰.

Em termos **maximalistas**, inicia com a tese de **Katyal**, para quem a Corte deveria agir mediante **aconselhamento**, mediante o ato de recomendar, sem impor, um rumo decisório a outro poder, por meio de *obter dicta*, pelos quais faria conselhos de maior amplitude nesta parte não-vinculante de sua decisão, para assim propiciar alguma previsibilidade e direção *ex ante* sobre seus possíveis entendimentos futuros ao Legislativo, atuando a Corte como uma espécie de cartógrafo, por mapear as alternativas compatíveis que o legislador tem de acordo com a Constituição, residindo aí sua vantagem sobre o minimalismo; aponta o autor, ainda, a utilização do **princípio da proporcionalidade** enquanto técnica de balanceamento que não clama neutralidade e, assumidamente, faz escolhas políticas e morais, pelo qual, segundo **Stone-Sweet**, o Judiciário induz os outros Poderes a pensar nos seus próprios papéis em termos de proporcionalidade (em termos de princípios, em termos de análise da questão constitucional em pauta), criando uma linguagem comum pela qual os Poderes podem se comunicar e, inclusive, esforçar-se para persuadir a Corte da validade de seus atos, de

³⁰ MENDES, *Op. Cit.*, pp. 119-124.

sorte a que, a depender de como o Legislador consiga demonstrar que está levando a proporcionalidade a sério, a Corte pode conferir-lhe maior deferência em suas escolhas. Assim, **Hübner Mendes** propõe que “*mesmo que por meio de uma condução bastante estrita pela corte, a proporcionalidade é também uma forma de diálogo. Dá ao legislador uma linguagem por meio da qual pode responder e eventualmente desafiar a corte*”³¹.

Logo, conclui **Hübner Mendes** que o *maximalismo serviria justamente para conter o diálogo no que diz respeito às precondições substantivas*³² - e, naquilo que é **extremamente relevante** para o presente caso, afirma o autor que **a revisão judicial contribui para combater a inércia, a omissão e a indiferença legislativas**³³, sendo irrelevante, ao menos em termos de *omissão inconstitucional*, se a omissão é fruto de indiferença ou descaso com o legislador sobre o tema, já que a ordem de legislar demanda pela aprovação da legislação por ela demandada.

Vale, por fim, citar a pesquisa realizada por Pickerill, no contexto estadunidense, segundo a qual um **longo período de deferência judicial nos EUA significou, no Parlamento, a total ausência de debates constitucionais, o sumiço da Constituição do Legislativo, ao passo que, quando a Corte retomou algum engajamento sobre temas constitucionais, o Parlamento passou a construir argumentos constitucionais de modo mais cuidadoso**³⁴.

Pois bem, **temos contexto muito similar na realidade brasileira**. Nosso Congresso Nacional, lamentavelmente, não tem se mostrado sensível a **imposições constitucionais, a ordens constitucionais de legislar**. O histórico do mandado de injunção e a greve do serviço público civil comprovam isso. A despeito de esta Suprema Corte ter, reiteradas vezes, declarado sua mora inconstitucional na regulamentação do art. 37, VII, da CF/88, o Congresso permaneceu inerte para tanto. **Logo, não restou à Corte outra alternativa senão efetivamente regulamentar a greve do serviço público civil, mediante atividade legislativa atípica** (assim citada no voto do Min. Gilmar Mendes, embora “sem se comprometer” com ela), **a qual foi aplaudida tanto por Conrado Hübner Mendes, na obra citada, quanto por parlamentares e juristas na época, como Tarso Genro**³⁵, **José Sarney**³⁶, **José Afonso da Silva, Paulo Bonavides e Boaventura de Souza Santos**³⁷.

³¹ MENDES, *Op. Cit.*, pp. 125-129.

³² MENDES, *Op. Cit.*, p. 129.

³³ MENDES, *Op. Cit.*, p. 149.

³⁴ PICKERILL *apud* MENDES, *Op. Cit.*, p. 134.

³⁵ “Entre outras intervenções, **Tarso Genro** manifestou-se de modo favorável ao que chamou de ‘judicialização da reforma política’ [decisão do STF sobre a fidelidade partidária]: **‘Quando existe uma certa contenção de um determinado Poder, no caso concreto o Legislativo, em relação à reforma política, um outro Poder (Judiciário) avança um passo e exerce, além da sua capacidade de julgamento de interpretação, exerce uma certa capacidade normativa.** (...) Acho também que é um **certo recado ao Poder Legislativo**, como se dissesse o seguinte: ‘Se vocês não estão fazendo a

Vejam as palavras de **Maria Teresa Sadek**³⁸ acerca do tema, ao comentar a decisão do STF de, *legislando* (conclusão geral sobre o tema entre os comentaristas), regulamentar a greve do serviço público civil (MI 670, 708 e 712): “*Há um jogo entre o Legislativo e o Executivo e não restou ao Supremo outra alternativa. Se me perguntarem se eu gosto dessa alternativa, eu não gosto. Não é adequado para a democracia que o Judiciário legisle. Diante do vazio, foi a alternativa que sobrou. A solução pode ser interessante para o Legislativo e para o Executivo, pois nunca tiveram força para aprovar essas decisões. (...) Não adianta ficar imaginando o modelo abstrato de democracia. Das possibilidades que estavam na mesa, essa foi a de menor custo*”.

Enfim, **Conrado Hübner Mendes** bem aponta que *a concepção de separação de poderes deliberativa permite amenizar ataques à atuação proativa do Judiciário*, pois além de não se dever desprezar a hipótese de que uma *pauta estabilizada* se transforme, gradativamente, em uma pauta reprimida, situação patológica em que o Tribunal pode ajudar a corrigir, ao passo que:

O sistema de controle de omissões legislativas rompe com o princípio de que somente o legislativo inova, ou de que o ponto de partida de qualquer mudança, sempre, é o parlamento. A corte pode testar seu espaço e estimular reações que, mesmo contrárias, têm o potencial de criar um ônus de razão pública sobre o parlamento, que será obrigado a destampar

reforma política, nós estamos dando um passo’ (Paulo Peixoto. ‘Decisão do STF foi ‘recado’ ao Congresso, diz ministro’, *Folha Online*, 5-10-2007)”. MENDES, *Op. Cit.*, pp. 228-229.

³⁶ “**José Sarney** seguiu a mesma linha: ‘Não estou defendendo que o STF assuma o poder de legislar, mas, já que entrou para fazer avançar a reforma política que o Congresso não fez, deve prosseguir em outros temas. (...) Agora, STF e TSE devem forçar os partidos a que sejam democráticos, e não simples clubes políticos’ (‘O STF deve avançar’, *Folha de São Paulo*, 12-10-2007, p. 2)”. MENDES, *Op. Cit.*, p. 229.

³⁷ “Três autores importantes salientaram contrastes semelhantes. **José Afonso da Silva**, por exemplo: ‘João Mangabeira disse, certa vez, que o Supremo Tribunal Federal foi a instituição que mais tinha falhado na República; o Congresso, não. Se estivesse entre nós, estaria dizendo: **o Supremo Tribunal Federal não falhou, dignificou-se mais ainda, elevou-se, engrandeceu**. Ao contrário, uma das instituições do Congresso falhou, minguiu, apequenou-se. Utilizou-se de uma sessão secreta para se esconder, numa vergonhosa fraude à Constituição’ (‘O sigilo do despudor. *Folha de São Paulo*, 5-10-2007, p. 3). Em seguida, **Paulo Bonavides** adotou ideia parecida: ‘Se porventura colocarmos na balança da legitimidade as duas instituições que ora atraem as atenções da cidadania, a saber, o Senado e o Supremo Tribunal Federal, verificaremos o seguinte: enquanto o primeiro decai na confiança do povo, em consequência de escândalos que envolveram seu presidente, o segundo cresce com a renovação de quadros e as decisões do mensalão e da fidelidade partidária. (...) **Ao manter a decisão histórica do Tribunal Superior Eleitoral sobre a fidelidade partidária, aquele órgão da magistratura, ao que tudo indica, inaugurou na esfera constitucional uma nova era em que a supremacia da Constituição é, em primeiro lugar, a supremacia dos princípios**’ (‘Senado Federal e STF: queda e ascensão’. *Folha de São Paulo*, 26/10/2007, p. 3). Por fim, **Boaventura de Souza Santos**: ‘O combate à corrupção leva a que alguns conflitos políticos sejam resolvidos em tribunal. Só que a judicialização da política conduz à politização do Judiciário, tornando-o mais controverso, mais visível e vulnerável politicamente. Nos melhores casos, tem vindo a produzir um **deslocamento da legitimidade do Estado: do Executivo e do Legislativo para o Judiciário**’ (‘A Justiça em debate’. *Folha de São Paulo*, 17-9-2007, p. 3).

³⁸ SADEK *apud* MENDES, *Op. Cit.*, pp. 227-228.

a suposta neutralidade do status quo. Desafiar, prudentemente, o parlamento a deliberar nem sempre corresponde a uma ação ilegítima. Na separação dos poderes, funções são cambiantes³⁹.

Assim, conclui o **autor**⁴⁰:

[...] Por meio dos conceitos de ‘última palavra provisória’ e de ‘rodadas procedimentais’, procuro dar a exata dimensão e limitação daquela pergunta. Teorias do diálogo, ao observarem o fato da continuidade (das ‘sequências legislativas’ e assim por diante), põem a simples existência da revisão judicial sob uma nova luz. Última palavra e diálogo, nesse sentido, completam-se. Assim como o direito e a política precisam de ‘últimas palavras provisórias’, precisam também de continuidade. [...] Postulo, como condição adicional de legitimidade, que as instituições interajam por meio da ‘razão pública’. Essa exigência, portanto, se aplica não apenas ao judiciário, ou ao tribunal constitucional especificamente. A demandas argumentativa, numa cultura política preocupada em discutir justificativas por trás de decisões coletivas, se aplica a todas as instituições. A proposta de diálogo institucional, ou de separação de poderes deliberativa, propõe-se a dar vitalidade às instituições postas da democracia competitiva, fazendo com que o argumento seja um elemento relevante, e não apenas retórico, da competição. Ao contrário de rejeitar o arranjo democrático existente, este livro defende uma forma mais promissora de operá-lo e criticá-lo.

Trata-se de conclusão absolutamente **similar** à do **Ministro Roberto Barroso**⁴¹, em artigo doutrinário, ao defender o **papel do Supremo Tribunal Federal como contramajoritário e representativo**:

*O que cabe destacar aqui é que a Corte desempenha, claramente, **dois papéis distintos e aparentemente contrapostos**. O primeiro papel é apelidado, na teoria constitucional, de contramajoritário: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (i.e., de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, como juízes e Ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo contramajoritário. **O segundo papel, menos debatido na teoria constitucional**⁴², **pode ser referido como representativo**. Trata-se, como o nome sugere, do atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional. Um valioso insight nessa matéria é fornecido pelo autor alemão Robert Alexy, ao defender o ponto de vista de que a Corte*

³⁹ MENDES, *Op. Cit.*, p. 232.

⁴⁰ MENDES, *Op. Cit.*, pp. 238-240.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição Constitucional. A tênue fronteira entre Direito e Política**, pp. 44-48. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf> (último acesso em 16.12.14).

⁴² V., no entanto, Corinna Barret Lain, Upside-down judicial review, *The Georgetown Law Journal* 101:113, 2012; Thamy Pogrebinski, Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil, 2011; Eduardo Mendonça, Política constitucional: entre o inevitável e o excessivo, *Revista da Faculdade de Direito da UERJ* n° 18, 2010, e Luís Roberto Barroso, O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um Sucesso Imprevisto. In: Luís Roberto Barroso, *O novo direito constitucional brasileiro*, 2012, p. 41. [nota do original]

Constitucional se legitima como **representante argumentativo da sociedade**⁴³. A legitimidade política não decorre apenas da representação por via eleitoral, que autoriza os parlamentares a tomarem decisões em nome do povo. Ao lado dos conceitos de eleições e do princípio majoritário, a ideia de democracia deliberativa não só comporta como exige um outro componente: uma representação argumentativa ou discursiva. **O constitucionalismo democrático se funda na institucionalização da razão e da correção moral.** Isso significa que uma decisão da corte suprema, para ser inquestionavelmente legítima, deverá ser capaz de demonstrar: (i) a racionalidade e a justiça do seu argumento, bem como (ii) que ela corresponde a uma demanda social objetivamente demonstrável. [...] Por ocasião de minha sabatina perante o Senado Federal, realizada em 5 de junho de 2013, expus o meu ponto de vista na matéria. No mundo ideal, política é política, direito é direito. São domínios diferentes. No mundo real, todavia, as fronteiras nem sempre são demarcadas de maneira nítida. E, assim, surgem tensões inevitáveis. Quando isso ocorre, é preciso critérios para equacionar a questão. **Penso ser próprio aqui distinguir duas situações: a) quando tenha havido uma atuação do Legislativo ou do Executivo em relação ao tema; e b) quando não tenha havido tal atuação.** A primeira situação, portanto, se dá quando o Legislativo tenha efetivamente deliberado acerca de determinada matéria. Por exemplo: (i) a edição de uma lei permitindo e disciplinando as pesquisas com células-tronco embrionárias; ou (ii) a edição de lei disciplinando a ação afirmativa em favor de negros. Nesses dois casos, embora exista controvérsia política, o Judiciário deve ser deferente para com as escolhas feitas pelo Legislativo. **Não cabe ao Judiciário sobrepor a sua própria valoração política à dos órgãos cujos membros têm o batismo da representação popular. Situação diversa é a que ocorre quando o Legislativo não atuou, porque não pôde, não quis ou não conseguiu formar maioria. Aí haverá uma lacuna no ordenamento.** Mas os problemas ocorrerão e o Judiciário terá de resolvê-los. Por exemplo: a) o Congresso não havia ainda regulado a greve no serviço público. A despeito disso, as greves ocorriam, surgiam disputas e o STF viu-se na contingência de estabelecer as regras que deveriam ser aplicadas até que o Congresso viesse a dispor a respeito. Ou b) o caso das relações homoafetivas. Elas existem. São um fato da vida, independentemente do que cada um pense sobre o ponto. Não há lei a respeito. Pois bem: o Estado tem que tomar uma posição sobre a existência ou não de um direito desses casais a serem reconhecidos como uma entidade familiar, pela importância moral desse reconhecimento e por uma série de questões práticas (herança, pensão alimentícia, divisão do patrimônio comum). **Quando o Congresso Nacional não fornece uma resposta, é natural que os afetados traduzam o seu pleito perante o Judiciário, buscando a afirmação jurídica daquilo que a política negou-se a discutir.**

É claro que uma corte constitucional poderia também, em linha de princípio, rever uma escolha que o legislador tenha feito, mas isso envolve naturalmente um ônus argumentativo muito mais elevado. Por tudo isso, o papel do Judiciário, quando não tenha havido deliberação política, é mais abrangente do que quando ela tenha ocorrido. Se há lei, o STF só deve invalidá-la se a afronta à Constituição for inequívoca. Se não há lei, o Judiciário não pode deixar de decidir a questão alegando omissão normativa. Nesse caso, seu poder se expande. Portanto, no fundo no fundo, quem tem o poder sobre o maior ou menor grau de judicialização é o Congresso: quando ele atua, ela diminui; e vice-versa. (grifos nossos)

⁴³ V. Robert Alexy, Balancing, constitutional review, and representation, *International Journal of Constitutional Law* 3:572, 2005, p. 578 e s. [nota do original].

Pois bem, o que temos no presente caso é uma **situação na qual a política (o Legislativo) se recusa a deliberar positivamente**. Após a aprovação da criminalização na Câmara no final de 2006, **o Senado Federal simplesmente se opôs a qualquer forma de efetivar a criminalização da homofobia e da transfobia**. Essa é a verdade. Sofismas sobre o Código Penal supostamente ser suficiente (não é, como supra explicitado) ou sobre não se concordar com “privilégios” a LGBT (inexistentes, já que o que sempre se pleiteou foi **igual proteção penal** relativamente àquela dada a grupos por cor, etnia, procedência nacional e religião, como supra explicitado)... Logo, como destacado na Inicial (síntese, item ii.3.2, p. 4-5 e 7-8), o que temos aqui é pura e simples **má vontade institucional do Parlamento Brasileiro** em referida criminalização específica, de sorte a tornar evidente a mora inconstitucional do Legislativo neste caso concreto e tornar igualmente evidente, ainda, que é necessária a atuação desta Corte em sua **função contramajoritária**, impondo ao Congresso Nacional a criminalização específica das *ofensas (individuais e coletivas), agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima* para garantir que não seja inviabilizada materialmente a **cidadania** e/ou não sejam inviabilizados os **direitos fundamentais** à segurança (proteção eficiente) e à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero, pois temos aqui típica **opressão da minoria pelo despotismo da maioria** parlamentar que se recusa a efetivar esta absolutamente **necessária e obrigatória** criminalização específica, decorrente de imposição constitucional (pela ordem: art. 5º, XLI, XLII ou LIV – proibição de proteção deficiente).

A **ação direta de inconstitucionalidade por omissão** é mecanismo por excelência de realização de **diálogo institucional** entre Judiciário e Legislativo, algo, aliás, bem captado pelo **Parecer da Procuradoria-Geral da República no MI 4733**, cujas considerações sobre o mandado de injunção encaixam-se como uma luva para o tema da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, especialmente pela tese da Inicial (item 6.2.1, p. 68-69), pela qual a diferença entre ambas as ações reside unicamente no interesse de agir (doutrina do Min. Gilmar Mendes⁴⁴),

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*, 1ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2004, pp. 54-55, para quem “O Tribunal [STF] parte da ideia de que o constituinte pretendeu atribuir aos processos de controle da omissão idênticas consequências jurídicas. Isso está a indicar que, segundo seu entendimento, **também a decisão proferida no mandado de injunção é dotada de eficácia erga omnes. Dessa forma, pode o Tribunal fundamentar a ampliação dos efeitos da decisão proferida no mandado de injunção**” (MENDES, *Op. Cit.*, pp. 54-55). Assim, sobre as diferenças entre o mandado de injunção e a ADIn por Omissão, tem-se que: **(i)** ambos podem ter decisões com a mesma abrangência pois a necessidade de prova do interesse de agir para o primeiro configura uma diferença suficiente entre o MI e a ADInO; **(ii)** essa compreensão configura uma exceção à regra segundo a qual o cidadão não teria legitimidade para controle abstrato de normas, até porque essa exceção tem uma abrangência bem restrita, a saber, a do controle abstrato da *omissão* inconstitucional e não da *ação* inconstitucional, além da necessidade de prova do interesse de agir para que cidadãos e associações coletivas possam mover o mandado de injunção com tal fim; **(iii)** inexistente proibição constitucional de tal exegese, donde juridicamente possível tal compreensão jurídico-constitucional [ante farta jurisprudência no sentido de que só é impossível juridicamente aquilo que é expressamente proibido pela legislação]; **(iv)** tem-se como

não na abrangência da decisão, donde a evolução da Corte na abrangência da decisão no MI deve abarcar também a ADO. Pois bem, segundo o item 8 do paradigmático Parecer da PGR:

*Serve o mandado de injunção para estabelecer um **profícuo diálogo institucional entre os Poderes**. O Supremo Tribunal Federal recebe demandas sociais sob forma de articulação judicial, sendo que o Congresso Nacional eventualmente enfrenta demandas semelhantes sob forma de articulação política. **A contribuição do Poder Judiciário ao processo de construção normativa, nos casos de omissões inconstitucionais, é percebida pelo Legislativo, que responde de acordo com a lógica própria do parlamento. Possibilita-se assim uma firme disposição para a conversa institucional entre os Poderes.** Vejam-se exemplos dessa interlocução: a criação de novos Municípios (MI 1.818/DF⁴⁵), a greve no serviço público (MI 670/ES, 708/DF e 712/PA⁴⁶), a aposentadoria do servidor público que exerceu atividades sob condições especiais (MI 795/DF⁴⁷), o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (MI 943/DF e MI 1.010/DF⁴⁸).*

O que teremos neste caso, com a decisão do STF, será sempre uma **última palavra provisória**, na medida em que o Congresso Nacional nunca estará impedido de eventualmente regulamentar a criminalização da homofobia e da transfobia de forma autônoma, já que uma regulamentação feita pelo Tribunal Constitucional evidentemente é provisória, sendo substituída pela lei posterior (não se podem usar dogmas do paradigma liberal individualista de coisa julgada de processos subjetivos para o controle abstrato da omissão inconstitucional). Evidentemente uma tal regulamentação do Congresso deverá **respeitar o dever de proteção eficiente** quando efetivar tal criminalização, razão pela qual a procedência desta ação, mesmo em seu pedido máximo (exercício de função legislativa atípica para fins de o STF efetivar a criminalização pleiteada), implicará em verdadeiro **diálogo institucional** que possibilitará ao Congresso Nacional efetivamente fazê-lo, caso queira se dignar a exercer seu dever-poder constitucional de regulamentar o tema e sair daquilo que o **Min. Marco Aurélio** bem já qualificou de (patologia política que é a) **INAPETÊNCIA NORMATIVA** do Congresso (expressão usada na ADI 4568) – **inapetência normativa esta que, segundo Sua Excelência (Min. Marco Aurélio),**

irrazoável a exegese que permita a propositura de ações com o mesmo objeto quando há outra [exegese] que permita uma melhor racionalização dos trabalhos da Corte – pela afronta à isonomia oriunda de regulamentações distintas para pedidos idênticos sobre objetos idênticos formulados por pessoas diferentes, donde irrazoável a exegese que pretenda a existência de inúmeros julgamentos distintos para o mesmo fim; além do que, um mandado de injunção visando a criminalização específica de condutas não tem como gerar uma “norma de caso concreto” já que a criminalização supõe necessariamente previsões gerais e abstratas válidas para todo o país. Logo, **plenamente viável a regulamentação geral e abstrata realizada (também) por mandado de injunção e (não só) por ação direta de inconstitucionalidade por omissão** (cf. Inicial, pp. 69-70).

⁴⁵ Rel. Min. Ellen Gracie, 16/11/2009 (CR, art. 18, § 4º). Nota do original.

⁴⁶ Rel. Min. Gilmar Mendes, nos dois primeiros, e Eros Grau, no terceiro, 25/10/2007 (CR, art. 37, VII). Nota do original.

⁴⁷ Rel. Min. Cármen Lúcia, 15/04/2009 (CR, art. 40, § 4º, III). Nota do original.

⁴⁸ Rel. Min. Gilmar Mendes, 06/02/2013 (CR, art. 7º, XXI). Nota do original.

legítima/justifica a atuação positiva do STF, enquanto guardião da Constituição⁴⁹.

Por fim, cabe uma brevíssima nota sobre o **constitucionalismo dirigente**. No Brasil, aparentemente os parlamentares ainda se acham detentores de uma prerrogativa absoluta de cumprir a Constituição apenas quando bem entenderem, como se fosse compatível com nossa ordem constitucional o *mito do legislador racional*, que “nunca erra” e “nunca é injusto” por representar a “vontade geral” do povo, representada pelo Parlamento. Afinal, por vezes se viu parlamentares se indignarem com declarações de mora inconstitucional do Congresso Nacional no cumprimento de ordens constitucionais de legislar, especialmente quando esta Suprema Corte estipulou prazo para ele criar a legislação de regência constitucionalmente obrigatória...

Contudo, não obstante essa absurda crença de ao menos parte de nossos parlamentares, uma **Constituição Dirigente** mitiga dito mito relativamente às ordens constitucionais de legislar. Se em geral o Parlamento tem plena autonomia para decidir se cria ou não a lei, ele não tem tal liberdade quando a Constituição demanda tal criação normativa. Supera-se a supremacia do Parlamento em prol da supremacia da Constituição, ou ao menos mitiga-se aquela, para se entender que o Parlamento também é obrigado a respeitar a Constituição, inclusive quando às ordens de legislar. Pede *venia* a Vossas Excelências por explicitar conceito tão evidente a qualquer constitucionalista contemporâneo, mas dita postura de parte de nossos parlamentares nos fez entender necessário fazê-lo, ainda que de forma breve (juntamente com os também breves conceitos da Inicial sobre o tema [item 2.1, p. 10-12], aos quais se remete Vossas Excelências).

Logo, o **diálogo institucional** aqui defendido servirá para lembrar o Congresso de seu dever de cumprir a Constituição e que esse dever inclui o dever de criminalizar de forma específica a homofobia e a transfobia.

6. UM DEBATE DOUTRINÁRIO. Artigo-resposta do signatário a artigo-crítico ao Paradigmático Parecer da PGR no AgRg/MI 4733. Outros artigos (também críticos aos críticos).

Considerando que o signatário não teme o debate acadêmico, pensa que ele é importante ao presente caso e inclusive porque indubitavelmente o que aqui se vai refutar chegará, senão já tiver chegado, ao conhecimento de Vossas Excelências (se outros artigos eventualmente foram escritos sobre o tema, o signatário os desconhece no momento deste protocolo), **anexam-se a esta petição artigo-resposta do advogado**

⁴⁹ O Ministro Marco Aurélio isto falou quando indagado sobre a polêmica acerca do Novo Código Florestal. Cf. <http://adi4252.blogspot.com.br/> e http://www.suinos.com.br/mostra_noticia.php?id=10783&cd=4 (último acesso em 16.12.14).

signatário⁵⁰ a artigo-crítico (de Lenio Streck, Ingo Sarlet, Jacinto Coutinho, Clèmerson Clêvi e Flávio Pansieri) ao Parecer da PGR no AgRg/MI 4733.

Anexam-se, ainda, os **artigos-resposta de Walter Claudius Rothenburg e Luiz Carlos dos Santos Gonçalves**⁵¹, bem como **artigo-resposta de Alexandre Melo Franco Bahia e Diogo Bacha e Silva**⁵² a este mesmo artigo (ambos concordando com os pedidos desta ADO). Por fim, anexa-se o **artigo de Wallace Corbo**⁵³, também sobre o citado parecer da PGR (mas sem responder àqueles autores).

Sobre o artigo dos Eminentíssimos Professores que criticaram o parecer da Procuradoria-Geral da República no MI 4733, a leitura do artigo-resposta do signatário demonstrará que muitas das críticas desconsideram até mesmo o que consta daquela (e, conseqüentemente, desta) petição inicial, o que mostra que os Ilustres Críticos não tiveram, *data maxima venia*, o cuidado de lê-la com atenção ou, ao menos (é o que se quer acreditar), a fineza de enfrentar os fundamentos jurídicos concretamente utilizados (pois quem critica tem o dever, no mínimo moral, de explicar corretamente aquilo que se critica, o que, *data maxima venia*, não fizeram os Eminentíssimos Autores ora criticados – não obstante contem eles com o nosso máximo respeito).

Em suma, esperamos que estes artigos-resposta aos primeiros críticos formais (que formalizaram suas críticas sob a forma de artigo) ajudem esta Suprema Corte a superar os verdadeiros *sensos comuns* sobre o tema para declarar a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica e suficiente da homofobia e da transfobia e, ainda, para ajudar na formação da convicção desta Suprema Corte sobre a tese mais polêmica, que nada mais é que uma singela concretização do núcleo essencial do princípio da separação dos poderes e da compreensão do conteúdo imanente da declaração de inconstitucionalidade de uma omissão, consoante sintetizado no artigo-resposta do advogado signatário que abriu este tópico.

⁵⁰ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **O Mandado de Injunção e a Criminalização de Condutas**. Revista Consultor Jurídico, 26 ago 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-26/paulo-iotti-mandado-injuncao-criminalizacao-condutas>>. Último acesso em 11.12.14.

⁵¹ ROTHENBURG, Walter Claudius. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Lei que deveria punir a discriminação é, ela própria, discriminatória**. Revista Consultor Jurídico, 29 ago 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-29/lei-deveria-proibir-discriminacao-ela-propria-discriminatoria>>. Último acesso em 11.12.14.

⁵² BAHIA, Alexandre Melo Franco. BACHA E SILVA, Diogo. **STF deve reconhecer mora do Congresso em criminalizar homofobia**. Revista Consultor Jurídico, 05 jan 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-05/stf-reconhecer-demora-congresso-criminalizar-homofobia?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em 05.01.15.

⁵³ CORBO, Wallace. **As minorias e o STF**. Jornal O Globo (Online), 12.08.2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opiniao/as-minorias-o-stf-13568581>> Último acesso em 11.12.14.

Nesse sentido, vale uma breve nota sobre o **artigo de Eric Baracho Dore Fernandes**⁵⁴, que problematiza academicamente o debate oriundo do artigo de Streck, Sarlet, Coutinho, Clève e Pansieri de um lado e o artigo-resposta deste advogado signatário de outro (citando ambos em seu texto). Em síntese, o autor transcreve a pretensão mais ambiciosa do MI 4733, cita esta ADO 26 (ações de mesmo objeto), sintetiza os argumentos de ambos os artigos citados e trabalha os conceitos de criminalização obrigatória e legítima a partir da clássica obra de Maria Conceição Ferreira da Cunha acerca dos mandados de criminalização para, por fim, sem se posicionar de forma peremptória sobre o tema objeto desta ação, anotar que o signatário (em seu artigo citado) teria defendido que a decisão desta Suprema Corte no multicitado HC 82.424/RS justificaria uma interpretação “extensiva” (SIC) do conceito constitucional de racismo, mas que “*a dificuldade em se identificar um mandado constitucional de criminalização específico para a homofobia impede um aprofundamento maior quanto às consequências do reconhecimento de eventual inconstitucionalidade por omissão*” (p. 77), após afirmar que “*Não há dúvida que a criminalização da homofobia seja exemplo de criminalização legítima, embora o ônus argumentativo para afirmar que exista criminalização obrigatória ainda pareça demasiado elevado para o intérprete*” (p. 76). Isso também após afirmar que a legalidade estrita criminal impediria uma posição “concretista ou analógica” do Tribunal em fazê-lo (p. 71).

Pois bem. Não obstante a valorosa síntese que o citado autor fez tanto do artigo de Streck, Sarlet, Coutinho, Clève e Pansieri de um lado e do signatário de outro, **há três pontos problemáticos em dito artigo: (i)** ele imputa ao signatário coisa que ele não disse em seu artigo, a saber, que teria defendido interpretação “extensiva” (SIC) ao conceito constitucional de racismo quando a Inicial e esta petição exaustivamente demonstraram que se defende uma interpretação “**declarativa**” do conceito de racismo para nele entender incluídas a homofobia e a transfobia da mesma forma que a negrofobia, ante o conceito geral e abstrato de racismo afirmado por esta Suprema Corte em *Ellwanger* (HC 82.424/RS), conceito este que as abarca; **(ii)** nada fala sobre homofobia e transfobia se enquadrarem no mandado de criminalização relativo à punição das discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, o qual ele próprio (Fernandes) afirma ser um mandado de criminalização; **(iii)** a afirmação de que o art. 5º, XXXIX, da CF/88 constituiria óbice para uma postura concretista do STF na efetivação da criminalização da homotransfobia não enfrenta toda a argumentação da Inicial (item 6.2.1, p. 80-88) pela possibilidade de exercício de *função legislativa atípica* desta

⁵⁴ FERNANDES, Eric Baracho Dore. **Omissões Inconstitucionais e Mandados Constitucionais de Criminalização: o Mandado de Injunção nº 4733 e a Criminalização da Homofobia**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, vol. 2, jul/dez 2014, pp. 58-79. ISSN 1982-4564. Disponível em: https://www.academia.edu/10095259/Omiss%C3%B5es_inconstitucionais_e_mandados_constitucionais_de_criminaliza%C3%A7%C3%A3o_o_Mandado_de_Injun%C3%A7%C3%A3o_no_4733_e_a_criminaliza%C3%A7%C3%A3o_da_homofobia.Obsevat%C3%B3rio_da_Jurisdic%C3%A7%C3%A3o_Constitucional.Ano_7_vol._2_jul._dez._2014 (acesso em 11.01.15).

Suprema Corte ante a inércia inconstitucional do Congresso Nacional em fazê-lo, consoante amplamente desenvolvido na Inicial (algo, destaque-se, **desnecessário se** acolhido o pleito de interpretação declarativa constante do item d.1, da Inicial, que se acabou de expor, nos termos do paradigmático e multicitado parecer da PGR no MI 4733 – e Inicial, itens 3.1.1 e 3.1.2, p. 15-48).

Ou seja, não obstante o citado autor tenha afirmado que *o ônus argumentativo para afirmar que exista criminalização obrigatória [para a homofobia e a transfobia] ainda pareça demasiado elevado para o intérprete*, cabe notar que a Inicial trouxe forte carga argumentativa que, pelo menos ao ver do signatário, cumpre tal “ônus argumentativo”, donde caberia a este e a todos os críticos aqui citados o ônus argumentativo de refutar as premissas e fundamentos jurídicos da Inicial, o que, *data maxima venia*, eles não fizeram (discordaram dos pedidos sem analisar os **fundamentos jurídicos da Inicial** – os quais analisaram o argumento da **legalidade estrita criminal em concordância prática com o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes, do conceito imanente da declaração de inconstitucionalidade e da eficácia jurídica positiva que deve ser reconhecida às ordens constitucionais de legislar para defender o pedido de função legislativa atípica** desta Suprema Corte, ali constante).

Por fim, lembrando-se que é plenamente possível a esta Suprema Corte, até pela literalidade do art. 103, §2º, da CF/88, se limitar a declarar a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homotransfobia (como, aliás, também afirma o citado artigo de Eric Baracho Dore Fernandes/p. 71), **pede-se *venia* para transcrever o trecho do citado artigo do signatário que defende a constitucionalidade do pleito mais ambicioso desta ação, de exercício de função legislativa atípica por esta Suprema Corte para, legislando, cumprir a Constituição no que tange às ordens constitucionais que demandam pela criminalização aqui pretendida** (justamente o trecho não enfrentado por Eric Baracho Dore Fernandes, não obstante constante do artigo por ele citado e sintetizado em seu citado trabalho):

*Cabe agora defender o pedido efetivamente polêmico da ação (cujo não-acolhimento não impede o acolhimento do pedido autônomo de declaração de mora inconstitucional). Não se pediu para “criminalizar por analogia”, pediu-se para o STF exercer “**função legislativa atípica**” para, suprimindo a omissão inconstitucional, efetivar a criminalização (sim, legislando). A **tese**, em apertadíssima síntese, é a seguinte. A **vontade constitucional imanente às ordens constitucionais de legislar** é a de que tais leis sejam criadas; a **declaração de inconstitucionalidade** visa tirar a situação inconstitucional do mundo jurídico; só é possível acabar com omissões inconstitucionais mediante a normatização do tema (no mínimo, embora parcialmente, no caso concreto, no caso do MI segundo a corrente concretista individual, corrente esta não aplicável a casos de criminalização se entender-se cabível o MI para elas). Logo, a menos que a ordem constitucional de legislar seja vista como mero conselho despido de imperatividade no que tange a seu aspecto positivo, então a imanência relativa às*

*ordens de legislar gera uma **eficácia jurídica positiva** das mesmas a justificar a criação da lei por **atuação legislativa atípica/excepcional** do Tribunal Constitucional (TC – o STF, no nosso caso) para cumprir a respectiva ordem constitucional de legislar. Inclusive por força do próprio **princípio da separação “dos poderes” enquanto sistema de freios e contrapesos**, que demanda que um “Poder” possa controlar eficientemente o outro: a única forma de controlar eficientemente a omissão inconstitucional é mediante sua supressão pela jurisdição constitucional do TC, que demanda a criação da norma geral e abstrata pelo mesmo (corrente concretista geral do MI, fundada na isonomia). Aí a extrema pertinência do **segundo parecer da PGR** quando disse que o importante princípio da legalidade estrita criminal deve ser interpretado sistematicamente com a supremacia constitucional, a garantia do MI enquanto mecanismo de supressão de omissões inconstitucionais e (implicitamente) com esta **eficácia jurídica positiva** das ordens constitucionais de legislar, para admitir a regulamentação provisória do tema pelo TC, a perdurar até a efetiva aprovação de lei pelo Legislativo sobre o tema. Na tese de **Walter Claudius Rothenburg** (item 6.2.3 do MI 4733), mais importante do que quem cumpre a Constituição é cumprir a Constituição, donde se o constitucionalmente obrigado a cumpri-la não o faz, pode o TC/STF atribuir tal competência a outro órgão ou a ele próprio para fazê-lo; segundo **Marinoni e Mitidiero** (embora não para temas penais, no que são incoerentes no ponto), o princípio da separação “dos poderes” dá ao Legislativo o poder de criar leis, mas não de inviabilizar a Constituição, donde se ele não cria a norma que a Constituição o obriga a criar, deve o STF fazê-lo. Vide a Inicial do MI 4733 (e da ADO 26) para as fontes bibliográficas das citações deste artigo.*

*Por fim, é evidente que não se pretendeu pedir um tipo penal que dissesse ser crime “todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima”, mas tipos penais que reprimam todas as condutas que se caracterizassem nesse conceito abstrato, justamente para não se incorrer no vício de “vagueza”. É o que esclareci na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, movida em dezembro/2013 em nome do PPS, com o mesmo objeto (p. 13 da mesma), não obstante isso me parecesse evidente quando elaborei o MI 4.733. **(grifos nossos)***

Cite-se, ainda, o trecho do artigo que defende a existência de ordem constitucional para criminalizar a homotransfobia de forma específica (entende-se que como espécie do gênero racismo, mas, subsidiariamente, como forma de discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais):

Alegam os autores que a ordem constitucional de legislar relativa ao dever de a lei punir toda discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, XLI), no que inegavelmente se enquadra a homotransfobia, não demanda necessariamente uma punição criminal. A ação refuta isso com dois fundamentos. O primeiro, topológico. O dispositivo constitucional encontra-se na parte penal do artigo 5º. O segundo, material. Caracterizada a proteção insuficiente do Estado a pessoas LGBT e considerada a incapacidade dos demais ramos do Direito de resolver a situação até hoje, então a obrigação da lei punir de forma (evidentemente) eficiente tais discriminações demanda o reconhecimento da omissão inconstitucional de criminalizar a homotransfobia e, assim, a procedência do pedido (autônomo quanto aos demais) de declaração de mora inconstitucional do Congresso em fazê-lo. Fora que crimes de ódio (como os homotransfóbicos) merecem punição mais enfática do que crimes não-motivados no ódio. Afirmam os

autores que não seria possível enquadrar homofobia e transfobia como espécies do gênero racismo (mandado de criminalização do art. 5º, XLII), contudo, desconsideraram a respectiva argumentação da ação (itens 4.1.1 e 4.1.2), que demonstrou que no famoso **caso Ellwanger (HC 82.424/RS)** o STF adotou o **conceito de racismo social** para punir o antissemitismo como espécie de racismo (adotando o conceito de “raça social”, raça como construção social, que é como deve ser interpretada a criminalização da discriminação por “raça” do art. 20 da Lei 7.716/89). Ou seja, para que o racismo não se transformasse em “crime impossível” pela raça humana ser biologicamente una (conforme o Projeto Genoma, que colocou uma pá de cal na tese contrária), **entendeu o STF que o racismo (social) é toda ideologia que prega a inferioridade de um grupo social relativamente a outro**, conceito este referendado por Guilherme Nucci. Foi por isso que (corretamente) se considerou o antissemitismo como espécie de racismo. **Ora, a homotransfobia se enquadra neste conceito ontológico-constitucional de racismo afirmado pelo STF no HC 82.424**, logo, o dever de vinculação a precedentes (respeito à história institucional) demanda isto aplicá-lo relativamente à homofobia e à transfobia para considerá-las como espécies do gênero racismo. Somente um overruling de dita decisão poderia levar a conclusão contrária, mas um tal overruling demandaria concordar-se com o voto vencido do ministro Moreira Alves naquele julgado, o qual, por originalismo, entendeu que “racismo” deveria ser entendido apenas como abrangendo a discriminação contra pessoas negras (a negrofobia), já que esse foi o foco dos debates constituintes (com todo o anacronismo inerente ao originalismo, que não é, ao que nos consta, a posição dos autores aqui criticados); demandaria dar-se razão ao Sr. Ellwanger quando ele defendeu que teria cometido mero “crime de discriminação”, e não crime de “racismo” por ter defendido que o antissemitismo não poderia ser considerado como espécie de racismo (se o crime não fosse de racismo, estaria prescrito); demandaria a pergunta: qual o fundamento que une, como espécies de racismo, as discriminações por “cor, etnia, procedência nacional e religião”, constantes do artigo 20 da atual Lei de Racismo (7.716/89)? Seriam as três últimas meros “crimes de discriminação”? Data venia, o conceito afirmado pelo STF em Ellwanger é o que melhor se compatibiliza com o espírito constitucional de punição do racismo: o racismo negrofóbico é punido pela nefasta inferiorização de pessoas negras relativamente a brancas, donde inferiorizações equivalentes devem ser entendidas como manifestações racistas, como abarcadas na interpretação declarativa do termo “raça” do art. 20 da Lei 7.716/89. **(G.n)**

6.1. A Paradigmática Obra de Vanice Regina Lírio do Valle. Superando a vetusta visão do Tribunal Constitucional como mero “legislador negativo”.

Para finalizar, valem citar trechos paradigmáticos da doutrina de **Vanice Regina Lírio do Valle**⁵⁵, cuja obra, fruto de seu doutorado, defende teses que se entende plenamente justificadoras de tudo o que se defende nesta ação e no MI 4733⁵⁶ - obra esta que, de tão

⁵⁵ VALE, Vanice Regina Lírio do. **Sindicar a Omissão Legislativa. Real Desafio à Harmonia entre os Poderes**, 1ª Ed., Belo Horizonte: Ed. Forum, 2007, pp. 215, 217-220, 222, 223-224, 227-228, 236-238, 249-250, 252, 259-260, 263-264, 270, 272, 276, 278-279, 281-286.

⁵⁶ Por honestidade intelectual, cabe citar que ela não trabalha o tema dos mandados de criminalização em sua obra – se eventualmente disser que a eles não se aplicaria o que defende, então afirmar-se-á o que se afirmou na Inicial sobre autores ali citados que o fizeram: incoerência; se pode o Tribunal Constitucional exercer função legislativa atípica (não obstante a autora não use essa expressão) para superar a reserva legal em geral para dar cumprimento a ordens constitucionais de legislar, pode fazê-lo também para a reserva legal criminal quando decorrente de ordem constitucional de legislar.

paradigmática, justifica a longuíssima transcrição, pela qual se pede *venia*, mas entende-se como paradigmática do início ao fim, como justificativa, inclusive, das teses e pedidos mais ambiciosos da petição inicial:

*Elemento fundamental que se impõe resgatar diz respeito ao thelos, afinal, associado à **ideia de equilíbrio entre poderes**; a saber, primariamente, sua **limitação**, e, através dela, a liberdade. Foi esse elemento finalístico que determinou, ainda no século XVIII, a **compreensão de que melhor seria, não a segregação absoluta de funções, mas sim um certo nível de interpenetração** que permitisse, justamente, a não instituição de exclusividades ou monopólios que, pela concentração, pudessem expressar uma ameaça, um desvio no exercício do poder. [...] Essa **interpenetração funcional**, que se incorpora às funções ordinárias dos poderes políticos, determina ainda um benefício importante em relação ao eventual **exercício do controle**. Afinal, quem desenvolve uma atribuição, exercita uma competência e, necessariamente adquire familiaridade com seus métodos, com uma racionalidade que é própria daquele mister. Com isso, **a identificação, por um poder, do desvio no agir de outro, se tem também por facilitada – afinal, o poder controlador, que (excepcionalmente) desenvolve função não contida no seu núcleo essencial, pela vivência que adquire naquela função que não lhe é inerente, passa a ter um outro nível de observação crítica em relação a uma atividade que ele conhece – , ainda que por força de seu exercício tão-somente episódico.** [...] O que se está afirmando, em verdade, é que o **compromisso axiológico da Constituição** delimita o **terreno do agir adequado do poder**; e o princípio de equilíbrio e harmonia, por sua vez, previne os potenciais desvios dessa mesma ação. Ambas as variáveis, portanto, caminham em um mesmo sentido: **o poder há de ser exercido nos termos ditados pelo imperativo garantia dos direitos fundamentais, circunscrito, ainda, cautelosamente, pelo signo da ação equilibrada e harmônica. Disso decorre que, logicamente, não é possível a invocação de um desses vetores, como barreira à plena operação do outro. Assim, não se pode pretender convivência com a não preservação de direitos fundamentais ao argumento de risco de violação do equilíbrio e harmonia entre os poderes**; afinal, esse último constrange o exercício do poder para que ele não se distancie da finalidade que é posta pelos primeiros.*

[...]

Mas como se haverá de entender a **ideia de interpenetração de atribuições, finalisticamente orientada** à garantia de um estado idôneo, quando se cuida – como é a hipótese sob investigação – de um **agir de controle**? Ora, se a **limitação do poder**, mediante variadas técnicas (dentre elas, a de repartição competencial) traduz a primeira cogitação, para fins de prevenção quanto às patologias do agir estatal; a **ação de controle**, leciona Aragón (1987, p. 132), há de surgir não só como consequência, mas também como **elemento atualizador dessa mesma limitação**. Afinal, a assertiva de existência, realmente, de uma **patologia no agir de um poder** e a abertura da **possibilidade de intervenção corretiva**, por se situar em um dos extremos da reta de atribuições daquela estrutura, há de partir de uma **atualização da compreensão dos limites ao poder controlado**. O controle se expressa, portanto, como um agir que jamais se poderá ter por mecânico, de mera aplicação de uma barreira objetiva, pré-definida e imutável no que toca a suas fronteiras; ao revés, também o controle é temporalmente referenciado e tem em conta a leitura atualizada da estrutura de disciplina do exercício do poder. [...] Também é essa **compreensão de que – sendo o poder dinâmico e, da mesma forma, o arcabouço institucional que dá conta do controle – se poderá buscar a neutralização dos vetores de força que podem tender ao exercício abusivo do poder**. Isso porque, se essa estrutura orgânica de seu arranjo busca uma resultante neutra, que assegure seu

*exercício regular; essa mesma arquitetura há de se revelar apta a, em havendo alguma assimetria entre as forças em operação, promover a compensação necessária a remanescer garantindo neutro. Vale uma pequena digressão. **A ideia de equilíbrio e harmonia entre os poderes se põe, historicamente, como um mecanismo próprio para evitar que, à conta da competição política, se possa ter como consequência a concentração excessiva/indesejada de potência, circunstância que dê azo ao seu exercício abusivo. A ideia, portanto, é de que, através da combinação de técnicas de estruturação institucional e de disciplina da forma de concretização de suas respectivas funções, se assegure que o poder se mantenha controlável** – inobstante a realidade empírica do exercício da política.*

[...]

[...] *Controlar o braço funcionalmente especializado do poder, admitindo-se inclusive **atuação supletiva** por outro que não detém essa mesma expertise não implica em prejuízo ao adequado exercício do poder controlado? Em verdade, esse se revela um falso argumento. **A especialização se mostra valiosa, qualificadora, quando a função se desenvolve de forma adequada** – é a ação regular de cada poder, dentro da esfera de atuação que lhe é designada pela moldura constitucional, e nenhum outro agir, que dá oportunidade aos benefícios da **especialização**. Essa última característica, portanto, não pode ser invocada como justificativa para limitar ou paralisar o controle contra o seu mau exercício, pela **simples circunstância de que um instrumento de monitoramento do agir adequado de uma estrutura funcional de poder não se pode transformar em fundamento, ou causa, do enfraquecimento daquele mesmo poder considerado em sua unidade.***

[...]

[...] *Assim, o **desenvolvimento do controle por parte de uma estrutura não funcionalmente especializada, tendo em conta o conteúdo da atividade controlada, pode se revelar a combinação sistêmica adequada a gerar, justamente, a recuperação da trilha constitucionalmente desejada de exercício de poder.** Se a situação ordinária de exercício de poder é uma combinação de subsistemas que atende ao desiderato constitucional, justamente o **traço patológico** pode determinar seja outro o arranjo a melhor prover a resposta corretiva, estreitando-se as relações de colaboração já destacadas por Sorrentino (1994, p. 62). **A compatibilização entre distribuição funcional e controle do exercício do poder haverá de conduzir à conclusão de que cada qual das instituições político-estatais tenha a si proposta, em verdade, uma pauta para ação – que pode envolver ações positivas** – também em relação às atribuições que às demais tenham sido assinaladas.*

[...]

A essa **ação coordenada dos poderes**, De Marco (2005, p. 127) denomina **função de direcionamento político** a partir de uma visão dinâmica dos poderes públicos na sua inter-relação com a vida em comunidade, que promovem a coordenação '(...) di una pluralità di apparati titolari di funzioni diverse e di centri di potere e forze organizzate della società nel suo insieme'. **A partir dessa compreensão, expande-se o modelo originário de repartição de funções, admitindo-se, a par daquela de controle, uma nova atuação que, a rigor, articula as instâncias do poder organizado e da sociedade, naquelas hipóteses em que o signo da legitimação exige uma transversalidade no processo de formulação da decisão pelo que ela envolve de concentração das opções atinentes a quais sejam os fins do estado. Isso demanda uma abertura para uma compreensão de que os critérios mecanicistas originais da teorização da repartição de poderes se revelam insuficientes. Cada vez mais, a ênfase residirá no exercício do equilíbrio consensuado** –

e legitimador – da ação das instâncias de poder. Se isso é adequado no raciocínio teórico, nem sempre se revela simples no plano da atuação concreta. É claro que tal adequação de canais de interlocução há de ser fruto de desenvolvimento social, de uma cultura a se formar. Não é menos claro, todavia, que, **do ponto de vista formal, para tal dificuldade a constituição oferece a jurisdição constitucional como solução formalmente estruturada.**

[...]

[Em defesa da superação do dogma do “legislador negativo”, defende a autora que] **Na verdade, quando se tem em consideração que o sistema é de contrapoderes – ou seja, de limitação de um poder pela atuação de outro – é de se ter, necessariamente, por admissível, que em situações excepcionais, um possa, a título de controle contra excessos ou superação de impasses institucionais, desenvolver a atividade que, em princípio, se reconhece como própria do outro.** [...] A questão está em saber se o critério em construção e identificação do **sistema de contrapoderes** está na atribuição, a um particular sujeito, da competência para o desenvolvimento da **ação corretiva**; ou se essa **ideia de freios e contrapesos** se constrói a partir da outorga, a cada qual dos poderes, de um conteúdo particular de **atividade que se lhes reconheça, atípica mesmo, mas da qual deflua a recondução do agir do poder controlado à normalidade constitucional a ser recuperada.**

Se o sistema de controle se constrói em torno do sujeito – o balance se dá pelo desenvolvimento, pelo Judiciário (e não por outro poder originalmente detentor de competência para agir), de atividade que, concretizando o controle, se apresenta ainda assim, na sua essência, como típica do Judiciário, a saber, prestar jurisdição – temos um modelo mais próximo da faculte d’empêcher francesa; que se pode mesmo classificar como não intervencionista (cada poder desenvolve exclusivamente as atividades que lhes são próprias tendo em consideração o critério do sujeito) (Streck, 2002, p. 444).

Se, ao contrário, adota-se o critério de que o equilíbrio se produz pelo desempenho por um poder, sempre em caráter excepcional, de atividade típica de outro – fazendo prevalecer o elemento da natureza da atuação como a substância da garantia do controle – temos um modelo que assume mais claramente a intervenção de uma estrutura institucional na área de atribuição, em princípio, assinalada a outra e mais próximo de uma solução de atuação ativa do poder controlador (no momento no terreno do poder controlado. Na primeira alternativa, uma pretensão de transfiguração da atividade excepcional desenvolvida por um poder no exercício do controle sobre o outro, tem por resultado a sustentação teórica para uma prática de maior distanciamento entre os poderes, em prejuízo à harmonia que a eles se preconiza; na segunda alternativa, **a clareza da intervenção (ainda que excepcional), torna mais evidente o traço de contrapoder mesmo, de necessária ingerência saneadora do controlador. Observe-se que a preferência de análise a partir da compreensão de que o equilíbrio se dê pela necessária interseção funcional, induz à observância do DIÁLOGO ENTRE AS INSTÂNCIAS DO PODER que, eventualmente, podem se ver na contingência de agir numa esfera de competência, em princípio, reservada a outrem. É a cogitação que se passa a enfrentar.**

[Defende a autora a necessidade de **diálogo entre instituições e seus atores na construção da decisão coletiva, orientando-se a ação estatal, nos termos da Constituição**, para, em seguida, afirmar o quanto segue]

A sindicância quanto ao abuso de poder envolve, presume-se, um desvio de atuação funcional, que há de ser corrigido nos termos da mesma moldura de agir que não confere, pela simples circunstância de, em uma determinada situação concreta, encontrar-se a instituição ‘X’ como controladora e a ‘Y’ na

condição de controlada, qualquer juízo de especial valor à primeira e, menos ainda, de desvalor à segunda. **Por isso o diálogo – instrumento construtivo de uma compreensão comum do ocorrido – como mecanismo indispensável do efetivo reconhecimento do comportamento abusivo, ou quando menos, constitucionalmente indesejável.** [...] **O caminho do DIÁLOGO INSTITUCIONAL, portanto, se revela exigência mesmo da preservação da unidade do poder, em tempos em que dele se exige uma atuação menos vertical e mais concertada com a sociedade, orientada pelo signo da persuasão e não da coerção.** [...] Observe-se que no terreno específico da **jurisdição constitucional** – particularmente, **daquela da omissão**, em que a superação do vazio normativo pode demandar técnicas distintas das ordinariamente empregadas no labor jurisdicional –, é de se acrescentar em favor da **prática do diálogo institucional**, o argumento relatado por Martin de La Veja, secundado por López Bofill, de que **é dessas relações institucionais já desenvolvidas que decorrerá a eleição, pelo Tribunal Constitucional, de qual – dentre as várias possibilidades hoje já tidas por admissíveis – a espécie de provimento que se deva prolatar em uma determinada hipótese.** O argumento é sutil, mas de grande relevância. [...] **É o diálogo institucional, portanto, que permitirá um exercício de jurisdição constitucional adequado, inclusive no que toca à técnica de pronúncia que, tendo em consideração os termos da compreensão constitucional até o momento formulada e aplicada pelos demais poderes, promoverá efetivamente à orientação apropriada no sentido e na forma, tudo na mais estrita consonância também com o ideário de cooperação que é o de pautar as relações entre os poderes políticos organizados.**

[...]

De outro lado [em prol de uma interpretação teleológica/leitura emancipadora do art. 103, §2º, da CF/88, que permita a concretização da norma constitucional objeto da ADO pelo STF caso persista a inércia do Legislativo em fazê-lo após a declaração da mora inconstitucional], não se pode pretender que o texto constitucional opere sobre a premissa de que o Legislativo – poder por ela mesma constituído –, informado pelo Judiciário da existência de uma situação constitucional indesejável, decorrente diretamente de sua conduta, mantenha-se na mesma linha de comportamento descumprindo a pauta de ação firmada pelo Texto Fundante. Não é possível raciocinar-se a Constituição – que se pretende normativa – a partir da situação patológica de descumprimento, pelos poderes organizados sob essa construção conceitual, dos limites a eles impostos; essa concepção traduziria a expressão máxima da falta de fé na Constituição, professada pela própria Constituição! Vale ainda ter em conta que os mecanismos de garantia da observância da estrutura constitucional se veem na Carta de Outubro enunciados, na sua essência, normalmente sem o nível de minudência que parece ter sido pretendido pela jurisprudência defensiva do STF no que toca à ADIO. Assim o é com as garantias constitucionais direcionadas diretamente à tutela, em favor de sujeitos de direito individualmente considerados, de direitos fundamentais, tais como o clássico mandado de segurança, o habeas corpus e, mesmo, instrumentos mais novos como a ação civil pública. E é bom que seja assim, na medida em que a Constituição, de um lado, assegura a existência de via de ação destinada à provocação do controle e relação ao desvio de poder, mas, de outro, não engessa esses mesmos mecanismos de controle, que hão de ter a possibilidade de atualização de molde a preservar-se sua eficácia. Afinal, os caminhos trilhados nas práticas pouco ortodoxas do poder revelam-se sempre criativos, sendo desafiadores a um labor de atualização do conteúdo dos instrumentos jurisdicionais de controle e das possibilidades de atuação. [...] **Por vezes, o fundamento mesmo da inação do Legislativo, que se investiga pela ADIO, reside justamente na indefinição dos limites da**

responsabilidade desse mesmo Estado. É justamente nessas hipóteses que a sindicabilidade jurisdicional pode se revelar rica e útil – e sem qualquer arranhão ao princípio de equilíbrio e harmonia entre os poderes, como se passará a demonstrar. Paralisada a deliberação legislativa em relação a um determinado tema, pelas próprias dificuldades inerentes à continuidade do processo político de decisão, à vista de um índice maior de indeterminação do conteúdo de uma cláusula constitucional, o cerne do impasse, a rigor, se transporta para a formulação de um juízo acerca do que seja exigível do Estado. A pergunta mais importante nessas hipóteses passa a ser: existe dever de legislar? E qual a extensão desse dever? [...] De outro lado, se do impasse institucional resulta a lesão ou a ameaça a direito, já o art. 5º, XXXV da CF assegura o acesso à justiça e, portanto, estabelece o Poder Judiciário como estrutura institucional a quem se reconhece o poder-dever de promover a solução. Disso decorre que na atividade jurisdicional – ao menos no sistema brasileiro – a ‘não-resposta’ é uma impossibilidade como alternativa de conduta; e isso assim se põe para que, na apreciação por esse mesmo poder, tenha fim uma eventual situação de indeterminação permanente que se repute socialmente indesejável. Essa foi a opção de nosso desenho institucional: as decisões de caráter público, que afetem à vida pública, podem até não se verificar no sistema da política, mas, em se caracterizando uma lesão a direito, a solução concreta é de se dar obrigatoriamente e, para isso, nega-se a possibilidade ao judiciário de simplesmente não decidir. [...] Não se extraia da afirmação de que o impasse deliberativo é uma realidade própria do sistema político e afastada, por outro lado, como possibilidade no sistema judicial, a conclusão de que se tenha por possível a estratégia simplista da substituição e do descarte que já se detalhou, no que ela tenha de patológico, no subitem 4.3 acima. Diferentemente, o que será de se buscar é o caminho de restauração da normalidade institucional com o atendimento aos desejos da Constituição na sua integralidade, a saber, concretização da garantia por ela ofertada, através da estrutura de poder a quem ela conferiu essa mesma tarefa. Disso decorre que a natureza da função que exerce o Judiciário, em hipóteses que tais, é nitidamente aquela já referida por De Marco (2005, p. 128) como de indírizo político, promotora de coordenação de uma pluralidade de aparatos institucionais, titulares, por sua vez, de funções diversas. [...] Nesse sentido, o Judiciário em pleno exercício de controle abstrato de constitucionalidade – afastado, portanto, dos elementos contaminantes da hipótese real, do impulso indiscutível à promoção da justiça do caso concreto – pode se apresentar como arena neutra, assecuratória da livre manifestação dos múltiplos aparatos e instâncias interferentes no processo de densificação daquele preceito constitucional. Da mesma forma, nas hipóteses que naveguem pela zona cinzenta de incerteza em relação à existência em si do dever de legislar – por versar sobre a concretização de direitos que não se tem por certo, emanem como exigências da simples dicção constitucional – ter-se-á reforçado o signo de legitimação, a conclusão que decorra desse DEBATE ENTRE AS INSTÂNCIAS DO PODER, articulada pelo Judiciário [...].

[...]

Comunica-se, portanto, a conclusão acerca da existência do dever de legislar em reverência ao princípio do equilíbrio e harmonia entre os poderes, em pleno exercício das relações de cooperação e no suposto (e essa há de ser mesmo a premissa constitucional) de que os poderes constituídos, uma vez informados do verdadeiro querer constitucional, darão execução a esse comando. Disso, todavia, não se pode extrair a ilação de que o art. 103, §2º da CF autorize única e exclusivamente essa providência. Em verdade, a conclusão que se apresenta é de que o preceito não traduz senão a única etapa sempre indispensável a ser percorrida,

quando do controle abstrato da omissão, na busca do resgate da efetividade constitucional. A partir dessa interpretação, responde-se também à pergunta de porquê, no conjunto de vias de ações instituídas pela Carta de Outubro, materializadoras da jurisdição constitucional, só a ação de controle de constitucionalidade por omissão seja merecedora de um específico dispositivo do Texto Fundamental a enunciar o conteúdo do provimento jurisdicional que no seu curso se possa vir a exarar: o valor determinante da sua explicitação é o traço sempre e necessariamente dialógico a se verificar nas relações entre os poderes, especialmente em momento em que se apresenta como **possibilidade o exercício por parte do Judiciário de funções mais próximas do núcleo essencial do Legislativo;** ao menos mais próximas que a já admitida pronúncia de incompatibilidade entre um texto concreto e a Carta Fundamental. Aquilo de que se cuida, portanto, é menos de uma pretensão limitadora do conteúdo de um provimento jurisdicional – matéria normalmente de cunho infraconstitucional – e mais de uma providência assecuratória das indispensáveis relações de coordenação inerentes ao indirizzo político. [...] **Reiterada a negativa no desempenho do múnus que lhe cabe em determinada deliberação público-estatal, a consequência, decerto, há de ser a dupla perda por parte do órgão recalcitrante como agente daquele mesmo processo decisório seja do signo de legitimidade (no sentido de competência constitucional para a ação), seja da marca da legitimação, como traço de construção potencial máxima da correção da decisão.** [nesse momento a autora cita precisamente a lição de **Walter Claudius Rothenburg**, sobre troca de sujeito em casos de omissão inconstitucional do Legislativo, transcrita na Inicial – item 6.2.3, p. 80-88]

Essa conclusão se apresenta, a rigor, por um imperativo de ordem lógica: se a conduta exigida haver por parte das estruturas formais de exercício de poder, e não realizada, é imposta pela constituição; não há como se admitir possa essa negativa de agir se revelar apta a gerar consenso, aceitação para com o resultado dela, qual seja, o afastamento do preceito constitucional que, não regulado, resta prejudicado na sua efetividade. Em resumo, o comportamento do poder constituído que atenta contra o fruto do poder constituinte não poderá jamais ver a si reconhecido o signo da legitimidade e a incidência de qualquer espécie de cláusula de barreira à superação dessa situação concreta, posto que tal conduta é objeto de vedação, à conta da premissa teórica de supremacia do mesmo compromisso fundante. [...] **Nessa concepção, a omissão legislativa nas hipóteses em que tal poder já se tenha visto objeto da comunicação contida no art. 103, §2º da CF afigura-se como uma modalidade do agir político não juridicizada, estranha à órbita de decidibilidade do legislador; e, portanto, desvestida da aptidão de determinar consequências jurídicas vinculantes. Importante ter claro que a negativa de vinculatidade jurídica ao agir vedado se constitui importantíssimo mecanismo de prevenção da transformação arbitrária do poder em direito (GRIMM, 2006, p. 35), mais um argumento em desfavor da compreensão até o momento defendida pelo STF, no que toca ao provimento jurisdicional possível ofertar na hipótese.**
[...]

Em verdade, esse é o único caminho de compreensão possível. Não se pode reconhecer à instituição, descumprindo com o seu papel constitucional, frustra a efetividade de outro preceito da mesma Carta de Outubro (afinal, algum de seus comandos de repartição de atribuições já se tinha pela inação inicial, por arranhado), o condão de pelo erro, ver a um só tempo respeitado seu juízo – inautorizado – de disposição em relação à prioridade constitucional e, preservado o reconhecimento de sua legitimidade para, quando bem entender adequado, finalmente curvar-se aos reclamos do

*constituente e dar cumprimento ao Texto Fundamental. Isso seria um **absoluto contra-senso**; mais ainda, um estímulo à inação institucional, que sempre permitiria uma espécie de ‘reserva de competência’ para a atuação, quando lhe parecesse politicamente conveniente. [...] Nesse caminho, como seria de se **superar o velho dogma da supremacia do legislativo**? Duas são as alternativas possíveis de aproximação, ambas conduzindo, todavia, a uma mesma conclusão. A se entender seja ainda possível aludir à supremacia do Legislativo – inobstante as considerações trazidas no Capítulo 2, que evidenciam a superação histórica dessa compreensão – o argumento não se pode revelar como obstáculo, na medida em que **não se pode reconhecer signo de legitimidade a um juízo formulado por parte de um poder que o conduz a uma conduta constitucionalmente vedada**. Assim, se ainda for possível aludir a uma especial deferência em favor do legislativo, isso é de se ter por sujeito à **supremacia da Constituição** que não lhe autoriza rever as pautas de prioridade que ela mesma estabeleceu.*

[...]

*O mais importante, na cunhagem do **sistema brasileiro de controle de poder** no âmbito do Estado, há de ser o foco no seu **elemento finalístico**: o monitoramento e a circunscrição do exercício do poder não se constituem um fim em si mesmo – e, portanto, jamais poderá ser compreendida adequadamente, se dissociado de seu thelos. Em outra linha de direção, também **não se pode conceber controle efetivo do poder com uma possibilidade de escusa peremptória de envolvimento de um poder em temas inicialmente afetos a outro e que se mostrem, todavia, espinhosos no seu viver concreto**. Essa concepção poderia conduzir a uma **indiferença generalizada aos imperativos constitucionais**: o órgão originalmente detentor da função, não agiria pela delicadeza do tema; os órgãos de controle, por sua vez, se escudariam numa suposta vedação à interação recíproca para igualmente não se haverem com matéria sensível e, com isso, **esvazia-se o conteúdo constitucional sem qualquer consequência jurídica àqueles agentes do poder que abusivamente o exerceram, por ação ou omissão**.*

[...] ***Em síntese, controlar o poder é fazê-lo atuar nos termos constitucionalmente propostos – na forma, extensão e adequação de conduta que o Texto Fundamenta determine; e, de outro lado, os mecanismos de seu exercício hão de ter em conta esse resultado desejado, qual seja, a máxima efetividade da Constituição, segundo os métodos de exercício de poder que ela mesma prevê. Despindo-se o Legislativo, portanto, da legitimidade (ainda que MOMENTANEAMENTE) para a atuação legiferante reclamada pela Constituição e não desenvolvida; de vez que o poder não convive com o vácuo, é de se reconhecer a possibilidade de seu desenvolvimento por outra estrutura. E a resposta a qual seja a estrutura legitimada a agir nessas hipóteses, é o que se sustenta, a própria Carta de Outubro aponta expressamente, a saber, o Judiciário.*** (GRIFOS NOSSOS)

Analisando a experiência da Corte Constitucional Italiana em suas *sentenças integrativas*, afirma a **autora**⁵⁷, em trechos que a nosso ver justificam a lição do Professor e Ministro Roberto Barroso, transcrita no tópico anterior:

⁵⁷ VALE, Vanice Regina Lírio do. **Sindicar a Omissão Legislativa. Real Desafio à Harmonia entre os Poderes**, 1ª Ed., Belo Horizonte: Ed. Forum, 2007, pp. 334 e 338.

*Sendo de conhecimento comum que o poder não admite vácuo, era previsível que esse espaço de atuação política decorrente de uma expectativa social não atendida pela estrutura institucional originalmente destinatária dessa tarefa, acabasse ocupado por outro agente ou instituição. Foi o que se deu na Itália, com uma emancipação do papel da jurisdição constitucional, que seja pela pronúncia da inconstitucionalidade pura e simples da legislação pretérita tida por incompatível com a nova ordem e sociedade que se erigia, seja pelo uso das sentenças integrativas viabiliza a superação desse estado de descumprimento da Constituição que se verificara inicialmente e se renunciava como de difícil reversão. [...] **Fato é que o limbo culminou por determinar** – e, uma vez mais, o depoimento é de Elia (1985, p. 309) – **a aplicação das aditivas ou substitutivas como uma espécie de ‘critério residual’ pela Corte, a partir da ideia de que o repúdio mais eficaz à negativa (seja da norma de exclusão dada ou construída) consista na afirmação normativa, ou seja, em permitir o advento da norma positiva, conforme a Constituição.***

E, sobre o **signo de temporariedade** inerente a uma tal decisão, que evidentemente permite o Legislativo de normatizar o tema quando se dignar a cumprir seu dever constitucional, quando a nova lei evidentemente prevalecerá sobre a decisão normativa da jurisdição constitucional sobre o tema (desde que proporcional, respeitadora da proibição de proteção insuficiente, evidentemente), afirma a **autora**⁵⁸:

O signo de temporariedade que se oferece à solução que se vem apontando aplicar enquanto persistir a situação de inação legislativa evidencia, ainda, a circunstância de que não se tem por suficiente, sob o prisma de restauração da normalidade constitucional, o agir da Corte Constitucional, sendo ainda exigível a intervenção Legislativa, essa sim a desejada pelo Texto Fundamental. Evita-se assim a imputação de usurpação indevida de competência, na medida em que o agir judicial só se dá pela absoluta inércia do Legislativo e só produz efeitos enquanto subsista essa mesma inação, preservando-se assim a possibilidade por esse último poder, de exercício das escolhas discricionárias que lhe sejam próprias. [...] Vale ainda consignar – posto que essa se constitui também uma crítica em seus países de origem – que o desenvolvimento de função aditiva ou substitutiva pela Corte Constitucional, no mais das vezes, não proporciona o mesmo resultado que se poderia extrair da prolação da lei. É certo que isso é verdade e nem poderia ser de outra forma, na medida em que se revela um caminho subsidiário de resgate da normalidade constitucional e não aquele prioritário, indicado como o mais adequado pelo próprio Texto de Base. Assim, é de se ter por natural e esperado, que a solução subsidiária não se mostra exatamente igual, em resultado, àquela primariamente desejada; e essa crítica, embora verdadeira, não pode se caracterizar como uma cláusula de barreira ao uso dessas alternativas. Isso porque, **ainda que deficiente ou insuficiente, está-se explorando a possibilidade da oferta de alguma resposta institucional, ao impasse decorrente do exercício abusivo do poder. O que parece absolutamente inadmissível do ponto de vista constitucional é o reconhecimento puro e simples a impossibilidade de superação da violação da Constituição por seus próprios poderes constituídos.** [pois, justificando-se a função constitucionalmente protetiva do Judiciário neste tema] a origem da alegada SUBVERSÃO do modelo constitucional de repartição de funções, a rigor, não se localiza no eventual provimento superior da

⁵⁸ *Ibidem*, p. 352, 354, 357, 368-369, 374-376.

inércia que exsurja do agir da Suprema Corte, mas sim da AUSÊNCIA DE ATUAÇÃO PRÉVIA DE PARTE DO LEGISLATIVO. O exercício da jurisdição constitucional da omissão não se pode, portanto, reputar como sede da inobservância dos critérios de repartição especializada de funções empreendidas pelo Texto Fundamental; ao revés, ele se põe como a alternativa de controle posta pela própria Constituição, que materializará a restauração justamente da ordem e finalidades por ela estabelecidas. [...] Se assim o é, tem-se por possível a **intervenção corretiva** de outra estrutura de poder que garante, justamente, a **supremacia das opções valorativas sobre as maiorias contingentes**. [...] Impõe-se portanto o reconhecimento para além da perda de legitimidade por parte do Legislativo, também da abertura dessa mesma **legitimidade ao Judiciário para que, subsidiariamente, empreenda à garantia do direito que a reiteração da omissão evidencie restar comprometida.** É a funcionalização do poder voltada à garantia (PENA FREIRE, 1997, p. 242) que autoriza, do ponto de vista estritamente teórico, o **agir subsidiário do Judiciário**, para além da constatação fática da missão. [...] Dessa conjugação de vetores de raciocínio resulta uma observação já lançada no Capítulo 4: **o reconhecimento da abertura em favor do Judiciário para a configuração jurisprudencial do conteúdo de um direito, não suprime, sine die, a competência do poder originalmente dela detentor, para, reconduzindo-se ao caminho constitucional, formular o juízo político que lhe cabe, editando a regra em abstrato. A solução, portanto, se dá sob o SIGNO DA PRECARIIDADE, a saber, até que se regularize o desejo constitucional e o poder legislativo exerça a competência que lhe é própria.** (GRIFOS NOSSOS)

Sobre esta paradigmática lição, sintetizemos no seguinte, no intuito da clareza: o *agir adequado* do Poder Legislativo no caso objeto desta ação é o que dá cumprimento às ordens constitucionais de legislar, razão pela qual se o Legislativo não cumpre a Constituição no que toca à elaboração de tal legislação, não é constitucionalmente aceitável em um constitucionalismo dirigente que ele invoque a separação “dos poderes” (a separação funcional do poder estatal) como “justificativa” para impedir o Tribunal Constitucional (o STF, em nosso caso) a dar cumprimento à Constituição. Isso seria permitir ao Legislativo, o réu deste processo, se beneficiar de sua própria torpeza, contrariando assim célebre princípio geral de Direito.

É isso que se entende por violação do *agir adequado* do Poder Legislativo neste caso: o não-cumprimento do mandado de criminalização da homofobia e da transfobia, razão pela qual cabe a este Supremo Tribunal Federal, em sua função contramajoritária (e representativa, cf. Barroso e Alexy) dar cumprimento à Constituição, seja mediante *função legislativa atípica*, seja por interpretação conforme aos dispositivos da Lei de Racismo (Lei 7.716/89) para aplicar ao termo “raça” interpretação declarativa nos termos do decidido no multicitado HC 82.424/RS, para entender homofobia e transfobia espécies do gênero racismo, nos termos do pedido d.1 da petição inicial. Ao passo que, se o diálogo institucional é a via ideal para superação da omissão inconstitucional, considerando que o Senado, neste processo, só oferece como “alternativa” a única hipótese incontestavelmente inconstitucional (o

não-cumprimento do mandado de criminalização da homotransfobia), só resta a esta Suprema Corte declarar a mora inconstitucional e fixar prazo razoável ao Senado para efetivar tal criminalização (como já feito quando determinou que o Congresso legislasse no tema da distribuição dos recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal⁵⁹), como sugerido na Inicial (e que atende ao ideal do diálogo institucional) para, ultrapassado dito prazo, dar eficácia a decisão que aplique a interpretação conforme ou exerça a função legislativa atípica pleiteada(s) nesta ação, de forma similar ao que fez em outros processos, quando deu prazo para o Congresso legislar, ao fim do qual, na inércia, concretizou as normas constitucionais respectivas (*v.g.* os MI 283, 232, 284, 543, 562, 679 e 758 – e, na **ADO 23**, ante o desatendimento do prazo fixado pelo STF em processos anteriores, deferiu-se liminar com solução concretista, mantendo-se efeitos de legislação antes declarada inconstitucional, ante a persistência da inércia do Legislativo a despeito do prazo que lhe foi assinalado pelo STF). Em razão de tais decisões, afirmou em sede doutrinária o **Ministro Gilmar Mendes** que ditas decisões provam que **“o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, caso se utilize a denominação do direito italiano”**⁶⁰), o que, se não foi feito em seara criminal, entende-se que pode ser feito nos termos amplamente trabalhados na Inicial e nesta peça. Finalize-se o tema, sobre a vedação constitucional de medidas provisórias em matéria criminal, que esse dispositivo deve ser interpretado como relativo a hipóteses de criminalização não-constitucionalmente obrigatória, ou seja, em hipóteses de normalidade da atuação institucional do Legislativo relativamente à Constituição, hipóteses de criminalizações meramente legítimas, não de criminalizações obrigatórias, de sorte a não poder ser usado como óbice para a concretização de mandados de criminalização pelo STF (Tribunal Constitucional) em casos de reiterada inércia inconstitucional do Congresso Nacional em realizá-lo.

7. DOS PEDIDOS.

Ante o exposto, **REQUER-SE** a remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República, para elaboração de parecer que leve em consideração também as razões aqui apresentadas, em razão do direito constitucional de petição que justifica e permite este novo arrazoado, bem como, reiterando a Inicial, **REQUER-SE** sua total procedência, consoante os pleitos ali assinalados. Lembre-se, por fim, que o argumento da reserva legal sequer incide no caso de acolhimento do pedido (d.1) da Inicial, reconhecida ou não a mora inconstitucional do legislador na criminalização específica e proporcional da homofobia e da transfobia, para aplicar **interpretação**

⁵⁹ STF, ADI 875, 1987, 2727 e 3243, também objeto da ADO 23.

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **O Mandado de Injunção e a Necessidade de sua Regulação Legislativa**. In: MENDES, Gilmar Ferreira. VALE, André Rufino. QUINTAS, Fábio Lima (orgs.). Mandado de Injunção. Estudos sobre a sua Regulamentação, 1ª Ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 31.

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

conforme à Constituição ao art. 20 da Lei 7.716/89 e a todos os demais dispositivos da mesma, para neles entender criminalizadas a homofobia e a transfobia como espécies de *racismo social*, consoante consoante amplamente desenvolvido na Inicial, nos itens 3.1.1 (pp. 15-20) e (especialmente) 3.1.2 (pp. 20-31), por **interpretação declarativa** do termo “raça” que abarque a discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero como discriminações racistas já criminalizadas por dita lei. Mas, caso se entenda que não seria possível o que se pede por interpretação declarativa e que seria necessária atividade legislativa para se acolher os pleitos exordiais mais ambiciosos, cabe lembrar, sem tergiversar, que se requereu na Inicial, para caso tal, o exercício de **função legislativa atípica** por esta Suprema Corte, o que esta tese da *interpretação conforme* paradigmaticamente defendida pela PGR acaba por tornar desnecessária, cf. o parecer da mesma no agravo regimental do MI 4733, abaixo transcrito nos pontos principais.

Termos em que,
Pede e Espera Deferimento.
De São Paulo para Brasília, 13 de janeiro de 2015.

Paulo Roberto Iotti Vecchiatti
OAB/SP 242.668