



**SENADO FEDERAL**  
Advocacia

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN,**

(Ref. **MI 4733<sup>1</sup>** e **ADO 26<sup>2</sup>**)

O **SENADO FEDERAL**, *ex vi* do disposto nos arts. 31, 78 e 230 do Regulamento Administrativo instituído pela Resolução nº 58 de 1972, com redação consolidada pela Resolução do Senado Federal nº 13 de 2018, haja vista o julgamento conjunto das ações pautado para 39ª Sessão ordinária deste E. STF, em 12 de dezembro de 2018, vem por meio da Advocacia do Senado apresentar

## **MEMORIAL**

### **1. AS CONTROVÉRSIAS**

1. A **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS (ABGLT)** e o **PARTIDO POPULAR SOCIALISTA** requerem, respectivamente, no **MANDADO DE INJUNÇÃO nº 4733** e **NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO) nº 26**, que o Supremo Tribunal Federal (STF) declare em mora deliberada o Congresso Nacional em relação à criminalização de todas as formas de homofobia e transfobia e que, por consequência, assine prazo razoável para seja sanada sob pena de prolação de sentença

---

<sup>1</sup> Processo nº 00200.008749/2016-14.

<sup>2</sup> Processo nº 0200.012020/2014-81.



**SENADO FEDERAL**  
Advocacia

aditiva pela própria corte que faça as vezes da *interpositio legislatoris* demandada.

2. Nas duas ações projeta-se analogia entre a homofobia e o crime de racismo referido no inciso XLII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), em esforço hermenêutico para se demonstrar que a criminalização contra o preconceito relativo à orientação social se extrairia diretamente da matriz de todas as normas do ordenamento jurídico brasileiro.

## **2. ANÁLISE JURÍDICA**

3. Em primeiro lugar, a identidade da causa de pedir e dos pedidos veiculadas nas duas ações a justificar até mesmo seu julgamento conjunto já denota que uma delas – o mandado de injunção – desborda de seus limites no que suscita típica jurisdição constitucional abstrata restringida, por exemplo, pelas regras de legitimação do art. 103 da CRFB/88. Por consequência, impõe-se sua extinção sumária nos termos do art. 6º da lei nº 13.300 de 23 de junho de 2016.

4. De outro giro, não se pode cogitar de mora deliberada quando no Parlamento a criminalização da homofobia é objeto de diversos e profícuos debates. Cite-se, a título de exemplo, a propositura do Projeto de Lei do Senado Federal nº 515 de 2017, com a seguinte ementa:

5. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para punir a discriminação ou preconceito de origem, condição de pessoa idosa ou



**SENADO FEDERAL**  
Advocacia

com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

6. Apresentado em 19 de dezembro de 2017 pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal a partir da Sugestão nº 28 de 2017, que entre 16 de junho de 2017 e 24 de junho de 2017, recebeu o apoio de mais de vinte mil cidadãos no portal e-Cidadania mantido por esta Casa Legislativa.

7. A proposição está atualmente em análise perante Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Casa, sob relatoria do Senador Sérgio Petecão (PSD-AC).

8. Como se depreende do texto e da justificação do projeto, seu escopo mais do que cobre a pretensão vazada no mandado de injunção em tela.

9. Sabe-se que a jurisdição constitucional, como todo e qualquer tipo de jurisdição, é adstrita ao princípio da subsidiariedade, que remonta ao menos à teoria de Renato Alessi.

10. O Estado Constitucional, como é o caso da República Federativa do Brasil, tem como eixo fundamental a separação de Poderes, que implica necessária divisão institucional de trabalho na regulação das liberdades individuais.

11. A regulação mais grave das liberdades individuais emana do Direito Penal, cuja atuação enseja divisão institucional de trabalho interpoderes ainda mais intensa, que pode ser deduzida, por exemplo, dos imperativos categóricos *nulla poena sine lege* (CRFB/88, art. 5º, XXXIX – “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”).



**SENADO FEDERAL**  
Advocacia

12. Nos quadrantes do Direito Penal não se admite a extensão analógica, como se depreende do seguinte excerto de doutrina:

(...) essas disposições encontram fundamentos vinculados à própria idéia do Estado, baseados especialmente no princípio liberal e nos princípios democrático e da separação de poderes. (...) quanto ao aspecto formal ou das fontes, a reserva legal de que se cuida há de resultar de lei aprovada pelo Congresso Nacional. Compete privativamente à União legislar sobre matéria penal (art. 22, I, da CF/88). (...) A reserva legal penal contempla, igualmente, o princípio da determinabilidade ou da precisão do tipo penal (*lex stricta*). (...) Nesse sentido, há de se considerar, igualmente, a proibição de analogia in malam partem, ou seja, da adoção de analogia para tipificar uma conduta como crime ou agravar o seu tratamento penal.”<sup>3</sup>

13. A ordem pública em Repúblicas Constitucionais preconiza a auto-regulamentação, com intervenções – em especial de natureza penal – regidas pelo princípio da subsidiariedade.

14. Por essa razão, a criatividade jurisdicional que caracteriza as sentenças intermediárias ou aditivas dificilmente encontra espaço em matéria de Direito Penal.

15. As pretensões vazadas nas iniciais se articulam com suposto tipo penal aberto de “racismo”, que poderia se estender a ponto de incorporar toda e qualquer forma de homofobia e transfobia.

16. Ocorre que o Direito Penal se estrutura quase que exclusivamente em tipos penais fechados, sob pena de subversão das liberdades públicas com a elisão da separação de Poderes, já que os

---

<sup>3</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 588-591.



**SENADO FEDERAL**  
Advocacia

tipos penais abertos pressupõem delegações de índole normativa do Legislador para a Magistratura.

17. O acolhimento das pretensões vazadas nas exordiais poderia causar o efeito inverso ao desejado, ante a insegurança jurídica sobre a possibilidade de condenação fundada em tipo penal criado por sentença aditiva.

18. O próprio Supremo Tribunal Federal já assentou inafastáveis balizas para a tipificação do racismo, como amostra a seguinte ementa:

(...) 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. (...)

(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 82424**. Rel. Min. Moreira Alves, Rel. p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, jul. 17 set. 2003, DJ 19 mar. 2004, p. 17 Ement Vol. 02144-03, p. 524).

19. Nesse precedente estruturante, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento que o crime de racismo não dimana na noção de raça, até porque esta não tem existência nos foros da ciência.



**SENADO FEDERAL**  
Advocacia

20. Aliás, o tipo contradita o conceito de raça, que necessariamente o escalonamento de pessoas em razão de seu acervo genético-antropológico.

21. Desse modo, não há fungibilidade entre homofobia e transfobia, de um lado, e racismo de outro, para fins de criminalização de censuras à orientação social.

22. Sob outro prisma, como a criminalização da homofobia e da transfobia produzirá tensões com a liberdade religiosa, a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais, vê-se que falta à jurisdição constitucional espectro de linguagens para lidar com essa tipificação.

23. Como na espécie há uma atuação do titular da função legislativa e ainda mais impulsionada e debatida pelos canais democráticos do Parlamento quanto à matéria, têm-se que não há necessidade de ser solucionada a questão sob [a lógica binária que restringe] a jurisdição constitucional.

24. Portanto, por consectário lógico e inexorável do princípio da separação dos Poderes, qualquer interferência na esfera das liberdades individuais – sobretudo por instrumentos do Direito Penal – dependerá de prévia e plena atuação do Poder democrático.

25. Apenas após o processo de conformação legislativa (produção jurídica originária) é que se abre espaço à atuação do Poder Executivo (produção jurídica subsidiária), inclusive de seus órgãos de acusação.

26. Na hipótese de defectibilidade nas interações entre os Poderes Legislativo e o Poder Executivo na formulação-aplicação da



**SENADO FEDERAL**  
Advocacia

lei haverá, observado o princípio da inércia, possibilidade de atuação do Poder Judiciário (produção jurídica subsidiária).

27. Portanto, a jurisdição funciona a rigor apenas em cenários de crise na natural dualidade da formulação-aplicação da lei. Não é por outra razão que Montesquieu afirmou que o Judiciário deveria ser em uma República plena o Poder invisível<sup>4</sup>.

28. Caso se tolere a subversão do Estado Constitucional de Direito, com substituição do Legislador pelo Juiz, o processo de produção gradativa da norma em sistemática de colaboração interpoderes se torna inviável.

29. Como resultado, como o Judiciário terá se deslocado para a origem do processo de normatização, não haverá mais o Poder incumbido da produção jurídica subsidiária e, assim, o disposto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88 (*“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*), tornar-se-ia letra morta.

30. Por fim, saliente-se que já existe norma a regulamentar o crime de racismo - Lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989 -, o que, por si só, afasta a idoneidade do mandado de injunção e, mutatis mutandis, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão:

Na esteira da jurisprudência consolidada nesta Corte, havendo norma regulamentadora, não será o mandado de injunção o meio apropriado para questionar a efetividade da norma regulamentadora. Precedente. IV – Agravo regimental a que se nega provimento.

(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no Mandado de Injunção nº 6735**. Min.

---

<sup>4</sup> MONTESQUIEU, Barão de. O espírito das leis. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, (XI, 6).



**SENADO FEDERAL**  
Advocacia

Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, jul. 25 mai. 2018, DJe-110, 5 jun. 2018).

### **3. CONCLUSÃO E PEDIDOS**

31. Haja vista o exposto, pede-se **1)** que o Mandado de Injunção nº 4733 seja peremptoriamente extinto nos termos do art. 6º da Lei nº 13.300 de 23 de junho de 2016 ou, sucessivamente, improcedente em todos os seus termos; **2)** a extinção *in limine* da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 nos termos do art. 12-C da lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999 ou sua improcedência total, ante pelo menos **a)** a ausência de *mora deliberandi*, **b)** os imperativos da separação dos poderes; **d)** o princípio da legalidade estrita que preside o Direito Penal; a existência de regulamentação válida do crime de racismo.

Brasília, 12 de fevereiro de 2019.

**EDVALDO FERNANDES DA SILVA**

Advogado do Senado Federal  
OAB/DF 19.233 | OAB/MG 94.500

**FERNANDO CESAR CUNHA**

Advogado-Geral do Senado Federal  
OAB/DF 31.546