

**ARTIGOS-RESPOSTAS A ARTIGO-CRÍTICO DAS TESES DO MI 4733**  
**(teses estas coincidentes com as teses desta ADO 26)**  
**Grifos nossos.**

# VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

---

## O Mandado de Injunção e a Criminalização de Condutas<sup>1</sup>

Por Paulo Roberto Iotti Vecchiatti\*

\*Mestre e Doutorando em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino/Bauru. Advogado e Professor Universitário

Na coluna [Senso Incomum de 21 de agosto](#), Lenio Streck, Ingo Sarlet, Jacinto Coutinho, Clèmerson Clêvi e Flávio Pansieri se manifestaram contra[riamente] o Mandado de Injunção (MI) 4.733, movido pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT) visando o reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso Nacional em criminalizar a homofobia e a transfobia. Como advogado da ABGLT e autor intelectual das teses respectivas, cumpre-me responder aos citados autores, até por força do debate por eles iniciado (embora o artigo tenha se focado no [segundo parecer da PGR no processo](#), ele citou trechos da ação que, assim, deveria ter sido analisada na íntegra).

Os autores (parafrazeando) criticam a utilização do MI para a criminalização de condutas, por entenderem que ele se presta apenas para a garantia de direitos subjetivos carentes de regulamentação constitucional. Pois bem, não obstante haja uma espécie de *inconsciente coletivo* dos juristas pelo qual “só cabe” MI nesta hipótese, essa tese não é compatível com o texto constitucional positivo, que não afirma que “só cabe” MI “para garantia de direitos subjetivos carentes de concretização legislativa” ou algo do gênero. Referido dispositivo constitucional afirma que “*conceder-se-á [MI] sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*” (grifo nosso). O MI 4.733 enfoca na parte final do dispositivo, aparentemente (salvo melhor juízo) ignorada pela doutrina: cabe MI quando a ausência da norma regulamentadora inviabilizar *prerrogativas inerentes à cidadania* das pessoas. A inspiração é a doutrina de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, pela qual ante o monopólio do uso legítimo da força pelo Estado, a criminalização de condutas, quando constitucionalmente obrigatória, é uma *prerrogativa da cidadania*, explicando o autor ainda que os mandados de criminalização visam proteger os direitos fundamentais (os bens jurídico-constitucionais respectivos) ameaçados pelas condutas a serem tipificadas.

Logo, é no mínimo questionável a afirmação de que “só cabe” MI em casos de “normas de eficácia limitada”, pois isto não está dito peremptoriamente pelo texto constitucional em seus *limites semânticos*, donde, considerando que o Direito é um conceito interpretativo (Dworkin) e que a “resposta correta” (dworkiana) é aquela que melhor se compatibiliza com as regras e os princípios do sistema jurídico concretamente considerado, entendo que a interpretação dos autores (seja ou não majoritária na doutrina) não é a que melhor se compatibiliza com o dispositivo constitucional consagrador do MI e mesmo com o controle da omissão inconstitucional por parte dos cidadãos (via MI) em uma *Constituição Dirigente*, que obriga o legislador a criar as leis objeto das ordens de legislar. Logo, cabível evolução *na jurisprudência* do STF para admitir o MI também nesta hipótese, por *overruling* da tese restritiva do MI 624.

---

<sup>1</sup> 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.

O artigo entende desvirtuada a defesa do *Direito Penal Mínimo (DPMín.)* como ideal jurídico quando grupos vulneráveis pleiteiam a criminalização de condutas que lhes prejudicam. Com todo respeito, eles caem em uma espécie de *sensu comum* que o signatário critica há muito em debates sobre o minimalismo penal, adotando (eles) uma espécie de *Fundamentalismo do DPMín.*, entendido como uma incoerência com a doutrina minimalista. Isso porque o que a teoria do *DPMín.* propugna é que a criminalização de condutas deve se dar *apenas* quando houver “bem jurídico” relevante (digno de tutela penal) e, ainda, *apenas* quando os demais ramos do Direito se mostrarem incapazes de resolver o problema. Logo, afirma que não é qualquer conduta que deve ser criminalizada, mas apenas aquelas que atendam tais requisitos, hipótese na qual a criminalização se justificará inclusive pela teoria do *DPMín.*, o que ocorre no presente caso.

Com efeito, nos poucos estados ou municípios que possuem leis anti-homotransfobia (com penas administrativas, como advertência, multa e, para pessoas jurídicas, suspensão ou cassação de licença de funcionamento, como no caso da Lei Estadual Paulista 10.948/01), a discriminação homofóbica e transfóbica (homotransfóbica) não diminuiu, o que mostra que os demais ramos do Direito têm se mostrado insuficientes para combater a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero cometida contra pessoas LGBT — Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. Ademais, há bem jurídico digno de tutela penal, decorrente do direito fundamental à liberdade (que evidentemente o é), a saber, os direitos à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero, logo, o direito de vivenciar sua orientação sexual ou identidade de gênero sem opressões. Obviamente tais direitos não dependem de regulamentação para poderem ser exercidos, mas estão materialmente *inviabilizados* pela verdadeira *banalidade do mal homotransfóbico* que vivemos na atualidade, caracterizada pela clara crença de incontáveis pessoas de que teriam um pseudo “direito” de ofender, discriminar, agredir e até matar pessoas LGBT por sua mera orientação sexual ou identidade de gênero. Pessoas LGBT que moram na cidade de São Paulo chegam a ter medo de andar de mãos dadas e, enfim, agir como namorados(as) da mesma forma que casais heteroafetivos por medo de violência homotransfóbica na cosmopolita *Avenida Paulista*: a famosa *lampadada* de 2010 virou um caso paradigmático sobre o tema, mas que está (lamentavelmente muito) longe de ser isolado. Tivemos em 2011 e 2012 os absurdos casos de heterossexuais sofrendo homofobia, a saber, pai e filho agredidos por estarem abraçados (o pai perdeu parte da orelha) e irmãos gêmeos espancados por estarem abraçados (um deles faleceu) — isso por terem sido entendidos como casais homoafetivos. Esses exemplos mostram a verdadeira *banalidade do mal homotransfóbico* que vivemos. Logo, cabível o MI em razão de tal circunstância por inconstitucionalidade por proteção insuficiente.

Aliás, os autores criticam o uso da teoria da inconstitucionalidade por proteção insuficiente dizendo que a mesma foi criada para declarar a inconstitucionalidade de leis e não para declarar a obrigatoriedade da criminalização de condutas. Contudo, o próprio Alessandro Barata (citado no artigo deles) fala que o *garantismo penal* não trata apenas da proteção dos cidadãos contra a intervenção estatal, mas abarca também o *garantismo positivo*, consubstanciado no dever do Estado de garantir a segurança de seus cidadãos. Ademais, há na doutrina penal a tese dos *mandados de criminalização implícitos*, que se configuram justamente quando a proteção estatal é insuficiente e quando atendidos os requisitos da teoria do *DPMín.*, supra expostos. Logo, considerando que a livre orientação sexual e a livre

## VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

---

identidade de gênero qualificam-se como bens jurídicos dignos de proteção penal e considerando a ineficácia que os demais ramos do Direito mostraram até hoje em coibir a homotransfobia, justifica-se o uso da teoria da inconstitucionalidade por proteção insuficiente para justificar a omissão inconstitucional do Congresso na criminalização da homotransfobia.

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.

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*

## **VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS**

---

(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.

Espero que os críticos leiam a íntegra da petição inicial (88 págs.; 98 na ADO 26), ou no mínimo seu item 1 (“síntese” das teses: 7 págs.; 8 na ADO), bem como o respectivo agravo regimental, para não se limitarem a afirmar coisas que a ação já refutou de antemão.

# VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

---

**Lei que deveria punir a discriminação é, ela própria, discriminatória<sup>2</sup>**

Por Walter Claudius Rothenburg\* e Luiz Carlos dos Santos Gonçalves\*\*

\* Procurador Regional da República. Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Paris II

\*\* Procurador Regional da República. Mestre e Doutor pela PUC/SP. Foi Relator Geral da Comissão de Juristas que elaborou o Anteprojeto de Novo Código Penal

**Pessoas são assassinadas no Brasil ou sofrem violência somente porque são ou parecem ser homossexuais ou transexuais.** O direito de cada um livremente escolher ou exercer suas formas de amar é cotidianamente desrespeitado nos espaços públicos e privados. No interior de São Paulo, pai e filho que estavam abraçados foram espancados na suposição de que se tratava de um “casal”. **Profissionais são preteridos por sua homoafetividade e, por esse motivo, imóveis deixam de ser alugados a alguém.** A ocultação da verdadeira identidade é um ônus que muitos são obrigados a suportar em razão da intolerância de tantos. Esses dados da realidade não são questionados pelos críticos do polêmico [parecer dado](#) pelo procurador-geral da República, Rodrigo Janot, no Mandado de Injunção 4.733.

A discriminação em escala máxima é um dos mais profundos problemas que o Estado Democrático de Direito precisa resolver e desdiz o objetivo fundamental de nossa República, que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos de qualquer espécie.

A legislação que deveria proibir e punir todas as formas de discriminação é, ela própria, discriminatória. Fala em “*raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*”, como se a menção da Constituição no artigo 3º, IV, não trouxesse a norma de extensão: “*e quaisquer outras formas de discriminação*”. A Lei 7.716/1989 não menciona homofobia ou transfobia: faz pensar que uns preconceitos são melhores que outros e que, para eles, ao invés das penas da lei, têm-se as omissões da lei. Essa lei deu uma hierarquia ao preconceito e descumpre uma clara ordem constitucional de criminalização da discriminação odiosa.

Não existe norma específica no Brasil para punir a homofobia e a transfobia, apesar de diversas propostas nesse sentido, como o Projeto de Lei 122/2006 do Senado — que tramita há treze anos! O texto original do Projeto de Lei 236/2012 (novo Código Penal) incluía essa forma de discriminação e agravava a sanção, mas foi alterado e suprimiu-se tal proteção.<sup>[1]</sup> A mora inconstitucional do Poder Legislativo mostra-se conformada e confortável, como se vivêssemos numa sociedade alheia ao sofrimento — que é dos outros, dos desiguais, dos que são ou escolheram ser assim.

É possível extrair da Constituição o dever de proteger criminalmente os graves atentados por motivo de discriminação sexual? A proteção criminal é a mais adequada social e juridicamente? O que se pode fazer se e enquanto não é aprovada uma lei?

---

<sup>2</sup> 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.

## VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

---

A Constituição informa todos os ramos do Direito, que haverão de concretizá-la. Um Estado Democrático de Direito firmemente comprometido com a liberdade tem de elaborar um sistema penal restrito às ofensas mais sérias e, ao mesmo tempo, eficiente ao proteger os valores mais importantes. Assim, **quando a Constituição prevê mandamentos expressos de criminalização para o racismo e a tortura, por exemplo, e quando ela assegura a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, essa Constituição determina — mais do que autoriza — a intervenção do Direito Penal. Não é preciso refutar as teses do Direito Penal garantista para concordar com isso: sim, é possível extrair da Constituição brasileira um mandamento de criminalização da homofobia e da transfobia.**

No breve parecer anterior do procurador-geral da República, Roberto Gurgel, contrário ao Mandado de Injunção 4.733, um dos argumentos foi de que o ordenamento jurídico brasileiro já pune suficientemente os assassinatos e agressões contra homossexuais e transexuais com os crimes comuns de homicídio e lesões corporais. Embora bem-intencionada e reconhecedora do merecimento de tutela penal, essa manifestação não foi bem recebida pelos interessados na proteção dos direitos à diversidade sexual, pois não considerou a discriminação específica contida nos atos homofóbicos de ódio e violência. No extremo, então, também não haveria por que criminalizar o racismo, a violência contra a mulher, contra a liberdade religiosa...

A criminalização da homofobia e da transfobia é a grande bandeira atual dos movimentos em prol da identidade sexual, reivindicada no âmbito político e legislativo, dos meios de comunicação social e também no judicial. Assim, quando a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT) opta por acionar o Supremo Tribunal Federal por meio de um mandado de injunção, não é ilegítima quer a estratégia, quer a via eleita. Pode ser que a melhor maneira de discutir a questão e chegar a um resultado efetivo seja uma mudança nas mentalidades ou, em menos tempo, a aprovação de uma lei, mas não devemos negar que nosso quadro democrático e jurídico oferece também a oportunidade de discutir judicialmente a questão. Diante da dificuldade em mudar a cultura ou aprovar a lei, a reivindicação judicial pode oferecer um estímulo e uma contribuição a ambos, como o demonstra o reconhecimento das uniões homoafetivas por meio da ADI 4.277/DF. **Explica-se assim uma das intenções da expressão “diálogo institucional entre poderes”, utilizada no novo parecer do PGR.**

**Se a Constituição comanda uma proteção eficiente em favor da dignidade e contra a discriminação, qual seria o limite da discricionariedade legislativa em um Estado Democrático de Direito?** Será que não existe uma alternativa constitucional para a insuportável omissão do legislador? Qual o papel das funções essenciais à Justiça? Em que medida seria tolerável o ativismo judicial? Trata-se de um dos problemas mais tormentosos do constitucionalismo contemporâneo, apimentado pelo caráter moralmente controverso da questão da identidade sexual. Teria sido mais cômodo ao procurador-geral da República simplesmente reportar-se à manifestação anterior e sepultar uma discussão judicial que talvez não tivesse maiores perspectivas.

A opção pela interposição de um mandado de injunção estava posta pela ABGLT. Era o caso, então, de avaliar as possibilidades desse instrumento processual a



partir da jurisprudência que o STF está a construir e que oscila desde uma mensagem ao Congresso Nacional para que edite a norma faltante (como um “apelo ao legislador”) até a elaboração de norma específica, ainda que adaptada de material legislativo já existente (como dão exemplo a questão da greve no serviço público — MI 670/ES, 708/DF e 712/PA — e da aposentadoria de servidores públicos que tenham exercido atividades sob condições especiais — MI 795/DF). Sem descuidar das particularidades constitucionais dos dispositivos penais (que regem, afinal, a relação entre liberdade e sociedade), há normas, como a do artigo 10 da Lei 9.882/99, que permitem ao Judiciário decisão vinculante sobre “as condições e o modo de interpretação e aplicação” de preceitos fundamentais. O direito de não ser discriminado figura entre tais preceitos e não parece haver razão para que a lei penal se coloque à margem deste campo da jurisdição constitucional.

**O controle da omissão inconstitucional suscita uma reconfiguração da independência, mas igualmente da harmonia que deve reger as relações entre os Poderes, conforme preconiza o artigo 2º da Constituição.** Busca-se uma legalidade, porém configurada excepcionalmente com a participação do Supremo Tribunal Federal na qualidade de árbitro constitucional. A proposição do Mandado de Injunção 4.733 e o parecer que opina por sua procedência exemplificam uma maneira legítima, criativa e prática de buscar o atendimento da legalidade criminal estrita, jamais de renegá-la ou amainar as exigências da tipicidade penal.

**A proibição de proteção insuficiente, como aporte teórico para a determinação constitucional de criminalizar a homofobia e transfobia, aponta para a possibilidade extrema de controle judicial da liberdade de conformação legislativa no campo penal.** Não é possível esperar dos deveres de proteção dos direitos fundamentais apenas uma postura passiva ou de invalidação de revogações legislativas. Foi de fato o que aconteceu no caso *Aborto I*, do Tribunal Constitucional Federal alemão, no qual a lei que descriminalizava todas as formas de aborto foi declarada inconstitucional, voltando-se ao sistema das exceções razoáveis à sua criminalização. Disso não decorre, porém, que esse modelo seja estático e infenso às necessidades cambiantes de proteção de direitos. **Criminalizações e descriminalizações devem ser feitas com a função de se obter um Direito Penal constitucionalmente adequado, proporcional.** Numa Constituição que desconfia democraticamente do legislador a ponto de criar, expressamente, deveres de criminalização e que, ao mesmo tempo, trouxe ao menos dois mecanismos de controle judicial da omissão, as soluções não podem quedar-se esquemáticas, não enquanto o preconceito campeia.

No âmbito internacional, existem orientações para a proteção criminal, como uma Resolução do Parlamento Europeu sobre a homofobia na Europa, de 2006, cujo item 9 “*exorta urgentemente a Comissão a considerar o recurso a sanções penais em caso de violação das diretivas*” que versam sobre o combate a toda discriminação, inclusive sexual.

Eminentes constitucionalistas [publicaram](#), neste **ConJur**, no último dia 21, artigo de elevada crítica a respeito do parecer do Procurador-Geral da República.<sup>[2]</sup> São luminares do constitucionalismo emancipatório e cada um deles poderia, por sua competência, ocupar uma vaga no Supremo Tribunal Federal. A crítica que eles e outros fazem merece reflexão atenta, por apontar riscos advindos de um ativismo judicial que não pode romper as peias de garantias constitucionais como a reserva

de lei penal. **Textualmente dizemos, sem desvio retórico, que não cogitamos de subverter dogmas e defender uma “*analogia in malan parten*” em Direito Penal. Não se trata simplesmente de aplicar uma norma incriminadora a outra hipótese não prevista, mas de elaborar uma norma para a situação desprotegida, a partir de uma intervenção judicial excepcional, controlada e constitucionalmente viável, que force a atuação do legislador.** Assim, o foco do parecer do PGR é a afirmação dos direitos fundamentais, a reprovação da omissão inconstitucional e a ampliação dos efeitos do mandado de injunção.

Para o exercício da liberdade é preciso não ter medo. Requer-se o respeito pelas pessoas como elas são, qualquer que seja sua identidade sexual. **A proteção criminal contra a discriminação sexual violenta contribui decisivamente para o livre desenvolvimento da personalidade e representa um papel legítimo que o Direito Penal tem a cumprir.** A discussão a respeito das possibilidades jurídicas de se obter essa proteção é fundamental na construção de uma resposta adequada. Além do Mandado de Injunção 4.733, tramita no STF, sobre o mesmo tema, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF, que também reclama um pronunciamento das autoridades implicadas. **A manifestação do procurador-geral da República na questão tal como posta pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais é arrojada, mas consciente, atenta às expectativas da sociedade brasileira e rigorosamente comprometida com a ordem constitucional.** Não é o propositivo parecer do PGR que enfraquece a defesa do Estado Democrático de Direito, mas a violência impune e a desproteção a direitos fundamentais gerada pela ausência de criminalização desta forma odiosa de preconceito. **(grifos nossos)**

---

[1] “Substitutivo do Código Penal abandona proteção à opção sexual” - Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br), 8 de fevereiro de 2014.

[2] “Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito”; Clèmerson Merlin Clève, Ingo Wolfgang Sarlet, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Lenio Luiz Streck e Flávio Pansieri.

# VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

---

## **STF deve reconhecer demora do Congresso em criminalizar homofobia<sup>3</sup>**

Por Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia\* e Diogo Bacha e Silva\*\*

\* Advogado, Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e Professor da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP).

\*\* Advogado, Mestre em Direito pela FDSM e Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de São Lourenço.

A proposição dos projetos de lei 4.242/04, 3.770/00, PL. 05/03 e 5.003/01, reunidos no PLC 122/2006, deu início ao debate sobre a criminalização da homofobia e transfobia.

Resultante de uma clara opção pela incriminação de condutas homofóbicas e transfóbicas, o projeto de lei apresentado na Câmara em 2001 pela deputada Iara Bernardi (PT/SP) (e lá aprovado em 2006, quando então seguiu para o Senado) buscou definir como crime a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero alterando a norma incriminadora dos arts. 1º, 3º, 4º, 8º e 20, da Lei 7.716/89, bem como §3º do art. 140 do Código Penal, conforme sua redação atualizada pelas emendas já apresentadas no Senado. No entanto, tal projeto de lei aguarda desde o ano de 2006 a sua votação no Senado para aprovação ou rejeição.

O silêncio do Senado Federal tem sentido. A interrupção da deliberação legislativa, assim como a interrupção de qualquer discurso, tem o propósito específico de causar a exclusão. A interdição do discurso não é um ato de omissão não intencional. Revela a relação profunda que mantém com o poder. O discurso não demonstra apenas as relações de dominação ou de luta, mas sim pelo que se luta<sup>[1]</sup>. No caso, **a estagnação do referido projeto de lei por tanto tempo demonstra o propósito deliberado de apagar, de obscurecer socialmente e politicamente as minorias que o projeto de lei pretende defender.**

Durante esse período o PLC foi objeto de intensa oposição de bancadas conservadoras, particularmente a religiosa, que reivindicam o pretense direito de discriminar os LGBT; parte-se de uma equivocada compreensão da liberdade de expressão religiosa para se pretender que o Direito proteja o abuso, isto é, o “discurso de ódio”. Não se admite no Brasil que a um negro possam ser atribuídas “características” negativas, mas aqueles acham válido fazer esse exercício a respeito de gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros.

No entanto, ainda que se possa defender o direito de um certo segmento queira ter a prerrogativa de dizer que o seu “livro sagrado” condene a homossexualidade religioso (não são todos os que usam o mesmo livro que assim pensam, mas tudo bem), há que se pontuar, quanto ao discurso, que: a) não faz parte da proteção de liberdade religiosa tachar os LGBT de promíscuos, pedófilos, etc. – isso transborda, e muito, noções como pecado e “abominação”; b) **qualquer “discurso” que considere o outro como menos portador dos mesmos direitos que o falante (igual naquilo em que o “outro” se reconhece como pessoa/membro de um grupo) não é liberdade de expressão, mas discurso de ódio.**

---

<sup>3</sup> BAHIA, Alexandre Melo Franco. BACHA E SILVA, Diogo. **STF deve reconhecer demora 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](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.

## VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

---

Tudo isso porque não mencionamos os **dados sobre violência homofóbica no Brasil e que são eclipsados pelas falas discriminatórias daquelas bancadas**. O Brasil é o país em que há o maior número de violências desse tipo no mundo. Perceba-se que a violência homofóbica tem um “motor” e um “modus operandi” específicos; é dizer, ninguém é objeto de violência no Brasil por ser heterossexual, mas o é por ser gay, por exemplo.

Os vários projetos de lei (e de Emenda à Constituição) sobre qualquer tema ligado, ainda que indiretamente, a questões de orientação sexual ou identidade de gênero são colocados de lado. Mas a questão não é que as proposições tenham sido “rejeitadas” em votação, como mencionado acima, na maior parte dos casos (senão em todos), os membros do Congresso Nacional sequer se posicionaram formalmente (isto é, em sede de votação definitiva), seja a favor, seja contra.

Como se sabe, há uma forte oposição a projetos que tratem de promoção de direitos das minorias que tenham orientação sexual e de gênero distinta da maioria em função dos membros da bancada evangélica fundamentalista. Sorrateiramente, no entanto, o projeto em questão é esquecido no Senado e interdita-se o discurso, o debate sobre o tema no Poder Legislativo que deve assumir a função de protagonismo em uma democracia constitucional, aprofundando nas discussões de temas fraturantes na sociedade.

Em vista da paralisação intencional do debate, o Partido Popular Socialista (PPS) e a ABGLT – Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais ajuizaram, respectivamente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão 26 e o Mandado de Injunção 4733 perante o STF. A questão que envolve as referidas ações é o reconhecimento da omissão inconstitucional que se encontra o Poder público em relação às minorias de orientação sexual e de gênero distintas da maioria.

Com a criação do “**Disque 100**” para denúncia de violação de Direitos Humanos, o que era antes apenas uma especulação transformou-se em estatística oficial. Há dados alarmantes que mostram o ***crescimento desmedido da violência homofóbica e transfóbica***.

**Em 2012, pela primeira vez, o Poder público apresentou um relatório sobre homofobia, com dados referentes a 2011**: foram registradas 6.809 denúncias de violações aos direitos humanos da população LGBT, dentre as quais 278 foram homicídios, merecendo destaque o fato de que a maioria dos casos de violência contra LGBTs é praticada por pessoas conhecidas da vítima (61,9%), o que mostra o sentimento de impunidade do ofensor[2]. Em 2013, com os dados referentes ao ano de 2012, a violência homofóbica cresceu 166% em relação a 2011, tendo sido registradas 9.982 violações relacionadas à população LGBT, das quais 310 foram homicídios[3].

**Tais dados ainda representam uma fração muito pequena da violência sofrida pela minoria** – padece-se de uma pesquisa profunda que compense a enorme **subnotificação**. Refletem apenas a violência contabilizada, sem contar aqueles atos praticados contra as minorias que ou não entram na estatística oficial ou, ainda, são contabilizadas como atos praticados por outras motivações.

# VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

---

**No fundo, tais dados apenas desvelam a dificuldade que o Estado tem de reconhecer e proteger minorias, isto é, aquela parte da população que não comunga do pano de fundo cultural da maioria.** Veja-se que nossa Constituição de 1988, ao instituir o Estado Democrático, se comprometeu com o reconhecimento e a proteção das minorias. O **art. 5º, XLI e XLII da CF/88** que criminaliza o racismo, bem como todo e qualquer ato atentatório às liberdades fundamentais, além dos arts. 1º, III e 3º, IV, refletem nosso compromisso e a necessidade de proteção e afirmação das minorias que, desde sempre, foram perseguidas e subjugadas pelas maiorias.

## **Novos direitos**

A construção e consolidação de um Estado efetivamente Democrático de Direito passa pela incorporação e acomodação de novos direitos e de novos sujeitos no projeto constituinte que permanecerá sempre aberto<sup>[4]</sup>. Dessa forma, é que, historicamente, pode-se vislumbrar que incorporamos, primeiramente, as minorias afrodescendentes com a criminalização do racismo, depois com as ações afirmativas voltadas para o acerto com o passado. Logo depois, incorporamos as mulheres com a promulgação da Lei Maria da Penha e suas medidas protetivas contra uma sociedade eminentemente machista.

## **E quando iremos incorporar as minorias LGBT em nosso projeto constituinte?**

Passados mais de 25 anos da promulgação da Constituição Federal, já não seria hora de jogarmos luz nessas minorias e fazê-las sair da escuridão, das sombras políticas em que se encontram?

**Se, pois, o conceito constitucional de racismo é uma construção sócio-política, donde a configuração de racismo se dá com toda situação de inferioridade de um grupo social sobre outro, conforme definido pelo STF no julgamento do HC 82.424/RS, como não incluir os atos de violência praticados contra a minoria LGBT como atos de racismo?**

Assim, deve-se reconhecer que **há um mandamento constitucional de criminalização expresso também para atos de violência que tenham motivação de manifestação de desprezo para as minorias que tenham orientação sexual e de gênero distinta da maioria.** Não apenas um mandamento constitucional, mas também convencional, dados os Documentos Internacionais de Direitos Humanos instando textualmente os Estados a adotarem leis de proteção dessa minoria e punição das violências correlatas.<sup>[5]</sup>

Mesmo que o Supremo Tribunal Federal tenha relutância em reconhecer atos homofóbicos e transfóbicos como atos de racismo, **a Constituição também determina a criminalização de todo e qualquer ato atentatório às liberdades fundamentais (art. 5º, XLI).** Nessa medida, o ato de violência que contenha motivação homofóbica ou transfóbica configura verdadeiro atentado à liberdade e igualdade do ser humano, significa desrespeitar o próximo como detentor dos mesmos direitos, significa a corrosão do projeto democrático como sujeitos livres e iguais.

**Devemos compreender o contexto inteiro do ajuizamento da demanda, antes de emitirmos uma opinião apressada sobre o mérito da mesma.** Não se trata

## VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

---

evidentemente de pedido que coloque um grupo sobre vantagem político-jurídica sobre outro. Apenas do reconhecimento de um estado omissivo do Poder Legislativo que já dura vários anos, de promulgar leis incriminalizadoras de atos que a própria Constituição considera como merecedores de reprimenda penal.

**Também devemos compreender que as ações não manifestam pedido de criminalização principal e direta pelo STF, como alguns pensaram.** Os pedidos feitos são: a) que sejam a homofobia e a transfobia enquadradas no conceito de racismo (art. 5º, XLII da CF/88) ou, ainda, subsidiariamente, que se reconheçam como atos atentatórios a direitos e liberdade fundamentais (art. 5º, XLI da CF/88). Quaisquer das duas normas constitucionais plasman um dever de criminalização e proteção por parte do Estado; b) então, que se reconheça o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional em aprovar legislação que criminalize de forma específica a homofobia e a transfobia, já que decorridos mais de 25 da promulgação da Constituição Federal e considerando que o PLC 122/2006 encontra-se há mais de 13 anos em discussão sem ser aprovado (ou rejeitado); c) que seja fixado prazo razoável para que o Congresso Nacional edite a norma criminalizadora específica; d) não ocorrendo a promulgação da norma no prazo fixado pelo Supremo Tribunal Federal ou, caso este entenda tal prazo desnecessário, se requer que o mesmo realize a troca de sujeito e exerça atividade legislativa atípica para considerar como crime todas as formas de homofobia e transfobia; e) a fixação da responsabilidade civil do Estado ante a responsabilidade objetiva do art. 37, §6º da CF/88, para todos aqueles que forem vítimas de agressões e violência homofobia e transfóbica, inclusive quanto a fatos pretéritos, ou, subsidiariamente, a partir da constatação da omissão inconstitucional; f) subsidiariamente, a ação pede que, caso não se entenda cabível a equiparação ao racismo ou a previsão precária do crime pelo STF, que, pelo menos, a corte reconheça o estado de mora objetiva inconstitucional do Congresso e que o mesmo seja comunicado.

**Veja-se que a questão veiculada na demanda é sobre o reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso em editar norma criminalizadora das condutas que especifica, através da interpretação que conduza a tal entendimento, seja da norma de criminalização do art. 5º, XLII ou XLI da CF/88, as duas levam a tal reconhecimento.**

**O pedido para que o Supremo considere crime todas as formas de homofobia ou transfobia é veiculado apenas se, e somente se, o Congresso Nacional não purgar sua mora legislativa em prazo razoável fixado pelo próprio guardião da Constituição.**

Em verdade, as ações são medidas extremas tomadas pelas minorias para que possamos reconhecer o outro. Reconhecer o outro como portador dos mesmos direitos que nós mesmos. Mais do que a omissão, o legado do Senado Federal em não enfrentar o tema é de uma violência ímpar para com as minorias.

**A não-resposta, como nos ensinou Emmanuel Lévinas, é a morte.** A não-resposta é o desaparecimento do outro como ser vivente que, como movimento, é sempre uma resposta[6]. Para incluirmos as minorias LGBT em nosso projeto constituinte é necessária uma resposta, uma resposta como reconhecimento do outro, uma resposta como movimento de inclusão.

- [1] FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 21ª ed. São Paulo: Loyola, 2011. p. 9-10.
- [2] BRASIL. SEDH. Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: o ano de 2011. Brasília, 2012, disponível em: <<http://www.sedh.gov.br/brasilsem/relatorio-sobre-violencia-homofobica-no-brasil-o-ano-de-2011/Relatorio%20LGBT%20COMPLETO.pdf>>. Acesso em 13/07/2014.
- [3] BRASIL. SEDH. Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: o ano de 2012. Brasília, 2013, disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>>. Acesso em 13/07/2014.
- [4] HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- [5] Cf.: BAHIA, Alexandre. Homofobia no Brasil, resoluções internacionais e a Constituição de 1988. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 17, n. 3269, 13/06/2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21999>>. Acesso em: 15/12/2014; BAHIA, Alexandre; MORAES, Daniel. O Longo Caminho contra a Discriminação por Orientação Sexual no Brasil no constitucionalismo pós-88: igualdade e liberdade religiosa. *Revista Mandrágora*, v. 18, p. 5-25, 2012.
- [6] DERRIDA, Jacques. *Adeus a Emmanuel Lévinas*. São Paulo: Perspectiva, 2013. p. 20.

## As minorias e o STF<sup>4</sup>

Por Wallace Corbo (advogado).

Executivo evita posicionar-se em relação aos direitos fundamentais de grupos marginalizados sob o aspecto sexual, racial e de gênero

No último dia 25 de julho, o Ministério Público Federal apresentou parecer no mandado de injunção nº 4.733 alterando seu posicionamento quanto à possibilidade de criminalização da homofobia e transfobia por via judicial. A ação foi proposta em 2012 pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABLGHT) com o objetivo de criminalizar, com fundamento constitucional, a homofobia e a transfobia — seja pela criação de um tipo penal (crime) específico pelo próprio Supremo Tribunal Federal (STF), seja estendendo a interpretação do crime de racismo para abrigar crimes de ódio direcionados às minorias sexuais.

Em agosto de 2013, o então procurador-geral da República, Roberto Gurgel, manifestara-se pelo não cabimento da medida — entendimento que foi seguido pela decisão proferida em outubro de 2013 pelo ministro Ricardo Lewandowski. Após a interposição de recurso pela ABLGBT contra essa decisão, o procurador-geral da República, Rodrigo Janot, sucessor de Gurgel, apresentou parecer em sentido diametralmente oposto, em defesa da criminalização proposta pela ABLGBT. A toda evidência, caberá ao plenário do Supremo Tribunal Federal decidir a questão, que pode tornar-se o próximo grande debate constitucional acerca dos direitos das minorias.

A discussão levanta duas importantes constatações quanto ao funcionamento da democracia brasileira.

A primeira é a constatação de que, nos últimos dez anos, as minorias marginalizadas descobriram no Judiciário uma via possível de efetivação de seus direitos. Essa busca por proteção em sede judicial decorre do que se pode entender como uma crise dos direitos fundamentais nas instâncias majoritárias — **o contexto brasileiro é atualmente marcado por um Legislativo engessado pela influência de grupos fundados sobre um discurso moral intransigente, ao passo que o Executivo, jogando o jogo do presidencialismo de coalizão brasileiro, evita posicionar-se em relação aos direitos fundamentais de minorias sexuais, raciais e de gênero.**

A segunda constatação é a de que o Poder Judiciário e as instituições que exercem funções essenciais à Justiça têm correspondido, em maior ou menor medida, aos anseios desses grupos marginalizados. Julgamentos como os que declararam a constitucionalidade da interrupção da gestação do feto anencefálico, da política de ações afirmativas em universidades públicas e da união estável homoafetiva confirmam essa hipótese. Da mesma forma, a mudança no posicionamento do Ministério Público Federal no mandado de injunção nº 4.733 revela o crescente compromisso desta instituição com a proteção dos direitos de grupos marginalizados.

---

<sup>4</sup> 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.



Não faltam vozes críticas à atuação do STF e das instituições que buscam pela via judicial a efetivação de direitos de minorias — sustentam, por exemplo, a violação à democracia, a usurpação do papel do Congresso, a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir sobre questões morais complexas, tudo sob o manto de um supostamente indesejável ativismo judicial. Mas há motivos para voltar atrás?

Parece irrazoável debater se o Judiciário é ou não a melhor sede para a defesa destes grupos marginalizados quando, na prática política brasileira, trata-se da única sede possível para a proteção efetiva desses direitos. Se o STF por vezes avança menos do que deveria quando atua nesse papel, ou se eventualmente atua de maneira insatisfatória, ainda assim caminha — bem — no sentido oposto ao das instâncias majoritárias que, longe de restarem inertes, têm buscado efetivamente inviabilizar as reivindicações de mulheres, homossexuais, transexuais, negros, índios e outros grupos vulneráveis, transformando direitos fundamentais em moeda de barganha política. (*grifos nossos*)