

13/06/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

| | |
|-----------------------|---|
| RELATOR | : MIN. CELSO DE MELLO |
| REQTE.(S) | : PARTIDO POPULAR SOCIALISTA |
| ADV.(A/S) | : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI |
| INTDO.(A/S) | : CONGRESSO NACIONAL |
| INTDO.(A/S) | : PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL |
| PROC.(A/S)(ES) | : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO |
| ADV.(A/S) | : JOSÉ ALEXANDRE LIMA GAZINEO |
| ADV.(A/S) | : FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA |
| ADV.(A/S) | : EDVALDO FERNANDES DA SILVA |
| AM. CURIAE. | : GRUPO GAY DA BAHIA - GGB |
| ADV.(A/S) | : THIAGO GOMES VIANA |
| AM. CURIAE. | : ASSOCIAÇÃO DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT |
| AM. CURIAE. | : GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL - GADVS |
| ADV.(A/S) | : ALEXANDRE GUSTAVO DE MELO FRANCO BAHIA |
| AM. CURIAE. | : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JURISTAS EVANGÉLICOS - ANAJURE |
| ADV.(A/S) | : JOSE JULIO DOS REIS E OUTRO(A/S) |
| AM. CURIAE. | : FRENTE PARLAMENTAR "MISTA" DA FAMÍLIA E APOIO À VIDA |
| ADV.(A/S) | : WALTER DE PAULA E SILVA E OUTRO(A/S) |
| AM. CURIAE. | : GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS |
| ADV.(A/S) | : ANANDA HADAH RODRIGUES PUCHTA E OUTRO(A/S) |
| AM. CURIAE. | : CONVENÇÃO BRASILEIRA DAS IGREJAS EVANGÉLICAS IRMÃOS MENONITAS - COBIM |
| ADV.(A/S) | : RAFAEL FERREIRA DE CASTRO E OUTRO(A/S) |
| AM. CURIAE. | : PARTIDO SOCIALISTA DOS TRABALHADORES UNIFICADO - PSTU |
| ADV.(A/S) | : ALBERTO ALBIERO JUNIOR |
| AM. CURIAE. | : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA |

ADO 26 / DF

ADV.(A/S) : VICTOR MENDONÇA NEIVA
ADV.(A/S) : MARIANA KREIMER CAETANO MELUCCI
ADV.(A/S) : BRUNA FLÁVIA FARIA BRAGA
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSSEXUAIS - ANTRA
ADV.(A/S) : IGOR LUIS PEREIRA E SILVA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF art. 5º, incisos **XLI** e **XLII**) – A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO – A SITUAÇÃO DE INÉRCIA DO ESTADO EM RELAÇÃO À EDIÇÃO DE DIPLOMAS LEGISLATIVOS NECESSÁRIOS À PUNIÇÃO DOS ATOS DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU DA IDENTIDADE DE GÊNERO DA VÍTIMA – A QUESTÃO DA “IDEOLOGIA DE GÊNERO” – SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA A COLMATAÇÃO DO ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL: **(A) CIENTIFICAÇÃO** AO CONGRESSO NACIONAL QUANTO AO SEU ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL E **(B) ENQUADRAMENTO IMEDIATO DAS PRÁTICAS DE HOMOFobia E DE TRANSFOBIA, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME (QUE NÃO SE CONFUNDE COM EXEGESE FUNDADA EM ANALOGIA “IN MALAM PARTEM”), NO CONCEITO DE RACISMO PREVISTO NA**

ADO 26 / DF

LEI Nº 7.716/89 – INVIABILIDADE DA FORMULAÇÃO, EM SEDE DE PROCESSO DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE, DE PEDIDO DE ÍNDOLE CONDENATÓRIA FUNDADO EM ALEGADA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, EIS QUE EM AÇÕES CONSTITUCIONAIS DE PERFIL OBJETIVO, NÃO SE DISCUTEM SITUAÇÕES INDIVIDUAIS OU INTERESSES SUBJETIVOS – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MEDIANTE PROVIMENTO JURISDICIONAL, TIPIFICAR DELITOS E COMINAR SANÇÕES DE DIREITO PENAL, EIS QUE REFERIDOS TEMAS SUBMETEM-SE À CLÁUSULA DE RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI EM SENTIDO FORMAL (CF art. 5º, inciso XXXIX) – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DOS REGISTROS HISTÓRICOS E DAS PRÁTICAS SOCIAIS CONTEMPORÂNEAS QUE REVELAM O TREATMENTO PRECONCEITUOSO, EXCLUDENTE E DISCRIMINATÓRIO QUE TEM SIDO DISPENSADO À VIVÊNCIA HOMOERÓTICA EM NOSSO PAÍS: “O AMOR QUE NÃO QUSA DIZER O SEU NOME” (LORD ALFRED DOUGLAS, DO POEMA “TWO LOVES”, PUBLICADO EM “THE CHAMELEON”, 1894, VERSO ERRONEAMENTE ATRIBUÍDO A OSCAR WILDE) – A VIOLÊNCIA CONTRA INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ OU “A BANALIDADE DO MAL HOMOFÓBICO E TRANSFÓBICO” (PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI): UMA INACEITÁVEL (E CRUEL) REALIDADE CONTEMPORÂNEA – O PODER JUDICIÁRIO, EM SUA ATIVIDADE HERMENÉUTICA, HÁ DE TORNAR EFETIVA A REAÇÃO DO ESTADO NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO AOS ATOS DE PRECONCEITO OU DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS CONTRA PESSOAS INTEGRANTES DE GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS – A QUESTÃO DA INTOLERÂNCIA, NOTADAMENTE QUANDO DIRIGIDA CONTRA A COMUNIDADE LGBTI+: A INADMISSIBILIDADE DO DISCURSO DE ÓDIO (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, ARTIGO 13, § 5º) – A NOÇÃO DE TOLERÂNCIA COMO A HARMONIA NA DIFERENÇA E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE

ADO 26 / DF

DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS – LIBERDADE RELIGIOSA E REPULSA À HOMOTRANSFOBIA: CONVÍVIO CONSTITUCIONALMENTE HARMONIOSO ENTRE O DEVER ESTATAL DE REPRIMIR PRÁTICAS ILÍCITAS CONTRA MEMBROS INTEGRANTES DO GRUPO LGBTI+ E A LIBERDADE FUNDAMENTAL DE PROFESSAR, OU NÃO, QUALQUER FÉ RELIGIOSA, DE PROCLAMAR E DE VIVER SEGUNDO SEUS PRINCÍPIOS, DE CELEBRAR O CULTO E CONCERNENTES RITOS LITÚRGICOS E DE PRATICAR O PROSELITISMO (ADI 2.566/DE Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN), SEM QUAISQUER RESTRIÇÕES OU INDEVIDAS INTERFERÊNCIAS DO PODER PÚBLICO – REPÚBLICA E LAICIDADE ESTATAL: A QUESTÃO DA NEUTRALIDADE AXIOLÓGICA DO PODER PÚBLICO EM MATÉRIA RELIGIOSA – O CARÁTER HISTÓRICO DO DECRETO Nº 119-A, DE 07/01/1890, EDITADO PELO GOVERNO PROVISÓRIO DA REPÚBLICA, QUE APROVOU PROJETO ELABORADO POR RUY BARBOSA E POR DEMÉTRIO NUNES RIBEIRO – DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, PROTEÇÃO DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – A BUSCA DA FELICIDADE COMO DERIVAÇÃO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITA DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – UMA OBSERVAÇÃO FINAL: O SIGNIFICADO DA DEFESA DA CONSTITUIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO CONHECIDA, EM PARTE, E NESSA EXTENSÃO, JULGADA PROCEDENTE, COM EFICÁCIA GERAL E EFEITO VINCULANTE – APROVAÇÃO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DAS TESES PROPOSTAS PELO RELATOR, MINISTRO CELSO DE MELLO.

PRÁTICAS HOMOFÓBICAS E TRANSFÓBICAS CONFIGURAM ATOS DELITUOSOS PASSÍVEIS DE REPRESSÃO PENAL, POR EFEITO

ADO 26 / DF

DE MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO (CF ART. 5º, INCISOS XLI E XLII), POR TRADUZIREM EXPRESSÕES DE RACISMO EM SUA DIMENSÃO SOCIAL

– Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “*in fine*”).

NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE DIREITOS NEM SOFRER QUAISQUER RESTRIÇÕES DE ORDEM JURÍDICA POR MOTIVO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU EM RAZÃO DE SUA IDENTIDADE DE GÊNERO

– Os integrantes do grupo LGBTI+, como qualquer outra pessoa, nascem iguais em dignidade e direitos e possuem igual capacidade de autodeterminação quanto às suas escolhas pessoais em matéria afetiva e amorosa, especialmente no que concerne à sua vivência homoerótica.

Ninguém, sob a égide de uma ordem democrática justa, pode ser privado de seus direitos (entre os quais o direito à busca da felicidade e o direito à igualdade de tratamento que a Constituição e as leis da República dispensam às pessoas em geral) ou sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero!

ADO 26 / DF

Garantir aos integrantes do grupo LGBTI+ a posse da cidadania plena e o integral respeito tanto à sua condição quanto às suas escolhas pessoais pode significar, nestes tempos em que as liberdades fundamentais das pessoas sofrem ataques por parte de mentes sombrias e retrógradas, a diferença essencial entre civilização e barbárie.

AS VÁRIAS DIMENSÕES CONCEITUAIS DE RACISMO. O RACISMO, QUE NÃO SE RESUME A ASPECTOS ESTRITAMENTE FENOTÍPICOS, CONSTITUI MANIFESTAÇÃO DE PODER QUE, AO BUSCAR JUSTIFICAÇÃO NA DESIGUALDADE, OBJETIVA VIABILIZAR A DOMINAÇÃO DO GRUPO MAJORITÁRIO SOBRE INTEGRANTES DE GRUPOS VULNERÁVEIS (COMO A COMUNIDADE LGBTI+), FAZENDO INSTAURAR MEDIANTE ODIOSA (E INACEITÁVEL) INFERIORIZAÇÃO, SITUAÇÃO DE INJUSTA EXCLUSÃO DE ORDEM POLÍTICA E DE NATUREZA JURÍDICO-SOCIAL

– O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL ENTRE A REPRESSÃO

ADO 26 / DF

PENAL À HOMOTRANSFOBIA E A INTANGIBILIDADE DO PLENO EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA

– A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, *livremente*, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação *individual ou coletiva*, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

TOLERÂNCIA COMO EXPRESSÃO DA "HARMONIA NA DIFERENÇA" E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, POR REVESTIR-SE DE CARÁTER ABRANGENTE, ESTENDE-SE, TAMBÉM, ÀS IDEIAS QUE CAUSEM PROFUNDA DISCORDÂNCIA OU QUE SUSCITEM INTENSO CLAMOR PÚBLICO OU QUE PROVOQUEM GRAVE REJEIÇÃO POR PARTE DE CORRENTES MAJORITÁRIAS OU HEGEMÔNICAS EM UMA DADA COLETIVIDADE

– As ideias, nestas compreendidas as mensagens, inclusive as pregações de cunho religioso, podem ser fecundas, libertadoras, transformadoras ou, até mesmo, revolucionárias e subversivas, provocando mudanças, superando

ADO 26 / DF

imobilismos e rompendo paradigmas até então estabelecidos nas formações sociais.

O verdadeiro sentido da proteção constitucional à liberdade de expressão consiste não apenas em garantir o direito daqueles que pensam como nós, mas, igualmente, em proteger o direito dos que sustentam ideias (mesmo que se cuide de ideias ou de manifestações religiosas) que causem discordância ou que provoquem, até mesmo, o repúdio por parte da maioria existente em uma dada coletividade. O caso "United States v. Schwimmer" (279 U.S. 644, 1929): o célebre voto vencido ("dissenting opinion") do Justice OLIVER WENDELL HOLMES JR..

É por isso que se impõe construir espaços de liberdade, em tudo compatíveis com o sentido democrático que anima nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, para que o pensamento – e, particularmente, o pensamento religioso – não seja reprimido e o que se mostra fundamental, para que as ideias, especialmente as de natureza confessional, possam florescer, sem indevidas restrições, em um ambiente de plena tolerância, que, longe de sufocar opiniões divergentes, legitime a instauração do dissenso e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções antagônicas, a concretização de valores essenciais à configuração do Estado Democrático de Direito: o respeito ao pluralismo e à tolerância.

– O discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações e manifestações que incitem a discriminação, que estimulem a hostilidade ou que provoquem a violência (física ou moral) contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, não encontra amparo na liberdade constitucional de expressão nem na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 13, § 5º), que expressamente o repele.

A QUESTÃO DA OMISSÃO NORMATIVA E DA SUPERAÇÃO TEMPORAL IRRAZOÁVEL NA IMPLEMENTAÇÃO DE ORDENS

ADO 26 / DF

CONSTITUCIONAIS DE LEGISLAR. A INSTRUMENTALIDADE DA AÇÃO DIRETA POR OMISSÃO NA COLMATAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO

A omissão do Estado – que deixa de cumprir em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional (como aquela que deriva do art. 5º, XLI e XLII, de nossa Lei Fundamental) – qualifica-se como comportamento revestido de intensa gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados da Lei Fundamental. Doutrina. Precedentes (ADI 1.458-MC/DF Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

– *Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo* do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, do que a promulgar com o intuito de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes ou de grupos majoritários, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos ou, muitas vezes, em frontal desrespeito aos direitos das minorias, notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade.

– *A ação direta de constitucionalidade por omissão, nesse contexto, tem por objetivo provocar legítima reação jurisdicional que, expressamente autorizada e atribuída ao Supremo Tribunal Federal pela própria Carta Política, destina-se a impedir o desprestígio da Lei Fundamental, a neutralizar gestos de desprezo pela Constituição, a outorgar proteção a princípios, direitos e garantias nela proclamados e a obstar, por extremamente grave, a erosão da consciência constitucional. Doutrina. Precedentes do STF.*

ADO 26 / DF

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Sessão Plenária**, sob a Presidência do Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, **por unanimidade** de votos, **em conhecer** parcialmente da ação direta de constitucionalidade por omissão. **Por maioria** e nessa extensão, **julgá-la procedente**, com eficácia geral e efeito vinculante, **para:** **a) reconhecer o estado de mora inconstitucional** do Congresso Nacional **na implementação** da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBTI+; **b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional** do Poder Legislativo da União; **c) cientificar o Congresso Nacional**, para os fins e efeitos **a que se refere** o art. 103, § 2º, da Constituição **c/c** o art. 12-H, “caput”, da Lei nº 9.868/99; **d) dar interpretação conforme à Constituição**, em face dos mandados constitucionais de incriminação **inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º** da Carta Política, **para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89**, até que sobrevenha legislação autônoma, **editada** pelo Congresso Nacional, **seja por considerar-se**, nos termos deste voto, **que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo**, na dimensão de racismo social **consagrada** pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do **HC 82.424/RS** (caso Ellwanger), **na medida em que** tais condutas **importam** em atos de segregação **que inferiorizam** membros **integrantes** do grupo LGBTI+, **em razão** de sua orientação sexual **ou** de sua identidade de gênero, **seja, ainda, porque** tais comportamentos de homotransfobia **ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais** daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; **e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a**

ADO 26 / DF

alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Em seguida, por maioria, fixaram-se as seguintes teses: 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “*in fine*”); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois

ADO 26 / DF

resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, **vencido** o Ministro Marco Aurélio, **que não subscreveu** as teses propostas. **Não participaram**, justificadamente, da fixação da tese os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Brasília, 13 de junho de 2019.

CELSO DE MELLO – RELATOR

13/02/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Inicialmente, registro que a data do julgamento das duas ações, assim como a pauta de todo o primeiro semestre de 2019, foi divulgada em 17 de dezembro de 2018, ou seja, há quase dois meses foi dada publicidade à previsão de julgamento desses feitos na data de hoje. Eles não foram colocados recentemente na pauta, já estavam nela desde o ano passado.

A segunda questão que eu gostaria de esclarecer é que, como são duas ações de natureza diferente, haverá, para cada uma delas, o tempo para que as senhoras e os senhores advogados que nelas oficiam falem sobre o tema, na forma regimental, o mesmo valendo para os **amici curiae**, por consequência.

Na data de hoje, em razão das inúmeras inscrições para sustentação oral, iniciaremos com o relatório do Ministro **Celso de Mello** na ADO; posteriormente, passaremos ao relatório do Ministro **Edson Fachin** no mandado de injunção; finalmente, ouviremos as sustentações orais e encerraremos a sessão. Amanhã, daremos continuidade ao julgamento com o voto inicial do Ministro Relator da ADO, Ministro **Celso de Mello**, e, em seguida, será proferido o voto do Relator do mandado de injunção.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 14 de 566

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

| | |
|-----------------------|---|
| RELATOR | : MIN. CELSO DE MELLO |
| REQTE.(S) | : PARTIDO POPULAR SOCIALISTA |
| ADV.(A/S) | : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI |
| INTDO.(A/S) | : CONGRESSO NACIONAL |
| PROC.(A/S)(ES) | : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO |
| AM. CURIAE. | : GRUPO GAY DA BAHIA - GGB |
| ADV.(A/S) | : THIAGO GOMES VIANA |
| AM. CURIAE. | : ASSOCIAÇÃO DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT |
| AM. CURIAE. | : GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL - GADVS |
| ADV.(A/S) | : ALEXANDRE GUSTAVO DE MELO FRANCO BAHIA |
| AM. CURIAE. | : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JURISTAS EVANGÉLICOS - ANAJURE |
| ADV.(A/S) | : JOSE JULIO DOS REIS E OUTRO(A/S) |
| AM. CURIAE. | : FRENTE PARLAMENTAR "MISTA" DA FAMÍLIA E APOIO À VIDA |
| ADV.(A/S) | : WALTER DE PAULA E SILVA E OUTRO(A/S) |
| AM. CURIAE. | : GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS |
| ADV.(A/S) | : ANANDA HADAH RODRIGUES PUCHTA E OUTRO(A/S) |
| AM. CURIAE. | : CONVENÇÃO BRASILEIRA DAS IGREJAS EVANGÉLICAS IRMÃOS MENONITAS - COBIM |
| ADV.(A/S) | : MARCO VINÍCIUS PEREIRA DE CARVALHO |
| AM. CURIAE. | : PARTIDO SOCIALISTA DOS TRABALHADORES UNIFICADO - PSTU |
| ADV.(A/S) | : ALBERTO ALBIERO JUNIOR |
| AM. CURIAE. | : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA |
| ADV.(A/S) | : VICTOR MENDONÇA NEIVA |
| ADV.(A/S) | : MARIANA KREIMER CAETANO MELUCCI |
| ADV.(A/S) | : BRUNA FLÁVIA FARIA BRAGA |
| AM. CURIAE. | : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSSEXUAIS - ANTRA |
| ADV.(A/S) | : IGOR LUIS PEREIRA E SILVA E OUTRO(A/S) |
| AM. CURIAE. | : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL |

ADO 26 / DF

PROC.(A/S)(ES)

:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO
FEDERAL

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão proposta pelo Partido Popular Socialista – PPS em face de alegada inércia legislativa atribuída ao Congresso Nacional que – segundo sustenta a agremiação partidária – estaria frustrando a tramitação e a apreciação de proposições legislativas apresentadas com o objetivo de incriminar todas as formas de homofobia e de transfobia, em ordem a dispensar efetiva proteção jurídico-social aos integrantes da comunidade LGBTTT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transsexuais e Transgêneros), doravante referida apenas como LGBT (tal como o faz o autor da presente demanda), sigla também conhecida, mais recentemente, como LGBTT+ (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transsexuais e Intersexos), abrangidas pelo sinal aditivo + todas as outras identidades, além daquelas já mencionadas (PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI, “Manual da Homoafetividade”, p. 112, item n. 1, 3^a ed., 2019, SPESSOTTO).

Postulam-se, essencialmente, desse modo, as seguintes providências:

(a) “que seja reconhecido que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo (STF, HC nº 82.424/RS), de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar o racismo constante do art. 5º, inc. XLII, da CF/88”; **(b)** “que 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

ADO 26 / DF

sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa"; (c) "que seja fixado prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e transfobia (...), sugerindo-se aqui o prazo de um ano já que o Congresso Nacional debate o tema há aproximadamente doze anos"; (d) "caso transcorra o prazo fixado por esta Suprema Corte sem que o Congresso Nacional efetive a criminalização/punição criminal específica citada ou caso esta Corte entenda desnecessária a fixação deste prazo, [requer-se] sejam efetivamente tipificadas a homofobia e a transfobia como crime(s) específico(s) por decisão desta Suprema Corte, por troca de sujeito e atividade legislativa atípica da Corte, ante a inércia inconstitucional do Parlamento em fazê-lo, de sorte a dar cumprimento à ordem constitucional de punir criminalmente a homofobia e a transfobia (...), superando-se a exigência de legalidade estrita parlamentar"; (e) "a inclusão da criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente), das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima na Lei de Racismo (Lei n.º 7.716/89) ou em outra lei que venha a substituí-la, determinando-se a aplicação da referida lei (e outra que eventualmente a substitua) para punir tais atos até que o Congresso Nacional se digne a criminalizar tais condutas" e (f) "que seja fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro, inclusive dos parlamentares responsáveis pela inércia inconstitucional do Estado como devedores solidários por serem eles os efetivamente responsáveis por tal inércia, ante a responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, §6º, da CF/88) em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia" (grifei).

A imputação ao Poder Legislativo da União *de "inertia deliberandi" veicula* impugnação *a comportamento negativo* das Casas do Congresso Nacional *de que decorreria* – segundo sustenta a agremiação partidária autora (PPS) – *grave lesão* a postulados constitucionais *revestidos de essencial fundamentalidade, como o que incrimina* a prática do racismo (**CF**, art. 5º, XLII) *ou os que vedam tanto a discriminação atentatória* aos direitos

ADO 26 / DF

e liberdades fundamentais (CF art. 5º, XLI) quanto a proteção insuficiente, enquanto uma das dimensões em que se projeta o princípio da proporcionalidade (CF art. 5º, LIV).

O Partido Popular Socialista – PPS, em sua longa e fundamentada petição inicial – após tecer relevantes considerações a respeito do tema **concernente** à pretensão de “*criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima*”, em face da existência, segundo sustenta, “da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88)” –, requer a procedência integral da presente ação direta.

A Presidência do Senado Federal prestou informações pugnando pela improcedência do pleito, “(...) *resguardando-se a legalidade penal, a separação de poderes e a independência do Poder Legislativo, confirmando-se sua competência jurídico-política*”.

A Câmara Alta, ao sustentar a “ausência de mora constitucional”, assim se pronunciou:

“IV – DA AUSÊNCIA DE MORA INCONSTITUCIONAL”

Os temas da homofobia e da discriminação são de constante discussão no Congresso Nacional brasileiro, órgão legislativo dos representantes do povo. Cuida-se de um tema amplamente debatido no campo da política e que demanda profundas discussões, consultas e participação populares. Com a participação popular, cabe ao parlamento apresentar uma solução política à sociedade, sem a imposição de uma decisão jurídica.

ADO 26 / DF

São muitos os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional sobre o tema e indicamos alguns, exemplificativamente:

| PROJETO DE LEI | AUTOR | EMENTA |
|--|-------------------|--|
| Projeto de Lei do Senado – PLS Nº 101 de 2014 | João Capiberibe | <i>Altera o Código de Processo Penal para prever nova modalidade de prisão preventiva: em caso de flagrante de crime de racismo ou injúria racial, como recurso pedagógico, no interesse da sociedade.</i> |
| PL Nº 5576/2013 | Aline Côrrea | <i>Acrescenta dispositivo ao art. 61, do Código Penal para considerar agravante o cometimento do crime em razão da raça, cor, etnia, religião, origem, orientação sexual ou deficiência física que são considerados crimes de ódio.</i> |
| PL Nº 1959/2011 | Roberto de Lucena | <i>Altera a redação de dispositivos da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que 'define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor'. Tipifica crimes de discriminação em razão da opção sexual, aparência, origem e classe social.</i> |
| PL Nº 1846/2011 | Carmem Zanotto | <i>Altera a alínea 'c' do inciso I do art. 1º da Lei nº 9.455, de 7 de</i> |

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 19 de 566

ADO 26 / DF

| | | |
|------------------------|-------------------------|---|
| | | <i>abril de 1997 – Lei da Tortura.</i> |
| PL Nº 582/2011 | <i>Dalva Figueiredo</i> | <i>Acresce dispositivos ao Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e à Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965.</i> |
| PL Nº 81/2007 | <i>Fátima Bezerra</i> | <i>Institui o Dia Nacional de Combate à Homofobia.</i> |
| PL Nº 2665/2007 | <i>Rodovalho</i> | <i>Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências.</i> <i>Estabelece que a prática de discriminação ou preconceito envolve qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica, inclusive nos atos discriminatórios quanto ao sexo das pessoas.</i> |

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 20 de 566

ADO 26 / DF

| | | |
|------------------------|------------------------|---|
| | | |
| PL Nº 7052/2006 | <i>Iara Bernardi</i> | <i>Institui o Dia Nacional de Combate à Homofobia</i> |
| PL Nº 122/2006 | <i>Iara Bernardi</i> | <i>Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências.</i> |
| PL Nº 6317/2005 | <i>Leonardo Mattos</i> | <i>Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que 'dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências'. Aplica sanções administrativas ao fornecedor que discriminar, preterir, ou conferir tratamento diferenciado ao consumidor por motivos de preconceito ou racismo.</i> |
| PL Nº 3143/2004 | <i>Laura Carneiro</i> | <i>Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes</i> |

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 21 de 566

ADO 26 / DF

| | | |
|---------------------------|-------------------------|---|
| | | <i>resultantes de preconceitos de raça ou de cor. Inclui os crimes resultantes de preconceito de sexo ou orientação sexual.</i> |
| PLS Nº 309 de 2004 | <i>Paulo Paim</i> | <i>Define os crimes resultantes de discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.</i> |
| PL Nº 5/2003 | <i>Iara Bemardi</i> | <i>Ementa: Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, e o § 3º do art. 140 do Código Penal, para incluir a punição por discriminação ou preconceito de gênero e orientação sexual.</i> |
| PL Nº 6186/2002 | <i>Nair Xavier Lobo</i> | <i>Inclui como crime a discriminação ou preconceito contra a orientação sexual.</i> |
| PL Nº 6840/2002 | <i>Ceviolen</i> | <i>Proíbe a inclusão de cláusulas discriminatórias quanto à orientação sexual do candidato, em editais para a prestação de concursos públicos.</i> |
| PL Nº 5003/2001 | <i>Iara Bernardi</i> | <i>Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas.</i> |

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 22 de 566

ADO 26 / DF

| | | |
|---------------------------|--------------------------|---|
| | | |
| PLS Nº 52 de 1997. | <i>Abdias Nascimento</i> | <i>Define os crimes de prática de racismo e discriminação</i> |

Como se vê, não há que se cogitar de inércia do Legislativo, sendo seguro afirmar não estar caracterizada a mora legislativa. Como admitido inclusive pela parte autora, a matéria vem sendo objeto de intensos debates no seio do Legislativo Federal, por meio, por exemplo, do Projeto de Lei nº 5.003/01, aprovado em 2006 na Câmara dos Deputados, e que atualmente tramita no Senado Federal sob o nº 122/06, acima citado.

Vale lembrar que tramitam nas Casas Legislativas projetos de lei de novo Código Penal (PLS nº 236, de 2012, no Senado), que visam a sistematizar, consolidar e estabelecer os crimes do ordenamento jurídico brasileiro e, inevitavelmente, questões como a discutida na presente ADO demandam pormenorizada análise no bojo de um projeto de código.” (grifei)

Cabe registrar neste ponto, que o projeto de lei nº 122/2006, do Senado Federal (em que se converteu o projeto de lei nº 5.003/2001, aprovado pela Câmara dos Deputados em 2006), veio a ser incorporado ao projeto de novo Código Penal (PLS 236/2012), “sem prazo para ser votado”, segundo esclareceu a própria Presidência do Senado da República.

Esse adiamento do exame e votação da proposição legislativa que “Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas” (PLC 5.003/2001, aprovado pela Câmara dos Deputados, remetido para o Senado Federal, onde tomou o nº PLS 122/2006) constituiria, segundo alega o autor desta ação direta, a prova mais evidente do retardamento intencional da tramitação e apreciação do projeto de lei em questão, frustrando-se, desse modo, o adimplemento do mandado de

ADO 26 / DF

incriminação de todas as formas de violência homofóbica e transfóbica, a que se refere o art. 5º, inciso XLI, da Constituição, que ordena a punição de “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

A Câmara dos Deputados, por sua vez, manifestou-se no sentido de “(...) reafirmar a posição institucional desta Casa que, em 23 de novembro de 2006, aprovou o Projeto de Lei nº 5.003, de 2001, que ‘determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas’, enviado em seguida à análise do Senado Federal” (grifei).

A eminente Senhora Advogada-Geral da União em exercício, MARIA APARECIDA ARAUJO DE SIQUEIRA, ao pronunciar-se nestes autos, sustentou a improcedência da presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em manifestação assim ementada:

“Constitucional e Penal. Suposta omissão inconstitucional imputada ao Congresso Nacional, quanto à criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia. Artigo 5º, incisos XLI, XLII e LIV, da Constituição Federal. Preliminar. Impossibilidade jurídica de pretensões de fixação de prazo para atividade legislativa e de prolação de acórdão com efeito aditivo. Descabe ao Poder Judiciário, em sede de ação direta por omissão, impor prazo de cumprimento obrigatório ao Poderes competentes para a edição do diploma legal reclamado, ou mesmo suprir, por ato próprio, a suposta omissão do legislador inadimplente. Precedentes dessa Suprema Corte. O desenho institucional expresso na Constituição Federal não pode ser secundarizado em prol da consolidação judicial de expectativas de ampliação da tutela penal. Autocontenção justificada, no particular, pela cláusula da tipicidade legislativa em matéria penal. Mérito. Inexistência de mora legislativa. Não existe comando constitucional expresso que exija tipificação criminal específica para a homofobia e a transfobia. Manifestação pelo conhecimento parcial da ação e, no mérito, pela improcedência dos pedidos formulados.” (grifei)

ADO 26 / DF

Foram admitidos, como "amici curiae", manifestando-se de forma contrária ao acolhimento do pleito inicial: "*Frente Parlamentar 'Mista' da Família e Apoio à Vida*", "*Convenção Brasileira de Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas – COBIM*" e "*Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE*" e, de outro lado, pronunciando-se, favoravelmente, à pretensão de inconstitucionalidade, as seguintes entidades: "*Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros*", "*Partido Socialista dos Trabalhadores Unificados – PSTU*", "*Conselho Federal de Psicologia, Associação Nacional de Travestis e Transsexuais – ANTRA*", "*Defensoria Pública do Distrito Federal*", "*Grupo Gay da Bahia – GGB*", "*Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT*" e "*Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual – GADVS*" (**grifei**).

Em decisão de 27/05/2014, indeferi o pedido de intervenção processual deduzido pela "Associação Eduardo Banks (Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana)".

O Ministério Público Federal, por sua vez, em pronunciamento que produziu nestes autos, assim resumiu a presente causa:

"Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), com pedido de medida cautelar, por inércia legislativa do Congresso Nacional em editar lei para criminalizar todas as formas de homofobia e transfobia, nos termos do art. 5º, XLII, ou, subsidiariamente, da determinação contida no art. 5º, XLI, ou, por fim, do princípio da vedação da proteção deficiente, decorrente do art. 5º, LIV, todos da Constituição da República.

Segundo o requerente, a determinação de criminalização de todas as formas de racismo, expressa no art. 5º, XLII, da CR, abrange as condutas de discriminação de cunho homofóbico e transfóbico, pois seriam espécies do gênero racismo. Consoante definiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do 'habeas corpus' 82.424/RS, o conceito de racismo não estaria

ADO 26 / DF

adstrito à discriminação por cor da pele, mas abrange a discriminação por etnia, procedência nacional, religião etc. Subsidiariamente, sustenta que a criminalização da homofobia encontra suporte no art. 5º, XLI, da Constituição da República, o qual determina que ‘a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais’. Aduz ser inegável que ‘todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima constitui discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais, pois: (i) viola o direito fundamental à liberdade, pois implica negação à população LGBT de realizar atos que não prejudicam terceiros e que não são proibidos pela lei; (ii) viola o direito fundamental à igualdade, pois não há fundamento lógico-racional que justifique a discriminação [negativa] da população LGBT relativamente a heterossexuais não transgêneros’.

A terceira linha argumentativa do requerente é no sentido da inconstitucionalidade da mora legislativa por afronta ao princípio da proporcionalidade, na vertente da vedação de proteção deficiente, e ao direito fundamental à segurança da população LGBT (art. 5º, ‘caput’, da CR). Por esses fundamentos, requer: (i) reconhecimento de que o conceito de racismo abrange homofobia e transfobia, para enquadrar tais condutas na ordem de criminalização do racismo (art. 5º, XLII, da CR); (ii) declaração da mora inconstitucional do Congresso Nacional em criminalizar especificamente a homofobia e a transfobia; (iii) fixação de prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação naquele sentido; e (iv) caso o Legislativo não respeite o prazo estipulado: (iv.1) inclusão das práticas discriminatórias fundadas em orientação sexual na Lei de Racismo (Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989); (iv.2) tipificação das condutas de homofobia e transfobia, nos moldes que o Supremo Tribunal Federal entender mais adequados, e (iv.3) responsabilização civil do Estado brasileiro, com indenização das vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia.

ADO 26 / DF

Em despacho de 7 de março de 2014, o relator solicitou informações à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, nos termos dos arts. 6º e 12-E da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999 (peça 21 dos autos eletrônicos).

O Senado Federal posicionou-se por improcedência do pedido. Destacou que não há, na Constituição, ordem de criminalização específica de condutas homofóbicas e transfóbicas. Invocou a necessidade de cumprir com cautela os mandados de criminalização do texto constitucional. Consignou que seria impossível concluir, com fundamento no julgamento do HC 82.424/RS, que a homofobia seria espécie do gênero racismo, pois são fenômenos sociais distintos. Defendeu inexistência de mora legislativa, porquanto o tema tem sido objeto de inúmeros debates no parlamento (peça 31).

Em breve manifestação, a Câmara dos Deputados reafirmou seu posicionamento institucional pela aprovação do projeto de lei 5.003, de 7 de agosto de 2001, que 'determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas', atualmente sob análise do Senado Federal (peça 32).

O requerente peticionou com argumentação contrária às informações do Senado Federal (peça 47).

Requereram ingresso, na qualidade de 'amici curiae', a Associação Eduardo Banks (peça 6); o Grupo Gay da Bahia (peça 34); o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (peça 39) e a Associação Nacional de Juristas Evangélicos (peça 52).

Em despacho de 9 de março de 2015, o relator solicitou manifestação da Procuradoria-Geral da República 'sobre a admissibilidade da presente ação direta de constitucionalidade por omissão, com particular destaque para o pleito que objetiva estender, por via jurisdicional, mediante analogia ('in malam partem?'), a Lei 7.716/89' (peça 59)." (grifei)

Após assim proceder, mediante relatório que bem sintetizou a controvérsia suscitada nesta causa, a douta Procuradoria-Geral da

ADO 26 / DF

República, em fundamentada manifestação da lavra do eminent Chefe da Instituição, opinou pelo conhecimento parcial da presente ação direta e, nessa extensão, pronunciou-se sobre o mérito deste litígio constitucional, formulando parecer assim ementado:

"CONSTITUCIONAL. ART. 5º, XLI e XLII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS A VÍTIMAS DE HOMOFOBIA. MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA. CONFIGURAÇÃO DE RACISMO. LEI 7.716/1989. CONCEITO DE RAÇA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. MORA LEGISLATIVA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O CONGRESSO NACIONAL LEGISLAR.

1. A ação direta de *inconstitucionalidade por omissão* possui natureza eminentemente objetiva, sendo *inadmissível pedido de condenação* do Estado *em indenizar vítimas de homofobia e transfobia, em virtude de descumprimento* do dever de legislar.

2. Deve conferir-se interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). Não se trata de analogia 'in malam partem'.

3. O mandado de criminalização contido no art. 5º, XLII, da Constituição da República, abrange a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas.

4. Caso não se entenda que a Lei 7.716/1989 tipifica práticas homofóbicas, está em mora inconstitucional o Congresso Nacional, por inobservância do art. 5º, XLI e XLII, da CR. Fixação de prazo para o Legislativo sanar a omissão legislativa.

5. Existência de projetos de lei em curso no Congresso Nacional não afasta configuração de mora legislativa,

ADO 26 / DF

ante período excessivamente longo de tramitação, a frustrar a força normativa da Constituição e a consubstanciar ‘inertia deliberandi’.

6. 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.

7. Parecer pelo conhecimento parcial da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e no mérito, pela procedência do pedido na parte conhecida.” (grifei)

Este é o relatório, de cujo texto a Secretaria remeterá cópia a todos os Senhores Ministros deste Egrégio Tribunal (Lei nº 9.868/99, art. 9º, “caput”; RISTF art. 172).

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 29 de 566

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

REQTE. (S) : PARTIDO POPULAR SOCIALISTA

ADV. (A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (242668/SP)

INTDO. (A/S) : CONGRESSO NACIONAL

INTDO. (A/S) : PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL

PROC. (A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

ADV. (A/S) : JOSÉ ALEXANDRE LIMA GAZINEO (8710/BA)

ADV. (A/S) : FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA (40645/BA, 31546/DF)

ADV. (A/S) : EDVALDO FERNANDES DA SILVA (19233/DF, 94500/MG)

AM. CURIAE. : GRUPO GAY DA BAHIA - GGB

ADV. (A/S) : THIAGO GOMES VIANA (0010642/MA)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT

AM. CURIAE. : GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL - GADVS

ADV. (A/S) : ALEXANDRE GUSTAVO DE MELO FRANCO BAHIA (83920/MG)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JURISTAS EVANGÉLICOS - ANAJURE

ADV. (A/S) : JOSE JULIO DOS REIS (22057/DF) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : FRENTE PARLAMENTAR "MISTA" DA FAMÍLIA E APOIO À VIDA

ADV. (A/S) : WALTER DE PAULA E SILVA (10625/GO) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS

ADV. (A/S) : ANANDA HADAH RODRIGUES PUCHTA (0080651/PR) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : CONVENÇÃO BRASILEIRA DAS IGREJAS EVANGÉLICAS IRMÃOS MENONITAS - COBIM

ADV. (A/S) : RAFAEL FERREIRA DE CASTRO (29387/DF) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : PARTIDO SOCIALISTA DOS TRABALHADORES UNIFICADO - PSTU

ADV. (A/S) : ALBERTO ALBIERO JUNIOR (238781A/SP)

AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA

ADV. (A/S) : VICTOR MENDONÇA NEIVA (15682/DF)

ADV. (A/S) : MARIANA KREIMER CAETANO MELUCCI (0025557/DF)

ADV. (A/S) : BRUNA FLÁVIA FARIA BRAGA (138870/MG)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSSEXUAIS - ANTRA

ADV. (A/S) : IGOR LUIS PEREIRA E SILVA (153396/RJ, 153396/RJ) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

PROC. (A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente, o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti; pela Advocacia-

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 30 de 566

Geral da União, o Ministro André Luiz de Almeida Mendonça, Advogado-Geral da União; pelo Presidente do Senado Federal, o Dr. Fernando César de Souza Cunha, Advogado-Geral do Senado Federal; pelo *amicus curiae* Grupo Gay da Bahia - GGB, o Dr. Thiago Gomes Viana; pelo *amicus curiae* Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual - GADVS, o Dr. Alexandre Gustavo de Melo Franco Bahia; pelo *amicus curiae* Associação Nacional de Juristas Evangélicos - ANAJURE, o Dr. Luigi Mateus Braga; pelo *amicus curiae* Frente Parlamentar "Mista" da Família e Apoio à Vida, o Dr. Walter de Paula e Silva e o Dr. Cícero Gomes Lage; pelo *amicus curiae* Grupo Dignidade - pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, a Dra. Ananda Hadah Rodrigues Puchta; pelo *amicus curiae* Associação Nacional de Travestis e Transsexuais - ANTRA, a Dra. Maria Eduarda Aguiar da Silva; e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Luciano Mariz Maia, Vice-Procurador-Geral da República. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux. Presidiu o julgamento o Ministro Celso de Mello. Plenário, 13.2.2019.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármem Lúcia, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Luiz Fux.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Luciano Mariz Maia.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

14/02/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, acompanho o Relator. Entendo que a ação direta de constitucionalidade por omissão é uma ação estritamente declaratória.

14/02/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Presidente, eu estou de acordo, claro. Muito sabia a ponderação do eminente Relator, mas me recordo que, algumas vezes em que o Tribunal colocou o Congresso Nacional em mora - e não estou antecipando o meu voto nem sugerindo que o resultado será este -, em não cumprindo o Parlamento com a determinação dada pelo Supremo Tribunal Federal, facultamos àqueles prejudicados que obtivessem um resarcimento em face da mora. Contudo, cito de cabeça, não me lembro agora precisamente em que caso foi. De qualquer maneira, apenas registro este aspecto, mas concordo desde logo com a sugestão dada pelo eminente Decano.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 33 de 566

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

REQTE. (S) : PARTIDO POPULAR SOCIALISTA

ADV. (A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (242668/SP)

INTDO. (A/S) : CONGRESSO NACIONAL

INTDO. (A/S) : PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL

PROC. (A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

ADV. (A/S) : JOSÉ ALEXANDRE LIMA GAZINEO (8710/BA)

ADV. (A/S) : FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA (40645/BA, 31546/DF)

ADV. (A/S) : EDVALDO FERNANDES DA SILVA (19233/DF, 94500/MG)

AM. CURIAE. : GRUPO GAY DA BAHIA - GGB

ADV. (A/S) : THIAGO GOMES VIANA (0010642/MA)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT

AM. CURIAE. : GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL - GADVS

ADV. (A/S) : ALEXANDRE GUSTAVO DE MELO FRANCO BAHIA (83920/MG)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JURISTAS EVANGÉLICOS - ANAJURE

ADV. (A/S) : JOSE JULIO DOS REIS (22057/DF) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : FRENTE PARLAMENTAR "MISTA" DA FAMÍLIA E APOIO À VIDA

ADV. (A/S) : WALTER DE PAULA E SILVA (10625/GO) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS

ADV. (A/S) : ANANDA HADAH RODRIGUES PUCHTA (0080651/PR) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : CONVENÇÃO BRASILEIRA DAS IGREJAS EVANGÉLICAS IRMÃOS MENONITAS - COBIM

ADV. (A/S) : RAFAEL FERREIRA DE CASTRO (29387/DF) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : PARTIDO SOCIALISTA DOS TRABALHADORES UNIFICADO - PSTU

ADV. (A/S) : ALBERTO ALBIERO JUNIOR (238781A/SP)

AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA

ADV. (A/S) : VICTOR MENDONÇA NEIVA (15682/DF)

ADV. (A/S) : MARIANA KREIMER CAETANO MELUCCI (0025557/DF)

ADV. (A/S) : BRUNA FLÁVIA FARIA BRAGA (138870/MG)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSSEXUAIS - ANTRA

ADV. (A/S) : IGOR LUIS PEREIRA E SILVA (153396/RJ, 153396/RJ) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

PROC. (A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente, o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti; pela Advocacia-

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 34 de 566

Geral da União, o Ministro André Luiz de Almeida Mendonça, Advogado-Geral da União; pelo Presidente do Senado Federal, o Dr. Fernando César de Souza Cunha, Advogado-Geral do Senado Federal; pelo *amicus curiae* Grupo Gay da Bahia - GGB, o Dr. Thiago Gomes Viana; pelo *amicus curiae* Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual - GADVS, o Dr. Alexandre Gustavo de Melo Franco Bahia; pelo *amicus curiae* Associação Nacional de Juristas Evangélicos - ANAJURE, o Dr. Luigi Mateus Braga; pelo *amicus curiae* Frente Parlamentar "Mista" da Família e Apoio à Vida, o Dr. Walter de Paula e Silva e o Dr. Cícero Gomes Lage; pelo *amicus curiae* Grupo Dignidade - pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, a Dra. Ananda Hadah Rodrigues Puchta; pelo *amicus curiae* Associação Nacional de Travestis e Transsexuais - ANTRA, a Dra. Maria Eduarda Aguiar da Silva; e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Luciano Mariz Maia, Vice-Procurador-Geral da República. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux. Presidiu o julgamento o Ministro Celso de Mello. Plenário, 13.2.2019.

Decisão: Após o início da leitura do voto do Ministro Celso de Mello (Relator), reconhecendo inadmissível a formulação de pretensão reparatória em sede de controle normativo abstrato, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 14.2.2019.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármem Lúcia, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Luiz Fux.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Humberto Jacques de Medeiros.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

20/02/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

RETIFICAÇÃO DE ATA

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (Relator): Proponho, Senhor Presidente, que se retifique a ata no ponto em que, *por equívoco na proclamação, dela constou que teria eu admitido a possibilidade de formulação de pretensão reparatória de índole civil em sede de controle normativo abstrato, quando, na verdade, o meu voto, como Relator, consigna, expressamente, que tenho por inadmissível referido pleito no âmbito do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade.*

20/02/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:

1. Uma brevíssima constatação

Sei que, em razão de meu voto e de minha conhecida posição em defesa dos direitos das minorias (**que compõem** os denominados “*grupos vulneráveis*”), **serei inevitavelmente incluído** no “*Index*” mantido pelos cultores da intolerância **cujas mentes sombrias** – **que rejeitam** o pensamento crítico, **que repudiam** o direito ao dissenso, **que ignoram** o sentido democrático da alteridade e do pluralismo de ideias, **que se apresentam** como corifeus e epígonos de sectárias doutrinas fundamentalistas – **desconhecem a importância** do convívio harmonioso e respeitoso entre visões de mundo antagônicas!!!! **Muito mais importante, no entanto, do que atitudes preconceituosas e discriminatórias, tão lesivas quanto atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais** de qualquer pessoa, independentemente de suas convicções, orientação sexual e percepção em torno de sua identidade de gênero, é a **função contramajoritária** do Supremo Tribunal Federal, a **quem incumbe** fazer prevalecer, sempre, no exercício irrenunciável da jurisdição constitucional, a **autoridade e a supremacia** da Constituição e das leis da República.

2. A controvérsia constitucional

O autor da presente ação constitucional sustenta que o Congresso Nacional, **agindo com preconceituosa indiferença** em relação à comunidade

ADO 26 / DF

LGBT, tem permitido, *em razão de sua inércia*, a exposição e a sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes desse grupo vulnerável a graves ofensas perpetradas contra seus direitos fundamentais, essencialmente caracterizadas por atos de violência física e moral, ameaças, práticas criminosas contra a sua própria vida ou sua dignidade sexual, inclusive mediante cometimento de estupros coletivos e corretivos (CP art. 226, IV, “a” e “b”, na redação dada pela Lei nº 13.718/2018), condutas essas geralmente impregnadas de visceral ódio homofóbico e/ou transfóbico.

A agremiação partidária denuncia, *em sua postulação*, o Poder Legislativo da União, afirmando que estaria ele descumprindo, *quanto aos integrantes desse grupo vulnerável*, o mandamento constitucional que impõe ao Estado o dever de proteção à essencial dignidade das pessoas, a ser efetivado mediante tipificação penal dos atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero das vítimas de tais práticas discriminatórias.

O fundamento em que se apoia a pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor *nesta sede processual reside, essencialmente, na alegação de que a homofobia e a transfobia caracterizariam comportamentos subsumíveis à noção de racismo*, tal como concebida, na latitude dessa expressão, pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do caso *Ellwanger* (HC 82.424/RS), de tal modo que o legislador ordinário, ao restringir-se, tão somente, a dispensar tutela penal em relação às práticas discriminatórias resultantes de preconceito de cor, etnia, religião ou procedência nacional (Lei nº 7.716/89), teria realizado de maneira incompleta o que impõe o texto constitucional, vulnerando, desse modo, por omissão, o que estabelece a Lei Fundamental da República (CF art. 5º, XLII).

Alega-se, de outro lado, que a discriminação dirigida contra os integrantes da comunidade LGBT, além de estar compreendida na noção

ADO 26 / DF

conceptual de racismo (CF art. 5º, XLII), encontra-se igualmente alcançada pela norma constitucional que preconiza a punição de “*qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*” (CF art. 5º, XLI), a significar, de acordo com o autor, que também essa cláusula constitucional submete o Congresso Nacional à obrigação de editar o diploma legislativo necessário à incriminação dos atos e comportamentos resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero.

A agremiação partidária autora da presente ação direta enfatiza o caráter lesivo resultante dessa omissão normativa imputada ao Congresso Nacional, assinalando que a superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação das medidas determinadas pelo texto constitucional (CF art. 5º, XLI e XLII) tem causado indevida frustração à legitima pretensão dos integrantes da comunidade LGBT à proteção do Estado em face dos atos e comportamentos discriminatórios que atentam, gravemente, contra a sua dignidade, além dos injustos gravames de ordem pessoal, social, profissional e moral que incidem sobre seus direitos básicos, o que constitui arbitrário impedimento ao pleno exercício, por esse grupo vulnerável, da liberdade de projetar sua própria vida e de aspirar à busca da felicidade, em conformidade com sua orientação sexual ou em harmonia com sua identidade de gênero.

Essa alegada omissão imputada ao Congresso Nacional ensejaria, ainda, nos termos da postulação ora deduzida, **a responsabilidade civil** da União Federal, **cujo comportamento negligente** no combate à homofobia e à transfobia teria, supostamente, propiciado a ocorrência de graves ofensas e agressões às vítimas de tais condutas, **fazendo emergir**, em decorrência do quadro de abandono a que foram expostas, **o dever do Estado de indenizá-las** pelos danos morais e/ou patrimoniais por elas sofridos.

ADO 26 / DF

A Presidência do Senado Federal, em informações complementares, reitera a sua oposição ao acolhimento do pedido **formulado nesta sede de controle abstrato, enfatizando que nova proposição legislativa (PLS nº 515/2017), **de iniciativa comissional** (Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa), **ora em análise** perante a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, **sob relatoria** do Senador SÉRGIO PETECÃO, **foi apresentada** com seguinte teor:**

"PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 515, DE 2017

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

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º A ementa da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação:

'Define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero. (NR)'

Art. 2º A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar com as seguintes alterações:

'Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.' (NR)

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 40 de 566

ADO 26 / DF

'Art. 8º Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares ou locais semelhantes abertos ao público.

Pena: reclusão de um a três anos.

Parágrafo único: Incide nas mesmas penas aquele que impedir ou restringir a expressão e a manifestação de afetividade em locais públicos ou privados abertos ao público de pessoas com as características previstas no art. 1º desta Lei, sendo estas expressões e manifestações permitida às demais pessoas.' (NR)

'Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

Pena: reclusão de um a três anos e multa. (NR)'

Art. 3º O § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

'Art. 140.

*.....
§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero:*

..... (NR)'

Art. 4º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação."
(grifei)

ADO 26 / DF

3. Os pedidos

Busca-se, desse modo, **neste** processo de fiscalização normativa abstrata, **o reconhecimento formal**, por esta Suprema Corte, da existência **de situação de omissão constitucional imputável** ao Poder Legislativo, **determinando-se**, em consequência, a científicação do Congresso Nacional, para que adote as providências necessárias à concretização das normas constitucionais transgredidas (**CF** art. 5º, XLI e XLII), **estabelecendo-se** prazo razoável para esse fim.

Postula-se, ainda, em caráter subsidiário, a **colmatação jurisdicional** da lacuna normativa existente, conferindo-se **interpretação conforme** às disposições normativas previstas na Lei nº 7.716/89, **em ordem a explicitar**, **em harmonia com o que dispõe a Constituição** (**CF** art. 5º, XLI e XLII), que os atos de discriminação praticados **em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero** dos integrantes da comunidade LGBT acham-se compreendidos na definição ampla de racismo.

Caso não prevaleça esse entendimento, **requer-se** que o Supremo Tribunal Federal, **inovando** na ordem positiva, **tipifique**, ainda que por decisão judicial, as condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT, **definindo**, também, a respectiva cominação penal, **superando-se**, desse modo, embora **em caráter absolutamente excepcional**, o princípio segundo o qual “**nullum crimen, nulla poena sine praevia lege**”.

Pleiteia-se, finalmente, **o reconhecimento** da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, **condenando-se** a União Federal e os congressistas responsáveis pelo retardamento abusivo na efetivação da prestação legislativa a **indenizarem** as pessoas do grupo LGBT prejudicadas pelo comportamento omissivo ora imputado ao Estado.

ADO 26 / DF

Esses, pois, os limites materiais que identificam a presente demanda constitucional, tal como exposta pela agremiação partidária que, ao fazer instaurar o processo de controle normativo abstrato, deduziu a pretensão de inconstitucionalidade ora em julgamento.

4. Definições e questões terminológicas

Presente o contexto ora delineado, entendo relevante fazer algumas observações prévias que reputo essenciais à formulação do meu voto.

É preciso esclarecer, desde logo, que a sigla LGBT, no contexto dos debates nacionais e internacionais sobre a questão da diversidade sexual e de gênero, tem sido utilizada para designar a comunidade global das pessoas lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transgêneros, intersexuais, além de outras definidas por sua orientação sexual ou identidade de gênero.

A expressão LGBT, além de possuir a virtude de haver sido formulada pela própria comunidade que designa, atingiu ampla aceitação pública e consenso internacional, consagrando-se sua utilização, no Brasil, em 08/06/2008, na I Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (convocada por meio do decreto presidencial de 28 de novembro de 2007), cabendo assinalar, no entanto, que a primazia conferida ao uso desse termo decorre, exclusivamente, do prestígio e do renome que o acrônimo LGBT adquiriu no âmbito da defesa dos direitos humanos e do combate à discriminação, sem que o seu emprego signifique indiferença ou esquecimento em relação às demais siglas também utilizadas, especialmente com o propósito de fazer incluir, em sua definição, as pessoas que se identificam como "queer" (LGBTQ), as pessoas intersexuais (LGBTQI), as pessoas assexuais (LGBTQIA) e todas as demais pessoas representadas por sua orientação sexual ou identidade de gênero (LGBTQI+).

ADO 26 / DF

O decreto presidencial em questão, **ao convocar essa I Conferência Nacional, que se realizou** sob os auspícios da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, **objetivou duas metas específicas:**

"I – propor as diretrizes para a implementação de políticas públicas e o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – GLBT;

II – avaliar e propor estratégias para fortalecer o Programa Brasil Sem Homofobia." (grifei)

É possível constatar, a partir dessa breve exposição, que a comunidade LGBT, longe de constituir uma coletividade homogênea, **caracteriza-se, na verdade, pela diversidade** de seus integrantes, sendo formada pela reunião de pessoas e grupos sociais distintos, apresentando elevado grau de diferenciação entre si, **embora** unidos por um ponto comum: **a sua absoluta vulnerabilidade** agravada por práticas discriminatórias e atentatórias aos seus direitos e liberdades fundamentais.

As várias formas de expressão da diversidade sexual humana, **que reflete aspecto fundamental e estruturante da identidade de cada pessoa, compõem** um universo conceitual que grava **em torno** das noções de sexo, de gênero e de sexualidade, consoante assinalado pela literatura especializada (JONAS ALVES DA SILVA JUNIOR, "Uma Explosão de Cores: Sexo, Sexualidade, Gênero e Diversidade", "in" "Minorias Sexuais – Direitos e Preconceitos, organizado por Tereza Rodrigues Vieira, p. 12/14, 2012, Consulex; ROGER RAUPP RIOS, "Direito da Antidiscriminação, Sexo, Sexualidade e Gênero: A Compreensão da Proibição Constitucional de Discriminação por Motivo de Sexo", "in" "Igualdade, Diferença e Direitos Humanos, coordenado por Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan", p. 705/717, item n. 4, 2008, Lumen Juris; VIVIANE GIRARDI, "Direito Fundamental à própria

ADO 26 / DF

Sexualidade”, “in” “Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo”, p. 367/370, item n. 3, 3^a ed., 2017, RT, v.g.).

A designação do sexo da pessoa, sob perspectiva estritamente biológica, diz respeito à sua conformação física e anatômica, restringindo-se à mera verificação de fatores genéticos (cromossomos femininos ou masculinos), gonadais (ovários ou testículos), genitais (pênis ou vagina) ou morfológicos (aspectos físicos externos gerais). Esse critério dá ensejo à ordenação das pessoas, segundo sua designação sexual, em homens, mulheres e intersexuais (pessoas que apresentam características sexuais ambíguas).

Já a ideia de gênero, assentada em fatores psicossociais, refere-se à forma como é culturalmente identificada, no âmbito social, a expressão da masculinidade e da feminilidade, adotando-se como parâmetro, para tanto, o modo de ser do homem e da mulher em suas relações sociais. A identidade de gênero, nesse contexto, traduz o sentimento individual e profundo de pertencimento ou de vinculação ao universo masculino ou feminino, podendo essa conexão íntima e pessoal coincidir, ou não, com a designação sexual atribuída à pessoa em razão sua conformação biológica. É possível verificar-se, desse modo, hipóteses de coincidência entre o sexo designado no nascimento e o gênero pelo qual a pessoa é reconhecida (*cisgênero*) ou situações de dissonância entre o sexo biológico e a identidade de gênero (*transgênero*).

A sexualidade humana, por fim, envolve aspectos íntimos da personalidade e da natureza interna de cada pessoa, que revelam suas vocações afetivas e desígnios amorosos, encontrando expressão nas relações de desejo e de paixão. Essa perspectiva evidencia a orientação sexual das pessoas, que vem a ser exercida por meio de relacionamentos de caráter heterossexual (atração pelo sexo oposto), homossexual (atração pelo mesmo sexo), bissexual (atração por ambos os性os) ou assexual (indiferença a ambos os性os), cabendo destacar, por sua alta

ADO 26 / DF

relevância, a noção conceitual veiculada pela Organização Mundial de Saúde sobre essa dimensão fundamental da experiência existencial dos seres humanos ("Sexual Health, Human Rights and Law", p. 5, item n. 1.1, 2015):

"A sexualidade é um aspecto central do ser humano ao longo da sua vida e engloba sexo, identidade e papel de gênero, orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade e reprodução. A sexualidade é vivida e expressada em pensamentos, fantasias, desejos, crenças, atitudes, valores, comportamentos, práticas, papéis e relacionamentos. A sexualidade pode envolver todas estas dimensões, mas nem sempre todas são vivenciadas ou expressas. A sexualidade é influenciada por uma interação de fatores de ordem biológica, psicológica, social, econômica, política, cultural, ética, legal, histórica, religiosa e espiritual." (grifei)

Os aspectos que venho de ressaltar evidenciam a centralidade que adquirem as noções de sexo, de gênero e de sexualidade na definição da orientação sexual e da identidade de gênero das pessoas.

É preciso também não desconhecer, na abordagem jurisdicional do tema ora em exame, a existência dos Princípios de Yogyakarta, notadamente daqueles que reconhecem a inter-relacionalidade e indivisibilidade de todos os aspectos da identidade humana, inclusive aqueles relativos à orientação sexual e à identidade de gênero.

Essa importante Carta de Princípios, fruto de conferência realizada, na Indonésia, em novembro de 2006, sob a coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos, fez consignar as seguintes considerações:

"INTRODUÇÃO AOS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA"

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. A orientação sexual e a

ADO 26 / DF

identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso.

.....

*Entretanto, violações de direitos humanos que atingem pessoas **por causa** de sua orientação sexual ou identidade de gênero, real ou percebida, constituem um padrão global e consolidado, que causa sérias preocupações. O rol dessas violações inclui execuções extra-judiciais, tortura e maus-tratos, agressões sexuais e estupro, invasão de privacidade, detenção arbitrária, negação de oportunidades de emprego e educação e sérias discriminações em relação ao gozo de outros direitos humanos. Estas violações são com freqüência agravadas por outras formas de violência, ódio, discriminação e exclusão, como aquelas baseadas na raça, idade, religião, deficiência ou status econômico, social ou de outro tipo.*

*Muitos Estados e sociedades impõem normas de gênero e orientação sexual às pessoas **por meio** de costumes, legislação e violência e exercem controle sobre o modo como elas vivenciam seus relacionamentos pessoais e como se identificam. O policiamento da sexualidade continua a ser poderosa força subjacente à persistente violência de gênero, bem como à desigualdade entre os gêneros.” (grifei)*

Nesse documento, que se apresenta impregnado de relevante significado, assim se definiu o sentido conceitual de orientação sexual e de identidade de gênero:

“1) Compreendemos orientação sexual como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e性uais com essas pessoas.

2) Compreendemos identidade de gênero a profunda e sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos,

ADO 26 / DF

cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.” (grifei)

O ilustre Advogado PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (“Constitucionalidade e Dever Constitucional da Classificação da Homofobia e da Transfobia como Crimes de Racismo”, p. 88/89, item n. 1.1, “in” “Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo”, coordenado por Maria Berenice Dias, 3^a ed., 2017, RT), ao discorrer sobre os conceitos de orientação sexual, identidade de gênero, homofobia e transfobia, expende as seguintes considerações:

“(...) De forma mais objetiva, em termos identitários, pode-se dizer que a orientação sexual refere-se à homossexualidade, à heterossexualidade e à bissexualidade, por se referir ao sexo/gênero que atrai a pessoa de forma erótico-afetiva, ao passo que a identidade de gênero refere-se à travestilidade, à transexualidade, à transgeneridade em geral e à cisgeneridade por se referir ao gênero com o qual a pessoa se identifica. Fala-se em orientação sexual ou identidade de gênero real ou atribuída no sentido de se caracterizar a homofobia/transfobia tanto quando as vítimas sejam agredidas/discriminadas/ofendidas/ameaçadas por sua real orientação sexual ou identidade de gênero não heterossexual cisgênera e também quando as vítimas são heterossexuais, mas são confundidas com LGBT, ou seja, são agredidas por terem a si atribuída uma orientação sexual ou identidade de gênero distinta da sua (adiante se trazem exemplos disso).

A homofobia se refere ao preconceito e/ou à discriminação contra homossexuais (gays e lésbicas) e bissexuais, ao passo que a transfobia é o preconceito e/ou a discriminação contra travestis, transexuais e transgêneros em geral. Com efeito, segundo Roger Raupp Rios, heterossexismo é ‘um sistema em que a heterossexualidade é institucionalizada como norma social, política, econômica e jurídica, não importa se de modo explícito ou implícito’, sendo que ‘homofobia é a modalidade de preconceito e de discriminação direcionada contra homossexuais’, o mesmo valendo para a transfobia relativamente a travestis, transexuais e

ADO 26 / DF

transgêneros em geral, com o cissexismo o sistema social pelo qual a cisgeneridade é institucionalizada como norma social, política, econômica ou jurídica, seja de modo explícito ou implícito.” (grifei)

Assentadas tais premissas, passo a analisar, como anteriormente ressaltado ao iniciar o meu voto, as questões preliminares concernentes à admissibilidade dos pedidos formulados pela agremiação partidária autora da presente ação constitucional.

5. A questão da “ideologia de gênero”

É preciso enfatizar neste ponto, que o gênero e a orientação sexual constituem elementos essenciais e estruturantes da própria identidade da pessoa humana, integrando uma das mais íntimas e profundas dimensões de sua personalidade, consoante expressiva advertência de autorizado magistério doutrinário (MARIA BERENICE DIAS, “Homoafetividade e Direitos LGBTI”, p. 123/125, item n. 7.3, 7ª ed., 2016, RT; VIVIANE GIRARDI, “Direito Fundamental à Própria Sexualidade”, “in” “Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo”, coordenado por Maria Berenice Dias, p. 366/370, 2017, RT; RODRIGO BERNARDES DIAS, “Estado, Sexo e Direito”, pág. 59/69, item n. 1.7.2, 2015, SRS; GIOVANNA BIANCA TREVIZANI, “Meu Corpo, Minhas Regras: A Transexualidade sob a Luz do Direito Constitucional e as Lacunas no Estado Democrático de Direito”, “in” “Homotransfobia e Direito Sexuais – Debates e Embates Contemporâneos”, p. 98/100, 2018, Autêntica, v.g.).

Não obstante as questões de gênero envolvam, inegavelmente, aspectos fundamentais relacionados à liberdade existencial e à dignidade humana, ainda assim integrantes da comunidade LGBT acham-se expostos, por ausência de adequada proteção estatal, especialmente em razão da controvérsia gerada pela denominada “ideologia de gênero”, a ações de caráter segregacionista, impregnadas de inequívoca coloração homofóbica, que visam a limitar, quando não a suprimir, prerrogativas

ADO 26 / DF

essenciais de gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transgêneros e intersexuais, entre outros, culminando, até mesmo, em algumas situações, por tratá-los, absurdamente, a despeito de sua inalienável condição de pessoas investidas de dignidade e de direitos, como indivíduos destituídos de respeito e consideração, degradados ao nível de quem sequer tem direito a ter direitos, posto que se lhes nega, mediante discursos autoritários e excludentes, o reconhecimento da legitimidade de sua própria existência.

Para esse fim, determinados grupos políticos e sociais, inclusive confessionais, motivados por profundo preconceito, vêm estimulando o desprezo, promovendo o repúdio e disseminando o ódio contra a comunidade LGBT, recusando-se a admitir, até mesmo, as noções de gênero e de orientação sexual como aspectos inerentes à condição humana, buscando embaraçar, quando não impedir, o debate público em torno da transsexualidade e da homossexualidade, por meio da arbitrária desqualificação dos estudos e da inconcebível negação da consciência de gênero, reduzindo-os à condição subalterna de mera teoria social (a denominada “ideologia de gênero”), tal como denuncia o Advogado e Professor PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI, em substanciosa obra sobre o tema, de cujo teor extraio o seguinte fragmento (“Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais do Legislativo”, p. 441, item n. 1, 2019, Pessotto):

“Veja-se a que ponto chega a ideologia de gênero heteronormativa e cismatizada, ao impor a heterossexualidade e a cisgenderidade compulsórias: quer tornar obrigatórios verdadeiros estereótipos de gênero, decorrentes das normas de gênero socialmente hegemônicas, que impõem um tipo específico de masculinidade, absolutamente incompatível com as condutas afetivas entre homens, como se isso fosse um traço específico apenas da feminilidade, que exige das mulheres condutas bem sintetizadas na expressão bela, recatada e do lar. Versões tóxicas da

ADO 26 / DF

masculinidade e da feminilidade que acabam gerando agressões a quem ‘ousa’ delas se distanciar, no exercício de seu direito fundamental e humano ao livre desenvolvimento da personalidade. Ou seja, sob o espantalho moral criado por fundamentalistas religiosos e reacionários morais em geral, relativamente à chamada ideologia de gênero (sic), para com isso designarem a defesa de algo distinto da heteronormatividade e da cismatatividade, ou seja, da normalidade social e naturalidade das identidades não-heterossexuais e não-cisgêneras, bem como o dever de igual respeito e consideração às minorias sexuais e de gênero (as pessoas não-heterossexuais e não-cisgêneras, que se configuram como as ‘maiorias sexuais’, no sentido do grupo socialmente e culturalmente hegemônico na sociedade), cabe destacar que, se algo aqui é ‘ideológico’, no sentido pejorativo (...) de algo contrário à realidade objetiva, é a tese que defende que as pessoas ‘nascem’ heterossexuais e cisgêneras e que, por opção sexual (sic), posteriormente, passam a ‘escolher’ alguma identidade sexual não-heterossexual ou identidade de gênero transgênera.” (grifei)

Essa visão de mundo, Senhores Ministros, fundada na ideia, artificialmente construída, de que as diferenças biológicas entre o homem e a mulher devem determinar os seus papéis sociais (“meninos vestem azul e meninas vestem rosa”), impõe, notadamente em face dos integrantes da comunidade LGBT, uma inaceitável restrição às suas liberdades fundamentais, submetendo tais pessoas a um padrão existencial heteronormativo, incompatível com a diversidade e o pluralismo que caracterizam uma sociedade democrática, impondo-lhes, ainda, a observância de valores que, além de conflitarem com sua própria vocação afetiva, conduzem à frustração de seus projetos pessoais de vida.

É por isso que SIMONE DE BEAUVOIR, em sua conhecida obra “O Segundo Sexo” (“Le Deuxième Sexe”, tomo I, “Les Faits et Les Mythes” e tomo II, “L’expérience Vécue”, Ed. Gallimard), escrita em 1949, já manifestava a sua percepção em torno da realidade de que sexo e gênero

ADO 26 / DF

constituem expressões conceituais dotadas de significado e de sentido próprios, sintetizando, em uma fórmula tipicamente existencialista e fenomenológica, *de caráter tendencialmente feminista* (*op. cit.*, vol. 2/11, 3^a ed., 2016, Ed. Nova Fronteira), que “*On ne naît pas femme: on le devient*” (“*Ninguém nasce mulher: torna-se mulher*”).

Isso significa, portanto, como já se escreveu, que a liberdade e a autenticidade de cada ser humano constituem valores revestidos de inquestionável essencialidade, a revelar que o indivíduo, sendo autor de seu próprio destino, deve conduzir a sua vida segundo suas escolhas **fundadas** em valores por ele aceitos e aos quais ele voluntariamente se submete **no exercício** de sua liberdade pessoal **e na prática efetiva** de sua capacidade de autodeterminação.

É essa percepção que permite estabelecer distinção entre sexo e gênero, valendo destacar, por bastante esclarecedora, a seguinte passagem de DANIEL GOMES DE CARVALHO, que é Professor de Filosofia e Sociologia, Doutor em História Social e autor de vasta produção bibliográfica em sua área de especialização:

“De acordo com esse ponto de vista, o sexo é um fator biológico, ou seja, ligado à constituição físico-química do corpo humano. Outra coisa é o gênero. Quando se fala em ‘gênero feminino’, fala-se em todas as características que a sociedade associa ao ‘ser mulher’; quando se fala em ‘gênero masculino’, fala-se em todas as características que a sociedade associa ao ‘ser homem’. Do ponto de vista, o gênero não é biológico-natural, mas um constructo social. Em outras palavras, ‘ser homem’ ou ‘ser mulher’ não é um dado natural, mas performático e social, de maneira que, ao longo da história, cada sociedade criou os padrões de ação e comportamento de determinado gênero.

A orientação sexual, isto é, a quais gêneros nos sentimos atraídos (física, romântica ou emocionalmente), por sua vez, seria ainda um terceiro fator, diferente do gênero ou do sexo. A liberdade de construção do gênero e da orientação sexual,

ADO 26 / DF

diferentemente do dado biológico do sexo (...) dialoga com o existencialismo. Lembre-se: existencialismo é uma filosofia que enxerga o homem como constructo de si mesmo: pelas suas escolhas, é possível construir a própria existência. Evidentemente, para os existencialistas, quando nascemos, já existe uma sociedade pronta, repleta de regras e padrões. Mas, como dizia Sartre, não importa o que os outros fizeram conosco, mas o que fazemos com o que fizeram com os outros. Nesse sentido, a liberdade de escolha de gênero seria uma maneira de exercermos essa liberdade existencial." (grifei)

A importância do tema que ora se examina acha-se bem realçada pela existência, *nesta Suprema Corte, de inúmeros processos de controle normativo abstrato* (ADPF 457/TO, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – ADPF 462/SC, Rel. Min. EDSON FACHIN – ADPF 465/TO, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – ADPF 522/PE, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – ADPF 536/PR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA) que têm por objeto diplomas legislativos e outros atos estatais que buscam, no âmbito do sistema educacional dos Estados e dos Municípios brasileiros, impedir a implementação de medidas fundadas na "ideologia de gênero", proibindo, em decorrência de inaceitável atitude preconceituosa, a adoção dos estudos de gênero e de orientação sexual, o que levou o eminente Ministro ROBERTO BARROSO, ao deferir provimento cautelar requerido na ADPF 461/DF, de que é Relator, a expor as seguintes reflexões:

"A transsexualidade e a homossexualidade são um fato da vida que não deixará de existir por sua negação e que independe do querer das pessoas. Privar um indivíduo de viver a sua identidade de gênero ou de estabelecer relações afetivas e sexuais conforme seu desejo significaria privá-lo de uma dimensão fundamental da sua existência; implicaria recusar-lhe um sentido essencial da autonomia, negar-lhe igual respeito e consideração com base em um critério injustificado." (grifei)

ADO 26 / DF

Essa injustificável negação da realidade social e dos aspectos inerentes à personalidade humana objetiva impedir, arbitrariamente, que os membros da comunidade LGBT possam reivindicar, legitimamente, o direito de exercerem, com plena liberdade, as prerrogativas inerentes à sua condição pessoal e de pretenderem acesso à proteção estatal no âmbito de suas relações socioafetivas.

O Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, veio a assinalar que o direito à autodeterminação do próprio gênero ou à definição de sua orientação sexual, enquanto expressões do princípio do livre desenvolvimento da personalidade – longe de caracterizar mera “ideologia de gênero” ou teoria sobre a sexualidade humana – qualifica-se como poder fundamental de qualquer pessoa, inclusive daquela que compõe o grupo LGBT, poder jurídico esse impregnado de natureza constitucional, e que traduz, iniludivelmente, em sua expressão concreta, um essencial direito humano cuja realidade deve ser reconhecida pelos Poderes Públicos, tal como esta Corte já o fez quando do julgamento da união civil homoafetiva (ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, das quais foi Relator o Ministro AYRES BRITTO) e, também, no exame da controvérsia referente à alteração do prenome da pessoa transgênero, com redesignação do gênero por ela própria autopercebido, independentemente de cirurgia de transgenitalização (ADI 4.275/DF Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN):

- “1. **O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero.**
2. **A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la.**
3. **A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer, por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade, dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou**

ADO 26 / DF

judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

4. Ação direta julgada procedente."

(ADI 4.275/DF Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN – grifei)

"2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.
O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualdade jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de promover o bem de todos. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da dignidade da pessoa humana: direito à auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade

ADO 26 / DF

constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. (...)."

(ADI 4.277/DF Rel. Min. AYRES BRITTO – grifei)

É importante não desconhecer Senhores Ministros, que esse mesmo entendimento veio a ser acolhido em procedimento consultivo instaurado por iniciativa da República da Costa Rica (Parecer Consultivo OC-24/2017), em cujo âmbito a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretar as cláusulas do *Pacto de São José da Costa Rica*, formalmente incorporado ao ordenamento positivo brasileiro (Decreto nº 678/1992), reafirmou, na linha de diversos outros instrumentos convencionais adotados no âmbito do sistema global de direitos humanos, a essencialidade do direito à identidade de gênero e à orientação sexual da pessoa humana e a indispensabilidade do respeito e da proteção estatal à convivência harmônica e ao desenvolvimento livre, digno e pleno das diversas expressões de gênero e da sexualidade, vindo a assentar, sobre tais aspectos, as seguintes conclusões:

"a) O direito à identidade deriva do reconhecimento do livre desenvolvimento da personalidade e do direito à vida privada (*supra*, pars. 88 e 89);

b) O direito à identidade foi reconhecido por este Tribunal como um direito protegido pela Convenção Americana (*supra*, par. 90);

c) O direito à identidade inclui, por sua vez, outros direitos, de acordo com as pessoas e as circunstâncias de cada caso, embora esteja intimamente relacionado com a dignidade humana, o direito à vida e o princípio da autonomia da pessoa (artigos 7 e 11 da Convenção Americana) (*supra*, par. 90);

d) O reconhecimento da afirmação da identidade sexual e de gênero como uma manifestação da autonomia pessoal é um elemento constituinte e constitutivo da identidade das pessoas que se encontra protegido pela Convenção Americana em seus artigos 7 e 11.2 (*supra*, par. 98);

ADO 26 / DF

e) A identidade de gênero e sexual está ligada ao conceito de liberdade, ao direito à vida privada e à possibilidade de todo ser humano se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, segundo suas próprias convicções (supra, par. 93);

f) A identidade de gênero foi definida neste parecer como a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa sente, e pode ou não corresponder ao sexo atribuído no momento do nascimento (supra, par. 94);

g) O sexo, o gênero, bem como as identidades, funções e atributos socialmente construídos a partir das diferenças biológicas derivadas do sexo atribuído no momento do nascimento, longe de constituir componentes objetivos e imutáveis que individualizam a pessoa, por ser um fato de natureza física ou biológica, acabam sendo traços que dependem da apreciação subjetiva de quem o detém e descansam em uma construção da identidade de gênero autopercebida, relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação sexual e o direito à vida privada (supra, par. 95).

h) O direito à identidade possui também um valor instrumental para o exercício de determinados direitos (supra, par. 99);

i) O reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o pleno gozo dos direitos humanos das pessoas transgênero, incluindo a proteção contra a violência, a tortura, os maus-tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego, à moradia, ao acesso à seguridade social, bem como o direito à liberdade de expressão e associação (supra, par. 98), e

j) O Estado deve assegurar que indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e com o mesmo respeito a que têm direito todas as pessoas (supra, par. 100)." (grifei)

ADO 26 / DF

6. Inviabilidade da formulação, em sede de processo de controle concentrado de constitucionalidade, de pedido de índole condenatória, fundado em alegada responsabilidade civil do Estado, eis que, em ações constitucionais de perfil objetivo, não se discutem situações individuais ou interesses subjetivos

O exame dessa questão leva-me a reconhecer que, em tema de controle abstrato de omissão inconstitucional, revela-se inviável a concessão de tutela de índole resarcitória, requerida com o objetivo de reparar danos morais e/ou patrimoniais eventualmente sofridos por terceiros, seja ela postulada em caráter individual, seja ela formulada em defesa de interesses coletivos ou transindividuais.

Torna-se relevante insistir na asserção de que, no processo de fiscalização normativa abstrata, em cujo âmbito instauram-se relações processuais objetivas, visa-se a uma só finalidade: a tutela objetiva da ordem constitucional, sem vinculações quaisquer a situações jurídicas de caráter individual ou de natureza concreta.

A razão de ser desse entendimento – adverte o magistério da doutrina (GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “**Curso de Direito Constitucional**”, p. 1.296/1.297, item n. 2.1., 12^a ed., 2017, IDP/Saraiva; CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, “**A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**”, p. 141/145, item n. 3.2.2, 2^a ed., 2000, RT; NAGIB SLAIBI FILHO, “**Ação Declaratória de Constitucionalidade**”, p. 106, 2^a ed., 1995, Forense; OSWALDO LUIZ PALU, “**Controle de Constitucionalidade**”, p. 192/193, item n. 9.9.1, 2^a ed., 2001, RT; ZENO VELOSO, “**Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**”, p. 89, item n. 109, 3^a ed./2^a tir., 2003, Cejup; ALEXANDRE DE MORAES, “**Direito Constitucional**”, p. 755/756, item n. 9.2, 27^a ed., 2011, Atlas, v.g.) – repousa na circunstância de o processo de fiscalização normativa abstrata qualificar-se como processo de caráter objetivo (**RTJ 113/22**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – **RTJ 131/1001**,

ADO 26 / DF

Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 136/467, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 164/506-509, Rel. Min. CELSO DE MELLO), repelindo, *por isso mesmo, qualquer* pretensão que vise a **resguardar** interesses individuais supostamente lesados em face de situações concretas.

Essa visão do tema – *que bem reflete* a diretriz jurisprudencial firmada por esta Suprema Corte – foi exposta, de modo claro, por DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR (“Controle Judicial das Omissões do Poder Público”, p. 546/547, item n. 5, 2004, Saraiva), em lição na qual ao analisar os efeitos da decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, formula as seguintes observações:

“(...) *Não satisfaz ao propósito constitucional, outrossim, cogitar-se de outros meio alternativos, como, por exemplo, a responsabilização do Estado pela recalcitrância de seus órgãos em não suprir a omissão já declarada inconstitucional. O que importa, insista-se, é assegurar a efetividade da Constituição e sua plenitude normativa e não, propriamente, a responsabilização do Estado pelos danos porventura causados a terceiros em decorrência da persistência daquela omissão*, que representa providência meramente ancilar no controle de constitucionalidade por omissão.

A nota fundamental do controle de constitucionalidade não é gerar responsabilidades, mas sim suplantar as inconstitucionalidades, para o fim de garantir a supremacia e a integralidade da Constituição.” (grifei)

Cumpre insistir, bem por isso, **que o sistema** de controle normativo abstrato de constitucionalidade não permite que, *em seu âmbito, discutam-se interesses individuais nem se examinem situações concretas*.

Vale relembrar, por oportuno, **que o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade** – por revestir-se de caráter objetivo – destina-se a viabilizar “*o julgamento não de uma relação jurídica*

ADO 26 / DF

concreta, mas de validade de lei em tese (...)" (RTJ 95/999, Rel. Min. MOREIRA ALVES – grifei).

A importância de qualificar-se o controle normativo abstrato de constitucionalidade como processo objetivo – vocacionado, como precedentemente enfatizado, à proteção "in abstracto" da ordem constitucional – impede, por isso mesmo, a apreciação de qualquer pleito que vise a resguardar situações de expressão concreta ou de interesses de caráter individual.

É preciso ter presente que o processo de controle das omissões inconstitucionais, em face do seu perfil objetivo, encerra um juízo em torno do reconhecimento da existência de imposição constitucional de legislar, de um lado, e da configuração de uma situação de inércia abusiva ou irrazoável, de outro.

Não podem constituir objeto de análise, neste processo de controle concentrado, as circunstâncias de fato e os elementos de prova cuja constatação permitiria – após necessária dilação probatória – determinar, como pretendido pela agremiação partidária autora, a responsabilidade civil objetiva não só da União Federal, mas, também, de seus congressistas (CF art. 37, § 6º).

Vê-se, daí, que o exame da pretensão de índole reparatória formulada pelo autor, além de importar na investigação de situações concretas e na discussão de interesses individuais, implicaria aprofundada análise de elementos probatórios, o que se revela inadmissível neste processo de controle normativo abstrato, **considerado, estritamente, o teor do pleito resarcitório deduzido** pela agremiação partidária.

Vale registrar, por oportuno, **que essa impossibilidade** em torno da concreta produção probatória dos pressupostos legitimadores da incidência

ADO 26 / DF

da cláusula **inscrita** no art. 37, § 6º, da Constituição, referentemente a situações individuais **ou** transindividuais, **não** afeta **nem** compromete o direito material *eventualmente* titularizado pelo ofendido, **a quem fica assegurado**, por isso mesmo, **o acesso** às vias processuais ordinárias, em cujo âmbito poderá, valendo-se de todos os meios de prova disponíveis, **demonstrar** o dano moral ou patrimonial que lhe foi infligido e **comprovar** o nexo de causalidade material **entre** o comportamento estatal omissivo e a consumação do resultado lesivo por ele sofrido.

Isso significa, portanto, que, **em face da natureza objetiva** de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, **nele não se discutem situações concretas** (**RTJ 170/801-802**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **eis que inadmissível proceder-se** à “defesa de direito subjetivo” (Min. CÉLIO BORJA, “in” **ADI** 647/DF – **RTJ** 140/36-42) **ou** à consideração de interesses concretos **em sede** de controle normativo abstrato:

"CONTROLE **ABSTRATO** **DE**
CONSTITUCIONALIDADE – **PROCESSO DE CARÁTER**
OBJETIVO – **IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DE**
SITUAÇÕES INDIVIDUAIS E CONCRETAS

– O controle normativo de constitucionalidade **qualifica-se** como típico processo **de caráter objetivo**, vocacionado **exclusivamente** à defesa, **em tese**, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo **tem por função instrumental** viabilizar o julgamento **da validade abstrata** do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas **concretas e individuais** **constitui** matéria juridicamente **estranya** ao domínio do processo de controle **concentrado** de constitucionalidade.

A tutela jurisdicional **de situações individuais**, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, **há de ser obtida na via do controle difuso** de constitucionalidade, que, **supondo** a existência de um caso concreto, revela-se acessível a

ADO 26 / DF

qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3º)."

(RTJ 164/506-509, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

É por esse motivo que o eminentíssimo Advogado e Professor LUIZ GUILHERME MARINONI, ao examinar essa questão, esclarece que, "enquanto a omissão constitucional – a ilicitude – é caracterizada na decisão proferida na ação direta de constitucionalidade por omissão, o dano e o nexo de causalidade dependem da propositura da ação individual em que se peça o ressarcimento contra o Estado" (INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, "Curso de Direito Constitucional", p. 1.310, item n. 8.70, 6ª ed., 2017, Saraiva – grifei).

7. Impossibilidade jurídico-constitucional de o Supremo Tribunal Federal, mediante provimento jurisdicional, tipificar delitos e cominar sanções de direito penal

Cabe indagar neste ponto, se se revela viável, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, colmatar, mediante decisão desta Corte Suprema, a omissão denunciada pelo autor da presente ação direta, procedendo-se à tipificação penal de condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT, definindo-se, ainda, a respectiva cominação penal, superando-se, desse modo, tal como expressamente pretendido pelo PPS, o princípio segundo o qual "nullum crimen, nulla poena sine praevia lege".

Entendo que não. É que a pretensão em referência – por importar em inadmissível substituição do Congresso Nacional – veicula clara transgressão ao postulado constitucional da separação de poderes e, também, ofensa manifesta ao princípio da reserva absoluta de lei formal em matéria de índole penal.

ADO 26 / DF

Como se sabe, a definição típica das condutas delituosas está subordinada ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei formal (CF art. 5º, XXXIX), o que inviabiliza qualquer pleito cujo acolhimento implique desconsideração dessa garantia fundamental, segundo a qual não há crime nem pena sem lei anterior que os defina, excluída, portanto, a possibilidade de utilização de provimento jurisdicional como sucedâneo de norma legal.

Ninguém pode ignorar que, em matéria penal, prevalece, sempre, o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal.

Esse princípio, além de consagrado em nosso ordenamento positivo (CF art. 5º, XXXIX), também encontra expresso reconhecimento na **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Artigo 9º) e no **Pacto Internacional** sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 15), que representam atos de direito internacional público a que o Brasil efetivamente aderiu.

Não se pode desconhecer, portanto, considerado o princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal, que o tema pertinente à definição do tipo penal e à cominação da sanção penal subsume-se ao âmbito das normas de direito material, de natureza eminentemente penal, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento, como adverte autorizado magistério doutrinário (FERNANDO GALVÃO, “**Direito Penal – Curso Completo – Parte Geral**”, p. 880/881, item n. 1, 2ª ed., 2007, Del Rey; DAMÁSIO E. DE JESUS, “**Direito Penal – Parte Geral**”, vol. 1/718, item n. 1, 27ª ed., 2003, Saraiva; CELSO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JÚNIOR e FÁBIO M. DE ALMEIDA DELMANTO, “**Código Penal Comentado**”, p. 315, 7ª ed., 2007, Renovar; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, “**Tratado de Direito Penal**”, vol. 1/772, item n. 1, 14ª ed., 2009, Saraiva; ROGÉRIO GRECO, “**Código Penal Comentado**”, p. 205, 2ª ed., 2009, Impetus; ANDRÉ ESTEFAM, “**Direito Penal – Parte Geral**”, vol. 1/461, item n. 1.3,

ADO 26 / DF

2010, Saraiva; LUIZ REGIS PRADO, “**Comentário ao Código Penal**”, p. 375, item n. 2, 4ª ed., 2007, RT, v.g.).

Dai a precisa observação feita por LUIZ FLÁVIO GOMES e por VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“**Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**”, vol. 4/122, 2008, RT) no sentido de que, “*no âmbito do Direito Penal incriminador, o que vale* é o princípio da reserva legal, ou seja, só o Parlamento, exclusivamente, pode aprovar crimes e penas. Dentre as garantias que emanam do princípio da legalidade, achar-se a reserva legal (só o Parlamento pode legislar sobre o Direito Penal incriminador) e a anterioridade (‘lex populi’ e ‘lex prævia’, respectivamente). Lei não aprovada pelo Parlamento não é válida (...)" (grifei).

Não cabe, pois, ao Poder Judiciário atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 – RTJ 143/57 – RTJ 146/461-462 – RTJ 153/765 – RTJ 161/739-740 – RTJ 175/1137, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser validamente definidos pelo Parlamento (J. J. GOMES CANOTILHO, “**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**”, p. 636, item n. 4, 1998, Almedina).

Com efeito, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.

Não constitui demasia observar, por oportuno, que a reserva de lei – consoante adverte JORGE MIRANDA (“**Manual de Direito Constitucional**”, tomo V/217-220, item n. 62, 2ª ed., 2000, Coimbra Editora) – traduz postulado revestido de função excludente, de caráter

ADO 26 / DF

negativo (que veda, nas matérias a ela sujeitas, como sucede no caso ora em exame, quaisquer intervenções, a título primário, de órgãos estatais não legislativos), e cuja incidência também reforça, positivamente, o princípio que impõe à administração e à jurisdição a necessária submissão aos comandos fundados em norma legal, de tal modo que, conforme acentua o ilustre Professor da Universidade de Lisboa, “*quaisquer intervenções – tenham conteúdo normativo ou não normativo – de órgãos administrativos ou jurisdicionais só podem dar-se a título secundário, derivado ou executivo, nunca com critérios próprios ou autônomos de decisão*” (grifei).

Isso significa, portanto, que somente lei interna pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação penal, com a consequente exclusão de qualquer outra fonte formal, como os provimentos de índole jurisdicional.

Superada a questão referente à inidoneidade jurídico-processual de imposição de condenação civil ao Poder Público em razão de sua inéria constitucional, passo a examinar, Senhor Presidente, a relevantíssima questão constitucional ora em julgamento, pedindo licença, no entanto, para breve digressão histórica em torno do tema subjacente à presente causa.

8. Considerações em torno dos registros históricos e das práticas sociais contemporâneas, que revelam o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório que tem sido dispensado à vivência homoerótica em nosso País: “O amor que não ousa dizer o seu nome” (Lord Alfred Douglas, do poema “Two Loves”, publicado em “The Chameleon”, 1894, verso erroneamente atribuído a Oscar Wilde)

A questão da homossexualidade, surgida em um momento no qual ainda não se debatia o tema pertinente à “ideologia de gênero”, tem assumido, em nosso País, ao longo de séculos de repressão, de intolerância e de preconceito, graves proporções que tanto afetam as pessoas em

ADO 26 / DF

virtude de sua orientação sexual (ou, mesmo, de sua identidade de gênero), marginalizando-as, estigmatizando-as e privando-as de direitos básicos, em contexto social que lhes é claramente hostil e vulnerador do postulado da essencial dignidade do ser humano.

Se revisitarmos a legislação reinol que Portugal impôs ao Brasil em nosso período colonial, e analisarmos as punições cominadas no *Livro V* das Ordenações do Reino, conhecido como “*liber terribilis*”, tal o modo compulsivo com que esse estatuto régio prodigalizava a pena de morte, iremos constatar a maneira cruel (e terrivelmente impiedosa) com que as autoridades da Coroa perseguiram e reprimiram os homossexuais.

É interessante observar que as Ordenações do Reino – as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603) –, marcadas por evidente hostilidade aos atos de sodomia, também qualificada como “*pecado nefando*” (ou, na expressão literal daqueles textos legislativos, como “*cousa indigna de se exprimir com palavras: cousa da qual não se pode fallar sem vergonha*”, cominaram sanções gravíssimas que viabilizavam, até mesmo, a imposição do “*supplicium extremum*” aos autores dessas práticas sexuais tidas por “*desviantes*”, como revela VERONICA DE JESUS GOMES, em Dissertação de Mestrado (“**Vício dos Clérigos: A Sodomia nas Malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa**”, Niterói, UFF, 2010):

“As ‘Ordenações’ do Reino português foram rigorosas no julgamento do pecado/crime ao preverem penas bastante severas aos sodomitas, incluindo a morte, como já assinalavam, no século XV, as ‘Ordenações Afonsinas’. A pena capital foi confirmada pelas leis posteriores, quando houve melhor sistematização e recrudescimento das regras penais. As ‘Ordenações Manuelinas’ (1514/1521) mantiveram a fogueira para os transgressores, equiparam o crime de sodomia ao de lesa-majestade, ou seja, quem cometesse um ato sodomítico sofreria as mesmas sanções de quem traísse a pessoa do rei ou o seu

ADO 26 / DF

real estado, declarando que ‘todos seus bens sejam confiscados pera a Coroa dos Nossos Reynos [...]’, assi propriamente como os daquelles, que cometem o crime da lesa Magestade contra seu Rey e Senhor’.

Além disso, condenou seus filhos e descendentes à infâmia, proibindo-lhes a ocupação de cargos públicos, além de incitar a delação, prometendo um terço da fazenda dos acusados aos que apontassem culpados, ‘em segredo ou em publico’. Aquele que soubesse de algum ‘desviantes’ e não o delatasse, qualquer que fosse sua pessoa, teria todos os bens confiscados e seria degredado para sempre dos reinos e senhorios portugueses.

Quanto aos parceiros dos sodomitas, o Código Manuelino previa que, em caso de delação, que culminasse na prisão do acusado, lhe fosse perdoada toda pena cível, ‘e crime contheuda nesta Ordenaçam; (...). As disposições ali registradas valiam tanto para os que pecaram antes de sua promulgação quanto para os que, porventura, cometesssem o dito crime dali em diante.

As regras valiam também para a sodomia feminina, que, a partir de então, passou a configurar-se como um crime julgado pelas ordenações régias. (...).

As Ordенаções Filipinas (1603) confirmaram a pena capital aos sodomitas de qualquer qualidade, incluídas as mulheres, mantendo o confisco de bens e a infâmia de seus descendentes, da mesma maneira que o estabelecido para os que cometessem o crime de lesa-majestade. Os delatores agora teriam direito à metade da fazenda do culpado. Em caso de delatados despossuídos, a Coroa pagaria cem cruzados ao ‘descobridor’, quantia que seria devida apenas em caso de prisão do sodomita. Da mesma forma que as Manuelinas, condenavam ao confisco total de bens e ao degredo perpétuo os que não colaborassem com a justiça e reafirmavam a indulgência perante os que delatassem os parceiros.

Esse código legislativo apresentou inovações que merecem ser destacadas. O discurso persecutório às práticas homoeróticas parece recrudescer. A molécie entre pessoas do mesmo sexo, que não constava nas duas primeiras ordenações, passou a ser punida

ADO 26 / DF

gravemente com a pena do degredo para as galés ‘e outras penas extraordinárias, segundo o modo e perseverancia do peccado’:

(...)

Duas testemunhas de diferentes atos de molícies eram requeridas para que o delito fosse provado e o legislador se preocupou com a identidade das testemunhas, que não deveriam ter seus nomes revelados, mas segundo o arbítrio do julgador. Até então, não havia preocupação quanto às carícias homoeróticas por parte da legislação régia. As ‘Ordenações Afonsinas’ observaram apenas os atos sodomíticos em si e as ‘Ordenações Manuelinas’ incluíram as mulheres, a bestialidade (praticada por ambos), além do uso de roupas de homens por mulheres e vice-versa. Nos Códigos Filipinos, ainda que os ‘tocamentos desonestos’ não fossem o bastante para comprovar o delito, passaram a ser gravemente punidos com o degredo para as galés ou outras penas, dependendo da contumácia e pertinácia do indivíduo.

Outro aspecto que merece ser ressaltado é a introdução da tortura no título referente à sodomia. Sempre que houvesse culpados ou indícios de culpa, que, conforme o Direito, bastasse, o sujeito era enviado para o tormento, para que revelasse os parceiros e quaisquer outras pessoas que tivessem cometido sodomia ou soubessem de sua prática. A tortura de réus negativos ou ‘vacilantes’ foi um procedimento judiciário comum nos códigos legislativos europeus. (...).

Em Portugal, a preocupação com a utilização da técnica como forma de arrancar as confissões era tamanha que as ‘Ordenações Manuelinas’ aconselhavam que não fossem aplicadas seguidas sessões de tormento ao mesmo réu, para que, com ‘medo da dor’, ratificasse uma falsa confissão. (...).

As três ‘Ordenações’ não foram os únicos códigos legislativos portugueses que censuraram e penalizaram sodomitas e praticantes de molícies. As chamadas ‘Leis Extravagantes’ também tiveram o mesmo objetivo. Em 09 de março de 1571, uma ‘Lei Extravagante’, promulgada por D. Sebastião, ditava que ‘as Pessoas, que com outras do mesmo sexo commetterem o peccado de mollicie, serão castigadas gravemente com o degredo de Galés, e outras

ADO 26 / DF

penas extraordinarias, segundo o modo e perseverança do peccado'. Em 1606, o rei Felipe II ratificou a lei de D. Sebastião contra a molícies, em que se determinava que os culpados fossem presos e, sendo peões, recebessem a pena vil do açoite com barraço e pregão, devendo ser degredados por sete anos para as galés. Em caso de pessoas de 'melhor qualidade', seriam degredadas para Angola, sem remissão. Todavia, os reincidentes mais devassos e escandalosos poderiam ser condenados à morte, 'perdendo as famílias nobres sua dignidade e privilégios'." (grifei)

A atividade persecutória que a Coroa real portuguesa promoveu contra os homossexuais, em Portugal e em seus domínios ultramarinos, intensificou-se, ainda mais, com o processo de expansão colonial lusitana, a ponto de el-Rei D. Sebastião, preocupado com as relações homossexuais entre portugueses e os povos por estes conquistados, haver editado a Lei sobre o Pecado de Sodomia, como assinala o ilustre Antropólogo e Professor LUIZ MOTT ("Relações Raciais entre Homossexuais no Brasil Colonial").

Naquela fase de nosso processo histórico, no entanto, não foram apenas as autoridades seculares que dispensaram esse duríssimo tratamento aos homossexuais. Também a Igreja, a partir de 1553 (como informa RONALDO VAINFAS, em sua obra "Confissões da Bahia"), reprimiu-os e puniu-os, severamente, em nosso País, como se vê dos documentos que registram a atuação do Santo Ofício no Brasil, como aqueles que se referem, por exemplo, à Primeira Visitação do Santo Ofício (1591) e que teve, à sua frente, o Inquisidor Heitor Furtado de Mendonça, consoante relata MINISA NOGUEIRA NAPOLITANO ("A Sodomia Feminina na Primeira Visitação do Santo Ofício ao Brasil"):

"As punições previstas em tais leis tinham, sobretudo, a finalidade de suscitar o medo, explicitar a norma e dar o exemplo a

ADO 26 / DF

todos aqueles que assistissem às sentenças e às penas sofridas pelos culpados, fossem humilhações perante todo o público, fosse a flagelação do seu corpo ou, até mesmo, a morte na fogueira, chamada de pena capital. Essas punições possuíam menos o intuito de punir os culpados do que espalhar o terror, a coerção, o receio. Elas espalhavam um verdadeiro temor, fazendo com que as pessoas que presenciassem esses espetáculos punitivos examinassem suas consciências, refletissem acerca de seus delitos. O ritual punitivo era uma cerimônia política de reativação do poder e da lei do monarca.

A sodomia propriamente dita, segundo o livro Quinto das Ordenações Filipinas, se equiparava ao de lesa-majestade e se estendia tanto aos homens quanto às mulheres que cometessem o pecado contra a natureza. Todos os culpados seriam queimados e feitos por fogo em pó, seus bens confiscados para a coroa e seus filhos e netos seriam tidos como infames e inábeis.” (grifei)

Embora a atuação do Tribunal do Santo Ofício somente tenha ocorrido no final do Século XVI, com a sua Primeira Visitação à Bahia (1591), o fato é que, culminando um processo de negociações diplomáticas iniciadas, ainda, sob D. Manuel I, o Venturoso, a Inquisição foi instituída, em Portugal, no reinado de D. João III, pelo Romano Pontífice, Paulo III, que promulgou a Bula “*Cum ad nihil magis*”, de 23/05/1536, que restaurou anterior documento pontifício, com igual denominação e finalidade, editado, em 1531, pelo Papa Clemente VII.

Esse evento, analisado por diversos autores (PEDRO CARDIM, “Religião e Ordem Social”, “in” Revista de História das Idéias, Coimbra, 2001; FRANCISCO BETHENCOURT, “Os Equilíbrios Sociais do Poder”, “in” História de Portugal, organizada por José Mattoso, 1993, Lisboa, Estampa, v.g.), veio a ser fortalecido, naquele momento histórico, em suas graves consequências, pela forte e decisiva influência resultante do Concílio de Trento (1545-1563), cujas deliberações – as denominadas

ADO 26 / DF

resoluções tridentinas – exacerbaram, ainda mais, a reação hostil ao comportamento homossexual, valendo rememorar, por oportuno, o registro feito por VERONICA DE JESUS GOMES (*op. cit.*):

“Marcado por ‘um entendimento da realeza onde o religioso e o político surgem lado a lado, chegando mesmo a interpenetrar-se’, o Estado português, ao buscar a ortodoxia religiosa e moral de seus súditos, criou a Inquisição, uma instituição de caráter híbrido, já que, mesmo se constituindo como ‘tribunal eclesiástico, não deixa de se afirmar como tribunal régio’.

.....

Ainda no século XVI, o Santo Ofício lusitano, certamente influenciado pelas idéias de reforma propostas pelo ‘Concílio de Trento’, não se voltou apenas contra os erros de fé, tendo recebido a incumbência de julgar certos ‘desvios morais’, isto é, pecados/crimes que, até então, estavam sob jurisdição civil e eclesiástica. As disposições tridentinas demonstraram ojeriza às práticas dos sodomitas. Ao atentar para os perigos da perda da graça da justificação, que, uma vez recebida, podia ser despojada não apenas pela infidelidade, através da qual se extinguia a própria fé, mas também através de qualquer outro pecado mortal, mesmo quando a fé não acabava, as determinações do concílio lembraram as afirmações do apóstolo Paulo que assinalou a exclusão de efeminados e sodomitas do reino de Deus.” (grifei)

Os exemplos de nosso passado colonial e o registro de práticas sociais menos antigas revelam o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório que tem sido dispensado à vivência homoerótica em nosso País.

Vê-se, daí, que a questão da homossexualidade, desde os pródromos de nossa História, foi inicialmente tratada sob o signo da mais cruel das repressões (LUIZ MOTT, “Sodomia na Bahia: O amor que não ousava dizer o nome”), experimentando, desde então, em sua abordagem pelo

ADO 26 / DF

Poder Público, tratamentos normativos que jamais se despojaram da eiva do preconceito e da discriminação.

Por isso, Senhor Presidente, é que se impõe proclamar, agora mais do que nunca, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica **por motivo de sua orientação sexual ou, ainda, em razão de sua identidade de gênero.**

Isso significa que também os homossexuais (e também, os integrantes da comunidade LGBT) têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico **instituído** pela Constituição da República, **mostrando-se** arbitrário e inaceitável qualquer medida que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigualde as pessoas **em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.**

Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, **traduz** o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades públicas, de que o Estado não pode tolerar comportamentos nem formular prescrições normativas que provoquem, **por efeito** de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, *minoritários ou não, que integram* a comunhão nacional.

9. A violência contra integrantes da comunidade LGBT ou "A banalidade do mal homofóbico e transfóbico" (PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI): Uma inaceitável (e cruel) realidade contemporânea

Os atos lesivos praticados contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transgêneros e demais integrantes do grupo LGBT têm atingido um nível preocupante, além de inaceitável, na escala de violência e de ódio **dirigidos** aos membros de referido grupo, a ponto de o eminentíssimo Advogado Dr. PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI, *em suas diversas*

ADO 26 / DF

manifestações sobre a questão (inclusive na petição inicial desta ação), parafraseando HANNAH ARENDT (“Eichmann em Jerusalém – A Banalidade do Mal”), qualificar essa gravíssima realidade contemporânea como expressão da “banalidade do mal homofóbico e transfóbico”.

Os dados estatísticos revelados pelos “*amici curiae*” demonstram que a comunidade LGBT no Brasil é, *reiteradamente*, vítima das mais diversas formas de agressão motivadas, única e exclusivamente, pela orientação sexual e/ou identidade de gênero dos indivíduos, sendo as agressões físicas – *lesões corporais e homicídios* – a concretização efetiva do comportamento racista dirigido contra essa minoria, dissonante do padrão hétero-normativo prevalecente na sociedade brasileira.

Nesse sentido, cabe referir que o “*Grupo Gay da Bahia – GGB*”, admitido nestes autos como “*amicus curiae*” e em funcionamento desde 18/03/1983, monitora os dados relacionados à violência contra a população LGBT, tendo apresentado, *anualmente*, relatórios que demonstram que o Brasil é “*o campeão mundial desse tipo de crime*”. Eis algumas das conclusões reveladas pelos estudos elaborados por referida entidade com base em informações obtidas na rede mundial de computadores, nos meios de comunicação social e, *ainda*, por intermédio de voluntários que atuam em atividade de cooperação com o grupo LGBT:

a) aumento de 30%, em 2017 em relação ao ano anterior, dos homicídios contra o grupo LGBT, atingindo o número de 445 mortes no período;

b) 56% dos assassinatos ocorrem em via pública;

c) das 445 vítimas referidas, 194 (43,6%) eram gays, 191 (42,9%) trans, 43 (9,7%) lésbicas, 5 (1,1%) bissexuais e 12 (2,7%) heterossexuais, estes incluídos porque foram mortos em circunstâncias que revelam condutas homofóbicas dos agressores, *v.g. em defesa* de gays amigos/parentes;

ADO 26 / DF

- d) o número de transgêneros mortos entre 2016 e 2017 demonstra que o Brasil é o primeiro colocado no “ranking” mundial, tal como referido pelo Relatório Mundial da Transgender Europe, organização que registra dados relacionados ao tema;
- e) jovens que são rejeitados por sua família têm alto índice de tentativa de suicídio (8,4 vezes mais);
- f) foram registrados, até outubro, no ano de 2018, 347 homicídios de pessoas LGBT no país.

Cabe acentuar, Senhores Ministros, considerada a alta taxa de subnotificação, que os dados acima podem ser imprecisos, conforme reconhecido pela própria associação autora da pesquisa (fls. 19 de sua manifestação), sendo certo, no entanto, que “(...) o Poder Público apresentou um relatório sobre homofobia e transfobia, 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 LGBT é praticada por pessoas conhecidas da vítima (61,9%), como familiares e vizinhos, e a maior parte das violências (42%) ocorre no ambiente doméstico (21,1% dos casos, dentro da casa da própria vítima, 7,5% na casa do suspeito) e as agressões ocorridas nas ruas somam 30,8%” (Manifestação Grupo Gay da Bahia, fls. 19 – grifei).

Ainda com o intuito de demonstrar a violência contra LGBT's, vale advertir que, cotidianamente, a imprensa veicula notícias relacionadas ao tema, como se observa de inúmeras manchetes, das quais transcrevo algumas a seguir, reveladoras do inegável comportamento racista e preconceituoso dirigido, com clara motivação de ódio, contra essas pessoas absurdamente consideradas inferiores pelos delinquentes que as agridem covardemente:

- i) “‘Ele tem ódio de homossexuais’, diz delegado sobre homicídio em Agudos” (<http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2014/04/ele-tem-odio-de-homossexuais-diz-delegado-sobre-homicidio-em-agudos.html>);

ADO 26 / DF

- ii) "Cabeleireiro é apedrejado até a morte na Zona Norte de Natal, diz polícia"** (<http://g1.globo.com/m/rio-grande-do-norte/noticia/2014/11/cabeleireiro-e-apedrejado-ate-a-morte-de-natal-diz-policia.html>);
- iii) "Homem que tirou foto antes de esquartejar admite ódio por gays"** (<http://g1.globo.com/santos-regiao/noticia/2014/11/homem-que-tirou-foto-antes-de-esquartejar-admite-odio-por-gays.html>);
- iv) "Agricultor é morto a facadas pelo filho na Zona da Mata de PE – Rapaz de 20 anos não aceitava que o pai fosse homossexual."** (<http://g1.globo.com/pernambuco/noticia/2014/11/agricultor-e-morto-facadas-pelo-filho-na-zona-da-mata-de-pe.html>);
- v) "Menino teve fígado dilacerado pelo pai, que não admitia que criança gostasse de lavar louça – Alex, de 8 anos, era espancado repetidas vezes para aprender a 'andar como homem'"** (<http://g1.globo.com/rio/menino-teve-figado-dilacerado-pelo-pai-que-nao-admitia-que-crianca-gostasse-de-lavar-louca-1785342.html>);
- vi) "Homem é suspeito de tentar estuprar filha lésbica para fazê-la 'virar mulher'"** (<http://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2016/01/homem-e-suspeito-de-tentar-estuprar-filha-lesbica-para-faze-la-virar-mulher.html>);
- vii) "'Vai virar mulher de verdade': lésbicas são vítimas de estupro corretivo"** (<https://universa.uol.com/noticias/redacao/2017/11/02/vai-virar-mulher-de-verdade-estupro-corretivo-vitimiza-mulheres-le%C3%ADbicas.html>);
- viii) "Turista gay é espancado por grupo em SP e 'post' viraliza: 'Não foi minha escolha'"** (<https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/turista-gay-e-espancado-por-grupo-em-sp-e-post-viraliza-nao-foi-minha-escolha.ghtml>);
- ix) "Polícia investiga homicídio de travesti que foi espancada até a morte em CE"** (<http://g1.globo.com/ceara/noticia/2017/03/policia-investiga-homicidio-de-travesti-que-foi-espancada-ate-morte-no-ce.html>);
- x) "Jovem gay é morto a facadas próximo a parque em São Paulo"** (<http://atarde.uol.com.br/brasil/noticias/1639657-jovem-gay-e-morto-a-facadas-proximo-a-parque-em-sao-paulo>);

ADO 26 / DF

xi) “*Corpo queimado em canavial é de rapaz morto pela mãe por ser gay*” (O Estado de S. Paulo 14 Julho 2017/10h57);

xii) “*Morre transexual que foi esfaqueada no Centro de Aracaju*” (<http://g1.globo.com/se/sergipe/noticia/2018/10/19/transexual-e-esfaqueada-no-centro-de-aracaju.ghtml>);

xiii) “*Nunca tinha passado por isso’, diz lesbica agredida em lanchonete de SP*” (<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2011/01/nunca-tinha-passado-por-isso-diz-lesbica-agredida-em-lanchonete-de-sp.html>);

Importante destacar, ainda, **nesse quadro de inadmissível violação a direitos humanos** essenciais da população LGBT, **as estatísticas** relacionadas **aos indivíduos transexuais que**, enquanto parte integrante do grupo vulnerável em questão, **são os mais vitimados** por atos de violência **motivados** pelo preconceito, pelo ódio e pelo racismo manifestados contra esses “*outsiders*” **que sofrem intensa marginalização social.**

Relatórios de organizações civis **que monitoram** os dados relacionados ao tema – **tais como** a TGEU – Transgender Europe e o GGB – Grupo Gay da Bahia – **revelam ser** o “*Brasil campeão mundial da transfobia*”, “*o país que mais mata travestis e transexuais no mundo*”, **onde**, de forma assustadora, “*o risco de uma ‘trans’ ser assassinada é 14 vezes maior que um gay*”, **tendo sido registradas** 598 mortes de transexuais e de travestis entre janeiro de 2011 e janeiro de 2016, **segundo informações** constantes do “site” <https://homofobiamata.wordpress.com>.

Entendo, Senhor Presidente, **que esses números assustadores** que venho de referir **autorizam e validam** a argumentação feita pelo ilustre subscritor da inicial, Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, **de que se verifica**, no Brasil, **nesse contexto**, “verdadeira BANALIDADE DO MAL HOMOFÓBICO E TRANSFÓBICO, adaptando aqui célebre expressão de HANNAH ARENDT, **no sentido** de termos pessoas comuns (e não ‘monstros’) achando-se detentoras de um pseudo ‘direito’ de agredir, ofender, discriminhar e mesmo matar pessoas por sua mera orientação sexual homoafetiva/biafetiva ou identidade de gênero transgênera...”, **tudo**

ADO 26 / DF

a revelar inegável e inaceitável comportamento racista, na acepção referida neste voto contra os LGBT's, tendo-os por seres menores, inferiores, degradados em sua essencial dignidade, que devem – segundo perversamente acreditam os seus agressores – ser excluídos da sociedade!!!

10. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, por injustificável inércia do Poder Público

A agremiação partidária autora, ao ajuizar a presente ação constitucional, enfatiza que as cláusulas inscritas no art. 5º, incisos XLI e XLII, da Constituição consubstanciam verdadeiras imposições legiferantes, que, dirigidas ao Poder Público, têm por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma prestação positiva destinada à proteção das pessoas, inclusive na esfera penal, contra atos de preconceito ou de discriminação, em todas as suas formas de manifestação, inclusive quando perpetrados por motivo fundado na orientação sexual ou na identidade de gênero da vítima.

Isso significa, segundo alega a autora, que a omissão da União Federal em adotar as medida necessárias à elaboração de normas destinadas à punição dos atos resultantes de preconceito contra os homossexuais, os transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBT configuraria claro descumprimento, por omissão seletiva, do comando impositivo de legislar emergente da Constituição da República, pois o Congresso Nacional, longe de atuar como agente concretizador das medidas protetivas de natureza penal exigidas pelo texto constitucional – em ordem a garantir o pleno exercício do direito personalíssimo (e ineliminável) à orientação sexual e à identidade de gênero –, estaria realizando, de modo insuficiente, a prestação estatal determinada pelo ordenamento constitucional.

ADO 26 / DF

É preciso ter presente, nesse contexto, que o direito à legislação só pode ser legitimamente invocado na presente sede processual, quando também existir – simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional – a previsão do dever estatal de criar normas legais, como sucede na espécie, em que a Constituição claramente veicula, em bases impositivas, inquestionável mandado de incriminação: “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*” (CF art. 5º, XLI – grifei) e “*a prática do racismo constitui crime (...), nos termos da lei*” (CF art. 5º, XLII).

Vê-se, daí, que a omissão do Congresso Nacional em produzir normas legais de proteção penal à comunidade LGBT – por configurar inadimplemento manifesto de uma indeclinável obrigação jurídica que lhe foi imposta por superior determinação constitucional – traduz situação configuradora de ilicitude afrontosa ao texto da Lei Fundamental da República.

Assim, e para que possa atuar a norma pertinente ao instituto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, revela-se essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e a constatação de inércia congressual, de outro, de tal forma que, inadimplida a obrigação jurídico-constitucional de produção de provimentos legislativos, tornar-se-á possível imputar comportamento moroso ao Estado (ao Poder Legislativo da União, *no caso*) e reconhecer admissível, para efeito de eventual colmatação da omissão denunciada, o acesso legítimo à presente ação de controle normativo abstrato.

Esse aspecto revela-se impregnado de inquestionável relevo jurídico, ainda mais se se considerar que o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (HC 104.410/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES, *v.g.*), tem assinalado, em sucessivos julgamentos, que os direitos fundamentais assumem não apenas a função de garantir às pessoas o acesso a posições jurídicas oponíveis ao Poder Público, mas também expressam o dever do Estado de tornar efetiva a proteção a esses mesmos direitos *eventualmente*

ADO 26 / DF

expostos a situações de dano efetivo ou potencial, enfatizando, no ponto, que a Constituição Federal estabelece, por meio de “mandados de criminalização”, comandos imperativos dirigidos ao legislador, concitando-o a elaborar normas de direito penal destinadas a proteger as liberdades fundamentais contra injustas agressões provenientes de terceiros, tal como ordenam as normas constantes dos incisos XLI e XLII do art. 5º de nossa Lei Fundamental, cuja implementação se busca efetivar mediante utilização da presente ação constitucional:

“1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENais. 1.1. Mandados constitucionais de criminalização: A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CE art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas é possível identificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (‘Eingriffsverbote’), expressando também um postulado de proteção (‘Schutzgebote’). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (‘Übermassverbote’), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (‘Untermassverbote’). Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente (...).”

(HC 104.410/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

Tenho para mim, presente esse contexto, que a análise desta demanda constitucional impõe que se considere o relevantíssimo problema suscitado pela omissão do Estado, decorrente da inérgia de suas instituições (do Poder Legislativo da União, *na espécie*), quanto à efetivação das imposições legiferantes fundadas em cláusulas constitucionais mandatórias.

ADO 26 / DF

Impõe-se ressaltar, desde logo, que, na tipologia das situações inconstitucionais, inclui-se, também, aquela que deriva do descumprimento, por inérgia estatal, de norma impositiva de determinado comportamento atribuído ao Poder Público pela própria Constituição.

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inérgia governamental.

A situação de inconstitucionalidade, portanto, pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um “*facere*”, gera a inconstitucionalidade por ação.

Pode ocorrer, no entanto, como sucede na espécie ora em exame, que o Poder Público deixe de adotar as medidas *legislativas*, que sejam necessárias para tornar efetivos, operantes e exequíveis os próprios preceitos da Constituição. Em tal situação, o Estado abstém-se de cumprir o dever de prestaçao que a Constituição lhe impôs. Desse “*non facere*” ou “*non praestare*”, resulta a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

Impende enfatizar, bem por isso, que as omissões inconstitucionais dos Poderes do Estado, notadamente do Legislativo, não podem ser toleradas, eis que o desprestígio da Constituição – resultante da inérgia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais tormentosos aspectos do processo de desvalorização funcional da Lei Fundamental da República, ao mesmo tempo em que estimula, gravemente, a erosão da consciência constitucional, evidenciando, desse modo, o inaceitável desprezo dos direitos básicos e das liberdades públicas pelo aparelho estatal.

ADO 26 / DF

Cumpre reconhecer, desse modo, que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão – **considerada** a sua específica destinação constitucional – **busca neutralizar** as consequências lesivas decorrentes da **ausência** de regulamentação normativa de **preceitos inscritos na Carta Política e que dependem da intervenção concretizadora do legislador, traduzindo significativa reação jurídico-institucional do vigente ordenamento político, que a estruturou como instrumento destinado a impedir o despréstígio da própria Carta da República.**

A imposição constitucional de legislar, de um lado, **e a situação de omissão abusiva no adimplemento** da prestação legislativa, de outro – **caracterizada, esta última, diante do estado de mora do legislador**, pela superação excessiva de prazo razoável –, **qualificam-se**, desse modo, *como requisitos condicionantes* da declaração de inconstitucionalidade **por omissão**.

Isso significa, portanto, **que a ação direta por omissão** deve ser vista **e qualificada como instrumento de concretização** das cláusulas constitucionais **frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão** do Poder Público, **impedindo-se**, desse modo, **que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum.**

A ação direta por omissão, por isso mesmo, deve traduzir significativa reação jurisdicional autorizada pela Carta Política, que a **forjou** como instrumento destinado a **impedir o despréstígio** da própria Constituição, **consideradas as graves consequências** que decorrem **do desrespeito** ao texto da Lei Fundamental, **seja** por ação do Estado, **seja, como no caso, por omissão – e prolongada inércia** – do Poder Público.

ADO 26 / DF

11. A situação de inércia do Estado em relação à edição de diplomas legislativos necessários à punição dos atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero da vítima

O exame do quadro delineado nos presentes autos **evidencia a existência**, na espécie ora em análise, **de nexo de causalidade entre a imposição constitucional de legislar**, de um lado, **e a configuração objetiva da ausência de provimento legislativo**, de outro, cuja edição se revela necessária à punição de atos e comportamentos **resultantes** de discriminação ou de violência contra a pessoa **em razão** de sua orientação sexual **ou em decorrência** de sua identidade de gênero.

A hipótese versada nesta ação constitucional **traduz** – **como precedentemente enfatizado** no douto parecer do Ministério Público Federal – **uma típica situação de desrespeito** à Lei Fundamental, **por omissão normativa** unicamente imputável ao Congresso Nacional, **eis que** – **decorridos mais de trinta (30) anos** da promulgação da Carta Política –, esta, **no que concerne à** discriminação contra homossexuais e transgêneros, **ainda não** constituiu objeto da necessária regulação legislativa viabilizadora da proteção penal a ser dispensada aos integrantes da comunidade LGBT.

O dever jurídico de editar a lei em questão **revela-se imputável**, **no caso, ao Congresso Nacional**, destinatário específico da imposição legiferante inscrita no art. 5º, **incisos XLI e XLII**, da Lei Fundamental, **por efeito** do que dispõe o art. 22, **inciso I**, da Constituição.

Tem-se, pois, que é **unicamente** atribuível ao Poder Legislativo da União a obrigação jurídica de formulação de diplomas legislativos **indispensáveis** à efetivação **dos mandados de incriminação** a que aludem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição.

Decorridos mais de trinta (30) anos da promulgação da vigente Carta Política, **ainda não se registrou** – no que concerne à **punição dos atos e**

ADO 26 / DF

*comportamentos resultantes de discriminação contra pessoas **em razão** de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero – a necessária intervenção concretizadora do Congresso Nacional, que se absteve, até o presente momento, de editar o ato legislativo **essencial** ao desenvolvimento da plena eficácia jurídica dos preceitos constitucionais em questão.*

***Tenho por inacolhível**, por isso mesmo, a alegação de que a mera existência de proposição legislativa no Congresso Nacional afastaria, por si só, a configuração, na espécie, de inércia por parte do Poder Legislativo.*

Cabe observar, no ponto, que, após mais de (05) anos de tramitação, o Projeto de Lei nº 5.003/2001, proposto pela então Deputada Federal Iara Bernardi, em 07/08/2001, com o objetivo de definir “os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero”, foi aprovado, em 23/11/2006, pela Câmara dos Deputados, vindo a ser encaminhado ao Senado Federal, no qual passou a ser designado como Projeto da Câmara nº 122/2006.

Essa proposição legislativa (PL nº 122/2006), por sua vez, então em tramitação no Senado Federal, não obstante decorridos mais de oito (08) anos de seu recebimento na Câmara Alta, teve encerrada a sua apreciação, ao final da 54ª legislatura, eis que, segundo as normas regimentais (RISF, art. 322, § 1º), impõe-se o arquivamento automático das proposições que se encontrem em processamento há mais de duas legislaturas.

É certo que, por meio do Requerimento nº 46/2011, subscrito por ilustres Senadores, entre os quais a Senadora Marta Suplicy, foi requerido, nos termos do Regimento Interno da Casa Legislativa (RISF, art. 322, § 1º), o desarquivamento do PL nº 122/2006, vindo o pleito em questão a ser aprovado em 09/02/2011, havendo referido projeto de lei retornado à apreciação das comissões temáticas.

ADO 26 / DF

Essa medida, contudo, sofreu a oposição de parlamentares, contrários ao adimplemento das já referidas cláusulas constitucionais de incriminação, da homofobia e da transfobia, circunstância essa que os levou, em clara manobra protelatória, destinada a frustrar a tramitação legislativa do projeto de lei que tipificava crimes contra a comunidade LGBT, a aprovar o Requerimento nº 1.443/2013, do Senador Eduardo Lopes, que importou na anexação do projeto em questão (PL da Câmara nº 122/2006) ao de instituição do Novo Código Penal brasileiro (PL do Senado nº 236/2012), criando, desse modo, evidente embaraço e retardamento na apreciação do projeto apresentado pela Deputada Federal Iara Bernardi (PLC nº 5.003/2001 que se converteu, no Senado, no PL nº 122/2006).

O teor das informações oficiais produzidas nestes autos pelo Presidente do Senado Federal revela que o Projeto da Câmara 122/2006, que se acha, atualmente, anexado ao projeto do novo Código Penal brasileiro (PL nº 236/2012), não obstante transcorridos mais de dezessete (17) anos desde a sua proposição, sequer teve concluída a apreciação, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, encontrando-se, até o presente momento, “sem prazo para ser votado”.

Não obstante respeitável o esforço dispensado pelo Congresso Nacional no sentido de instaurar o debate legislativo em torno da questão da criminalização da homofobia, revela-se inquestionável, no entanto, a ausência conspicua de qualquer providência efetiva no sentido de superar a situação de inequívoca e irrazoável “inertia deliberandi” ora constatada no presente caso.

Esse quadro de permanente indefinição que inviabiliza a efetivação, pelo Congresso Nacional, dos comandos constitucionais que consagram o dever estatal de prestar tutela penal efetiva contra a prática da discriminação dirigida aos homossexuais e aos transgêneros foi objeto de severas críticas por parte da ilustre Dra. MARIA BERENICE DIAS,

ADO 26 / DF

Desembargadora aposentada do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que assim descreveu o longo itinerário a que estão sujeitas as propostas legislativas que tratam do tema no âmbito das Casas do Congresso (“Rumo a um Novo Direito”, “in” “Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo”, p. 41, item n. 6, 3^a ed., 2017, RT):

“Inúmeros projetos de lei já foram apresentados. A tramitação é exasperantemente lenta. São arquivados, desarquivados, apensados, em um constante ir e vir. E, se o projeto não é votado e o relator não é reeleito, no final da legislatura, a proposição é arquivada e é preciso recomeçar todo um novo calvário para que seja desarquivada e apresentada por outro Relator.

O PCL 122/2006, que visa criminalizar a homofobia, alterando a Lei 7.716/1986, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, foi aprovado pela Câmara dos Deputados. O Senado, porém, determinou o apensamento ao projeto de reforma do Código Penal. Ou seja, simplesmente morreu, ou foi assassinado, verdadeiro crime de ódio.” (grifei)

Cabe rememorar, por oportuno, que esta Suprema Corte já teve o ensejo de assinalar que o estado de mora legislativa pode restar configurado tanto na fase inaugural do processo de elaboração das leis (“mora agendi”), quanto no estágio de deliberação sobre as proposições já veiculadas (“mora deliberandi”), desde que evidenciada, pela superação excessiva de prazo razoável, inércia abusiva e inconstitucional do Poder Legislativo:

“2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode

ADO 26 / DF

pôr em risco a própria ordem constitucional. A ‘inertia deliberandi’ das Casas Legislativas *pode ser objeto* da ação direta de *inconstitucionalidade por omissão.*”

(ADI 3.682/MT Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

A constatação objetiva de que se registra, na espécie, hipótese de *mora inconstitucional*, apta a instaurar situação de *injusta omissão geradora de manifesta lesividade* à posição jurídica das pessoas tuteladas pela cláusula constitucional *inadimplida* (CF art. 5º, XLI e XLII), *justifica, plenamente, a intervenção* do Poder Judiciário, *notadamente* a do Supremo Tribunal Federal.

Não tem sentido que a inéria dos órgãos estatais, evidenciadora de comportamento manifestamente inconstitucional, possa ser tolerada.

Admitir-se tal situação *equivaleria* a legitimar a fraude à Constituição, pois, em última análise, estar-se-ia a sustentar a impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal, não obstante agindo em sede de controle concentrado (CF art. 102, I, “a”), proceder à colmatação de uma omissão normativa *flagrantemente* inconstitucional.

Isso significa que não se pode identificar na própria inéria estatal a existência de fator exculpatório (*e pretensamente* legitimador) do inadimplemento de uma grave obrigação constitucional.

O fato indiscutível, Senhor Presidente, é que este processo suscita questões de fundamental importância para os homossexuais, os transgêneros e demais integrantes do grupo LGBT, pois não se pode ignorar que, lamentavelmente, essas pessoas são vítimas de continuadas violações de seus direitos e de inaceitável tratamento preconceituoso e excludente, seja no meio social em que vivem, seja, muitas vezes, **em razão** de inadmissíveis comportamentos assumidos pelo próprio aparelho de Estado ou por seus agentes.

Preconceito, discriminação, exclusão e, até mesmo, punições das mais atrozes: eis o extenso e cruel itinerário que tem sido historicamente percorrido,

ADO 26 / DF

ao longo dos séculos, em nosso País, pela comunidade LGBT, lamentavelmente exposta, mesmo hoje, a atos de violência configuradores de crimes de ódio perpetrados por irracionais impulsos homofóbicos ou transfóbicos.

Em contexto como o que resulta destes autos, a colmatação de omissões inconstitucionais nada mais revela senão um gesto de respeito que esta Alta Corte manifesta pela autoridade suprema da Constituição da República.

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional (como aquela que deriva do art. 5^a, XLI e XLII, de nossa Lei Fundamental) – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados da Lei Fundamental, tal como tem advertido o Supremo Tribunal Federal:

"DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO"

– O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um 'facere' (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

– Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto

ADO 26 / DF

constitucional. Desse ‘non facere’ ou ‘non praestare’, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...).”

(ADI 1.458-MC/DF Rel. Min. CELSO DE MELLO)

As situações configuradoras de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política – refletem comportamento estatal que deve ser repelido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos deformadores da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do magistério doutrinário (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “Processos Informais de Mudança da Constituição”, p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad; JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, tomo II/406 e 409, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Fundamentos da Constituição”, p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora).

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de desapreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, com o intuito de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes ou de grupos majoritários, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos ou, muitas vezes, com frontal desrespeito aos direitos das minorias, notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade.

ADO 26 / DF

A percepção da gravidade e das consequências lesivas derivadas do gesto infiel do Poder Público que transgride, por omissão ou por insatisfatória concretização, os encargos de que se tornou depositário por efeito de expressa determinação constitucional foi revelada, entre nós, já no período monárquico, em lúcido magistério, por PIMENTA BUENO (“Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império”, p. 45, reedição do Ministério da Justiça, 1958) e reafirmada por eminentes autores contemporâneos, em lições que acentuam o desvalor jurídico do comportamento estatal omissivo, como se vê, p. ex., em JOSÉ AFONSO DA SILVA (“Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, p. 224, item n. 4, 8^a ed., 2012, Malheiros):

“Não basta, com efeito, ter uma constituição promulgada e formalmente vigente; impende atuá-la, completando-lhe a eficácia, para que seja totalmente cumprida (...).” (grifei)

É por essa razão que J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (“Fundamentos da Constituição”, p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora), analisando a força normativa da Constituição – e assinalando que a eficácia preponderante é subordinante de suas cláusulas impede o reconhecimento de situações inconstitucionais –, expendem, na perspectiva da inquestionável preeminência normativa da Carta Política, o seguinte e preciso magistério:

“(...) tanto se viola a Lei fundamental quando as acções estaduais não estão em conformidade com as suas normas e princípios, como quando os preceitos constitucionais não são ‘actuados’, dinamizados ou concretizados pelos órgãos que constitucionalmente estão vinculados a fornecerem-lhes operatividade prática.

A Constituição impõe-se normativamente, não só quando há uma acção inconstitucional (fazer o que ela proíbe), mas também

ADO 26 / DF

quando existe uma omissão constitucional (não fazer o que ela impõe que seja feito)." (grifei)

Essa mesma visão reflete-se na lição de ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ ("Processos Informais de Mudança da Constituição", p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad):

"A inércia caracteriza-se pela não aplicação intencional, provisória mas prolongada, das disposições constitucionais pelos poderes incumbidos de lhes dar cumprimento e execução.

Configura inegável processo de mudança constitucional; embora não altere a letra constitucional, altera-lhe o alcance, na medida em que paralisa a aplicação constitucional. Tal paralisação, não desejada ou prevista pelo constituinte, é de ser tida como inconstitucional.

Afeta, também, o sentido da Constituição.

Destinada esta à aplicação efetiva, qualquer obstáculo que se lhe anteponha desvirtua sua finalidade, resultando numa inconstitucionalidade (...). Por outro lado, indiretamente, a inércia dá causa à ocorrência de outros processos de mutação constitucional. O distanciamento, no tempo, entre a elaboração constitucional e a sua efetiva aplicação, sofre, inexoravelmente, a influência das transformações sociais diuturnas e constantes, de tal sorte que, após uma prolongada dilatação na aplicação do texto, é provável que esta, quando se efetivar, dê à Constituição sentido e significado diversos daqueles acolhidos no momento da formação da norma fundamental.

Como modalidade de mutação constitucional, a inércia é processo pernicioso, que acarreta consequências desastrosas à vida constitucional dos Estados.

De um lado, porque, ao contrário dos demais processos de mutação constitucional, raramente busca adaptar a Constituição à realidade. Na maioria das vezes, serve como instrumento exatamente para evitar tal adaptação.

De outro lado, porque a inércia arrasta consigo a descrença na Constituição." (grifei)

ADO 26 / DF

Desse modo, e ante a irrecusável supremacia da Carta Política, revela-se essencial impedir o desprestígio da própria Constituição, seja por ação, seja por omissão dos órgãos, instituições e autoridades da República.

Cabe referir no ponto, em face de sua inquestionável atualidade, a autorizada lição de PONTES DE MIRANDA (“Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969”, tomo I/15-16, 2^a ed., 1970, RT), cujo magistério contém grave advertência, que por ninguém pode ser ignorada:

“Nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só se cumprir nos princípios de que se precisa, ou se entende devam ser cumpridos – o que é pior (...). No momento, sob a Constituição que, bem ou mal, está feita, o que nos incumbe, a nós, dirigentes, juízes e intérpretes, é cumpri-la. Só assim saberemos a que serviu e a que não serviu, nem serve. Se a nada serviu em alguns pontos, que se emende, se reveja. Se em algum ponto a nada serve – que se corte nesse pedaço inútil. Se a algum bem público desserve, que pronto se elimine. Mas, sem a cumprir, nada saberemos. Nada sabendo, nada poderemos fazer que mereça crédito. Não a cumprir é estrangulá-la ao nascer.”

(grifei)

É preciso proclamar que as Constituições consustanciam ordens normativas cuja eficácia, autoridade e valor não podem ser afetados ou inibidos pela voluntária inação ou por ação insuficiente das instituições estatais. Não se pode tolerar que os órgãos do Poder Público, descumprindo, por inércia e omissão, o dever de emanção normativa que lhes foi imposto, infrinjam, com esse comportamento negativo, a própria autoridade da Constituição e afetem, em consequência, o conteúdo eficacial dos preceitos que compõem a estrutura normativa da Lei Maior.

O fato irrecusável é um só: o desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais graves

ADO 26 / DF

aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado.

Essa constatação, feita por KARL LOEWENSTEIN (“Teoria de la Constitución”, p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), coloca em pauta o fenômeno da erosão da consciência constitucional, motivado pela instauração, no âmbito do Estado, de um preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita, como já ressaltado, pelo Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos, como resulta de decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

“A TRANSGRESSÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL PODE CONSUMAR-SE MEDIANTE AÇÃO (VIOLAÇÃO POSITIVA) OU MEDIANTE OMISSÃO (VIOLAÇÃO NEGATIVA)

– O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inérgia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, seja quando este vem a fazer o que o estatuto constitucional não lhe permite, seja, ainda, quando vem a editar normas em desacordo, formal ou material, com o que dispõe a Constituição. Essa conduta estatal, que importa em um ‘*facere*’ (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

– Se o Estado, no entanto, deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a própria Carta Política lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse ‘*non facere*’ ou ‘*non praestare*’ resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total (quando é nenhuma a providência adotada) ou parcial (quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público). Entendimento prevalecente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: RTJ 162/877-879, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno).

ADO 26 / DF

– A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA

– O Poder Público – quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatório – infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional (ADI 1.484-DE Rel. Min. CELSO DE MELLO).

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

DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO E DEVER CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR: A NECESSÁRIA EXISTÊNCIA DO PERTINENTE NEXO DE CAUSALIDADE

– O direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir – simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional – a previsão do dever estatal de emanar

ADO 26 / DF

normas legais. Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público.

Para que possa atuar a norma pertinente ao instituto do mandado de injunção, revela-se essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o consequente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, de outro, de tal forma que, ausente a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, não se tornará possível imputar comportamento moroso ao Estado, nem pretender acesso legítimo à via injuncional. Precedentes. (...)."

(RTJ 183/818-819, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Todas essas premissas que venho de expor autorizam-me a reconhecer a existência, na espécie, de situação de evidente e inconstitucional inércia estatal inteiramente imputável ao Congresso Nacional.

Essa clara omissão normativa, que se acha objetivamente constatada na presente causa, revele-se lesiva ao texto da Carta Política, porque transgressora, por injustificável inação congressual, das cláusulas constitucionais de proteção penal previstas nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Lei Fundamental, o que torna plenamente justificável a utilização, na espécie, do instrumento processual de que se valeu o Partido Popular Socialista, autor da presente ação direta.

12. Soluções possíveis para a colmatação do estado de mora inconstitucional

Assentadas as premissas a que anteriormente aludi nos itens n. 10 e n. 11 do meu voto, torna-se importante reconhecer que este Supremo Tribunal Federal, ao examinar o alcance da cláusula inscrita no inciso XLI do art. 5º da Constituição ("a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais"), além daquela fundada

ADO 26 / DF

no inciso XLII desse **mesmo** art. 5º de nossa Carta Política, **já deixou positivado**, em expressivo precedente, que tais preceitos veiculam mandados expressos de criminalização, que impõem ao Congresso Nacional, para efeito de seu integral adimplemento, a obrigação constitucional de editar legislação incriminadora de condutas, positivas ou negativas, cuja prática implique comportamentos discriminatórios e atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais, em ordem a que se viabilize, em favor das vítimas, a necessária, completa e adequada proteção de índole penal.

Esse entendimento, segundo o qual o inciso XLI do art. 5º da Carta Política encerra ordem de legislar vinculada à formulação de legislação criminal (e não, apenas, de mera responsabilização civil) e destinada a atuar como um eficaz mecanismo de proteção a direitos fundamentais, tem o beneplácito de autores como LUIZ CARLOS DOS SANTOS GONÇALVES (“**Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**”, p. 157/160, itens ns. 11.2 e 11.3, 2007, Forum), cuja lição, no tema, *por sua inteira correção, vale reproduzir*:

“(...) Quando se diz, por exemplo, no artigo 5º, inciso XLI, que a ‘lei punirá’ discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais (...), é de punição penal que se trata.

.....

O rol das ordens expressas de criminalização alcançado pelo critério exposto no capítulo anterior é elucidativo da função dada a elas pela Constituição de 1988 e que é objeto desta tese. Trata-se de mecanismos de proteção de direitos fundamentais.

O primeiro, relativo às discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais é eloquente. Discriminação é o tratamento diferenciado, é a eleição de critérios. Estes não podem malferir direitos e liberdades fundamentais. Toda escolha deve ser feita em consonância com os direitos e liberdades fundamentais, sob pena de sanção. Trata-se de norma tutelar da igualdade e dignidade humana que comanda a proteção penal dos direitos e liberdades fundamentais.

ADO 26 / DF

A proibição do racismo e a mensagem no sentido de sua criminalização, por igual, versam sobre o direito fundamental à igualdade e à dignidade da pessoa humana.

.....
Concluímos que as ordens constitucionais de criminalização são um instrumento da Constituição para oferecer proteção adequada e suficiente a alguns direitos fundamentais, diante de lesões ou ameaças vindas de agentes estatais ou de particulares.”
(grifei)

O exame da doutrina (LUCIANO FELDENS, “**Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição Penal**”, 2ª ed., 2012, Livraria do Advogado, v.g.) e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permite reconhecer que a função precípua desempenhada pelos mandados constitucionais de criminalização consiste em tornar efetivo o dever estatal de prestação normativa em matéria penal, como se vê, p. ex., do lapidar voto proferido pelo eminentíssimo Ministro GILMAR MENDES no julgamento plenário da ADI 3.112/DF, no qual se pôs em destaque a questão, ora renovada na presente causa, concernente aos deveres do Estado de proteção e tutela em face da necessidade de preservação da integridade de direitos e de liberdades fundamentais, notadamente de grupos vulneráveis, sob pena de a inércia do Poder Público transgredir o princípio que vedava a proteção deficiente:

“A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas.

Mencionem-se, a propósito, as seguintes disposições constantes do art. 5º:

‘XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

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

ADO 26 / DF

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;

XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;'

.....
Em todas essas normas é possível identificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos.

Em verdade, tais disposições traduzem uma outra dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de sua feição objetiva na ordem constitucional.

Tal concepção legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – ‘Abwehrrecht’), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (‘Schutzwicht des Staats’).

A forma como esse dever será satisfeito constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de alguma liberdade de conformação. Não raras vezes, a ordem constitucional identifica o dever de proteção e define a forma de sua realização.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros.

Essa interpretação da Corte Constitucional empresta sem dúvida uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de ‘adversário’ para uma função de guardião desses direitos.

ADO 26 / DF

É fácil ver que a idéia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica.

Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção ('Eingriffsverbote'), expressando também um postulado de proteção ('Schutzgebote'). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso ('Übermassverbote'), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela ('Untermassverbote').

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

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

Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional

ADO 26 / DF

acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não-observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2º, II, da Lei Fundamental.

Assim, as normas constitucionais brasileiras referidas explicitam o dever de proteção identificado pelo constituinte e traduzido em mandados de criminalização expressos dirigidos ao legislador.

Como bem anota Luciano Feldens, os mandados constitucionais de criminalização atuam como limitações à liberdade de configuração do legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais.

Registre-se que os mandados de criminalização expressos não são uma singularidade da Constituição brasileira. Outras Constituições adotam orientações assemelhadas (Cf. Constituição espanhola, art. 45, 1, 2 e 3; art. 46, 'c' e art. 55; Constituição italiana, art. 13; Constituição da França, art. 68; Lei Fundamental da Alemanha, art. 26, I).

É inequívoco, porém, que a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo 'catálogo' de mandados de criminalização expressos de que se tem notícia.

.....
Na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a utilização do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente pode ser encontrada na segunda decisão sobre o aborto ('BverfGE' 88, 203, 1993). O 'Bundesverfassungsgericht' assim se pronunciou:

'O Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que levem a alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – a uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência).

(...)

ADO 26 / DF

É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...). Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis. (...)'

Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A idéia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como 'ultima ratio', deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade.

A reserva de lei penal configura-se como reserva legal proporcional ('Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes'): a proibição de excesso ('Übermassverbot') funciona como limite máximo, e a proibição de proteção insuficiente, ('Untermassverbot') como limite mínimo da intervenção legislativa penal.

Abre-se, com isso, a possibilidade do controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal.

Se é certo, por um lado, que a Constituição confere ao legislador uma margem discricionária para a avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico penal, e, por outro, que a mesma Constituição também impõe ao legislador os limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade, é possível concluir pela viabilidade da fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa. O Tribunal está incumbido de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais." (grifei)

ADO 26 / DF

Uma vez reconhecida, portanto, a existência de mora imputável ao Congresso Nacional, e tendo presente o contexto que se delineia **neste caso** (**inércia do Parlamento** na implementação legislativa de cláusulas veiculadoras de mandado de incriminação), desenham-se, fundamentalmente, as seguintes possibilidades de colmatação do “vacuum legis”, a saber:

(a) cientificação do Congresso Nacional, para que adote, em prazo razoável, as medidas **necessárias** à efetivação da norma constitucional (CF art. 103, § 2º, c/c Lei nº 9.868/99, art. 12-H, “caput”); ou, então,

(b) reconhecimento imediato, por esta Corte, de que a homofobia e a transfobia, quaisquer que sejam as formas pelas quais se manifestem, enquadram-se, mediante interpretação conforme à Constituição, na noção conceitual de racismo **prevista** na Lei nº 7.716/89, em ordem a que se tenham como tipificados, **na condição de delitos** previstos nesse diploma legislativo, comportamentos discriminatórios e atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais do grupo vulnerável LGBT.

12.1. A científicação ao Congresso Nacional quanto ao seu estado de mora inconstitucional

A própria Constituição da República – ao dispor sobre a situação de inconstitucionalidade por omissão – resultante do descumprimento, pelo Poder Público, de medida ou providência destinada a tornar efetiva norma constitucional impositiva do dever de legislar – formula solução vocacionada a suprir o estado de vácuo normativo, como se dessume da cláusula fundada no § 2º do seu art. 103.

O mero apelo ao legislador, no entanto, nem sempre se tem demonstrado solução eficaz, quando não inóqua, em razão da indiferença revelada pelo Poder Legislativo, que persiste, não obstante a decisão

ADO 26 / DF

emanada desta Corte, em permanecer em estado de crônico e reiterado inadimplemento da prestação legislativa que lhe incumbe promover.

O Supremo Tribunal Federal, ao longo dos últimos trinta anos, evoluiu, significativamente, a propósito desse tema, no plano jurisprudencial, buscando construir soluções que pudessem fazer cessar esse estado de inconstitucional omissão normativa.

Esta Corte Suprema passou, então, a valer-se da definição *de prazo razoável como simples parâmetro de ordem temporal, para que o Congresso Nacional adote* as medidas legislativas indispensáveis à implementação de sua obrigação constitucional de dispor sobre determinada matéria (MI 232/RJ, Rel. Min. MOREIRA ALVES – MI 283/DF Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – MI 284/DF Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO – MI 562/RS, Red. p/ o acórdão Min. ELLEN GRACIE, v.g.) **a cujo respeito a Carta Política impôs-lhe o dever de editar provimento de caráter legislativo.**

Nesse sentido, podem ser referidos diversos precedentes, como aqueles consubstanciados na ADI 2.240/BA, Rel. Min. EROS GRAU (prazo de 24 meses), na ADI 3.316/MT, Rel. Min. EROS GRAU (prazo de 24 meses), na ADI 3.489/SC, Rel. Min. EROS GRAU (prazo de 24 meses), na ADI 3.689/PA, Rel. Min. EROS GRAU (prazo de 24 meses), na ADI 3.819/MG, Rel. Min. EROS GRAU (prazo de 06 meses) **e na ADI 4.270/SC**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA (prazo de 12 meses), v.g..

É importante assinalar, neste ponto, tal como enfatizou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, que a definição de certo lapso de tempo não configura imposição de prazo para a atuação legislativa do Parlamento, “*mas apenas fixação de um parâmetro temporal razoável*” (ADI 3.682/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES), para que o Legislativo possa colmatar o estado de inconstitucionalidade em que se acha o Congresso Nacional por efeito de sua própria omissão.

ADO 26 / DF

O eminente Ministro GILMAR MENDES, em voto lapidar proferido como Relator no julgamento da ADI 3.682/MT, no qual examinou a questão do controle de constitucionalidade das omissões normativas – embora reconhecendo que esta Corte tenha considerado inexistir omissão *inconstitucional* do legislador quando já desencadeado o processo legislativo (fases de discussão e deliberação) – advertiu que “*Essa orientação há de ser adotada com temperamento*”, em razão de certas proposições legislativas, dada a complexidade da matéria nelas veiculada, não poderem ser concluídas em prazo exíguo.

Ainda que assim se possa considerar em situações ordinárias, o fato é que a superação irrazoável do período de apreciação parlamentar do projeto de lei, revelando conduta procrastinatória e abusiva, não pode ser coonestada por esta Corte, sob pena de perpetuar-se, a partir da inércia intencional do Parlamento, um estado de crônica inconstitucionalidade, cuja ocorrência não deve ser tolerada!

Daí porque, no precedente já referido, o eminente Ministro GILMAR MENDES, ao pronunciar-se pelo reconhecimento, *em tal hipótese*, de situação **configuradora** de omissão *inconstitucional* do Parlamento, assim se manifestou:

“Essas peculiaridades da atividade parlamentar, que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam, todavia, uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional.

Não tenho dúvida, portanto, em admitir que também a ‘inertia deliberandi’ das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Dessa forma, pode o Supremo Tribunal Federal reconhecer a mora do legislador em deliberar sobre a questão, declarando, assim, a inconstitucionalidade da omissão.” (grifei)

ADO 26 / DF

Se o Congresso Nacional, *no entanto, a despeito* de cientificado por esta Corte de sua omissão, deixar de adotar as providências cabíveis no prazo estipulado, legitimar-se-á, segundo jurisprudência **firmada** por esta Corte, a possibilidade do Supremo Tribunal Federal formular solução jurisdicional que viabilize, enquanto não sobrevier a legislação reclamada, a aplicação da norma constitucional impregnada de eficácia limitada.

Foi o que sucedeu, p. ex., com o exercício do direito de greve por servidores públicos civis.

No caso que ora refiro, esta Corte, reconhecendo a ausência da legislação indispensável à prática do direito de greve autorizada aos servidores civis pelo art. 37, VII, da Constituição, determinou a aplicação do diploma legislativo que regula o exercício desse mesmo direito no âmbito do setor privado, em ordem a viabilizar, “*como alternativa legítima*”, a proteção judicial efetiva requerida ao Supremo Tribunal Federal (MI 670/ES, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES – MI 708/DF Rel. Min. GILMAR MENDES – MI 712/PA, Rel. Min. EROS GRAU).

Posta a questão nos termos hoje prevalecentes na jurisprudência desta Corte Suprema, tornar-se-ia acolhível o pedido do autor da presente ação direta, em ordem a reconhecer a mora *inconstitucional* do Congresso Nacional e declarar a omissão que lhe foi atribuída, definindo-se o prazo de 12 (doze) meses para o Senado Federal, desanexando do PLS 236/2012 (que institui o novo Código Penal brasileiro) o Projeto de Lei nº 122/2006, dar-lhe tramitação autônoma e apreciá-lo em seguida, sem indevidas dilações, eis que já aprovado pela Câmara dos Deputados, muito embora nem sempre resulte eficaz esse apelo ao legislador, o que justifica, no caso, a adoção imediata, *por esta Corte*, da medida indicada no item n. 12.2, a seguir examinado.

ADO 26 / DF

Observo que a providência ora requerida pela agremiação partidária **refere-se** ao PLS 122/2006 (**projeto Iara Bernardi**), **pelo fato de ele já haver tramitado e sido aprovado** pela Câmara dos Deputados, **achando-se**, por isso mesmo, **em fase procedural mais avançada** do que o PLS 515/2017, **ainda** em estágio incipiente no Senado Federal, em sua Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

12.2. Enquadramento imediato das práticas de homofobia e de transfobia, mediante interpretação conforme, no conceito de racismo previsto na Lei nº 7.716/89

A **douta** Procuradoria-Geral da República, **em seu fundamentado** parecer, **opina no sentido de** “(...) conferir-se interpretação conforme à Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, **a fim de que se reconheçam** como crimes **tipificados** nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos **contra a população LGBT** (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). (...)” (grifei), havendo a eminentíssima Chefia do Ministério Público da União tido o cuidado de assinalar que sua proposta **não traduz** aplicação “*de analogia ‘in malam partem’*”:

“III.1 HOMOFOBIA COMO CRIME RESULTANTE DE DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO DE RACA

O constituinte originário, fundado na metanorma da dignidade do ser humano, dedicou-se especificamente à erradicação de práticas discriminatórias. São exemplos de normas voltadas a essa finalidade o princípio da igualdade, inscrito no art. 5º, ‘caput’, da Constituição da República, e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como objetivo fundamental da República, insculpido no art. 3º, IV, da CR. Além disso, conferiu à lei a função de punir discriminação atentatória de direitos e liberdades

ADO 26 / DF

fundamentais (art. 5º, XLI, CR) e definiu o racismo como crime inafiançável e imprescritível.

Conduitas contrárias à liberdade de orientação sexual possuem nítido caráter discriminatório e violador da dignidade do ser humano, em patente confronto com esse conjunto de normas constitucionais. A homofobia decorre da mesma intolerância que suscitou outros tipos de discriminação, como aqueles em razão de cor, procedência nacional, religião, etnia, classe e gênero. (...).

.....

Conforme destacou o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, no julgamento do 'habeas corpus' 82.424/RS, 'limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria natureza e prevalência dos direitos humanos'.

Nesse contexto, em observância ao princípio da igualdade, os crimes previstos pela Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, abarcam as conduitas homofóbicas, isto é, os atos de discriminação em virtude de orientação sexual, motivo por que o reconhecimento de sua inclusão naqueles tipos não ofende o princípio da legalidade em matéria penal. O conceito de raça sob o viés biológico é obsoleto, e deve sua interpretação ser conferida de acordo com o princípio da dignidade do ser humano e o Estado Democrático de Direito.

.....

Por sua vez, o Ministro CELSO DE MELLO destacou que 'a noção de racismo – ao contrário do que equivocadamente sustentado na presente impetração – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológico ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, além de caracterizar, em sua abrangência conceitual, um indisfarçável instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social'.

A definição de raça e racismo é, em realidade, desenvolvida de acordo com o contexto histórico e varia conforme o tempo e o local; não depende necessariamente de similaridade física entre as

ADO 26 / DF

pessoas que compõem o grupo racializado. Em outras palavras, o conceito de raça é fluido, de maneira que se tornam possíveis o surgimento de novos grupamentos considerados raças e o desaparecimento de outros grupos racializados.

.....
Dessa maneira, considerando o conceito histórico de raça e, por consequência, de racismo, a homofobia e a transfobia, como comportamentos discriminatórios voltados à inferiorização do ser humano simplesmente pela orientação sexual, incluem-se entre os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça.

.....
Interpretação atualizada da Constituição da República, calcada nos princípios da igualdade e da dignidade do ser humano, evidencia que a Lei 7.716/1989 abrange atos discriminatórios e preconceituosos praticados e motivados por orientação sexual e/ou identidade de gênero.” (grifei)

A visão exposta pelo Ministério Público Federal é também compartilhada por autores eminentes (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “Leis Penais e Processuais Penais Comentadas”, p. 305, item n. 8, 5ª ed., RT; CLARA MOURA MASIERO, “Virada Teórico-Democrática ao Problema da Legitimidade da Jurisdição Constitucional e o Mandado de Injunção sobre a Criminalização da Homofobia e da Transfobia”, “in” “Controvérsias Constitucionais Atuais n. 2”, organizado por Paulo Farjet, Geraldo Jobim e Marco Felix Jobim, p. 71/74, 2014, Livraria do Advogado; PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI, “Constitucionalidade (e Dever Constitucional) da Classificação da Homofobia e Transfobia como Crimes de Racismo”, “in” “Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo”, coordenado por Maria Berenice Dias, p. 87/138, 3ª ed., 2017, RT, v.g.), que entendem constitucionalmente lícito proceder-se, mediante interpretação conforme, ao enquadramento dos atos homofóbicos e transfóbicos no conceito de racismo, em ordem a prevenir e a reprimir comportamentos que objetivam excluir e marginalizar, no contexto das práticas sociais e do sistema jurídico, um determinado grupo identificado não por sua configuração física ou étnica, mas, sim, por um

ADO 26 / DF

conjunto de ideais, valores e condutas que se revelam **comuns** aos integrantes daquele **mesma** comunidade.

As manifestações de preconceito traduzem uma compreensão equivocada dos fenômenos existenciais, apoizada em opiniões e crenças formadas sem o necessário e adequado conhecimento dos fatos, acolhida por um determinado grupo social que nutre e fomenta a perpetuação de tais ideias opondo-se a qualquer possibilidade de refutação ou diálogo assentado em bases racionais.

Sempre que um modelo de pensamento, fundado na exploração da ignorância e do preconceito, põe em risco a preservação dos valores da dignidade humana, da igualdade e do respeito mútuo entre as pessoas, incitando a prática da discriminação dirigida contra uma comunidade exposta aos riscos da perseguição e da intolerância, mostra-se indispensável que o Estado ofereça proteção adequada aos grupos hostilizados, adotando mecanismos eficientes, aptos a evitar os confrontos sociais e a reprimir os atos de injusta agressão, sob pena de ofensa ao postulado que veda a proteção penal insuficiente.

De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de mecanismos institucionais, destinados a dar efetividade e expressão concreta aos princípios consagrados pela Lei Fundamental.

A cláusula inscrita no art. 5º, inciso XLI, da Constituição da República – para além de consagrar o repúdio estatal a todas as modalidades de preconceito e de intolerância – consustancial verdadeiro mandamento constitucional de criminalização que, dirigido ao Poder Público, tem por finalidade vinculá-lo ao compromisso de instituir, por meio de normas penais, um sistema protetivo dos direitos e das liberdades

ADO 26 / DF

fundamentais ameaçados ou expostos a risco em decorrência de quaisquer atos de discriminação que, por suas diversas formas de manifestação, desrespeitarem a essencial dignidade das pessoas.

No mesmo sentido, a Constituição Federal, ao estabelecer que “*a prática do racismo constitui crime (...), nos termos da lei*” (CF, art. 5º, XLII), também fixou um comando dirigido ao legislador, para que este, explicitando a vontade manifestada pelo constituinte, dispense efetiva tutela penal aos valores fundamentais cuja incolumidade é expressamente reclamada pelo texto constitucional.

A Constituição Federal de 1988 e todos os documentos internacionais destinados a promover a eliminação de quaisquer formas, sempre odiosas, de discriminação racial, reconheceram, tal como proclamado pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e a Cultura, na Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais (1978), “a unidade intrínseca da espécie humana e, por conseguinte, a igualdade fundamental de todos os seres humanos e de todos os povos”, afirmando, com irrecusável correção, que “Todos os seres humanos pertencem à mesma espécie e têm a mesma origem”, pois “Nascem iguais em dignidade e direitos e todos formam parte integrante da humanidade”, razão pela qual “a diversidade das formas de vida e o direito à diferença não podem, em nenhum caso, servir de pretexto aos preconceitos raciais”, mesmo porque as diferenças entre os povos do mundo não justificam qualquer classificação hierárquica entre as nações e as pessoas.

Cabe registrar, no ponto, a censura manifestada pelo Supremo Tribunal Federal (HC 82.424/RS, Pleno) contra a defesa da ideia descabida de lógica e de razão subjacente à teoria racial que propõe a subdivisão artificial da espécie humana em agrupamentos raciais distintos.

Em referido julgamento, esta Suprema Corte reafirmou, de maneira inequívoca, a proclamação consagrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) de que todos os membros da família humana,

ADO 26 / DF

sem qualquer distinção, são dotados de igual dignidade e valor, inerentes à própria condição humana, de modo que a pretensão de subdividir a humanidade em grupos distintos ("raças"), além de ressentir-se de qualquer legitimidade científica ou jurídica, revela-se inconciliável com os padrões éticos e morais definidos na ordem internacional e na Constituição da República:

"(...) **3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência.** Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País.

6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem

ADO 26 / DF

nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, ‘negrofobia’, ‘islamafobia’ e o anti-semitismo.

7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ‘ad perpetuam rei memoriam’, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.

8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. *Interpretação teleológica e sistemática da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.*

9. Direito comparado. *A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo.”*

(HC 82.424/RS, Red. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA, Pleno – grifei)

Irrepreensível, neste ponto, **o magistério, sempre douto e erudito, do eminent** Professor CELSO LAFER, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, **cujo parecer** – oferecido nos autos do HC 82.424/RS – **bem analisa a questão em foco:**

“O conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5º, XLII, do crime da prática do racismo, tipificado pela legislação infra-constitucional, reside nas teorias e preconceitos que

ADO 26 / DF

estabelecem diferenças entre grupos e pessoas, a eles atribuindo as características de uma ‘raça’ para discriminá-las. Daí a repressão prevista no art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90. Só existe uma ‘raça’ – a espécie humana – e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os índios, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam raças distintas. É o que diz a Declaração da UNESCO de 1978 sobre Raça e Racismo; é o que dizem autores citados pelo impetrante, que mostram que ‘raça’ é uma construção histórico-social, voltada para justificar a desigualdade. Esta omissão é o ponto de partida da falaciosa argumentação do impetrante. Com efeito, os judeus não são uma raça, mas também não são raça os negros, os mulatos, os índios e quaisquer outros integrantes da espécie humana que, no entanto, podem ser vítimas da prática do racismo. É o caso, por exemplo, dos párias na Índia, discutido na Conferência de Durban sobre Racismo, vítimas de um preconceito de origem e não de marca, para recorrer à distinção de Oracy Nogueira. Interpretar o crime da prática do racismo a partir do conceito de ‘raça’, como argumenta o impetrante, exprime não só uma seletividade que coloca em questão a universalidade, interdependência e inter-relacionamento, que compõem a indivisibilidade dos direitos humanos, afirmada, em nome do Brasil, pelo Ministro Maurício Corrêa em Viena. Representa, sobretudo, reduzir o bem jurídico tutelado pelo Direito brasileiro, o que não é aceitável como critério de interpretação dos direitos e garantias constitucionais. No limite, esta linha de interpretação restritiva pode levar à inação jurídica por força do argumento contrario sensu, que cabe em matéria penal. Com efeito, levadas às últimas consequências, ela converteria a prática do racismo, por maior que fosse o esmero na descrição da conduta, em crime impossível pela inexistência do objeto: as raças (...).” (grifei)

A preocupação, manifestada em âmbito internacional, com a possibilidade de as novas descobertas científicas no campo da genética reacenderem antigos discursos de caráter racista sustentados pela

ADO 26 / DF

equivocada defesa da existência *de grupos humanos distintos em razão* de suas características biológicas *supostamente* diferenciadas suscitou discussões em torno de princípios morais que orientam a bioética, levando o tema a ser debatido pela Conferência Geral da UNESCO que, em sua 29^a sessão (1997), ao adotar a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, refutou “*qualquer doutrina que estabeleça a desigualdade entre homens e raças*”, reafirmando a irredutibilidade dos seres humanos a seus perfis genéticos, eis que “*A todo indivíduo é devido respeito à sua dignidade e aos seus direitos, independentemente de suas características genéticas*” (Artigo 2, “a”), de modo que “*Esta dignidade torna imperativa a não redução dos indivíduos às suas características genéticas e o respeito à sua singularidade e diversidade*” (Artigo 2, “b”).

Em uma palavra: nem gentios, nem judeus; nem patrícios, nem plebeus; nem homossexuais, nem transsexuais; nem cisgêneros, nem transgêneros. Sem qualquer hierarquia ou distinção de origem, de raça, de orientação confessional ou de fortuna, somos todos pessoas, essencialmente dotadas de igual dignidade e impregnadas de razão e consciência, identificadas pelo vínculo comum que nos projeta, em unidade solidária, na dimensão incindível do gênero humano.

É por isso que a doutrina (SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG, “*Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*”, p. 203/205, item n. 1.1, 2009, RT; FABIANO AUGUSTO MARTINS SILVEIRA, “*Da Criminalização do Racismo*”, p. 77/85, item n. 2.4.1.1, 2007, Del Rey; ALEXANDRE ASSUNÇÃO E SILVA, “*Liberdade de Expressão e Crimes de Opinião*”, p. 117/118, item n. 1.1, 2012, Atlas, v.g.), na linha do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (HC 82.424/RS), reconhecendo a imprestabilidade do conceito de “raça” como forma de identificação das comunidades humanas, tem assinalado que o racismo nada mais é do que uma ideologia, fundada em critérios pseudo-científicos, que busca justificar a prática da discriminação e da exclusão, refletindo a distorcida visão de mundo de quem busca construir, de modo arbitrário,

ADO 26 / DF

hierarquias artificialmente apoiadas em suposta hegemonia de um certo grupo de pessoas **sobre os demais** existentes nas diversas formações sociais.

Dai o integral acerto da análise que faz NORBERTO BOBBIO (“Elogio da Serenidade”, p. 127/128, item n. 3, Unesp, 2002), **a respeito** dos fundamentos ideológicos do pensamento racista, cuja perversa visão de mundo traduz, nada mais, do que um processo de discriminação e exclusão sociais de um grupo **em relação** a outros:

“Para que se possa falar de ideologia (ou teoria) racista, são necessárias as seguintes três condições, que podemos definir como os postulados do racismo como visão de mundo:

1. A humanidade está dividida em raças diversas, cuja diversidade é dada por elementos de caráter biológico e psicológico, e também em última instância por elementos culturais, que, porém, derivam dos primeiros. Dizer que existem raças significa dizer que existem grupos humanos cujos caracteres são invariáveis e se transmitem hereditariamente (...).

.....
2. Não só existem raças diversas, mas existem raças superiores e inferiores. Com essa afirmação, a ideologia racista dá um passo avante. Mas fica diante da dificuldade de fixar os critérios com base nos quais se pode estabelecer com certeza que uma raça é superior a outra (...).

.....
3. Não só existem raças, não só existem raças superiores e inferiores, mas as superiores, precisamente porque são superiores, têm o direito de dominar as inferiores, e de extrair disso, eventualmente, todas as vantagens possíveis (...).”
(grifei)

Cabe rememorar, bem por isso, *que essa mesma percepção do tema foi também acolhida por esta Suprema Corte no julgamento anteriormente referido (HC 82.424/RS), valendo destacar por sua inteira correção,*

ADO 26 / DF

fragmento do voto vencedor proferido pelo eminent e saudoso Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Redator p/ o acórdão, cuja compreensão em torno da questão foi por ele assim sintetizada:

“(...) a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial. Não existindo base científica para a divisão do homem em raças, torna-se ainda mais odiosa qualquer ação discriminatória da espécie. Como evidenciado cientificamente, todos os homens que habitam o planeta, sejam eles pobres, ricos, brancos, negros, amarelos, judeus ou muçulmanos, fazem parte de uma única raça, que é a espécie humana, ou a raça humana. Isso ratifica não apenas a igualdade dos seres humanos, realçada nas normas internacionais sobre direitos humanos, mas também os fundamentos do Pentateuco ou Torá acerca da origem comum do homem.

24. Em consequência, apesar da diversidade de indivíduos e grupos segundo características das mais diversas, os seres humanos pertencem a uma única espécie, não tendo base científica as teorias de que grupos raciais ou étnicos são superiores ou inferiores, pois na verdade são contrárias aos princípios morais e éticos da humanidade. Pode-se concluir, assim, que o vetusto conceito – agora cientificamente ultrapassado – não nos serve para a solução do caso.

36. Assim esboçado o quadro, indiscutível que o racismo traduz valoração negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, à qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante. Materializa-se à medida que as qualidades humanas são determinadas pela raça ou grupo étnico a que pertencem, a justificar a supremacia de uns sobre os outros.” (grifei)

ADO 26 / DF

Entendo, por tal motivo, Senhor Presidente, que este julgamento impõe, tal como sucedeu no exame do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), que o Supremo Tribunal Federal reafirme a orientação consagrada em referido precedente histórico no sentido de que a noção de racismo – para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei nº 7.716/89 – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero.

A prática do racismo – eliminada a construção artificial e equivocada do conceito de “raça” – traduz a expressão do dogma da desigualdade entre os seres humanos, resultante da exploração do preconceito e da ignorância, significando, em sua concreta expressão, a injusta denegação da essencial dignidade e do respeito mútuo que orienta as relações humanas.

A identidade fundamental que evidencia a correlação entre a homofobia (e a transfobia) e o racismo torna-se ainda mais acentuada se se considerar que tanto no plano internacional (Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial) quanto na ordem positiva interna (Estatuto da Igualdade Racial) os critérios que identificam a discriminação racial resultam da conjugação de dois fatores presentes em ambas as situações: a motivação orientada pelo preconceito e a finalidade de submeter a vítima a situações de diferenciação quanto ao acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades tanto no domínio público quanto na esfera privada.

ADO 26 / DF

Na verdade, o exame do conteúdo material dos estatutos internacionais que integram o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos – Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Declaração de Durban e Programa de Ação (2001), entre outros – revela que a comunidade internacional elegeu o termo racismo como expressão que designa, sob o mesmo signo, todas as formas de discriminação e de intolerância que, representando a negação da igualdade e da dignidade que qualificam os seres humanos, fomentam o ódio e a divisão entre grupos sociais.

Eis porque a Assembleia Geral das Nações Unidas, em 18/12/2013, implementando a Resolução nº 68/150, nomeou Relator Especial para a elaboração do Relatório sobre as formas contemporâneas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerâncias relacionadas, que, ao apresentar, em 21/08/2014, suas conclusões e recomendações, advertiu sobre a necessidade de os Estados-membros adotarem em sua legislação penal a previsão de que ofensas cometidas por razões ou motivações racistas, xenofóbicas, antissemíticas ou homofóbicas constituem circunstâncias que agravam as condutas criminosas, devendo resultar por isso mesmo, em punições mais elevadas.

Essa relação de essencial correspondência que reúne, sob a mesma lógica discriminatória, todas as formas de preconceito e intolerância contra os grupos sociais, foi bem demonstrada por DANIEL BORRILLO que, em lapidar reflexão crítica sobre a homofobia, expendeu as seguintes observações (“Homofobia – História e Crítica de um Preconceito”, p. 34/39, 2010, Autêntica):

“Enquanto violência global caracterizada pela supervalorização de uns e pelo menosprezo de outros, a homofobia baseia-se na mesma lógica utilizada por outras formas de inferiorização: tratando-se de ideologia racista, classista ou

ADO 26 / DF

antissemita, o objetivo perseguido consiste sempre em desumanizar o outro, em torná-lo inexoravelmente diferente. À semelhança de qualquer outra forma de intolerância, a homofobia articula-se em torno de emoções (crenças, preconceitos, convicções, fantasmas...), de condutas (atos, práticas, procedimentos, leis...) e de um dispositivo ideológico (teorias, mitos, doutrinas, argumentos de autoridade...).

.....
(...) *O problema da homofobia supera a questão gay inscrevendo-se na mesma lógica de intolerância que, em diferentes momentos da História, produziu a exclusão tanto dos escravos e dos judeus quanto dos protestantes (...);*

À semelhança do que ocorre em relação à diferença cultural entre nacional e estrangeiro (espécie de eufemismo do racismo), a diferença sexual entre heterossexual e homossexual é apresentada como um indicador objetivo do sistema desigual de atribuição e de acesso aos bens culturais, a saber, direitos, capacidades, prerrogativas, alocações, dinheiro, cultura, prestígio etc. E, embora o princípio da igualdade seja formalmente proclamado, é efetivamente em nome das diferenças e ao dissimular precavidamente qualquer intenção discriminatória, que os dominantes entendem reservar um tratamento desfavorável aos dominados. A construção da diferença homossexual é um mecanismo jurídico bem rodado que permite excluir gays e lésbicas do direito comum (universal), inscrevendo-os (as) em um regime de exceção (particular)." (grifei)

Em obra coletiva coordenada por MARIA BERENICE DIAS, eminente Desembargadora aposentada, hoje ilustre Advogada ("Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo", 3^a ed., 2017, RT), desenvolveu-se estudo, da lavra do preclaro Advogado PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI ("op. cit.", p. 90/92, item n. 1.1, p. 123/124, item n. 7, e p. 136, item n. 8), sobre a obrigação constitucional, imposta ao Estado brasileiro, de "criminalizar a homofobia e a transfobia de forma específica",

ADO 26 / DF

valendo reproduzir, “in extenso”, por ser expressivo da orientação adotada por este meu voto, o seguinte fragmento dessa reflexão doutrinária:

“(...) fica evidente que ‘a homofobia [e a transfobia] se aproxima[m] (e se articula[m] a) outras formas de discriminação como a xenofobia, o racismo e o antisemitismo, pois consiste em considerar o outro (no caso, homossexuais e transgêneros) como desigual, inferior, anormal’, sendo que ‘a homo[trans]fobia, em qualquer circunstância, é um fator de sofrimento e injustiça, ameaça constante de subalternização’, do que devem ser reconhecidas a homofobia e a transfobia como espécies do gênero racismo. É, inclusive, o que já foi reconhecido pela Organização das Nações Unidas (ONU), que deixou registrado em uma mensagem em vídeo, veiculado no dia 17 de maio, data do Dia Internacional Contra a Homofobia e a Transfobia, por meio da Alta Comissária da ONU para os Direitos Humanos (Navi Pillay).

Sobre o tema, cabe anotar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso Vejdeland e outros vs. Suécia, reiterou seu posicionamento no sentido de que a discriminação por orientação sexual é tão séria/grave quanto a discriminação por ‘raça, origem e cor’, do que, acrescentamos, merece a mesma punição criminal, o mesmo valendo para a discriminação por identidade de gênero.

Nesse sentido, para Daniel Borrillo: ‘A homofobia é um preconceito e uma ignorância que consiste em crer na supremacia da heterossexualidade’. Segundo o autor: ‘A homofobia é a atitude de hostilidade contra as/os homossexuais; portanto, homens ou mulheres. (...) Do mesmo modo que a xenofobia ou o antisemitismo, a homofobia é uma manifestação arbitrária que consiste em designar o outro como contrário, inferior ou anormal; por sua diferença irredutível, ele é posicionado a distância, fora do universo comum dos humanos. (...) Confinado no papel de marginal ou excêntrico, o homossexual é apontado pela norma social como bizarro ou extravagante. (...) À semelhança do negro, do judeu ou de qualquer estrangeiro, o homossexual é sempre o outro, o diferente, aquele com quem é

ADO 26 / DF

impensável qualquer identificação. (...) No âmago desse tratamento discriminatório, a homofobia desempenha um papel importante na medida em que ela é uma forma de inferiorização, consequência direta da hierarquização das sexualidades, além de conferir um ‘status’ superior à heterossexualidade, situando-a no plano do natural, do que é evidente. (...) A diferença homo/hétero não é só constatada, mas serve, sobretudo, para ordenar um regime das sexualidades em que os comportamentos heterossexuais são os únicos que merecem a qualificação de modelo social e de referência para qualquer outra sexualidade. Assim, nessa ordem sexual, o sexo biológico (macho/fêmea) determina um desejo sexual unívoco (hétero), assim como um comportamento social específico (masculino/feminino). Sexismo e homofobia aparecem, portanto, como componentes necessários do regime binário das sexualidades. (...) A homofobia torna-se, assim, a guardiã das fronteiras tanto sexuais (hétero/homo), quanto de gênero (masculino/feminino). Eis porque os homossexuais deixaram de ser as únicas vítimas da violência homofóbica, que acaba visando, igualmente, todos aqueles que não aderem à ordem clássica dos gêneros: travestis, transexuais, bissexuais, mulheres heterossexuais dotadas de forte personalidade, homens heterossexuais delicados ou que manifestam grande sensibilidade (...) A heterossexualidade aparece, assim, como o padrão para avaliar todas as outras sexualidades. Essa qualidade normativa – e o ideal que ela encarna – é constitutiva de uma forma específica de dominação, chamada ‘heterossexismo, que se define como a crença na existência de uma hierarquia das sexualidades, em que a heterossexualidade ocupa a posição superior. Todas as outras formas de sexualidade são consideradas, na melhor das hipóteses, incompletas, accidentais e perversas; e, na pior, patológicas, criminosas, imorais e destruidoras da civilização’.

Considerando que o racismo é uma ideologia segregacionista que prega a inferioridade de alguns relativamente a outros (STF, HC 82.424/RS, e Guilherme de Souza Nucci), percebe-se que a homofobia e a transfobia são

ADO 26 / DF

espécies do gênero racismo, nesta acepção de racismo social adotada pelo STF como adiante se demonstra pormenorizadamente.

Assim, quando se fala em criminalização da discriminação por orientação sexual, real ou atribuída, refere-se à conduta de destratar ou arbitrariamente diferenciar o tratamento de pessoas em razão da homossexualidade, bissexualidade ou heterossexualidade dela ou a ela atribuída, e, da mesma forma, quando se fala em criminalização da discriminação por identidade de gênero, real ou atribuída, refere-se à conduta de destratar ou arbitrariamente diferenciar o tratamento de pessoas em razão da travestilidade, transexualidade, transgeridez em geral ou cisgeridez. Ressalte-se que não há nenhuma relação entre ‘orientação sexual’ e ‘pedofilia’, como alguns insistem em afirmar, pois a orientação sexual se refere ao sexo/gênero que atrai a pessoa de maneira erótico-afetiva (e a identidade de gênero se refere ao gênero com o qual a pessoa se identifica), ao passo que a pedofilia refere-se à atração sexual por crianças, o que não tem nenhuma relação com a orientação sexual da pessoa. Jamais a pedofilia seria considerada protegida pela criminalização de tais discriminações.

Logo, trata-se de conceitos absolutamente claros em seu conteúdo que, como tais, podem perfeitamente ser objeto de leis criminalizadoras, da mesma forma que os conceitos de ‘cor, etnia, religião e procedência nacional’ o são na atual Lei de Racismo (Lei 7.716/89).

.....

Nesse sentido, considerando o conceito ontológico-constitucional de racismo explicitado pelo STF no julgamento do HC 82.424/RS, no sentido de ser o racismo toda e qualquer ideologia que pregue a inferioridade de um grupo relativamente a outro e a consequente superioridade deste sobre aquele, e considerando que a homofobia e a transfobia se enquadram nesse conceito por inegavelmente defenderem a inferioridade de pessoas LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras, tem-se que as condutas homofóbicas e transfóbicas se

ADO 26 / DF

enquadram no conceito constitucional de racismo e devem, como tal, ser criminalizadas pelo legislador, por se enquadarem na ordem constitucional de criminalizar relativa ao racismo.

Todavia, caso disso (equivocadamente) se discorde, então é inegável que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, outro mandado de criminalização constitucionalmente imposto ao legislador. Afinal, homofobia e transfobia acabam gerando a opressão de pessoas LGBT no exercício de seus direitos fundamentais à livre orientação sexual, à livre identidade de gênero (art. 5º, § 2º, da CF/1988), à tolerância e à segurança (art. 5º, 'caput'), visto que não se pode seriamente dizer que uma pessoa estaria tendo sua orientação sexual ou identidade de gênero respeitada ou mesmo tolerada quando ela é ofendida, discriminada, ameaçada, agredida e, principalmente, assassinada. Ademais, evidentemente dito dispositivo constitucional exige a criminalização específica das discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, por considerá-las mais graves do que as discriminações não atentatórias aos mesmos.

Logo, inegavelmente a homofobia e a transfobia encontram-se no âmbito de proteção/incidência de uma ordem constitucional de legislar criminalmente: a nosso ver, na ordem de criminalizar o racismo, por se enquadrar no conceito ontológico-constitucional de racismo reconhecido pelo STF no HC 82.424/RS, mas, no mínimo, no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais. Isso significa que (muito) longe de ser 'inconstitucional', referida criminalização é constitucionalmente obrigatória.

.....

Ante o exposto, percebe-se que a criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero é absolutamente constitucional, por força do dever fundamental de tolerância, que é pressuposto da vida em sociedade e oriundo dos princípios da dignidade da pessoa humana (que vedo o tratamento indigno de pessoas por sua mera orientação sexual, por isso implica

ADO 26 / DF

uma instrumentalização de tais pessoas em prol de uma ideologia social que, no caso de homossexuais, bissexuais e transexuais, implica a sua instrumentalização em prol de um ideal heterossexualista de sociedade, que só aceita a heterossexualidade como sexualidade ‘aceitável’) e do Estado de Direito (que tem na tolerância pressuposto para o convívio social).

Ademais, percebe-se que, inegavelmente, a homofobia e a transfobia encontram-se no âmbito de proteção/incidência de (ao menos) uma ordem constitucional de legislar criminalmente: a nosso ver, na ordem de criminalizar o racismo (art. 5º, XLII, da CF/1988), por se enquadrar no conceito ontológico-constitucional de racismo reconhecido pelo STF no HC 82.424/RS (ideologia que pregue a inferioridade de um grupo relativamente a outro), mas, no mínimo, no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, da CF/1988). Isso significa que, (muito) longe de ser ‘inconstitucional’, referida criminalização é constitucionalmente obrigatória.” (grifei)

Essa mesma visão em torno da discriminação homofóbica/transfóbica veio a ser sustentada pela douta Procuradoria-Geral da República que, ao manifestar-se nestes autos, enfatizou que “A homofobia decorre da mesma intolerância que suscitou outros tipos de discriminação, como aqueles em razão de cor, procedência nacional, religião, etnia, classe, gênero”, vindo a reconhecer, por isso mesmo, que “a prática do racismo abrange atos homofóbicos e transfóbicos” (grifei).

Cabe destacar, por oportuno, no sentido que venho de expor, o autorizado magistério doutrinário de GUILHERME DE SOUZA NUCCI a propósito da matéria em exame (“Leis Penais e Processuais Penais Comentadas”, p. 305, item n. 8, 5^a ed., RT):

“(...) raça é termo infeliz e ambíguo, pois quer dizer tanto um conjunto de pessoas com os mesmo caracteres somáticos como também um grupo de indivíduos de mesma origem étnica, linguística ou social. Raça, enfim, é um grupo de pessoas que comunga de

ADO 26 / DF

ideias ou comportamentos comuns, ajuntando-se para defendê-los, sem que, necessariamente, constituam um homogêneo conjunto de pessoas fisicamente parecidas. Aliás, assim pensando, homossexuais discriminados podem ser para os fins de aplicação desta Lei, considerados como grupo racial. (...) Parece-nos que é racismo, desde que, na esteira da interpretação dada pelo STF qualquer forma de 'fobia', dirigida ao ser humano, pode ser manifestação 'racista'. Daí porque inclui-se no contexto da Lei 7.716/89. Nem se fale em utilização de analogia 'in malam partem'. Não se está buscando, em um processo de equiparação por semelhança, considerar o ateu ou o homossexual alguém 'parecido' com o integrante de determinada 'raça'. Ao contrário, está-se negando existir um conceito de 'raça' válido para definir qualquer agrupamento humano, de forma que 'racismo' ou, se for preferível, a discriminação ou preconceito de 'raça' é somente uma manifestação de pensamento segregacionista, voltado a dividir os seres humanos, conforme qualquer critério leviano e arbitrariamente eleito, em castas, privilegiando umas em detrimento de outras. Vamos além. Impedir a entrada, por exemplo, em um estabelecimento comercial, de pessoa pobre, é pura discriminação. Embora 'pobreza' não seja, no critério simplista do termo, uma 'raça', é um mecanismo extremamente simples de se diferenciar seres humanos. Logo, é mentalidade 'racista'. Ser judeu, para o fim de considerar atos antisemitas como manifestações de 'racismo', logo crime imprescritível, foi interpretação constitucionalmente válida. Logo, ser ateu, homossexual, pobre, entre outros fatores, também pode ser elemento de valoração razoável para evidenciar a busca de um grupo hegemônico qualquer de extirpar da convivência social indivíduos indesejáveis. Não se pode considerar 'racismo' atacar judeus, unicamente por conta de lamentáveis fatos históricos, como o holocausto, mas, sobretudo, porque todos são seres humanos e 'raça' é conceito enigmático e ambíguo, merecedor, pois, de uma interpretação segundo os preceitos de igualdade, apregoada pela Constituição Federal, em função do Estado Democrático de Direito." (grifei)

ADO 26 / DF

Impende registrar, no ponto, a valiosa lição de FABIANO AUGUSTO MARTINS SILVEIRA, que analisa, com propriedade, a noção de racismo como elemento normativo dos crimes previstos na Lei nº 7.716/89 (“Da Criminalização do Racismo: Aspectos Jurídicos e Sociocriminológicos”, p. 79/84, item n. 2.4.1.1, 2007, Del Rey):

“(...) Na verdade, o que define determinado agrupamento humano como raça não são as qualidades biológicas inatas do grupo, se é que as tem, mas a presença de um discurso racializante que permeia as relações intergrupais. Esse discurso é construído historicamente por quem recebe o qualificativo racial, ou por quem o manipula exteriormente (ainda que manipulação sutil e constantemente negada, como no caso brasileiro), ou por ambos. Como quer que seja, o discurso racializante não se prende às dessemelhanças físicas entre grupos contrastados, podendo, inclusive, inventá-las artificialmente. Assim, as diferenças físicas e/ou culturais entre determinados grupos não criam, elas mesmas, a ideia de raça. Podem ser capturadas, no entanto, por um discurso cujo propósito é o de agudizar ao máximo tais diferenças e de fazer acreditar que elas existem em termos raciais – a tônica discursiva, com efeito, poderá recair ora sobre o elemento biológico, ora sobre o elemento cultural, mas, em maior ou menor intensidade, ambos tendem a combinar-se.

O discurso racializante, pois, pode proliferar-se mesmo quando inexistem claras diferenças físicas entre as parcelas cotejadas, conquanto dissimule, mediante um verniz racial, conflitos subjacentes de outra natureza. Com efeito, o pano de fundo do conceito de raça reuniria situações conflitantes, manifestas em diferentes disputas (daí a complexidade etiológica do racismo), mormente a religiosa, a de classe ou a de culturas. O essencial, portanto, para caracterizar o racismo (e a raça como sua ideia principal), menos do que as diferenças físicas e/ou culturais eventualmente existentes entre agrupamentos humanos, é a presença de um discurso racializante superficial,

ADO 26 / DF

verificável do ponto de vista político-histórico e dotado de razoável repercussão social. Esse discurso, calcado no preconceito, é que grava grupos como raças, podendo ser reproduzido por falsas teorias, crenças, narrações místicas, propagandas, etc.

.....

Como elemento normativo dos crimes raciais, a partícula raça, em suma, cumpre a função de detectar os grupos aos quais se aplicam os conectores preconceito e discriminação. Tem-se, com efeito, 'preconceito de raça' e 'discriminação de raça'. Vale dizer, preconceito e discriminação que recaem sobre determinadas parcelas pelo fato de serem apontadas como racialmente inferiores (ou simplesmente como raças)." (grifei)

Sob tal perspectiva, revela-se inadmissível, no que concerne à exegese que possa ser dada ao art. 5º, incisos XLI e XLII, da Carta Federal, a interpretação de que resulte a frustração dos objetivos perseguidos pelo texto constitucional.

Tenho para mim que a configuração de atos homofóbicos e transfóbicos como formas contemporâneas do racismo – e, nessa condição, subsumíveis à tipificação penal constante da Lei nº 7.716/89 – objetiva fazer preservar – no processo de formação de uma sociedade sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF art. 3º, IV) – a incolumidade dos direitos da personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana, buscando inibir, desse modo, comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações subalternas, disseminar, criminosamente, em exercício explícito de inadmissível intolerância, o ódio público contra outras pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

Foi por tal razão que enfatizei, no voto que proferi em referido julgamento (HC 82.424/RS), que os núcleos do tipo penal previstos no art. 20, "caput", da Lei nº 7.716/89 revestem-se de caráter proteiforme, dada a multiplicidade de

ADO 26 / DF

formas executivas que esses comportamentos **podem assumir, concretizando, assim, qualquer** que tenha sido o meio empregado, a prática inaceitável da intolerância racial.

Torna-se de fundamental importância reconhecer que o processo hermenêutico não pode comprometer a força normativa da Carta Federal, expondo, perigosamente, a autoridade suprema da Constituição da República a critérios de exegese que culminem por subtrair aos postulados da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica a sua máxima eficácia, tornando-os, em consequência, fórmulas vazias, incompreensivelmente destituídas de significação e despojadas da abrangência que lhes quis emprestar o próprio legislador constituinte.

Daí a correta afirmação de que, no processo de indagação constitucional, impõe-se ao intérprete, mediante adequada pré-compreensão dos valores que informam e estruturam o próprio texto da Constituição, conferir-lhes sentido que permita deles extrair a sua máxima eficácia, em ordem a dar-lhes significação compatível com os altos objetivos indicados na Carta Política.

O Estado tem o dever de atuar **na defesa** de postulados essenciais, como o são aqueles que proclamam a dignidade da pessoa humana e a permanente hostilidade **contra qualquer** comportamento que possa gerar o desrespeito à alteridade, com inaceitável ofensa aos valores da igualdade e da tolerância, especialmente quando *as condutas desviantes* instaurarem tratamentos discriminatórios fundados em inadmissíveis visões excludentes.

Aceitar tese diversa **significaria tornar perigosamente menos intensa e socialmente mais frágil** a proteção que o ordenamento jurídico dispensa, no plano nacional e internacional, aos grupos que se expõem a uma situação de maior vulnerabilidade, como sucede com os integrantes da comunidade LGBT.

ADO 26 / DF

Não custa relembrar que, *em matéria de direitos humanos*, a interpretação jurídica **há de considerar**, necessariamente, as regras e cláusulas do direito interno **e** do direito internacional, **cujas prescrições tutelares** revelam-se – **na interconexão normativa** que se estabelece entre tais ordens jurídicas – **elementos de proteção** vocacionados **a reforçar** a imperatividade do direito constitucionalmente garantido.

Cabe advertir, de outro lado, neste ponto, **que a interpretação** do ordenamento positivo, **notadamente** quando efetivada pelo Poder Judiciário, **não se confunde com o processo de produção normativa**.

Com efeito, esta Suprema Corte, por mais de uma vez, já acentuou que o procedimento hermenêutico realizado por órgãos do Poder Judiciário **objetiva extraír a interpretação dos diversos diplomas legais vigentes** que compõem o quadro normativo positivado pelo Estado, para, **em razão da inteligência e do sentido exegético** que lhes der, **obter os elementos necessários à exata aplicação do direito**, **não se confundindo**, por isso mesmo, com o processo de elaboração legislativa (AI 161.396-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

"A INTERPRETAÇÃO DO ORDENAMENTO POSITIVO NÃO SE CONFUNDE COM O PROCESSO DE PRODUÇÃO NORMATIVA

– *O ordenamento normativo nada mais é senão a sua própria interpretação, notadamente quando a exegese das leis e da Constituição emanar do Poder Judiciário, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota da definitividade.*

A interpretação, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, não se confundindo, por isso mesmo, com o ato estatal de produção normativa. Em uma palavra: o exercício de interpretação da Constituição e dos textos legais –

ADO 26 / DF

por caracterizar atividade típica dos Juízes e Tribunais – não importa em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República. Precedentes.”

(AI 266.576-AgR/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

É preciso advertir, bem por isso, que o processo de interpretação dos textos legais e da Constituição, *ao contrário* do que sustentam, nos presentes *autos*, os Senhores Presidentes da República e do Congresso Nacional e a Senhora Advogada-Geral da União, não importa em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República.

O autor da presente ação constitucional alega que a noção conceitual de “raça” que compõe a estrutura normativa *dos tipos penais incriminadores previstos na Lei nº 7.716/89 tem merecido múltiplas interpretações, revestindo-se, por tal razão, de inegável conteúdo polissêmico*, consoante o evidenciam diversas manifestações produzidas por ilustres doutrinadores que, interpretando os dispositivos em questão, reconhecem possível a configuração do crime de racismo quando o delito resultar de discriminação ou de preconceito dirigido à vítima em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

Esse quadro, bastante expressivo, justifica a utilização, *na espécie, do método da interpretação conforme, no que se refere ao conceito de “raça”, para os fins a que se refere a Lei nº 7.716/89, considerada, para tanto, a constelação axiológica que qualifica* a própria declaração de direitos proclamada pela Lei Fundamental da República.

A constatação da existência de múltiplas expressões semiológicas propiciadas pelo conteúdo normativo da ideia de “raça” permite reconhecer que se mostra plenamente adequado o emprego, *na espécie, tal como preconizado* pela doura Procuradoria-Geral da República, da técnica de decisão e de controle de constitucionalidade fundada no método da interpretação conforme à Constituição, na linha da jurisprudência constitucional desta Suprema Corte (RTJ 126/48, Rel. Min. MOREIRA ALVES – RTJ 137/90, Rel.

ADO 26 / DF

Min. MOREIRA ALVES – RTJ 164/548, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RTJ 173/447-448, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – RTJ 173/778-779, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – ADI 1.556-MC/PE, Rel. Min. MOREIRA ALVES – ADI 1.586-MC/PA, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – ADI 1.668-MC/DF Rel. Min. MARCO AURÉLIO, *v.g.*) e segundo entendimento fundado no magistério da doutrina (GILMAR FERREIRA MENDES, “**Jurisdição Constitucional**”, p. 316/326, item n. III, 4^a ed., 2004, Saraiva; KARL LARENZ, “**Metodologia da Ciência do Direito**”, p. 410/414, 2^a ed., trad. de José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian; JORGE MIRANDA, “**Manual de Direito Constitucional**”, tomo II/232, item n. 57, 2^a ed., 1988, Coimbra Editora; J. J. GOMES CANOTILHO, “**Direito Constitucional**”, p. 235, 5^a ed., 1991, Livraria Almedina, Coimbra; CELSO RIBEIRO BASTOS, “**Curso de Direito Constitucional**”, p. 101/102, 11^a ed., 1989, Saraiva; OSWALDO LUIZ PALU, “**Controle de Constitucionalidade: Conceito, Sistemas e Efeitos**”, p. 188/189, item n. 9.8, 2^a ed., 2001, RT; ZENO VELOSO, “**Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**”, p. 169/175, itens ns. 189/198, 3^a ed./2^a tir., 2003, Del Rey; GUILHERME PEÑA DE MORAES, “**Direito Constitucional – Teoria da Constituição**”, p. 122/123, item n. 3.3, 3^a ed., 2006, Lumen Juris; CLÈMERSION MERLIN CLÈVE, “**A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**”, p. 262/270, item n. 3.2.9, 2^a ed., 2000, RT; NELSON NERY JUNIOR/ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, “**Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**”, p. 560/563, 2006, RT; WALBER DE MOURA AGRA, “**Curso de Direito Constitucional**”, p. 569, item n. 28.17, 2^a ed., 2007, Forense; UADI LAMMÊGO BULOS, “**Curso de Direito Constitucional**”, p. 349/350, item n. 13, 2007, Saraiva, *v.g.*).

Em suma: o entendimento que venho de expor não envolve aplicação analógica (e gravosa) das normas penais previstas na Lei nº 7.716/89, pois, como ninguém o ignora, não se admite a utilização de analogia “*in malam partem*” em matéria penal, como tive o ensejo de assinalar em passagem anterior deste voto (item n. 12.2), valendo destacar, por relevante, que se orienta, nesse sentido, a jurisprudência desta

ADO 26 / DF

própria Corte Suprema (HC 97.261/RS, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – RHC 95.782/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, *v.g.*).

Não se cuida, também, de formulação de tipos criminais, nem de cominação de sanções penais, eis que, como precedentemente por mim enfatizado, mostra-se juridicamente inviável, sob perspectiva constitucional, proceder-se à tipificação de delitos e à cominação de penas mediante provimentos jurisdicionais, ainda que emanados do Supremo Tribunal Federal (**item n. 7**).

O que estou a propor, como anteriormente acentuei, limita-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (a Lei nº 7.716/89, no caso), na medida em que atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social.

Já se viu, a partir do importante precedente firmado no julgamento plenário do HC 82.424/RS, que o conceito de racismo – que envolve clara manifestação de poder – permite identificá-lo como instrumento de controle ideológico, de dominação política, de subjugação social e de negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por não integrarem o grupo social dominante nem pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados “outsiders” e degradados, por isso mesmo, à condição de verdadeiros marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa e injusta inferiorização, a uma perversa e profundamente lesiva situação de exclusão do sistema de proteção do Direito.

Daí a constatação de que o preconceito e a discriminação resultantes da aversão aos homossexuais e aos demais integrantes do grupo LGBT (típicos componentes de um grupo vulnerável) constituem a própria manifestação – cruel, ofensiva e intolerante – do racismo, por representarem a expressão de sua outra face: o racismo social.

ADO 26 / DF

O eminente Ministro NELSON JOBIM, ao participar do julgamento do HC 82.424/RS (“Caso Ellwanger”), em sua confirmação de voto, demonstrou o sentido e o alcance exatos da palavra “racismo”, tal como utilizada no inciso XLII do art. 5º da Constituição, esclarecendo, em verdadeira interpretação autêntica – pois integrhou a Assembleia Nacional Constituinte e, nessa condição política, interveio nos respectivos debates – a compreensão em torno da abrangência da expressão normativa “racismo”:

“A questão, portanto, é esta: as opiniões que pretendem produzir o ódio racial contra judeus, contra negros, contra homossexuais, devem, ou não, ser 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 de igualdade, que é uma política democrática. A igualdade, portanto, é precondição para a democracia (...). As opiniões consubstanciadas no preconceito e no ódio racial não visam contribuir para nenhum debate inerente às deliberações democráticas para o qual surge a liberdade de opinião. Não visam contribuir para nenhuma deliberação, não comunicam idéias que possam instruir o compromisso que preside a deliberação democrática. Os crimes de ódio não têm 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 antiigualitárias de extermínio, de ódio e de linchamento; desconhecer o lócus da liberdade de expressão e seu objetivo no processo democrático leva ao desastre; a miopia do fundamentalismo histórico conduz ao absurdo. A liberdade de opinião na democracia é instrumental ao debate e à formação da vontade da maioria com respeito à minoria. (...).

.....
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. O Ministro Maurício Corrêa lembra que circularam dentro da

ADO 26 / DF

Assembléia Constituinte todas aquelas minorias que poderiam ser objeto do 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 2000.” (grifei)

*Na realidade, o sentido de “raça” – que não se resume nem se limita a um conceito de caráter estritamente fenotípico – **representa uma arbitrária construção social, desenvolvida** em determinado momento histórico, **objetivando** criar mecanismos destinados a justificar a desigualdade, com a instituição de hierarquias artificialmente **apoiadas** na hegemonia de determinado grupo de pessoas **sobre os demais estratos** que existem em uma particular formação social.*

É por essa razão que o conceito geral e abstrato de racismo reveste-se de caráter amplo, sob cuja égide tornam-se enquadráveis as práticas de homofobia ou de transfobia, como observa PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (“Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais ao Legislativo”, p. 457, item n. 2, 2019, Livraria e Editora Spessotto):

“(...) ‘o racismo consiste em processos de diferenciação, classificação e hierarquização, para fins de exclusão, expulsão e erradicação, através de processos de estigmatização, desqualificação moral e, eventualmente, internação ou expulsão’. Nesse conceito geral e abstrato de racismo, a homofobia e a transfobia se enquadram, da mesma forma que a negrofobia, a xenofobia, a etnofobia e antissemitismo, critérios já autonomamente positivados pela Lei Antirracismo, servindo o critério de ‘raça’ como cláusula valorativa apta a permitir a evolução do conceito de racismo para outras situações que também se enquadrem neste estrito conceito ontológico-constitucional de racismo.” (grifei)

ADO 26 / DF

Com tais mecanismos, Senhores Ministros, viabiliza-se a prática do racismo, muito bem definido, em sua sustentação oral, pelo eminentíssimo Vice-Procurador-Geral da República, Dr. LUCIANO MAIA, como “um processo de desumanização do outro” e que busca possibilitar, a partir de uma distorcida e perversa visão de mundo, a adoção, por um grupo hegemônico, de processos de discriminação e de exclusão sociais em relação a outros grupos por ele dominados e reduzidos, em razão de sua orientação sexual e/ou identidade de gênero, a uma condição de inferioridade quanto ao acesso e ao gozo de direitos, de bens, de serviços e de oportunidades.

Foi precisamente esse o sentido que o Supremo Tribunal Federal deu ao tema ora em exame, no que se refere à noção mesma de racismo, quando do julgamento do “caso Ellwanger”, como resulta claro de expressiva passagem do voto proferido pelo eminentíssimo Ministro MAURÍCIO CORRÊA, que se tornou Redator para o acórdão:

“85. Como afirmei quando do pedido de vista, revela-se essencial, na espécie, que se proceda a uma interpretação teleológica e sistemática da Carta Federal, a fim de conjugá-la com circunstâncias históricas, políticas e sociológicas, para que se localize o sentido da lei para aplicá-la. Os vocábulos raça e racismo não são suficientes, por si sós, para se determinar o alcance da norma. Cumpre ao juiz, como elementar, nesses casos, suprir a vaguidade da regra jurídica, buscando o significado das palavras nos valores sociais, éticos, morais e dos costumes da sociedade, observado o contexto e o momento histórico de sua incidência.

.....

97. Por tudo o que já foi dito, permito-me arrematar que racismo, longe de basear-se no conceito simplista de raça, reflete, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização, e até de eliminação de pessoas. Sua relação com o termo raça, até pela etimologia, tem a perspectiva da raça enquanto

ADO 26 / DF

manifestação social, tanto mais que agora, como visto, em virtude de conquistas científicas acerca do genoma humano, a subdivisão racial da espécie humana não encontra qualquer sustentação antropológica, tendo origem em teorias racistas que se desenvolveram ao longo da história, hoje condenadas pela legislação criminal." (grifei)

As razões ora expostas bem demonstram que a interpretação veiculada neste voto, por meramente adequar, mediante reconhecimento de sua identidade conceitual, comportamentos homofóbicos e transfóbicos à norma de tipificação penal que define a prática do racismo, permitem constatar que referidas condutas ilícitas ajustam-se à noção de racismo em sua dimensão social, não havendo que se cogitar por isso mesmo, da existência, no caso, de sentença desta Corte Suprema que se qualifique como provimento jurisdicional de caráter aditivo.

Inacolhível, portanto, a alegação de que a decisão do Supremo Tribunal Federal a ser proferida no caso presente qualificar-se-ia como sentença aditiva, conforme sustenta o Senado Federal, pois, na realidade, está-se a utilizar o modelo de decisão de caráter estritamente interpretativo, sem que se busque reconstruir, no plano exegético, a própria noção de racismo, cujo sentido amplo e geral já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em relevantíssimo precedente ("caso Ellwanger"), que observou, na espécie, o próprio sentido que emergiu dos debates travados no seio da Assembleia Nacional Constituinte, como enfatizou o eminentíssimo Ministro NELSON JOBIM, em passagem por mim anteriormente referida – e realçada – neste voto.

A Câmara Alta, no entanto, afirma que a pretensão do PPS, caso deferida, importaria em indevida ampliação da esfera de abrangência da Lei nº 7.716/89, que pune a prática do racismo, por alcançar situações originariamente não previstas em referido diploma legislativo, convertendo o julgado desta Corte em sentença de perfil marcadamente

ADO 26 / DF

aditivo, do que resultaria ofensa ao princípio da separação de poderes, com evidente subversão do sistema constitucional de freios e contrapesos.

O exame do magistério doutrinário em torno das chamadas sentenças aditivas, notadamente em sede penal (ADEMAR BORGES DE SOUZA FILHO, “Sentenças Aditivas na jurisdição constitucional brasileira”, 2016, Fórum; FERNANDO MAICON PRADO TASCHETTO, “As Sentenças Aditivas e As Sentenças Substitutivas – Direito Italiano e Brasileiro”, 2016, Fabris Editor; ANTÔNIO VELOSO PELEJA JÚNIOR, “Sentenças Aditivas e Jurisdição Constitucional”, 2017, Juruá Editora, v.g.), posto em confronto com a pretensão de inconstitucionalidade deduzida neste processo, não obstante as diversas abordagens teóricas efetuadas brilhantemente por esses autores a propósito de tema impregnado de tamanha relevância, torna possível concluir, segundo penso, que, no caso ora em julgamento, inexiste reconstrução jurisdicional de tipos penais, inocorre extensão de legislação criminal a situações ou a comportamentos absolutamente estranhos ou despojados de um vínculo mínimo de pertinência com a descrição típica nela contida, nem se verifica qualquer inovação no plano do ordenamento penal, pela inserção, nele, de nova hipótese de incidência de norma incriminadora.

A própria utilização, na espécie, da técnica da interpretação conforme revela que não se está a proferir, no caso, qualquer sentença de caráter aditivo, mesmo porque, como se sabe, um dos pressupostos para que seja legitimamente proferida uma decisão de perfil aditivo consiste na impossibilidade de o Tribunal resolver a controvérsia jurídica mediante emprego do método da interpretação conforme à Constituição, método este que está sendo adotado para resolver o litígio ora em julgamento, consoante precedentemente por mim assinalado neste voto.

ADO 26 / DF

13. O Poder Judiciário, em sua atividade hermenêutica, há de tornar efetiva a reação do Estado na prevenção e repressão aos atos de preconceito ou de discriminação praticados contra pessoas integrantes de grupos sociais vulneráveis

A ausência de efetiva reação estatal às injustas agressões praticadas contra grupos sociais vulneráveis e a recusa do Poder Público a enfrentar e superar as barreiras que inviabilizam a busca da felicidade por parte de homossexuais e transgêneros vítimas de inaceitável tratamento discriminatório, traduzem omissão que frustra a autoridade do Direito, que desprestigia o interesse público, que gera o descrédito das instituições e que compromete o princípio da igualdade.

Com o propósito de endereçar uma solução a esse problema, o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, em junho de 2011 – expressando grave preocupação com os atos de violência e discriminação praticados, em todas as regiões do mundo, contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero – adotou a Resolução nº 17/19 sobre “Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero”, solicitando ao Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos a elaboração de propostas destinadas a orientar os Estados na implementação de medidas para proteger os grupos sociais expostos aos riscos da intolerância.

O relatório submetido pelo Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos e aprovado pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU apresentou evidências de um padrão sistemático de violência e discriminação motivado pela orientação sexual ou pela identidade de gênero das pessoas, vindo a reconhecer que a falha das autoridades estatais em criar mecanismos de proteção aos direitos e liberdades ameaçados, além de configurar transgressão aos compromissos assumidos pelos Estados (inclusive o Brasil) na ordem

ADO 26 / DF

internacional, ocasiona, ainda, a exposição dos integrantes da comunidade LGBT aos riscos da violência, da opressão e do constrangimento, tanto na esfera pública quanto no âmbito privado, seja em decorrência da atuação de agentes estatais, de particulares, de grupos ou de organizações extremistas, seja, até mesmo, em face de comportamento de membros da própria família da vítima.

É por isso mesmo, Senhor Presidente, que este julgamento assume importância fundamental no processo de ampliação e de consolidação dos direitos fundamentais das pessoas e constitui momento culminante na efetivação do dogma – segundo proclama a Introdução aos Princípios de YOGYAKARTA (2006) – de que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, pois todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis, inexauríveis e inter-relacionados, sendo certo, presente esse contexto, que a orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais à dignidade e à humanidade de cada pessoa, não devendo constituir motivo de discriminação ou abuso.

Violações de direitos humanos que atingem pessoas por motivo de orientação sexual ou de identidade de gênero traduzem situações que um Estado fundado em bases democráticas não pode tolerar nem admitir.

É por essa razão que, entre os Princípios de YOGYAKARTA – que exprimem postulados sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e à identidade de gênero –, há um, o Princípio n. 3, que proclama o direito titularizado por qualquer pessoa “*de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e a identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade*” (grifei).

ADO 26 / DF

Isso significa que os homossexuais, os transgêneros e demais integrantes do grupo LGBT têm a prerrogativa, como pessoas livres e iguais em dignidade e direitos, de receber **a igual** proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, **mostrando-se** arbitrário e inaceitável **qualquer** estatuto *que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigualte* as pessoas **em razão** de sua orientação sexual **ou** de sua identidade de gênero.

Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, **traduz** o reconhecimento, **que emerge** do quadro das liberdades fundamentais, de que o Estado **não pode** adotar medidas **nem formular** prescrições normativas que provoquem, **por efeito** de seu conteúdo discriminatório, **a exclusão jurídica** de grupos *minoritários que integram* a comunhão nacional.

É por tal razão que o magistério da doutrina – apoiando-se em valiosa hermenêuticas emancipatória e construtiva e invocando princípios fundamentais (**como** os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação **e** da busca da felicidade) – **tem revelado admirável percepção** quanto ao significado **de que se reveste o reconhecimento** do direito personalíssimo à orientação sexual **e** à identidade de gênero, **em ordem a permitir** que se extraiam, **em favor das pessoas em geral e dos homossexuais e transsexuais em particular**, relevantes consequências **no plano** jurídico.

Incumbe, por isso mesmo, a esta Suprema Corte, **considerada** a natureza *eminente*mente constitucional dessa cláusula **impeditiva** de tratamento discriminatório, **velar** pela integridade dessa proclamação, **pois, em assim agindo, o Supremo Tribunal Federal**, ao proferir este julgamento, **estará viabilizando** a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade **e** da não discriminação, **que representam** fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade *verdadeiramente* democrática.

ADO 26 / DF

Busca-se, neste processo, **a consecução** de um fim revestido de **plena** legitimidade jurídica, política e social, que, *longe de dividir* pessoas, grupos e instituições, **deve estimular** a união **de toda** a sociedade **em torno** de um objetivo comum, **pois decisões que fazem cessar o estado de invisibilidade** imposto à coletividade dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBT – estado esse **de que resultam** situações *de injusta exclusão jurídica* por eles sofrida, **em contextos fundados** em preconceitos inaceitáveis **e que não mais resistem** ao espírito do tempo – **possuem a virtude** de congregar aqueles **que reverenciam** os valores da igualdade, da tolerância e da liberdade.

Esta decisão – *que torna efetivo* o princípio da igualdade, *que assegura respeito* à liberdade pessoal e à autonomia individual, *que confere primazia* à dignidade da pessoa humana **e que, rompendo** paradigmas históricos e culturais, *remove obstáculos* que **inviabilizam** a busca da felicidade **por parte** de transgêneros **vítimas** de inaceitável tratamento discriminatório – *não é nem pode ser* qualificada como decisão proferida contra alguém, **da mesma forma** que não pode ser considerada um julgamento a favor **de apenas** alguns, **mas, sim, de toda** a coletividade social.

O fato irrecusável, no tema ora em exame, **é um só**: *os atos de preconceito ou de discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero não podem* ser tolerados. Ao contrário, **devem** ser reprimidos e neutralizados, **pois se revela essencial** que o Brasil **dê um passo** significativo **contra** a discriminação **e contra** o tratamento excluente **que têm marginalizado** grupos minoritários em nosso País, **como** a comunidade LGBT, *o que torna imperioso acolher* novos valores **e consagrar** uma nova concepção de Direito **fundada** em nova visão de mundo, **superando** os desafios impostos pela necessidade *de mudança de paradigmas*, **em ordem a viabilizar**, como política de Estado, a instauração **e** a consolidação de uma ordem jurídica *genuinamente inclusiva*.

ADO 26 / DF

14. A questão da intolerância, notadamente quando dirigida contra a comunidade LGBTI+: a inadmissibilidade do discurso de ódio (Convenção Americana de Direitos Humanos, Artigo 13, § 5º). A noção de tolerância como a harmonia na diferença e o respeito pela diversidade das pessoas e pela multiculturalidade dos povos

Regimes democráticos **não convivem** com práticas de intolerância **ou**, até mesmo, com comportamentos de ódio, **pois** uma de suas características essenciais **reside**, fundamentalmente, no pluralismo de ideias **e na diversidade** de visões de mundo, em ordem a viabilizar, no contexto de uma dada formação social, uma comunidade inclusiva de cidadãos, que se sintam livres **e protegidos** contra ações promovidas pelo Estado ou praticadas por particulares que lhes restrinjam o pleno exercício de suas prerrogativas e liberdades constitucionais *por motivo de orientação sexual ou de identidade de gênero.*

A intolerância e as práticas discriminatórias dela resultantes, motivadas por impulsos irracionais, especialmente quando dirigidas contra grupos minoritários, representam um gravíssimo desafio que se oferece à sociedade civil e a todas as instâncias de poder situadas no âmbito do aparelho de Estado, com particular destaque para o Supremo Tribunal Federal.

Vê-se, portanto, que a intolerância, que traduz a antítese da ideia de respeito à alteridade, transgride, de modo frontal, valores básicos, como a dignidade da pessoa humana e o próprio significado da noção de pluralismo (CF art. 1º, III e V), que compõem, enquanto fundamentos estruturantes que são, o próprio conceito de Estado Democrático de Direito.

O que se mostra irrecusável, presente essa configuração da ordem democrática, é o fato de que a observância desses padrões constitucionais, notadamente o veto absoluto a qualquer discriminação atentatória aos direitos

ADO 26 / DF

e liberdades fundamentais (CF art. 5º, XLI), representa fator essencial à preservação e consolidação de uma sociedade política aberta e plural.

O estatuto constitucional das liberdades públicas, bem por isso, ao delinear o regime jurídico a que elas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa –, permite que sobre tais prerrogativas incidam limitações de ordem jurídica destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, ainda que integrantes de grupos minoritários.

Mostra-se relevante destacar, considerado o valor incomparável da tolerância, a proclamação aprovada, em 1995, pela Conferência Geral da UNESCO (“Declaração de Princípios sobre a Tolerância”), que a define como “a harmonia na diferença” e como “o sustentáculo dos direitos humanos, do pluralismo (inclusive o pluralismo cultural), da democracia e do Estado de Direito”, ao mesmo tempo em que adverte que “praticar a tolerância não significa (...) renunciar às próprias convicções”, traduzindo, ao contrário, um dos efeitos virtuosos dessa atitude positiva em face de terceiros, o que estimulará, naturalmente, a aceitação e o respeito pela diversidade das pessoas e pela multiculturalidade dos povos, assim evitando que irrompam, no seio das formações sociais, a exclusão, a marginalização, a violência e a discriminação contra os grupos vulneráveis, **como** a comunidade LGBT.

É por tal razão que a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão.

Cabe relembrar, neste ponto, **a própria** Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo Art. 13, § 5º, exclui, do âmbito de proteção da liberdade de manifestação do pensamento, “toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou

ADO 26 / DF

religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência".

Bastante expressiva, também, *a esse respeito, foi a decisão* que o Plenário do Supremo Tribunal Federal proferiu no julgamento da ADPF 291/DF Rel. Min. ROBERTO BARROSO, que restou consubstanciado em acórdão assim ementado:

"ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ART. 235 DO CÓDIGO PENAL MILITAR, QUE PREVÊ O CRIME DE PEDERASTIA OU OUTRO ATO DE LIBIDINAGEM. NÃO RECEPÇÃO PARCIAL PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

1. *No entendimento majoritário do Plenário do Supremo Tribunal Federal, a criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar justifica-se, em tese, para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses* (art. 142 da Constituição). *No entanto, não foram recepcionadas pela Constituição de 1988 as expressões pederastia ou outro e homossexual ou não, contidas, respectivamente, no 'nomen iuris' e no 'caput' do art. 235 do Código Penal Militar, mantido o restante do dispositivo.*

2. *Não se pode permitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Manifestação inadmissível de intolerância que atinge grupos tradicionalmente marginalizados.*

3. *Pedido julgado parcialmente procedente."*

(ADPF 291/DF Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Pleno grifei)

Eis porque, Senhor Presidente, *a importante Conferência Internacional de Durban, em 2001, na África do Sul, reconheceu* que o racismo, a discriminação étnico-racial, a xenofobia *e* todas as demais formas de intolerância correlata (*como a homofobia e a transfobia*

ADO 26 / DF

enquanto formas contemporâneas de racismo) constituem a própria negação dos princípios, dos propósitos e dos objetivos proclamados tanto pela Carta de São Francisco, que instituiu, em setembro de 1945, a Organização das Nações Unidas, quanto pela Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10/12/1948.

Claro e significativo o relevo dessa Conferência, cujo real significado consistiu na enfática proclamação de que os valores da solidariedade, do respeito, da tolerância, da alteridade e do multiculturalismo representam, na verdade, os fundamentos ético-jurídicos no combate incessante ao racismo, à discriminação racial, à xenofobia e a todas as modalidades correlatas de intolerância.

15. Liberdade religiosa e repulsa à homotransfobia: convívio constitucionalmente harmonioso entre o dever estatal de reprimir práticas ilícitas contra membros integrantes do grupo LGBTI+ e a liberdade fundamental de professar qualquer fé religiosa, de proclamar e de viver segundo seus princípios, de celebrar o culto e concernentes ritos litúrgicos e de praticar o proselitismo (ADI 2.566/DF, Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN), sem quaisquer restrições ou indevidas interferências do Poder Público. República e laicidade estatal: a questão da neutralidade axiológica do Poder Público em matéria religiosa

Não vislumbro a ocorrência de qualquer ofensa ou dano potencial à liberdade religiosa, qualquer que seja a dimensão em que esta se projete (como a liberdade de culto, p. ex.), se o Estado adotar medidas que visem a prevenir e a reprimir, no plano criminal, práticas de caráter homotransfóbico, da mesma forma que o Poder Público prevê a figura penal consistente na punição, como delito, do crime contra o sentimento religioso, punível nos casos de ultraje a culto ou vilipêndio a ato ou a objeto de culto religioso, tal como definido no art. 208 do Código Penal.

ADO 26 / DF

É inquestionável que a liberdade religiosa qualifica-se como pressuposto essencial e necessário à prática do regime democrático. A livre expressão de ideias, pensamentos e convicções, em sede confessional, não pode e não deve ser impedida pelo Poder Público nem submetida a ilícitas interferências do Estado.

E a razão é uma só, pois a livre expressão de ideias, pensamentos e convicções – inclusive em questões religiosas ou confessionais – não pode e não deve ser impedida pelo Poder Público ou por grupos antagônicos nem pode ser submetida a ilícitas interferências do Estado, de qualquer cidadão ou, ainda, de instituições da sociedade civil.

O regime constitucional de proteção às liberdades do pensamento permite asseverar que a adoção pelo Estado de meios destinados a impedir condutas homofóbicas e transfóbicas em hipótese alguma poderá coarctar, restringir ou suprimir a liberdade de consciência e de crença, nem autorizar qualquer medida que interfira nas celebrações litúrgicas ou que importe em cerceamento à liberdade de palavra, seja como instrumento de pregação da mensagem religiosa, seja, ainda, como forma de exercer o proselitismo em matéria confessional, quer em espaços públicos, quer em ambientes privados.

Não se pode ignorar, Senhor Presidente, que as liberdades do pensamento, inclusive quando exercidas em domínio religioso, qualquer que seja a denominação confessional envolvida, são prerrogativas essenciais, de extração eminentemente constitucional, cujo efetivo respeito – por qualificar-se como pressuposto necessário à própria legitimação material do regime democrático – impõe-se ao Estado e a seus agentes.

A livre expressão e divulgação de ideias não deve (nem pode) ser impedida pelo Estado, cabendo advertir, no entanto – precisamente por não se tratar de direito absoluto –, que eventuais abusos cometidos no exercício dessa prerrogativa constitucional ficarão sujeitos à apreciação do Poder Judiciário, mediante controle jurisdicional “a posteriori”.

ADO 26 / DF

Na realidade, qualquer interpretação em sentido diverso transgrediria o espírito de liberdade que deve informar, animar e condicionar as relações entre o indivíduo e o Estado, especialmente se se considerar que o pluralismo de ideias, enquanto fundamento desta República, mesmo quando praticado em âmbito religioso, revela-se subjacente à própria concepção do Estado democrático de direito, consoante prescreve o art. 1º da Constituição do Brasil.

Na verdade, a Lei Fundamental da República, em norma inteiramente compatível com a natureza democrática do regime político **que hoje caracteriza** o perfil do Estado brasileiro, proclama a liberdade de manifestação do pensamento, assegurando, em consequência, em favor de todos, **a livre expressão e transmissão de ideias, sem a possibilidade de qualquer interferência prévia** do aparelho estatal, seja para favorecer, seja para coarctar o exercício da liberdade religiosa.

Entendo, por isso mesmo, que a prática do proselitismo, inclusive em temas de caráter religioso, **representa** elemento de concretização do direito à livre difusão de ideias ou de manifestações doutrinárias, mesmo aquelas de caráter teológico.

O fato é que a Constituição Federal, ao estabelecer que são essencialmente livres a manifestação do pensamento e a comunicação de ideias, assegura, por isso mesmo, **o pleno exercício** da liberdade de transmissão de valores, sem possibilidade de prévia interferência estatal (CF art. 220, § 1º, c/c o art. 5º, IV e IX).

Não tem sentido, Senhor Presidente, proibir-se o exercício da liberdade de pensamento, especialmente no plano da difusão de ideias, inclusive de natureza confessional ou de conteúdo teológico, sendo plenamente lícito desenvolver-se, nessa área específica, atividade de

ADO 26 / DF

proselitismo, sendo irrelevante, sob tal aspecto, que se trate de proselitismo de natureza religiosa, ou de caráter político-ideológico, ou, ainda, de qualquer outra índole.

O Estado não pode, no contexto de uma sociedade que se caracteriza por seu perfil democrático, *interditar, obstruir, embaraçar ou censurar* ideias, convicções, opiniões ou informações, *qualquer que seja o caráter de que se revistam*, especialmente quando se tratar de crenças religiosas, **sem incorrer**, caso assim venha a agir, **em inaceitável interferência em domínio naturalmente estranho** às atividades governamentais.

É por essa razão, Senhor Presidente, **que não hesito** em proclamar e em destacar *a relevantíssima circunstância* de que, **no contexto** de uma sociedade **fundada** em bases democráticas, **torna-se imperioso reconhecer** que temas de caráter teológico **ou** concepções de índole filosófica, política, cultural ou ideológica, **quaisquer** que sejam – *que busquem atribuir densidade teórica* a ideias propagadas pelos seguidores *de qualquer* corrente de pensamento – **estão, necessariamente, fora do alcance** do poder censório e jurídico-penal do Estado, **sob pena de gravíssima frustração e aniquilação da liberdade constitucional** de expressão e de disseminação (**sempre** legítima) das mensagens **inerentes** às posições doutrinárias em geral.

O fato é que a Carta Política estabelece que **nenhum** dispositivo, **inclusive aqueles de natureza criminal**, **pode constituir** embaraço à plena liberdade de consciência, de culto **ou** de expressão do pensamento e de difusão de ideias, mensagens ou doutrinas, **notadamente** aquelas de conteúdo religioso. **E mais:** cabe referir, *em tema de divulgação efetuada* por ministros e autoridades religiosas, **como** pastores evangélicos, sacerdotes católicos, rabinos e imans, entre outros, **que o exercício** de suas atividades **e a propagação** de suas mensagens religiosas, *que se processam em clima de absoluta liberdade em razão* da proteção constitucional **dispensada** à prática do ministério e do culto religiosos, **também não impedem** o

ADO 26 / DF

proselitismo, tal como já proclamou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, como se vê de decisão que se acha consubstanciada em acórdão assim ementado:

**"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
DIREITO CONSTITUCIONAL. LEI N. 9.612/98.
RÁDIODIFUSÃO COMUNITÁRIA. PROIBIÇÃO
DO PROSELITISMO. INCONSTITUCIONALIDADE.
PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DIRETA.**

1. *A liberdade de expressão representa tanto o direito de não ser arbitrariamente privado ou impedido de manifestar seu próprio pensamento quanto o direito coletivo de receber informações e de conhecer a expressão do pensamento alheio.*

2. *Por ser um instrumento para a garantia de outros direitos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a primazia da liberdade de expressão.*

3. *A liberdade religiosa não é exercível apenas em privado, mas também no espaço público, e inclui o direito de tentar convencer os outros por meio do ensinamento, a mudar de religião. O discurso proselitista é, pois, inerente à liberdade de expressão religiosa. Precedentes.*

4. *A liberdade política pressupõe a livre manifestação do pensamento e a formulação de discurso persuasivo e o uso do argumentos críticos. Consenso e debate público informado pressupõem a livre troca de ideias e não apenas a divulgação de informações.*

5. *O artigo 220 da Constituição Federal expressamente consagra a liberdade de expressão sob qualquer forma, processo ou veículo, hipótese que inclui o serviço de radiodifusão comunitária.*

6. *Viola a Constituição Federal a proibição de veiculação de discurso proselitista em serviço de radiodifusão comunitária.*

7. *Ação direta julgada procedente."*

(ADI 2.566/DF Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN – grifei)

Regimes democráticos não convivem com práticas de intolerância nem se mostram compatíveis com restrições de caráter censório **em matéria**

ADO 26 / DF

de comunicação, de transmissão, de circulação de opiniões, de propagação e de pregação de mensagens de conteúdo religioso, pois uma de suas características essenciais reside, fundamentalmente, no pluralismo de ideias e na diversidade de visões de mundo, em ordem a viabilizar, no contexto de uma dada formação social, uma comunidade inclusiva de cidadãos, de fiéis e de líderes religiosos, que se sintam livres e protegidos contra ações estatais que lhes restrinjam os direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção política ou filosófica.

O que se mostra irrecusável, presente essa configuração da ordem democrática, consiste no fato de que a observância desses padrões constitucionais, notadamente o veto absoluto a qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais (CF art. 5º, XLI), representa fator essencial à preservação e consolidação de uma sociedade política livre, aberta e plural.

Nesse contexto, Senhor Presidente, emerge, como significativo valor que dá expressão às prerrogativas político-jurídicas reconhecidas em favor do indivíduo, a liberdade de consciência, de crença e de manifestação de pensamento em geral, que se qualifica como um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos em uma República que se apresente estruturada em bases democráticas e regida, por isso mesmo, pelo princípio fundamental do pluralismo político.

Tenho sempre enfatizado, nesta Corte, que nada se revela mais nocivo e mais perigoso do que a pretensão do Estado de reprimir, de cercear ou de embaraçar a liberdade de expressão, mesmo que se objetive – com apoio no direito fundamental à livre manifestação de opiniões – expor e transmitir ideias, oferecer propostas doutrinárias, apresentar formulações ou sustentar posições teológicas que a maioria da coletividade eventualmente repudie, pois, nesse tema, guardo a convicção de que o pensamento há de ser livre, permanentemente livre, essencialmente livre.

ADO 26 / DF

Inquestionável, desse modo, **que a livre** expressão de ideias, pensamentos e convicções **não pode e não deve ser impedida** pelo Poder Público **nem submetida** a ilícitas interferências do Estado.

Ninguém, ainda que investido de autoridade estatal, **pode** prescrever **o que será ortodoxo em religião** – **ou** em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, jurídica, social, ideológica ou política – **ou** estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição à própria manifestação do pensamento. **Isso** porque “*o direito de pensar, falar e escrever livremente, sem censura, sem restrições ou sem interferência governamental*” **representa**, conforme **adverte** HUGO LAFAYETTE BLACK, **que integrhou** a Suprema Corte dos Estados Unidos da América (1937-1971), “**o mais precioso privilégio dos cidadãos...**” (“**Crença na Constituição**”, p. 63, 1970, Forense).

Resulta claro, pois, que o tratamento constitucional **dispensado**, entre **outras prerrogativas fundamentais da pessoa**, à liberdade de manifestação do pensamento **e** ao exercício do direito de professar **qualquer** fé religiosa, **de pregá** a mensagem que lhe é inerente, **de propagá-la e de conquistar** prosélitos **deslegitima** qualquer medida individual **ou** governamental de intolerância **e** de desrespeito ao princípio básico **que consagra** o pluralismo de ideias e a plena liberdade de culto e de celebração litúrgica.

Sabemos que a liberdade de expressão, **revestida de essencial transitividade**, **destina-se** a proteger **qualquer pessoa** cujas opiniões, **inclusive em matéria teológica, possam, até mesmo, conflitar** com as concepções prevalecentes, *em determinado momento histórico*, no meio social, **impedindo** que incida sobre **ela**, por conta **e** por efeito de suas convicções, **não obstante minoritárias, notadamente as de caráter religioso, qualquer** tipo de restrição de índole política **ou** de natureza jurídica, **pois**

ADO 26 / DF

todos hão de ser igualmente livres para exprimir ideias, ainda que estas possam revelar-se em desconformidade frontal com a linha de pensamento dominante no âmbito da coletividade.

As ideias, nestas compreendidas as mensagens e as pregações de cunho religioso, podem ser fecundas, libertadoras, transformadoras ou, até mesmo, revolucionárias e subversivas, provocando mudanças, superando imobilismos e rompendo paradigmas até então estabelecidos nas formações sociais.

É por isso que se impõe construir espaços de liberdade, em tudo compatíveis com o sentido democrático que anima nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, para que o pensamento – e, particularmente, o pensamento religioso – não seja reprimido e, o que se mostra fundamental, para que as ideias, especialmente as de natureza religiosa, possam florescer, sem indevidas restrições, em um ambiente de plena tolerância, que, longe de sufocar opiniões divergentes, legitime a instauração do dissenso e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções antagônicas, a concretização de valores essenciais à configuração do Estado Democrático de Direito: o respeito ao pluralismo e à tolerância.

Daí a essencialidade de propiciar-se a livre circulação de ideias, particularmente no plano das formulações de índole confessional, eis que tal prerrogativa individual representa um signo inerente às formações democráticas que convivem com a diversidade, vale dizer, com pensamentos antagônicos que se contrapõem, em permanente movimento dialético, a padrões, convicções e opiniões que exprimem, em dado momento histórico-cultural, o “mainstream”, ou seja, a corrente dominante em determinada sociedade.

Irrecusável, contudo, que o direito de dissentir, que constitui irradiação das liberdades do pensamento, não obstante a sua extração eminentemente constitucional, deslegitima-se quando a sua

ADO 26 / DF

exteriorização atingir, lesionando-os, valores e bens jurídicos postos sob a imediata tutela da ordem constitucional, como sucede com o direito de terceiros à incolumidade de seu patrimônio moral.

Bastante expressiva, a esse respeito, a decisão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal proferiu, por unanimidade, no julgamento da ADPF 187/DF, de que fui Relator, que restou consubstanciado, no ponto ora em exame, em acórdão assim ementado:

“(...) A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO UM DOS MAIS PRECIOSOS PRIVILÉGIOS DOS CIDADÃOS EM UMA REPÚBLICA FUNDADA EM BASES DEMOCRÁTICAS – O DIREITO À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO: NÚCLEO DE QUE SE IRRADIAM OS DIREITOS DE CRÍTICA, DE PROTESTO, DE DISCORDÂNCIA E DE LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS – (...) – DISCUSSÃO QUE DEVE SER REALIZADA DE FORMA RACIONAL, COM RESPEITO ENTRE INTERLOCUTORES E SEM POSSIBILIDADE LEGÍTIMA DE REPRESSÃO ESTATAL, AINDA QUE AS IDEIAS PROPOSTAS POSSAM SER CONSIDERADAS, PELA MAIORIA, ESTRANHAS, INSUPORTÁVEIS, EXTRAVAGANTES, AUDACIOSAS OU INACEITÁVEIS – O SENTIDO DE ALTERIDADE DO DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO E O RESPEITO ÀS IDEIAS QUE CONFLITEM COM O PENSAMENTO E OS VALORES DOMINANTES NO MEIO SOCIAL – CARÁTER NÃO ABSOLUTO DE REFERIDA LIBERDADE FUNDAMENTAL (CF art. 5º, incisos IV, V e X; CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Art. 13, § 5º) – A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE PENSAMENTO COMO SALVAGUARDA NÃO APENAS DAS IDEIAS E PROPOSTAS PREVALECENTES NO ÂMBITO SOCIAL, MAS, SOBRETUDO, COMO AMPARO EFICIENTE ÀS POSIÇÕES QUE DIVERGEM, AINDA QUE RADICALMENTE, DAS CONCEPÇÕES PREDOMINANTES EM DADO MOMENTO HISTÓRICO-CULTURAL, NO ÂMBITO DAS FORMAÇÕES SOCIAIS – O PRINCÍPIO

ADO 26 / DF

MAJORITÁRIO, QUE DESEMPENHA IMPORTANTE PAPEL NO PROCESSO DECISÓRIO, **NÃO PODE LEGITIMAR** A **SUPRESSÃO**, A **FRUSTRAÇÃO OU A ANIQUILAÇÃO** DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, **COMO O LIVRE EXERCÍCIO DO DIREITO DE REUNIÃO E A PRÁTICA LEGÍTIMA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, SOB PENA DE COMPROMETIMENTO** DA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL – **A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA** DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – **INADMISSIBILIDADE DA 'PROIBIÇÃO ESTATAL DO DISSENTO'** – **NECESSÁRIO RESPEITO** AO DISCURSO ANTAGÔNICO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE CIVIL, COMPREENDIDA COMO ESPAÇO PRIVILEGIADO QUE DEVE VALORIZAR O CONCEITO DE '**LIVRE MERCADO DE IDEIAS**' – **O SENTIDO** DA EXISTÊNCIA DO '**FREE MARKETPLACE OF IDEAS**' COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL E INERENTE AO REGIME DEMOCRÁTICO (**AC 2.695-MC/RS**, REL. MIN. CELSO DE MELLO) – **A IMPORTÂNCIA DO CONTEÚDO ARGUMENTATIVO DO DISCURSO** FUNDADO EM CONVICÇÕES DIVERGENTES – **A LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS COMO SÍNICO IDENTIFICADOR** DAS SOCIEDADES ABERTAS, CUJA NATUREZA **NÃO SE REVELA COMPATÍVEL** COM A REPRESSÃO AO DISSENTO E QUE ESTIMULA A CONSTRUÇÃO DE ESPAÇOS DE LIBERDADE **EM OBSÉQUIO** AO SENTIDO DEMOCRÁTICO **QUE ANIMA** AS INSTITUIÇÕES DA REPÚBLICA (...)."

(**ADPF 187/DF** Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

Vê-se, portanto, **que o direito ao dissenso** – desde que **não** resvala, abusivamente, **quanto** ao seu exercício, **para o campo do direito penal**, vindo a concretizar, p. ex., **em virtude de conduta desviante, qualquer** dos delitos contra a honra (calúnia, difamação ou injúria) –, **encontra** suporte legitimador em nosso ordenamento jurídico, **mesmo** que **de sua prática possam resultar, especialmente no domínio religioso ou espiritual**, posições,

ADO 26 / DF

opiniões **ou** ideias que não refletem o pensamento *eventualmente* prevalente em dado meio social **ou** que, *até mesmo*, **hostilizem** severamente, **por efeito** de seu conteúdo argumentativo, a corrente majoritária de pensamento em determinada coletividade.

Memoráveis, por isso mesmo, **as palavras** do Justice OLIVER WENDELL HOLMES, JR. (que foi Juiz da Suprema Corte dos EUA), **no caso** “*United States v. Rosika Schwimmer*” (279 U.S. 644), proferidas, *em 1929*, em notável e histórico *voto vencido* (*hoje qualificado* como uma “*powerful dissenting opinion*”), **então** inteiramente acompanhado pelo Juiz Louis Brandeis, **nas quais** HOLMES deixou positivado um “*dictum*” imorredouro **fundado** na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, **que reproduzo**, *a seguir*, **em livre tradução**:

“(...)*but IF there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought – not free thought for those who agree with us BUT freedom for the thought that we hate.*” (“**mas**, se há algum princípio da Constituição que deva ser imperiosamente observado, **mais** do que qualquer outro, é o princípio que consagra a liberdade de expressão do pensamento, **mas não a liberdade do pensamento apenas em favor** daqueles que concordam conosco, **mas**, sim, **a liberdade do pensamento** que nós próprios odiamos e repudiamos.”) (grifei)

Trata-se de fragmento histórico e retoricamente poderoso **que bem define** o verdadeiro sentido da proteção constitucional à liberdade de manifestação do pensamento: **garantir** não apenas o direito daqueles que pensam como nós, **mas**, igualmente, **proteger** o direito dos que sustentam ideias – mesmo que se cuide de ideias ou de manifestações religiosas – **que causem** discordância ou que provoquem, até mesmo, o repúdio por parte da maioria existente em uma dada coletividade.

O pluralismo (**que legitima a livre circulação de ideias** e **que, por isso mesmo, estimula a prática da tolerância**) **exprime**, por tal razão, um dos fundamentos estruturantes do Estado Democrático de Direito! É o que

ADO 26 / DF

expressamente proclama, em seu art. 1º, inciso V, a própria Constituição da República.

É que pronunciamentos de índole religiosa que extravasam os limites da livre manifestação de ideias, **degradando-se** ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público **contra os integrantes da comunidade LGBT**, por exemplo, **não merecem** a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações **revestidas** de ilicitude penal.

Isso significa, portanto, que a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quando as expressões de ódio público – veiculadas com evidente superação dos limites da propagação de ideias – transgridem, de modo inaceitável, valores tutelados pela própria ordem constitucional.

Esta Suprema Corte, por mais de uma vez, ao pronunciar-se sobre a extensão dos direitos e garantias individuais, fez consignar a seguinte advertência, que cumpre ser relembrada:

"Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.

ADO 26 / DF

O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa –, permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.”

(RTI 173/805-810, 807-808, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Não foi por outra razão que esta Suprema Corte, ao julgar o RHC 146.303/RJ, Red. p/ o acórdão Min. DIAS TOFFOLI, examinando o tema da liberdade religiosa, na perspectiva dos excessos decorrentes do seu exercício, reconheceu que a superação abusiva dos limites da pregação religiosa não tem o amparo da Constituição da República, pois a liberdade de expressão, quando implicar transgressão ao ordenamento penal, mostrar-se-á conflitante com o texto constitucional:

“Recurso ordinário em ‘habeas corpus’. Denúncia. Princípio da correlação. Observância. Trancamento da ação penal. Descabimento. Liberdade de manifestação religiosa. Limites excedidos. Recurso ordinário não provido.

.....
2. O direito à liberdade religiosa é, em grande medida, o direito à existência de uma multiplicidade de crenças/descrenças religiosas, que se vinculam e se harmonizam – para a sobrevivência de toda a multiplicidade de féis protegida constitucionalmente – na chamada tolerância religiosa.

3. Há que se distinguir entre o discurso religioso (que é centrado na própria crença e nas razões da crença) e o discurso sobre a crença alheia, especialmente quando se faça com intuito de atingi-la, rebaixá-la ou desmerecê-la (ou a seus seguidores). Um é tipicamente a representação do direito à liberdade de crença religiosa; outro, em sentido diametralmente oposto, é o ataque ao mesmo direito (...).” (grifei)

ADO 26 / DF

Cabe referir, por oportuno, julgamento emanado da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, proferido em 07/04/2003, no exame do caso *Virginia v. Black et al.*, quando essa Alta Corte concluiu que não é incompatível com a Primeira Emenda (que protege a liberdade de expressão naquele país) a lei penal que pune, como delito, o ato de queimar uma cruz ("cross burning") com a intenção de intimidar, eis que o gesto de queimar uma cruz, com tal intuito, representa, *no meio social em que praticado, um iniludível símbolo de ódio* destinado a transmitir àqueles a quem se dirige tal mensagem o propósito criminoso de ameaçar.

Em tal julgamento, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América – cuja jurisprudência em torno da Primeira Emenda orienta-se no sentido de reconhecer, quase incondicionalmente, a prevalência da liberdade de expressão (adotando, por isso mesmo, o critério da "preferred position") – proclamou, não obstante, que essa proteção constitucional não é absoluta, sendo lícito ao Estado punir certos comportamentos cuja exteriorização traduza a concretização de propósitos criminosos.

Disso tudo resulta que pregações religiosas, sermões **ou** homilias, enquanto expressões legítimas de transmissão, de divulgação e de circulação de ideias **em matéria** de doutrina religiosa **ou** de exposição de princípios teológicos têm o amparo do texto constitucional **que protege** aqueles que, na condição de líderes ou de autoridades religiosas, desempenham, junto às respectivas congregações, **atividade pastoral ou de natureza confessional**.

A exposição e a reprodução de narrativas, conselhos, lições **ou** orientações **constantes** de *qualquer* livro sagrado **referentes** a *qualquer* religião – **como** a Bíblia, a Torah, o Alcorão, a Codificação Espírita, os Vedas hindus e o Dhammapada budista, entre outros – não se revelam aptos a configurar delitos contra a honra, **porque veiculados com o intuito** de divulgar o pensamento **resultante** do magistério teológico e da filosofia espiritual **que são próprios** de cada uma dessas denominações

ADO 26 / DF

confessionais, circunstância que descaracteriza, por si só, o “*animus injuriandi vel diffamandi*”, tornando legítimos, por isso mesmo, o discurso e a pregação enquanto expressões dos postulados de fé de tais religiões.

Não constitui demasia assinalar, neste ponto, que a divulgação objetiva de fatos ou de narrativas religiosas não basta, só por si, para configurar hipótese de ilicitude, civil e/ou penal, pois jamais se pode presumir o intuito doloso de ofender subjacente à exposição descritiva veiculada pelos líderes e pregadores religiosos com apoio no magistério contido nos Livros Sagrados.

Na realidade, a inexistência do elemento subjetivo pertinente aos delitos contra a honra (“*animus injuriandi vel diffamandi*”) afasta a própria caracterização formal dos crimes de calúnia, difamação e injúria, que exigem, sempre, a presença do dolo específico, sem o qual não se aperfeiçoam as figuras típicas em questão.

É por essa razão que autores como NELSON HUNGRIA (“Comentários ao Código Penal”, vol. VI/50, item n. 125, 5ª ed./1ª tir., 1982, Forense), MAGALHÃES NORONHA (“Direito Penal”, vol. 2/114-115, item n. 340, 26ª ed., 1994, Saraiva), DAMÁSIO E. DE JESUS (“Código Penal Anotado”, p. 406, 4ª ed., 1994, Saraiva), HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (“Lições de Direito Penal – Parte Especial – arts. 121 a 212 CP”, p. 133/134, item n. 182, 11ª ed., 1995, Forense) e JULIO FABBRINI MIRABETE e RENATO N. FABBRINI (“Manual de Direito Penal”, vol. II/121, item n. 8.1.7, 27ª ed., 2010, Atlas), ao analisarem o tipo subjetivo nos crimes contra a honra, exigem, sempre, como elemento essencial à caracterização de tais delitos, o propósito de ofender.

A intenção de ofender, desse modo, constitui um dos “*essentialia delicti*”. Sem o propósito deliberado de ofender – que traduz elemento subjetivo do tipo penal –, não se realiza o crime de difamação, de injúria ou de calúnia.

ADO 26 / DF

Nesse contexto, as denominadas excludentes anímicas (dentre as quais, o “*animus narrandi*”, p. ex.) desempenham papel de grande relevo jurídico-penal, pelo fato de a sua ocorrência implicar descaracterização do elemento subjetivo inerente aos crimes contra a honra. Tal circunstância afasta a ocorrência dos delitos contra a honra, nos quais o dolo jamais resulta “da própria expressão objetivamente ofensiva”, eis que, nesse tema, não sendo de cogitar do dolo “*in re ipsa*”, não há como simplesmente presumi-lo (HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, “*op. loc. cit.*”).

Cumpre ressaltar, por oportuno e relevante, que o Supremo Tribunal Federal, revelando essa mesma percepção a respeito do tema, tem reconhecido que as referidas excludentes anímicas, quando presentes no discurso alegadamente ofensivo, descaracterizam a própria delituosidade do comportamento dos agentes (HC 68.166/DF Rel. Min. SYDNEY SANCHES – HC 72.062/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 98.237/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Inq 2.699-QO/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RHC 65.241/PR, Rel. Min. CÉLIO BORJA – RHC 66.018/SP, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, v.g.):

“CRIME CONTRA A HONRA – Calúnia, difamação e injúria inferidas de depoimento prestado em juízo – Inadmissibilidade – Simples narração do que o depoente sabia, de ciência própria ou por ouvir dizer – Ausência, pois, de justa causa para a ação penal – Trancamento – ‘Habeas corpus’ concedido – Recurso para tanto provido – Inteligência dos arts. 138 a 140 do Código Penal e 648, n. I, do Código de Processo Penal.”

(RT 514/448, Rel. Min. LEITÃO DE ABREU – grifei)

“– Nos delitos de calúnia, difamação e injúria, não se pode prescindir, para efeito de seu formal reconhecimento, da vontade deliberada e positiva do agente de vulnerar a honra alheia. Doutrina e jurisprudência.

ADO 26 / DF

– *Não há crime contra a honra*, se o discurso contumelioso do agente, motivado por um estado de justa indignação, traduz-se em expressões, ainda que veementes, pronunciadas em momento de exaltação emocional ou proferidas no calor de uma discussão. *Precedentes.*”

(RTJ 168/498-499, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

A proteção constitucional à liberdade religiosa traduz natural consequência do caráter laico que assume, em nosso sistema político-jurídico, o Estado republicano brasileiro.

Ninguém pode ser punido em nosso ordenamento positivo por blasfêmia ou por apostasia, pois, como tenho enfatizado ao longo deste voto, o Estado laico não tem qualquer interesse de índole religiosa, sendo-lhe indiferente a escolha pessoal de qualquer cidadão em matéria confessional, a quem se reconhece o direito de professar ou de não professar qualquer corrente religiosa, permitindo-se-lhe, ainda, sem que possa sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica, celebrar cultos absolutamente divorciados do sentimento geral de religiosidade prevalecente no âmbito social.

O que não se revela lícito a qualquer pessoa, no entanto, além de não poder ofender a honra de terceiros em razão de sua preferência religiosa, é escarnecer de alguém, em público, por motivo de crença ou função religiosa, ou, então, de impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso ou, ainda, vilipendiar, publicamente, ato ou objeto de culto religioso.

Por tal razão, o Código Penal, objetivando proteger o sentimento religioso, que representa o bem jurídico penalmente tutelado pelo ordenamento estatal, pune o crime de ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo, como resulta claro do art. 208 de nosso estatuto repressivo.

ADO 26 / DF

É por isso que a jurisprudência dos Tribunais tem reconhecido a possibilidade de incriminação daquele que, “embriagado (...), ingressa na igreja, no momento da celebração da missa, perturbando a cerimônia com palavrões” (RT 491/318) ou, então, “agindo com o intuito de perturbar o culto religioso, entre outros artifícios, direciona possantes auto-falantes para o prédio da igreja e liga os aparelhos em altíssimo volume, com músicas carnavalescas, e, em outras oportunidades, faz uso de estampidos de bombas juninas, tudo para impedir as orações e os cânticos dos fiéis” (RJDTACRIM, vol. 6/128).

Também incide no art. 208 do Código Penal aquele que, objetivando impedir a realização de casamento em templo religioso, perturba a cerimônia e a prática desse ato, tumultuando, desorganizando e alterando o seu regular desenvolvimento, vindo a forçar o celebrante de abreviar a realização da cerimônia (RT 533/349).

Vale mencionar que, mesmo cerimônias completamente divorciadas das crenças religiosas tradicionais prevalecentes na coletividade, como as práticas rituais e culturais indígenas, quando objeto de escárnio, de vilipêndio, de perturbação ou de impedimento, merecem igual proteção da legislação penal, consoante estabelece o próprio Estatuto do Índio em seu art. 58, inciso I.

De outro lado, a casuística jurisprudencial registra as diversas situações em que se reconheceu incidir, *em defesa do sentimento religioso*, a norma penal em questão (CP, art. 208):

“Interrupção de culto na Igreja Pentecostal no momento em que, pelo alto-falante, se anunciava que uma criança iria ressuscitar naquele local – ‘Foi abusivo o ato do réu, que, não compreendendo o sentido da cerimônia e da conclamação do povo ao culto, com inspiração em conhecida passagem do Evangelho, desbordou para o escândalo, vociferando em público, de maneira a interromper o ato que se realizava no templo repleto de fiéis. Desrespeitou a garantia constitucional do livre exercício do culto’.

ADO 26 / DF

religioso e sua liturgia. Podem os dirigentes da Igreja ter exagerado na forma de atrair as pessoas à celebração do culto daquele dia, excitando-lhe a curiosidade com a anunciada ressurreição de uma criança. Nem por isso, todavia, poderia o réu arvorar-se em censor da atividade religiosa, interromper aquela solenidade."

(TACRIM/SP, AC 534.549-2, Rel. Juiz FÁBIO DE ARAÚJO – grifei)

"Efetuar disparos de arma de fogo diante da capela em que o sacerdote proferia o sermão da missa, perturbando, deste modo, o culto, configura o delito do art. 208 do CP, que exige apenas o dolo eventual."

(RT 419/293, Rel. Juiz CUNHA CAMARGO – grifei)

"Para a configuração do crime do art. 208 do CP, é necessário que o escárnio seja dirigido a determinada pessoa, sendo que a assertiva de que determinadas religiões traduzem 'possessões demoníacas' ou 'espíritos imundos', espelham tão-somente, posição ideológica, dogmática, de crença religiosa, não tipificando o crime de vilipêndio, ou ultraje a culto."

(RJD/TACRIM-SP, vol. 23/374, Rel. Juiz RÉGIO BARBOSA – grifei)

"O agente que, embriagado, ingressa na igreja, profere impropérios, empurra os fiéis e ofende o pastor que preside o culto, incide na sanção do art. 208 do CP."

(RTIE, vol. 140/273, Rel. Juiz XAVIER DE AQUINO – grifei)

"Pratica o delito do art. 208 do CP quem, voluntária e injustamente, coloca em sobressalto a tranqüilidade dos fiéis ou do oficial, ao perturbar cerimônia de culto religioso."

(RT 405/291, Rel. Juiz LAURO MALHEIROS – grifei)

Sabemos todos, Senhor Presidente, que o advento da proclamação da República importou em ruptura de antiga tradição que, oriunda de

ADO 26 / DF

nosso passado colonial, prevaleceu no Brasil **desde** o seu Descobrimento até a instauração da nova ordem política em 15 de novembro de 1889 **e que consagrava**, entre nós, o catolicismo como religião oficial do Estado.

Essa situação prolongou-se durante o período colonial, **como se vê** da legislação reinol **e, sobretudo**, das Ordenações do Reino (*Afonsinas, Manuelinas e Filipinas*), subsistindo na fase da dominação espanhola (1580/1640) **e projetando-se** até a instituição do Brasil como Reino Unido ao de Portugal e Algarves (1815).

Com a independência nacional, o Brasil manteve a sua condição de *Estado confessional*, **pois** a Carta Política de 25/03/1824 proclamava, em seu art. 5º, que “*A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de Templo*”, estabelecendo, ainda, que “*Ninguém pode ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado (...)*” (art. 179, n. V – grifei).

Com a República, no entanto, *como anteriormente assinalado*, sobreveio a ruptura preconizada pelos positivistas, **cujo suporte legitimador** apoiou-se no Decreto nº 119-A, de 07/01/1890, editado pelo Governo Provisório, **que aprovou** o projeto **elaborado** por Ruy Barbosa e Demetrio Nunes Ribeiro.

Em decorrência desse ato, operou-se uma rígida, formal e orgânica separação entre Igreja e Estado, afastando da jovem República brasileira a nota de confessionalidade que caracterizara, até então, o Estado no Brasil, **que passou a ostentar o perfil de Estado verdadeiramente laico**, **como se pode ver**, p. ex., do Decreto nº 181, de 24/01/1890, **cujo texto veio a reconhecer** como juridicamente válido, de forma absolutamente inovadora, apenas o casamento civil.

ADO 26 / DF

Vê-se, portanto, que é na República que se situa o marco histórico-temporal consagrador do princípio básico da laicidade estatal, de cuja incidência derivam, pelo menos, três consequências de fundamental importância: (a) a separação orgânica entre Igreja e Estado, a propiciar uma nítida linha divisória entre a esfera secular ou temporal, de um lado, e o domínio espiritual, de outro; (b) a neutralidade axiológica do Estado em matéria confessional, a significar que o Poder Público não tem preferência nem aversão a qualquer denominação religiosa; e (c) o respeito incondicional à liberdade religiosa, cuja prática não pode sofrer interferência do aparelho de Estado, seja para favorecer aquele que a exerce ou aquele que opta por não professar religião alguma, seja, ainda, para prejudicá-los.

Ninguém desconhece que o caráter confessional do Estado monárquico brasileiro, com seus conseqüários de ordem institucional, como o direito de Padroado, o beneplácito régio e o recurso à Coroa, culminaria por tornar inevitáveis os conflitos entre a Igreja Católica Romana e o Trono Imperial, como sucedeu no contexto da conhecida Questão Religiosa ou Questão Epíscopo-Maçônica (1872-1875), sem se falar, como relembra JOÃO CAMILLO DE OLIVEIRA TÔRRES ("A Democracia Coroada", p. 403, 2^a ed., 1964, Vozes), da supressão do noviciado nas Ordens Religiosas e das tentativas cismáticas e das propostas regalistas do Padre Diogo Antônio Feijó, que sustentava a legitimidade da interferência do poder civil em assuntos eclesiásticos, tanto que tal comportamento político deu origem, no Período Regencial, notadamente entre 1831 e 1834, à crise da Questão Clerical, que consistiu na proposta de abolição do celibato sacerdotal.

Na base desses conflitos estava a tentativa de submeter, ao poder secular do Estado, o exercício dos direitos eclesiásticos titularizados pela Igreja Romana. Esse fato vem corroborado em cartas particulares dirigidas por Bispos diocesanos ao Imperador, nas quais são relatadas "ingerências descabidas de autoridades civis na vida eclesiástica", sempre com

ADO 26 / DF

o objetivo de subordinar a Igreja ao Estado, tanto que houve tentativas, como aquela empreendida por Bernardo Pereira de Vasconcelos, “em seus dias veementes de líder oposicionista no Primeiro Reinado”, **de instituir, no Estado monárquico brasileiro, uma Igreja estruturada** segundo as concepções regalistas de poder, **em clara demonstração** de “nacionalismo religioso”.

Esse quadro histórico **revela-nos a alta inconveniência de adotar-se determinada religião como sendo a religião de um particular Estado nacional. É que a confessionalidade do Estado acaba por suprimir a independência necessária de que deve gozar a Igreja, qualquer que seja a denominação religiosa que ela represente.** **Quando Campos Salles, em sua condição de Presidente-eleito do Brasil, visitou a Santa Sé, em agosto de 1898, manteve encontro formal com o Papa Leão XIII.** **Conforme relata** TOBIAS MONTEIRO (“O Presidente Campos Salles na Europa”, p. 144, Itatiaia/EDUSP), o Romano Pontífice, **dirigindo-se** a Campos Salles, “encareceu as vantagens por ela [Igreja Católica] conquistadas entre nós depois da Proclamação da República”, **em uma clara** (e diplomática) referência ao **grave conflito** que irrompera, **havia pouco mais de um quarto de século**, entre o Império do Brasil **e** a Igreja Católica Apostólica Romana.

Torna-se importante reconhecer, bem por isso, a essencial necessidade de se estabelecerem espaços de independente atuação, sem recíprocas interferências, entre a Igreja e o Estado, criando-se o que Thomas Jefferson, já Presidente dos Estados Unidos da América, **em carta dirigida** à Congregação da Igreja Batista, em Danbury, no Estado de Connecticut, em 01 de janeiro de 1802, **denominara “a wall of separation between Church and State”**, **demonstrando**, assim, a nítida percepção de que a separação formal (e efetiva) entre Igreja e Estado constitui pressuposto necessário à realização de um duplo e fundamental objetivo: **de um lado, impedir** que o poder do Estado venha a interferir no direito ao livre exercício dos cultos religiosos, **quaisquer** que sejam, **transgredindo, desse modo, a prática** da liberdade religiosa; **e, de outro, obstar** que grupos religiosos, inclusive facções fundamentalistas, **intervindo** no

ADO 26 / DF

desempenho das funções governamentais, **venham a apropriar-se** do aparelho estatal, **submetendo-o** aos desígnios de uma dada confissão religiosa.

Quando os Fundadores da República, no Brasil, conceberam essa forma de Governo, **preocuparam-se, desde logo, ao viabilizarem** as novas conquistas e avanços, **em implementar a separação institucional entre Igreja e Estado** (Decreto nº 119-A/1890), **que se consolidou, em momento posterior, com a promulgação** da Constituição republicana de 1891, **que veio a consagrar, de maneira bastante expressiva, o princípio da laicidade estatal.**

Cabe advertir, no entanto, que a fórmula constitucional da laicidade do Estado não significa que o Estado republicano brasileiro **tornou-se um Estado ateu, nem sequer anticlerical, valendo rememorar**, no ponto, a correta observação de JOÃO CAMILLO DE OLIVEIRA TÔRRES (“A Democracia Coroada”, p. 405, 2^a ed., 1964, Vozes), **para quem “A Constituição de 1891 escapou de ser nitidamente anticlerical, para ser, apenas, laica. Tolerava-se, mas não se combatia frontalmente a religião”.**

Na realidade, esse mesmo autor **reconhece como um dos efeitos positivos resultantes da separação formal entre a Igreja e o Estado a emancipação da instituição religiosa em face do Poder Público, pois, “se a Igreja foi despojada de tudo, ficou, ao mesmo tempo, livre dos empecilhos que a dependência do poder temporal acarreta” (“op. loc. cit.”).**

Essa rígida separação – existente **sob a égide da Constituição de 1891 (que determinava, em seu art. 72, § 6º, fosse “leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos”)** – **sofreu significativo abrandamento motivado** por pressão da Igreja Católica, **que obteve solução de compromisso consubstanciada em verdadeira fórmula transacional** acolhida e **formalmente positivada** pela Constituição republicana de 1934, que, **entre as várias aproximações estabelecidas entre Igreja e Estado, contemplou**, em seu art. 153, **a possibilidade** do ensino religioso, de frequência

ADO 26 / DF

facultativa, **ministrado segundo** os princípios da confissão religiosa do aluno, nas escolas públicas primárias, secundárias, normais e profissionais, **tanto quanto** conferiu eficácia jurídico-civil ao “*casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa (...)*” (CF/1891, art. 146).

A consagração constitucional do Estado laico traduz decisivo fator para o exercício da liberdade religiosa, que representa, no quadro das liberdades fundamentais, projeção concretizadora do direito à livre manifestação de ideias e de convicções, tudo a revelar a importância da laicidade do Estado e a indispensabilidade de sua neutralidade axiológica em relação a qualquer denominação confessional.

A solução de consenso que prevaleceu em 1934 ainda subsiste, de certo modo, sob a égide da vigente Constituição republicana, que, embora mantendo – como se impõe – a separação formal entre Igreja e Estado (CF art. 19, I), não se revela anticlerical nem hostil a qualquer denominação religiosa, seja ela cristã, não cristã ou, até mesmo, pagã, pois consagra a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença (CF art. 5º, VI), garante o livre exercício dos cultos religiosos (CF art. 5º, VI), assegura a proteção aos locais de culto e às práticas litúrgicas (CF art. 5º, VI), estabelece que ninguém será privado de seus direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta (CF art. 5º, VIII), impede que aquele que alega objeção de consciência sofra privação de sua cidadania, desde que desempenhe *prestaçāo civil alternativa* (CF art. 143, § 1º), concede imunidade tributária aos templos de qualquer culto, assim neutralizando eventual tentativa do Poder Público de valer-se, mediante manipulação de sua competência impositiva, de medidas que impliquem censura fiscal lesiva à liberdade religiosa (CF art. 150, VI, “b”), permite a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (CF art. 5º, VII) e atribui eficácia jurídico-civil ao casamento religioso (CF art. 226, § 2º).

ADO 26 / DF

Uma das dimensões em que se projeta o princípio da laicidade estatal reside na observância, pelo Poder Público, de seu dever de neutralidade axiológica em matéria confessional, a significar que o Estado não pode estabelecer ou subvencionar cultos religiosos, ou, ainda, embaraçar-lhes o exercício, como igualmente não pode nem deve manifestar preferência ou revelar repulsa a qualquer organização ou denominação religiosa.

O saudoso Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, ao proferir voto vencido nesta Suprema Corte em 17/11/1949, no julgamento do MS 1.114/DF, Rel. Min. LAFAYETTE DE ANDRADA, no qual se discutiu a legitimidade constitucional de intervenção do Presidente da República nas práticas litúrgicas da cismática Igreja Católica Apostólica Brasileira, após repudiar a possibilidade de ingerência da autoridade civil na esfera de celebração religiosa de determinada organização confessional, impondo-lhe indevidas restrições quanto à utilização de vestimentas, de manifestações externas e de celebrações rituais, deixou consignadas, em seu magistral pronunciamento, algumas advertências que cumpre não ignorar:

“(...) parece-me que o poder civil o poder temporal, infringiu, frontalmente, o princípio básico de toda a política republicana, que é a liberdade de crença, da qual decorreu, como consequência lógica e necessária, a separação da Igreja e do Estado.

Reclamada essa separação pela liberdade de crença, dela resultou, necessariamente, a liberdade de exercício de culto.

Devemos estes grandes princípios à obra benemérita de Demétrio Ribeiro, de cujo projeto surgiu, em 7 de janeiro de 1890, o sempre memorável ato que separou, no Brasil, a Igreja do Estado.

É de se salientar, aliás, que a situação da Igreja Católica Apostólica Romana, separada do Estado, se tornou muito melhor. Cresceu ela, ganhou prestígio, graças à emancipação do regalismo que a subjugava durante o Império. Foi durante o Império que se proibiu a entrada de noviços nas ordens religiosas; foi durante o Império que se verificou a luta entre maçons e católicos,

ADO 26 / DF

de que resultou a deplorável prisão dos Bispos D. Vital Maria Gonçalves de Oliveira e D. Macedo Costa, bispos de Olinda e do Pará; foi durante o Império que prevaleceu a legislação de mão morta.

Com a República, o prestígio da Igreja Católica cresceu, como todos reconhecemos.

Deve-se (...) atribuir, como glória da Igreja Católica Apostólica Romana, o ter-se ela batido pela separação da Igreja do Estado, o princípio civil da separação da Igreja do Estado. O princípio civil da separação da Igreja do Estado foi o princípio que a Igreja Católica defendeu nos seus começos, talvez contrariado na teocracia católico-feudal da Idade Média. Mas não há dúvida em que a separação da Igreja e do Estado, pela qual se bateu a própria Igreja Católica, e que é a base política republicana, só concorreu para que ela crescesse de prestígio.

.....
Proíbe, em conseguinte, a Constituição que o poder temporal embarace o exercício de qualquer culto religioso. (...).

.....
E este princípio fundamental da política republicana, este princípio da liberdade de crenças, que reclama a separação da Igreja do Estado e que importa, necessariamente na liberdade do exercício do culto; (...)." (grifei)

Todos sabemos que a laicidade traduz, desde 1890, um postulado essencial da organização institucional do Estado brasileiro, representando, nesse contexto, uma decisão política fundamental adotada pelos Fundadores da República, cuja opção – consideradas as circunstâncias históricas então presentes – teve em perspectiva, como anteriormente já referido, a desgastante experiência proporcionada pela Carta Política do Império do Brasil, notadamente aquela resultante do gravíssimo conflito que se instaurou entre o Estado monárquico brasileiro e a Igreja Católica Romana, a conhecida Questão Religiosa ou controvérsia epíscopo-maçônica (1872-1875), que opôs o trono imperial ao altar católico.

ADO 26 / DF

A laicidade do Estado, enquanto princípio fundamental da ordem constitucional brasileira, que impõe a separação entre Igreja e Estado, não só reconhece, a todos, a liberdade de religião (consistente no direito de professar ou de não professar qualquer confissão religiosa), como assegura absoluta igualdade dos cidadãos em matéria de crença, garantindo, ainda, às pessoas plena liberdade de consciência e de culto.

O conteúdo material da liberdade religiosa – que se qualifica como direito fundamental do indivíduo – compreende, na abrangência de seu significado, entre outras prerrogativas essenciais, a liberdade de crença (que traduz uma das projeções da liberdade de consciência), a liberdade de culto, a liberdade de organização religiosa, a liberdade de fazer proselitismo, a liberdade de não aderir a religião alguma, a liberdade de alterar suas preferências confessionais, a liberdade de não sofrer qualquer restrição de ordem jurídica em virtude de suas convicções religiosas e a liberdade de ver-se respeitado, em sua esfera de autonomia pessoal, pelo Poder Público, quanto às opções religiosas que fizer, valores esses que representam elementos necessários à própria configuração da ideia de democracia, cuja noção se alimenta, continuamente, do respeito ao pluralismo.

Torna-se importante registrar, no ponto, o tratamento normativo, inquestionavelmente liberal, que Portugal dispensou à liberdade religiosa, como se vê da Lei nº 16, de 22/06/2001, que, ao assegurar, em plenitude, o exercício dos direitos individuais e coletivos em matéria confessional, definiu, em caráter não taxativo, o conteúdo da liberdade religiosa, distinguindo, sob tal perspectiva, entre o conteúdo positivo e o conteúdo negativo dessa fundamental prerrogativa de ordem jurídico-constitucional garantida a todos os cidadãos, sem exceção.

Esse diploma legislativo, ao enunciar, em bases meramente exemplificativas, o conteúdo positivo da liberdade religiosa, assim dispôs:

"Artigo 8º

ADO 26 / DF

Conteúdo da liberdade de consciência, de religião e de culto

A liberdade de consciência, de religião e de culto compreende o direito de:

- a) Ter, não ter e deixar de ter religião;**
- b) Escolher livremente, mudar ou abandonar a própria crença religiosa;**
- c) Praticar ou não praticar os actos do culto, particular ou público, próprios da religião professada;**
- d) Professar a própria crença religiosa, procurar para ela novos crentes, exprimir e divulgar livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento em matéria religiosa;**
- e) Informar e se informar sobre religião, aprender e ensinar religião;**
- f) Reunir-se, manifestar-se e associar-se com outros de acordo com as próprias convicções em matéria religiosa, sem outros limites além dos previstos nos artigos 45º e 46º da Constituição;**
- g) Agir ou não agir em conformidade com as normas da religião professada, no respeito pelos direitos humanos e pela lei;**
- h) Escolher para os filhos os nomes próprios da onomástica religiosa da religião professada;**
- i) Produzir obras científicas, literárias e artísticas em matéria de religião.” (grifei)**

De outro lado, o conteúdo negativo da liberdade religiosa, tal como delineado por referida legislação, **compreende** importantes restrições estabelecidas **em favor** da pessoa, **em ordem a protegê-la contra indevidas interferências** na esfera íntima de sua própria individualidade:

“Artigo 9º

Conteúdo negativo da liberdade religiosa

ADO 26 / DF

1 – Ninguém pode:

- a) Ser obrigado a professar uma crença religiosa, a praticar ou a assistir a actos de culto, a receber assistência religiosa ou propaganda em matéria religiosa;*
- b) Ser coagido a fazer parte, a permanecer ou a sair de associação religiosa, igreja ou comunidade religiosa, sem prejuízo das respectivas normas sobre a filiação e a exclusão de membros;*
- c) Ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou prática religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder;*
- d) Ser obrigado a prestar juramento religioso.” (grifei)*

Nesse contexto, e considerado o delineamento constitucional da matéria em nosso sistema jurídico, **impõe-se**, como elemento **viabilizador** da liberdade religiosa, **a separação institucional** entre Estado e Igreja, **a significar**, portanto, que, **no Estado laico**, como o é o Estado brasileiro, **haverá, sempre**, uma clara e precisa **demarcação** de domínios próprios de atuação **e** de incidência do poder civil (ou secular) **e** do poder religioso (ou espiritual), **de tal modo** que a escolha, ou não, de uma fé religiosa revele-se questão de ordem **estritamente** privada, **vedada**, no ponto, **qualquer** interferência estatal, **proibido**, ainda, ao Estado **o exercício** de sua atividade **com apoio** em princípios teológicos, **ou** em razões de ordem confessional, **ou**, ainda, em artigos de fé, **sendo irrelevante** – em face da **exigência constitucional** de laicidade do Estado – **que se trate** de dogmas **consagrados** por determinada religião **considerada hegemônica** no meio social, **sob pena** de concepções de certa denominação religiosa **transformarem-se, inconstitucionalmente, em critério definidor** das decisões estatais **e** da formulação e execução de políticas governamentais.

ADO 26 / DF

O fato irrecusável é que, nesta República laica, fundada em bases democráticas, o Direito não se submete à religião, e as autoridades incumbidas de aplicá-lo devem despojar-se de pré-compreensões em matéria confessional, em ordem a não fazer repercutir sobre o processo de poder, quando no exercício de suas funções (qualquer que seja o domínio de sua incidência), as suas próprias convicções religiosas.

Vale referir, bem por isso, o preciso magistério de DANIEL SARMENTO (“Legalização do Aborto e Constituição”, “in” “Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos”, p. 03/51 e p. 26/27, 2007, Lumen Juris):

“A Constituição de 88 não se limitou a proclamar, como direito fundamental, a liberdade de religião (art. 5º, inciso VI). Ela foi além, consagrando, no seu art. 19, inciso I, o princípio da laicidade do Estado, que impõe aos poderes públicos uma posição de absoluta neutralidade em relação às diversas concepções religiosas. (...).

A laicidade do Estado, levada a sério, não se esgota na vedação de adoção explícita pelo governo de determinada religião, nem tampouco na proibição de apoio ou privilégio público a qualquer confissão. Ela vai além, e envolve a pretensão republicana de delimitar espaços próprios e inconfundíveis para o poder político e para a fé. No Estado laico, a fé é questão privada. Já o poder político, exercido pelo Estado na esfera pública, deve basear-se em razões igualmente públicas – ou seja, em razões cuja possibilidade de aceitação pelo público em geral independa de convicções religiosas ou metafísicas particulares. A laicidade do Estado não se compadece com o exercício da autoridade pública com fundamento em dogmas de fé – ainda que professados pela religião majoritária –, pois ela impõe aos poderes estatais uma postura de imparcialidade e eqüidistância em relação às diferentes crenças religiosas, cosmovisões e concepções morais que lhes são subjacentes.

ADO 26 / DF

Com efeito, uma das características essenciais das sociedades contemporâneas é o pluralismo. Dentro de um mesmo Estado, existem pessoas que abraçam religiões diferentes – ou que não adotam nenhuma –; que professam ideologias distintas; que têm concepções morais filosóficas díspares ou até antagônicas. E, hoje, entende-se que o Estado deve respeitar estas escolhas e orientações de vida, não lhe sendo permitido usar do seu aparato repressivo, nem mesmo do seu poder simbólico, para coagir o cidadão a adequar sua conduta às concepções hegemônicas na sociedade, nem tampouco para estigmatizar os ‘outsiders’.

Como expressou a Corte Constitucional alemã, na decisão em que considerou inconstitucional a colocação de crucifixos em salas de aula de escolas públicas, ‘um Estado no qual membros de várias ou até conflituosas convicções religiosas ou ideológicas devam viver juntos só pode garantir a coexistência pacífica se se mantiver neutro em matéria de crença religiosa (...). A força numérica ou importância social da comunidade religiosa não tem qualquer relevância.’.

(...) O princípio majoritário (...) não é outra coisa senão a transplantação para o cenário político-institucional da idéia de intrínseca igualdade entre os indivíduos. Mas as pessoas só são tratadas como iguais quando o Estado demonstra por elas o mesmo respeito e consideração. E não há respeito e consideração quando se busca impingir determinado comportamento ao cidadão não por razões públicas, que ele possa aceitar através de um juízo racional, mas por motivações ligadas a alguma doutrina religiosa ou filosófica com a qual ele não comungue nem tenha de comungar.” (grifei)

Em matéria confessional, portanto, o Estado brasileiro há de manter-se em posição de estrita neutralidade axiológica, em ordem a preservar, em favor dos cidadãos, a integridade do seu direito fundamental à liberdade religiosa.

O Estado não tem – nem pode ter – interesses confessionais. Ao Estado é indiferente o conteúdo das ideias religiosas que eventualmente venham a circular e a ser pregadas por qualquer grupo confessional, mesmo porque não é lícito ao Poder Público interditá-las ou censurá-las,

ADO 26 / DF

sem incorrer, caso assim venha a agir, em inaceitável interferência em domínio naturalmente estranho às atividades estatais.

É por essa razão, Senhor Presidente, que cabe destacar a relevantíssima circunstância de que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, torna-se imperioso reconhecer que temas de caráter teológico ou concepções de índole filosófica – que busquem atribuir densidade teórica a ideias propagadas pelos seguidores de qualquer fé religiosa – estão, necessariamente, fora do alcance do poder censório do Estado, sob pena de gravíssima frustração e aniquilação da liberdade constitucional de crença e de disseminação (sempre legítima) das mensagens inerentes às doutrinas confessionais em geral.

Relembro, neste ponto, o que disse logo no início deste voto: a separação constitucional entre Estado e Igreja, além de impedir que o Poder Público tenha preferência ou guarde hostilidade em relação a qualquer denominação religiosa, objetiva resguardar 2 (duas) posições que se revestem de absoluta importância: (1) assegurar, *de um lado*, aos cidadãos, a liberdade religiosa e a prática de seu exercício, e (2) obstar, *de outro*, que grupos fundamentalistas se apropriem do aparelho de Estado, para, com apoio em convicções ou em razões de ordem confessional, impõr aos demais cidadãos a observância de princípios teológicos e de diretrizes religiosas.

Note-se, por necessário, que este Supremo Tribunal Federal deve sustentar o seu julgamento em razões eminente mente não religiosas, considerada a realidade de que o Estado brasileiro, fundado no pluralismo de ideias e apoiado em bases democráticas, qualifica-se como uma República essencialmente laica e não confessional, para que não se repita, uma vez mais, o gravíssimo erro histórico em que incidiu, em 1633, o Tribunal do Santo Ofício, que constrangeu Galileu Galilei (“*eppur si muove!*”), sob pena de condenação à morte na fogueira, a repudiar as suas afirmações (cientificamente corretas) a propósito do sistema heliocêntrico, reputadas incompatíveis com a Bíblia pelas autoridades e teólogos da Igreja de Roma.

ADO 26 / DF

É importante assinalar, nesse ponto, as reflexões que BARUCH DE ESPINOSA expôs em seu “Tratado Teológico-Político” (2ª ed., 2008, Martins Fontes), “um livro forjado no inferno”, segundo um de seus críticos, que constitui, no entanto, a despeito das inúmeras objeções contra ele feitas, um dos textos filosóficos mais relevantes e influentes na história do pensamento ocidental, a ponto de a comunidade hebraica de Amsterdam havê-lo anatematizado, impondo-lhe o “herem”.

Com efeito, ESPINOSA, cuja vida foi inteiramente dedicada, no plano filosófico, ao exame da questão fundamental da liberdade humana, jamais se despojou de seu espírito crítico, havendo sido punido, pela Sinagoga Portuguesa de Amsterdam, como salientado, com a sanção do “herem”, vale dizer, com a exclusão da comunidade hebraica daquela cidade por razões que claramente se apoiavam em lamentável juízo de intolerância, que considerou heréticos, tanto o pensamento antagônico quanto as lições desse filósofo holandês, que assinalava, em suas reflexões teóricas, que a narrativa contida na Bíblia deveria expor-se, como qualquer outro livro, à crítica histórica, pelo fato, segundo ele, de a Bíblia constituir “uma obra metafórico-alegórica que não pede leitura racional (...”).

E tudo isso porque ESPINOSA, cujo pensamento filosófico exaltava a liberdade individual, especialmente em matéria religiosa, procedeu, nessa única obra publicada em vida, à defesa incondicional da liberdade de expressão, o que levou estudiosos de suas ideias a reconhecer, em seu “Tratado Teológico-Político”, que esse livro consubstanciava, verdadeiramente, “um elogio da tolerância e uma apologia da democracia”.

Na visão filosófica de ESPINOSA, tornava-se claro que assuntos de teologia e questões de Estado revelavam-se matérias que não deveriam confundir-se, pois tinha ele, por incontestável, que nem a teologia deveria

ADO 26 / DF

subordinar-se à razão de Estado nem esta ao pensamento teológico, mesmo porque as convicções no domínio religioso pertencem, exclusivamente, ao plano da razão individual e ao foro íntimo de cada ser humano, que é, no âmbito da religião, a suprema autoridade.

A necessária delimitação entre a esfera religiosa, que concerne ao espírito, e o domínio secular, que é regido pelo Estado, constitui fator, por excelência, da liberdade humana, pois – adverte ESPINOSA nessa obra escrita em pleno século XVII –, “*o verdadeiro fim do Estado é (...) a liberdade*” (“*op. cit.*”, cap. XX, p. 302).

Inquestionável, desse modo, que o Estado – quando busca impor o predomínio de uma dada religião ou quando pretende restringir os direitos de quem professa (ou deixa de professar) determinada fé religiosa, instituindo medidas de repressão ou de discriminação contra aqueles que exercem as prerrogativas inerentes à liberdade religiosa – revela, em toda a sua onipotência, a face intolerante que as modernas Constituições de Estados democráticos repudiam, certamente atentas a uma advertência que, atravessando os séculos e apoiada no pensamento filosófico de ESPINOSA – que põe ênfase na questão da liberdade humana e que exalta a virtude da tolerância –, reconhece os perigos resultantes do extravasamento, pela teologia, dos limites que a circunscrevem, projetando-a sobre domínios a ela estranhos, com o propósito de controle das instituições seculares e, por consequência, de subjugação do espírito que anima e alimenta o direito inalienável de ser essencialmente livre.

Cabe reconhecer, em suma, desse modo, que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.

ADO 26 / DF

16. Democracia constitucional, proteção dos grupos vulneráveis e função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no exercício de sua jurisdição constitucional

Cabe registrar, por necessário, **que este julgamento reflete**, com absoluta fidelidade, **a função contramajoritária** que ao Supremo Tribunal Federal incumbe desempenhar no âmbito do Estado Democrático de Direito, em ordem a conferir **efetiva proteção às minorias**.

Trata-se, na realidade, de tema que, **intimamente associado** ao debate constitucional suscitado nesta causa, **concerne** ao relevantíssimo papel que compete a esta Suprema Corte exercer **no plano** da *jurisdição das liberdades*: o de órgão **investido** do poder e da responsabilidade institucional de **proteger as minorias contra** eventuais excessos **da maioria ou, ainda, contra** omissões que, **imputáveis aos grupos majoritários**, tornem-se lesivas, **em face** da inércia do Estado, **aos direitos** daqueles **que sofrem os efeitos perversos** do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica.

Esse particular aspecto da questão põe em relevo **a função contramajoritária** do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, **considerada** a circunstância de que as pessoas transgêneros **representam** parcela minoritária da população.

O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos manifestados **por grupos confessionais**, tem-se mostrado **infenso, nesse tema específico, à necessidade** de adequação do ordenamento nacional a essa **realidade emergente** das práticas e costumes sociais.

Tal situação **culmina** por gerar um quadro **de (inaceitável) submissão** de grupos minoritários à **vontade hegemônica** da maioria, **o que compromete**, gravemente, por reduzi-lo, **o próprio** coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, **pois, ninguém o ignora**, o regime democrático **não** tolera **nem** admite a opressão **da minoria** por grupos majoritários.

ADO 26 / DF

É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado Democrático de Direito.

Cumpre enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política, que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão.

Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional.

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito.

ADO 26 / DF

É por isso que tenho por inteiramente procedentes as observações que fez, em precisa abordagem do tema, o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual no julgamento da ADI 4.277/DF:

"O papel desempenhado pelos direitos fundamentais na restrição da soberania popular decorre da limitação imposta pelo princípio do Estado de direito, que não admite a existência de poderes absolutos, nem mesmo o da soberania popular, e do fato de que uma dimensão formal de democracia não está habilitada para proteger efetivamente o funcionamento democrático do Estado.

Portanto, da mesma forma que se veda à maioria que faça determinadas escolhas – suprimindo direitos necessários à participação política de determinados cidadãos –, é igualmente vedado a essa maioria que deixe de tomar decisões necessárias à efetivação da igualdade entre os indivíduos.

.....
Para salvaguardar os requisitos essenciais à participação dos indivíduos no processo democrático, o Judiciário é mais uma vez chamado a tomar tal posição de vanguarda, garantindo o livre exercício da liberdade e igualdade, atributos da cidadania, e principalmente a dignidade humana. É preciso atuar onde não há certeza e efetividade do sistema nas relações privadas, em prol dessas garantias.

Com efeito, não pode o Estado democrático de direito conviver com o estabelecimento de uma diferença entre pessoas e cidadãos com base em sua sexualidade. Assim como é inconstitucional punir, perseguir ou impedir o acesso dos homossexuais a bens sócio-culturais e é igualmente inconstitucional excluir essa parcela de cidadãos do direito à segurança em suas relações afetivas.

.....
Nesse passo, o Poder Judiciário assume sua mais importante função: a de atuar como poder contramajoritário; de proteger as minorias contra imposições dezarrazoadas ou indignas das maiorias. Ao assegurar à parcela minoritária da população o

ADO 26 / DF

direito de não se submeter à maioria, o Poder Judiciário revela sua verdadeira força no equilíbrio entre os poderes e na função como garante dos direitos fundamentais.” (grifei)

Para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar às minorias, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados, pois ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República.

Isso significa, portanto, numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF art. 1º, V), que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias, sejam elas quais forem, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de significação, o que subtrairia – consoante adverte a doutrina (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, “Fundamentos de Direito Constitucional”, p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País.

17. A busca da felicidade como projeção do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana

Enfatizo, ainda, como já acentuei em votos proferidos nesta Suprema Corte, que a proposta ora veiculada nesta sede de controle abstrato encontra suporte legitimador em postulados fundamentais, como os da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade e, sobretudo, o da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradiia o valor fundante da dignidade da pessoa humana.

ADO 26 / DF

Vale destacar, nesse contexto, o papel relevante que assume o postulado da dignidade da pessoa humana – cuja centralidade (CE art. 1º, III) confere-lhe a condição de significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País –, que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo, tal como tem reconhecido a jurisprudência desta Suprema Corte em decisões que, no ponto, refletem, com precisão, o próprio magistério da doutrina (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Poder Constituinte e Poder Popular”, p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, “Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro”, p. 106, 2006, Del Rey; INGO W. SARLET, “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, “Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos”, 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, “O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência”, 2002, Saraiva; LUIZ EDSON FACHIN, “Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo”, 2008, Renovar, v.g.).

Reconheço, bem por isso, Senhor Presidente, que o direito à busca da felicidade – que se mostra gravemente comprometido quando o Estado, muitas vezes influenciado por correntes majoritárias, omite-se na formulação de medidas destinadas a assegurar a grupos minoritários, como os integrantes da comunidade LGBT, a fruição de direitos fundamentais – representa derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, qualificando-se como um dos mais significativos postulados constitucionais implícitos cujas raízes mergulham, historicamente, na própria Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776.

ADO 26 / DF

O texto dessa Declaração, *fortemente influenciado pelas ideias iluministas, precedidas, no ponto, pelo pensamento* de John Locke, resultou de projeto elaborado por Comissão **designada** pelo Segundo Congresso Continental dos Estados Unidos da América, constituída por Thomas Jefferson, seu principal autor, John Adams, Benjamin Franklin, Robert R. Livingston e Roger Sherman, ainda que alguns autores – como RAY RAPHAEL (“Mitos sobre a Fundação dos Estados Unidos: a verdadeira história da independência norte-americana”, p. 125, traduzido por Maria Beatriz de Medina, Civilização Brasileira, 2006) – mencionem o fato de que “Jefferson estava em condições de aproveitar o trabalho de muitos outros, inclusive o de George Mason, que acabara de redigir um documento muito parecido, a Declaração de Direitos da Virgínia” (grifei).

Não é por outra razão que STEPHANIE SCHWARTZ DRIVER (“A Declaração de Independência dos Estados Unidos”, p. 32/35, tradução de Mariluce Pessoa, Jorge Zahar Ed., 2006), referindo-se à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América *como típica manifestação do Iluminismo, qualificou o direito à busca da felicidade* como prerrogativa fundamental **inerente** a todas as pessoas:

“Em uma ordem social racional, de acordo com a teoria iluminista, o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca da sua mais alta aspiração, que é, essencialmente, a felicidade ou o bem-estar. O homem é motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade), e a sociedade/governo é uma construção social destinada a proteger cada indivíduo, permitindo a todos viver juntos de forma mutuamente benéfica.” (grifei)

A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional exprimem aspectos de alto relevo que legitimam a atuação do Supremo Tribunal Federal e que lhe permitem, numa perspectiva de implementação concretizadora, **a plena realização, em sua dimensão global, do próprio texto normativo da Constituição.**

ADO 26 / DF

Nesse contexto, o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por *implicitude*, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais.

Registre-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez (ADI 3.300-MC/DF Rel. Min. CELSO DE MELLO – STA 223-AgR/PE, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, v.g.), reconheceu, no princípio constitucional (*implícito*) da busca da felicidade, um “importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais”, como anota o ilustre Advogado SAUL TOURINHO LEAL, em preciosa obra monográfica (“Direito à Felicidade”, 2018, Almedina).

Desnecessário referir a circunstância de que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América tem aplicado esse princípio em alguns precedentes – como In Re Slaughter-House Cases (83 U.S. 36, 1872), Butchers' Union Co. v. Crescent City Co. (111 U.S. 746, 1884), Yick Wo v. Hopkins (118 U.S. 356, 1886), Meyer v. Nebraska (262 U.S. 390, 1923), Pierce v. Society of Sisters (268 U.S. 510, 1925), Griswold v. Connecticut (381 U.S. 479, 1965), Loving v. Virginia (388 U.S. 1, 1967), Zablocki v. Redhail (434 U.S. 374, 1978), v.g. –, nos quais esse Alto Tribunal, ao apoiar os seus “rulings” no conceito de busca da felicidade (“*pursuit of happiness*”), imprimiu-lhe significativa expansão, para, a partir da exegese da cláusula consubstancial desse direito inalienável, estendê-lo a situações envolvendo a proteção da intimidade e a garantia dos direitos de casar-se com pessoa de outra etnia, de ter a custódia dos filhos menores, de aprender línguas estrangeiras, de casar-se novamente, de exercer atividade empresarial e de utilizar anticoncepcionais.

ADO 26 / DF

Vale mencionar o fato de que a busca da felicidade foi também positivada, no plano normativo, nos textos da Constituição do Japão de 1947 (Artigo 13), da Constituição da República Francesa de 1958 (**Preâmbulo**, no qual se faz remissão à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em que se contém o reconhecimento desse direito fundamental) e da Constituição do Reino do Butão de 2008 (**Preâmbulo**).

Parece-me irrecusável, desse modo, **considerado** o objetivo fundamental da República de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (**CF** art. 3º, IV), **que o reconhecimento do direito à busca da felicidade**, enquanto ideia-força que emana, diretamente, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, **autoriza, presente o contexto em exame, o acolhimento** do pleito ora em julgamento.

18. Uma observação final: o significado da defesa da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal

Cabe assinalar, por necessário e relevante, **que se impõe** ao Supremo Tribunal Federal, **tornado guardião** da ordem constitucional **por deliberação soberana** da própria Assembleia Nacional Constituinte, **reafirmar, a cada momento, o seu respeito, o seu apreço e a sua lealdade ao texto sagrado da Constituição democrática do Brasil.**

Nesse contexto, **incumbe** aos Juízes da Corte Suprema do Brasil **o desempenho do dever** que lhes é inerente: o de velar pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, o de repelir condutas governamentais abusivas, o de conferir prevalência à essencial dignidade da pessoa humana, o de fazer cumprir os pactos internacionais que protegem os grupos vulneráveis expostos a práticas discriminatórias e o de neutralizar qualquer ensaio de opressão estatal ou de agressão perpetrada por grupos privados.

ADO 26 / DF

O Supremo Tribunal Federal, por isso mesmo, possui a exata percepção dessa realidade e, por tal razão, tem consciência do grave compromisso que incide sobre esta Alta Corte consistente em preservar a intangibilidade da Constituição que nos governa a todos, sendo o garante de sua integridade, impedindo que razões de pragmatismo (ou de indiferença) governamental ou de mera conveniência de grupos, instituições ou estamentos prevaleçam e deformem, inclusive mediante comportamento omissivo, o significado da própria Lei Fundamental.

Torna-se de vital importância reconhecer que o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada pela própria Assembleia Constituinte, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas.

Nenhum dos Poderes da República pode submeter a Constituição a seus próprios desígnios, ou a manipulações hermenêuticas, ou, ainda, a avaliações discricionárias fundadas em razões de conveniência política, de pragmatismo institucional ou de inadmissível preconceito social, eis que a relação de qualquer dos Três Poderes com a Constituição há de ser, necessariamente, uma relação de incondicional respeito, sob pena de juízes, legisladores e administradores converterem o alto significado do Estado Democrático de Direito em uma palavra vã e em um sonho frustrado pela prática autoritária (e abusiva) do poder, seja por ação, seja por omissão.

Nada compensa a ruptura da ordem constitucional, porque nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental.

ADO 26 / DF

É por isso que se pode proclamar que o Supremo Tribunal Federal desempenha as suas funções institucionais e exerce a jurisdição que lhe é inerente de modo compatível com os estritos limites que lhe traçou a própria Constituição, pois esta Corte Suprema não tolera a prepotência dos governantes, não admite os excessos e abusos que emanam *de qualquer* esfera dos Poderes da República, nem se curva a pressões advindas de grupos sociais majoritários **que buscam impor exclusões e negar direitos a grupos vulneráveis.**

Isso significa reconhecer que a prática da jurisdição constitucional, quando provocada por aqueles atingidos pelo arbítrio, pela violência, pelo preconceito, pela discriminação e pelo abuso, não pode ser considerada – ao contrário do que muitos erroneamente supõem e afirmam – um gesto de indevida interferência da Suprema Corte na esfera orgânica dos demais Poderes da República.

O Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

Não constitui demasia destacar a importância do Poder Judiciário na estrutura institucional em que se organiza o aparelho de Estado, pois os magistrados e Tribunais, notadamente este Supremo Tribunal Federal, exercem papel que se reveste de significativo relevo político-jurídico nas formações sociais que integram, eis que não há, na história das sociedades políticas, o registro de um povo que, despojado de um Judiciário independente, tenha conseguido, mesmo assim, preservar os seus direitos e conservar a sua própria liberdade.

ADO 26 / DF

É **significativo** que se discuta, *portanto*, o tema pertinente aos direitos humanos, valendo destacar, nesse contexto, a *Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana*, promulgada em Paris, pela III Assembleia Geral da ONU, há 70 (setenta) anos, *em 10/12/1948*.

Esse estatuto das liberdades públicas representou, no cenário internacional, importante marco histórico no processo de consolidação e de afirmação dos direitos fundamentais da pessoa humana, pois refletiu, nos trinta artigos que lhe compõem o texto, o reconhecimento solene, pelos Estados, de que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são dotadas de razão e consciência e titularizam prerrogativas jurídicas inalienáveis que constituem o fundamento da liberdade, da justiça e da paz universal.

Com essa proclamação formal, os Estados componentes da sociedade internacional – estimulados por um insuprimível senso de responsabilidade e conscientes do ultraje representado pelos atos hediondos cometidos pelo regime nazi-fascista, inclusive contra homossexuais (forçados a ostentar, nos campos de concentração e de extermínio, o triângulo rosa, se gays, ou o triângulo negro, se lésbicas), bem assim pelos gestos de desprezo e de desrespeito sistemáticos praticados pelos sistemas totalitários de poder – tiveram a percepção histórica de que era preciso forjar as bases jurídicas e éticas de um novo modelo que consagrasse, *em favor das pessoas, a posse da liberdade* em todas as suas dimensões, assegurando-lhes o direito de viverem protegidas do temor e a salvo das necessidades.

É preciso, pois, que o Estado, ao magnificar e valorizar o significado real que inspira a Declaração Universal dos Direitos das Pessoas Humanas, pratique, sem restrições, sem omissões e sem tergiversações, os postulados que esse extraordinário documento de proteção internacional consagra em favor de todo o gênero humano.

ADO 26 / DF

Torna-se essencial, portanto, ter consciência de que se revela inadiável conferir real efetividade, **no plano interno**, aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro **em tema** de direitos humanos.

A questão dos direitos essenciais da pessoa humana – precisamente porque o reconhecimento de tais prerrogativas funda-se em consenso verdadeiramente universal (“*consensus omnium gentium*”) – não mais constitui problema de natureza filosófica ou de caráter meramente teórico, mas representa, isto sim, tema **fortemente impregnado** de significação política, na medida em que se torna fundamental e inadiável instituir meios destinados a protegê-los, **conferindo-lhes efetividade e exequibilidade** no plano das relações entre o Estado e os indivíduos.

É esse, pois, o grande desafio com que todos – *governantes e governados* – nos defrontamos no âmbito de uma sociedade democrática: **extrair** das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos a sua máxima eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, **quaisquer** que sejam as gerações ou as dimensões em que estes se projetem (PAULO BONAVIDES, “Curso de Direito Constitucional”, p. 560/578, 21ª ed., 2007, Malheiros; ALEXANDRE DE MORAES, “Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional”, p. 96/99, itens ns. 5.1 e 5.2, 7ª ed., 2007, Atlas; CELSO LAFER, “A Reconstrução dos Direitos Humanos”, p. 125/134, 1988, Companhia das Letras, v.g.).

19. Conclusão

Encerro o meu voto, Senhor Presidente, enfatizando que este processo revela que, nele, está em debate, uma vez mais, o permanente conflito entre civilização e barbárie, cabendo ao Supremo Tribunal Federal

ADO 26 / DF

fazer prevalecer, em toda a sua grandeza moral, a essencial e inalienável dignidade das pessoas, em solene reconhecimento de que, acima da estupidez humana, acima da insensibilidade moral, acima das distorções ideológicas, acima das pulsões irracionais e acima da degradação torpe dos valores que estruturam a ordem democrática, deverão sempre preponderar os princípios que exaltam e reafirmam a superioridade ética dos direitos humanos, cuja integridade será preservada, aqui e agora, em prol de todos os cidadãos e em respeito à orientação sexual e à identidade de gênero de cada pessoa que vive sob a égide dos postulados que informam o próprio conceito de República.

Aceitar tese diversa significaria tornar perigosamente menos intensa e socialmente mais frágil a proteção que o ordenamento jurídico dispensa, no plano nacional e internacional, aos grupos formados com base na orientação sexual ou na identidade de gênero, notadamente aquelas pessoas que se expõem, como os integrantes da comunidade LGBT, a uma situação de maior vulnerabilidade.

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, formulo as seguintes proposições que compendiam o pensamento que expus ao longo desta decisão:

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, "in fine");

ADO 26 / DF

2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe **ou** limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, *entre outros*) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;

3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

ADO 26 / DF

20. Dispositivo

Sendo assim, em face das razões expostas, e acolhendo, ainda, os fundamentos do parecer do eminente Dr. RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS, então Procurador-Geral da República, conheço, em parte, da presente ação direta de constitucionalidade por omissão, para, nessa extensão, julgá-la procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, nos termos a seguir indicados:

- (a) reconhecer o estado de mora constitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT;
- (b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa constitucional do Poder Legislativo da União;
- (c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, "caput", da Lei nº 9.868/99;
- (d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda,

ADO 26 / DF

porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e

(e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea "d" somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento.

É o meu voto.

20/02/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, pela ordem. Depois desse brilhante voto do Ministro Celso de Mello, eu gostaria de, publicamente, dizer da minha honra de pertencer a um Tribunal que tem como um de seus integrantes o nosso Decano, com a sua envergadura moral e intelectual, que acaba de lavrar uma verdadeira pérola literária judicial, sob forma de voto.

Parabéns, estou encantadíssimo com o seu voto!

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Eu ia exatamente registrar que o voto proferido pelo Ministro **Celso de Melo** nas últimas duas sessões honra a história desta Corte e engrandece o Supremo Tribunal Federal e todos nós.

Somos muito gratos por esses dois dias em que acompanhamos - eu acompanhei aqui folha por folha - esse brilhantíssimo voto que Sua Excelência nos trouxe.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 194 de 566

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

REQTE. (S) : PARTIDO POPULAR SOCIALISTA

ADV. (A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (242668/SP)

INTDO. (A/S) : CONGRESSO NACIONAL

INTDO. (A/S) : PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL

PROC. (A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

ADV. (A/S) : JOSÉ ALEXANDRE LIMA GAZINEO (8710/BA)

ADV. (A/S) : FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA (40645/BA, 31546/DF)

ADV. (A/S) : EDVALDO FERNANDES DA SILVA (19233/DF, 94500/MG)

AM. CURIAE. : GRUPO GAY DA BAHIA - GGB

ADV. (A/S) : THIAGO GOMES VIANA (0010642/MA)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT

AM. CURIAE. : GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL - GADVS

ADV. (A/S) : ALEXANDRE GUSTAVO DE MELO FRANCO BAHIA (83920/MG)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JURISTAS EVANGÉLICOS - ANAJURE

ADV. (A/S) : JOSE JULIO DOS REIS (22057/DF) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : FRENTE PARLAMENTAR "MISTA" DA FAMÍLIA E APOIO À VIDA

ADV. (A/S) : WALTER DE PAULA E SILVA (10625/GO) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS

ADV. (A/S) : ANANDA HADAH RODRIGUES PUCHTA (0080651/PR) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : CONVENÇÃO BRASILEIRA DAS IGREJAS EVANGÉLICAS IRMÃOS MENONITAS - COBIM

ADV. (A/S) : RAFAEL FERREIRA DE CASTRO (29387/DF) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : PARTIDO SOCIALISTA DOS TRABALHADORES UNIFICADO - PSTU

ADV. (A/S) : ALBERTO ALBIERO JUNIOR (238781A/SP)

AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA

ADV. (A/S) : VICTOR MENDONÇA NEIVA (15682/DF)

ADV. (A/S) : MARIANA KREIMER CAETANO MELUCCI (0025557/DF)

ADV. (A/S) : BRUNA FLÁVIA FARIA BRAGA (138870/MG)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSSEXUAIS - ANTRA

ADV. (A/S) : IGOR LUIS PEREIRA E SILVA (153396/RJ, 153396/RJ) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

PROC. (A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente, o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti; pela Advocacia-

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 195 de 566

Geral da União, o Ministro André Luiz de Almeida Mendonça, Advogado-Geral da União; pelo Presidente do Senado Federal, o Dr. Fernando César de Souza Cunha, Advogado-Geral do Senado Federal; pelo *amicus curiae* Grupo Gay da Bahia - GGB, o Dr. Thiago Gomes Viana; pelo *amicus curiae* Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual - GADVS, o Dr. Alexandre Gustavo de Melo Franco Bahia; pelo *amicus curiae* Associação Nacional de Juristas Evangélicos - ANAJURE, o Dr. Luigi Mateus Braga; pelo *amicus curiae* Frente Parlamentar "Mista" da Família e Apoio à Vida, o Dr. Walter de Paula e Silva e o Dr. Cícero Gomes Lage; pelo *amicus curiae* Grupo Dignidade - pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, a Dra. Ananda Hadah Rodrigues Puchta; pelo *amicus curiae* Associação Nacional de Travestis e Transsexuais - ANTRA, a Dra. Maria Eduarda Aguiar da Silva; e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Luciano Mariz Maia, Vice-Procurador-Geral da República. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux. Presidiu o julgamento o Ministro Celso de Mello. Plenário, 13.2.2019.

Decisão: Após o início da leitura do voto do Ministro Celso de Mello (Relator), reconhecendo inadmissível a formulação de pretensão reparatória em sede de controle normativo abstrato, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 14.2.2019.

Decisão: Após o voto do Ministro Celso de Mello (Relator), que conhecia, em parte, da ação direta de constitucionalidade por omissão para, nessa extensão, julgá-la procedente, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 20.2.2019.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármem Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Luciano Mariz Maia.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

21/02/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, acolhendo diretriz de Vossa Excelência, já pronuncio o voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, relatada pelo eminentíssimo Ministro Celso de Mello.

Vou juntar o voto que trago, nesse sentido, e tenho a honra de acompanhar integralmente Sua Excelência para os efeitos que já mencionei no Mandado de Injunção 4733, que são congruentes com as conclusões que o eminentíssimo Ministro Decano aportou a esse Colegiado.

Portanto, juntarei declaração de voto na Ação de Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e acompanho integralmente o eminentíssimo Ministro-Relator.

21/02/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

VOTO – VOGAL

SÍNTESE DO VOTO

1. O presente voto, ao dispor dos eminentes pares e das partes na íntegra, expressa fundamentação nos termos do inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil, e se contém em aproximadamente 21 páginas. A síntese e a conclusão podem ser apresentadas, sem prejuízo da explicitação no voto contida, à luz do procedimento que se fundamenta nos termos do insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, em cuja abrangência se insere a celeridade de julgamento, mediante sucinta formulação que tem em conta as seguintes premissas e arremate:

1.1. Premissas

Primeira: É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero.

Segunda: O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual.

Terceira: À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, dessume-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Quarta: A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersex é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe.

Quinta: A discriminação por orientação sexual ou identidade de

ADO 26 / DF

gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor.

1.2. **Base constitucional:** o direito à dignidade (art. 1º, III, da CRFB), o direito à igualdade (art. 5º, *caput*, da CRFB); a garantia constitucional do mandado de injunção (art. 5º, LXXI da CRFB); e o mandado constitucional de criminalização contra qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, da CRFB); e **base convencional** (art. 5º, § 2º, da CRFB): o direito à igualdade (art. 24 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos); a proibição contra a discriminação (art. 4º da Convenção para Eliminação da Discriminação Racial e art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos).

1.3. **Base doutrinária.** O voto se assenta no pensamento dos diversos autores nele citados; mencionam-se aqui especialmente os seguintes João Francisco da Fonseca em “O Processo do Mandado de Injunção”; Luiz Carlos dos Santos Gonçalves em “Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988”; André de Carvalho Ramos em “Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos”; Luís Roberto Barroso em “A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo”; e Daniel Sarmento em “Dignidade da Pessoa Humana”.

1.4. **Base em precedentes.** o voto se estriba em precedentes que formam jurisprudência deste Tribunal, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e de outras organizações internacionais de proteção da pessoa humana; especificamente citam-se os seguintes: o MI 642, Rel. Min. Celso de Mello; a Opinião Consultiva 24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos; a ADI 4.277, Rel. Min. Ayres Britto; ADPF 291, Rel. Min. Roberto Barroso; ADI 4.275, Red. para o acórdão Min. Edson Fachin; o caso *Toonen v. Australia* do Comitê de Direitos Humanos; o caso Mohammed Gelle v. Dinamarca do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial; MI 670, Red. para o acórdão Min. Gilmar Mendes; HC 82.424, Rel. para o acórdão Min. Maurício Corrêa.

1.5. **Conclusão do voto:** julgo procedente a presente ação direta, para

ADO 26 / DF

(i) reconhecer a mora constitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Acompanho, inicialmente, o e. Min. Celso de Mello, Relator desta ação direta, nas preliminares de mérito suscitadas nesta ação direta.

No mérito, também acompanho Sua Excelência, nos termos seguintes, deduzidos de minha manifestação como Relator do mandado de injunção 4.733,

É procedente a presente ação direta, pois o direito constante do art. 5º, XLI, da CRFB efetivamente contém um mandado de criminalização contra a discriminação homofóbica e transfóbica, ordem que, ante a mora do Congresso Nacional, comporta, até que seja suprida, colmatação por este Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação conforme da legislação de combate à discriminação.

O dispositivo constitucional invocado, como já se afirmou aqui, é o constante do art. 5º, XLI: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Inicialmente, cumpre reconhecer ser atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero.

A conceituação desses termos foi objeto de minudente análise pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva OC-24/17, sobre Identidade de Gênero, Igualdade e Não-Discriminação de Casais do Mesmo Sexo. De acordo com a Corte:

“A identidade de gênero é a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, o qual pode ou não corresponder com o sexo designado no momento do

ADO 26 / DF

nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo (que pode compreender – ou não – a mudança da aparência ou função corpora por meio de procedimentos médicos, cirúrgicos ou de outra índole, sempre que ela for livremente escolhida) e outras expressões de gênero, incluindo a vestimenta, o modo de falar e as maneiras. A identidade de gênero é um conceito amplo que cria espaço para a autoidentificação, e que faz referência à vivência que uma pessoa tem de seu próprio gênero. Assim, a identidade de gênero e a sua expressão tomam muitas formas, algumas pessoas não se identificam nem como homens nem como mulheres, ou se identificam como ambos”.

(Corte Interamericana de Direitos Humanos, OC-24/17, 24.11.2017, par. 32.f., tradução livre).

Já orientação sexual, ainda nos termos da opinião consultiva:

“Se refere a atração emocional, afetiva e sexual por pessoa de um gênero diferente do seu, ou do seu mesmo gênero, ou de mais um gênero, assim como a relações íntimas e/ ou sexuais com essas pessoas. A orientação sexual é um conceito amplo que cria espaço para a autoidentificação. Ademais, a orientação sexual pode variar no tempo, incluindo a atração exclusiva ou não exclusiva ao mesmo sexo ou ao sexo oposto. Todas as pessoas têm uma orientação sexual, a qual é inerente a identidade da pessoa”.

(Corte Interamericana de Direitos Humanos, OC-24/17, 24.11.2017, par. 32.l., tradução livre).

Nesse sentido, este Supremo Tribunal Federal já afirmou que o “sexo das pessoas (...) não se presta como fator de desigualdade jurídica” e que o “concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais” (ADI 4.277, Rel. Ministro Ayres Britto, Pleno, DJe 13.10.2011).

Ainda em outro precedente afirmou-se que o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual condiz com a própria liberdade

ADO 26 / DF

existencial do indivíduo (ADPF 291, Rel. Min. Luiz Roberto Barroso, DJe 10.05.2016).

Mais recentemente, em precedente para o qual fui designado Relator, assentou o Tribunal que “o direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero” e que “a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituir-la” (ADI 4.275, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o Acórdão Min. Edson Fachin, acórdão ainda pendente de publicação).

No âmbito internacional, a orientação é a mesma. O Comitê de Direitos Humanos, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, reconheceu, no caso *Toonen v. Australia*, (Comunicação n. 488/1992 – CCPR/C/50/D/488/1992), que “a referência a “sexo” constante do artigo 2, parágrafo 1, e 26 [do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos] deve ser lida como incluindo a orientação sexual” (par. 8.7).

A partir dessa decisão, ainda no âmbito internacional, o reconhecimento de que a orientação sexual é discriminação atentatória consta de uma série de decisões e precedentes internacionais, como, por exemplo, o Comentário Geral n. 20 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que observou que “os Estados devem garantir que a orientação sexual de uma pessoa não é uma barreira para a realização dos direitos desta Convenção” (E/C.12/GC/28, par. 32).

No mesmo Comentário, o Comitê indica que os Princípios de Yogyakarta devem ser utilizados como fontes para as definições de “orientação sexual” e “identidade de gênero”. Assim, no Princípio 2, a Declaração de Yogyakarta dispõe que “a discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha o objetivo ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante à lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais”.

No âmbito regional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos

ADO 26 / DF

publicou a decisão na Opinião Consultiva OC-24/17, já referida nesta manifestação, na qual assentou, de forma bastante sensível, que toda pessoa tem o direito de ser reconhecida como única e distinta das demais. Afirmou, ainda, que “consolidar a individualidade da pessoa frente ao Estado e à sociedade implica possuir a legítima autoridade para definir a exteriorização de suas convicções mais íntimas” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, OC-24/17, de 24 de novembro de 2017, para. 91, tradução livre).

A Assembleia Geral das Nações Unidas, por sua vez, reconheceu que essa formulação da Corte Interamericana é representativa dos direitos assegurados na Declaração Universal de Direitos Humanos (A/73/152, par. 20).

Sendo, portanto, atentatória ao direito à igual dignidade, a discriminação homo e transfóbica é incompatível com o Estado de Direito e reclama, por expressa incidência do art. 5º, XLI, da CRFB, punição da lei.

A questão que se apresenta nesta ação objetiva, para além de reconhecer se é ou não atentatória aos direitos fundamentais a discriminação baseada na orientação sexual e na identidade de gênero, é saber se há, no art. 5º, XLI, da CRFB, um mandado específico de criminalização.

A resposta é afirmativa.

Conquanto sejam raros os precedentes que examinaram o conteúdo do dispositivo constitucional, há, na jurisprudência desta Corte e na das organizações internacionais de direitos humanos, um nítido mandado de criminalização das manifestações homofóbicas. Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal emerge a orientação segundo a qual alguns bens jurídicos estão a merecer proteção penal do Estado. Da jurisprudência dos organismos internacionais, a de que entre esses bens está a proteção contra a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

Poucos foram os precedentes que diretamente examinaram o conteúdo do direito previsto no art. 5º, XLI, da CRFB. É digno de nota o

ADO 26 / DF

julgamento da ADI 4.424, sob Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe 31.07.2017, no qual o Plenário deste Tribunal deu interpretação conforme à Constituição para que não fossem aplicados à lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher os dispositivos da lei dos juizados especiais.

O pedido fora veiculado com base no mesmo art. 5º, XLI, da CRFB. Ao dar a interpretação conforme, acolhendo, apenas contra o voto contrário do Ministro Cezar Peluso, o voto proferido pelo Relator, a Corte assentou:

“Eis um caso a exigir que se parta do princípio da realidade, do que ocorre no dia a dia quanto à violência doméstica, mais precisamente a violência praticada contra a mulher. Os dados estatísticos são alarmantes. Na maioria dos casos em que perpetrada lesão corporal de natureza leve, a mulher, agredida, a um só tempo, física e moralmente, acaba, talvez ante óptica assentada na esperança, por afastar a representação formalizada, isso quando munida de coragem a implementá-la.

Conforme ressaltado na inicial, confeccionada com o desejável esmero, dados estatísticos demonstram que o percentual maior é de renúncia à representação, quer deixando-se de ter a iniciativa, quer afastando-a do cenário jurídico. Stela Cavalcanti, em Violência Doméstica Análise da Lei Maria da Penha, aponta que o índice de renúncia chega a alcançar 90% dos casos. Iniludivelmente, isso se deve não ao exercício da manifestação livre e espontânea da vítima, mas ao fato de vislumbrar uma possibilidade de evolução do agente, quando, na verdade, o que acontece é a reiteração de procedimento e, pior, de forma mais agressiva ainda em razão da perda dos freios inibitórios e da visão míope de que, tendo havido o recuo na agressão pretérita, o mesmo ocorrerá na subsequente. Os dados estatísticos são assombrosos relativamente à progressão nesse campo, vindo a desaguar, inclusive, em prática que provoque a morte da vítima.

(…)

ADO 26 / DF

No caso presente, não bastasse a situação de notória desigualdade considerada a mulher, aspecto suficiente a legitimar o necessário tratamento normativo desigual, tem-se como base para assim se proceder a dignidade da pessoa humana artigo 1º, inciso III, o direito fundamental de igualdade artigo 5º, inciso I e a previsão pedagógica segundo a qual a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais artigo 5º, inciso XLI.

A legislação ordinária protetiva está em fina sintonia com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, no que revela a exigência de os Estados adotarem medidas especiais destinadas a acelerar o processo de construção de um ambiente onde haja real igualdade entre os gêneros. Há também de se ressaltar a harmonia dos preceitos com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher a Convenção de Belém do Pará , no que mostra ser a violência contra a mulher uma ofensa aos direitos humanos e a consequência de relações de poder historicamente desiguais entre os sexos.”

Como se depreende da leitura das razões acolhidas pelo e. Relator, a proteção dos direitos fundamentais pode implicar também a criação de tipos penais próprios.

Foi precisamente o que também assentou a Segunda Turma desta Corte, quando do julgamento do HC 104.410, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 26.03.2012, ao reconhecer que “a Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º)”:

“HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENais. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE

ADO 26 / DF

DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente."

(HC 104410, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012)

De acordo com esse entendimento, o princípio da proporcionalidade, na modalidade de proibição de proteção insuficiente, é o fundamento pelo qual esta Corte tem reconhecido que o direito penal é o instrumento adequado para a proteção de bens jurídicos expressamente indicados pelo texto constitucional.

É importante registrar que essa posição encontra respaldo na orientação doutrinária. Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, por exemplo, defende que:

ADO 26 / DF

"Nossa Constituição Federal de 1988 traz como peculiaridade a quantidade de ordens de criminalização que lançou, à espera do adimplemento pelo legislador ordinário. Elas não podem ser ignoradas, nem a omissão em cumpri-las pode ser justificada por orientações de política criminal. Não é possível acatar a Constituição quando ela está na conformidade de nossas inclinações filosóficas ou ideológicas e relegá-las à letra morta quando não está.

Uma leitura de matiz liberal, forte na proteção da liberdade individual contra o Estado, já não é capaz de revelar a complexidade da estruturação constitucional que protege também direitos fundamentais de outra natureza. E corre o risco de padecer de desproporcionalidade, por sua insuficiência na proteção de direitos que já não admitem a bipolaridade "Estado *versus* indivíduo".

A experiência e doutrina estrangeiras, fortes na conceituação de mandados implícitos de criminalização, oferecem iluminação parcial para o estudo do fenômeno dos mandados expressos. A compreensão destes demandou análise da evolução constitucional brasileira, das leis que procuram atender às ordens constitucionais e da jurisprudência de nosso tribuna máximo, o Supremo Tribunal Federal".

(GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 305-306).

Como já se indicou no entanto, não apenas a Constituição prevê e contém mecanismo de proteção proporcional, mas também os próprios tratados internacionais de que a República brasileira é parte. A interpretação dos comandos desses tratados complementam, portanto, o sentido do próprio texto constitucional.

Assim, a leitura do disposto no art. 5º, XLI, da CRFB deve ser feita, por força de expressa previsão constitucional (art. 5º, § 2º, da CRFB), de modo consentâneo com o que estabelece a Convenção Internacional sobre

ADO 26 / DF

a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial em seu art. 4º:

“Artigo 4º - Os Estados-partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em ideais ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendam justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais, e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e os direitos expressamente enunciados no artigo V da presente Convenção, *inter alia*:

- a) a declarar como delitos puníveis por lei, qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento;
- b) a declarar ilegais e a proibir as organizações, assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitarem à discriminação racial e que a encorajarem e a declarar delito punível por lei a participação nestas organizações ou nestas atividades;
- c) a não permitir às autoridades públicas nem às instituições públicas, nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial.”

A partir desse texto normativo, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, organização internacional criada por essa Convenção, advertiu, em diversos casos, que:

“(...) não é suficiente para os propósitos do artigo 4 da Convenção meramente declarar atos de discriminação racial

ADO 26 / DF

como puníveis no papel. Ao contrário, leis penais e outras previsões legais que proíbam a discriminação racial devem ser efetivamente implementadas pelos tribunais nacionais competentes e por outras instituições estatais. Essa obrigação está implícita no artigo 4 da Convenção, pelo qual os Estados parte “comprometem-se a adotar imediatas e positivas medidas” para erradicar qualquer incitamento a ou ato de discriminação racial.”

(*Mohammed Gelle v. Dinamarca, Comunicação n. 34/2004, CERD/C/68/D34/2004, par. 7.3, tradução livre*).

Embora o texto não faça menção expressa aos atos de discriminação com base na orientação sexual, o Comitê de Direitos Humanos, quando do exame do relatório de revisão enviado pela Polônia, observou o seguinte:

“O Comitê nota com preocupação o aumento significativo de manifestações de discurso de ódio e intolerância contra lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros e, desde de 2005, no número de casos baseados em orientação sexual que foram enviados ao Ombudsman. O Comitê também lamenta a ausência no Código Penal da tipificação do discurso de ódio e crimes de ódio baseados na orientação sexual ou na identidade de gênero.

O Estado parte deve assegurar que todas as alegações de ataques e ameaças contra indivíduos em função de sua orientação sexual ou identidade de gênero sejam cuidadosamente investigadas. Ele deve também: proibir legalmente a discriminação com base na orientação sexual ou na identidade de gênero; reformar o Código Penal para definir o discurso de ódio e os crimes de ódio baseados na orientação sexual e na identidade de gênero como fatos puníveis; identificar medidas de conscientização para as forças policiais e para o público mais amplo”.

(*CCPR/C/POL/CO/6, par. 8, tradução livre*).

ADO 26 / DF

Além disso, o Alto Comissário das Nações Unidas, no Relatório A/HRC/19/41, enviado ao Conselho de Direitos Humanos em 17.11.2011, recomendou aos Estados que “promovam legislação antidiscriminatória compreensiva que inclua discriminação com base na orientação sexual e na identidade de gênero” (par. 84, “e”).

Os Princípios de Yogyakarta recomendam, por sua vez, que os Estados emendem sua legislação, inclusive a criminal, “para garantir sua coerência com o gozo universal de todos os direitos humanos” (Princípio 1).

Essa linha de interpretação ecoa a própria teleologia dos tratados direitos humanos, consoante a justa observação feita por André de Carvalho Ramos, para quem “a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena também fez menção ao mandado de criminalização da discriminação racial, xenofobia e intolerância ao instar todos os Governos a ‘tomarem medidas imediatas e desenvolveram políticas vigorosas no sentido de evitar e combater todas as formas de racismo, xenofobia ou manifestação análogas de intolerância, onde seja necessário, promulgando leis adequadas, adotando medidas penais cabíveis e estabelecendo instituições nacionais para combater fenômenos dessa natureza’” (RAMOS, André de Carvalho. *Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 62, set.-out. de 2006, p. 32).

Não fossem os valiosos guias de interpretação feitos pelas conferências e pelos precedentes internacionais, os quais, como reconheceu a Corte Internacional de Justiça no caso *Ahmadou Sadio Diallo*, devem receber grande peso na interpretação a ser dada, o conteúdo do art. 5º, XLI, da CRFB insere-se, topicamente, no conjunto de atos a que a Constituição prescreveu preceitos penais, como, v.g., os incisos XLII, sobre a imprescritibilidade do racismo, e XLIII, sobre inafiançabilidade da dos chamados crimes hediondos.

À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, dessume-se, portanto, da leitura do texto da Carta de 1988

ADO 26 / DF

um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, incluindo, por evidente, a de orientação sexual e de identidade de gênero.

No que tange ao cumprimento desse dever constitucional contido no art. 5º, XLI, é preciso registrar algumas iniciativas do legislador nacional.

Em relação à discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, foi editada, em 5 de janeiro de 1989, a Lei 7.716, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Por meio da Lei 10.741, de 2003, deu-se nova redação ao § 3º no art. 140 do Código Penal para tipificar a injúria consistente na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Em que pesem as inovações legislativas, não foram tipificadas discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais ligados ao sexo e à orientação sexual. Tal omissão é ainda mais normativamente relevante, especialmente em vista do direito à igualdade, caso se tenha em conta que são distintos os parâmetros de proteção da população idosa ou negra, por exemplo, relativamente à LGBT.

Em casos tais, a Constituição Federal assegura aos cidadãos o controle da omissão legislativa, legitimando os que tenham por inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais à impetração de mandado de injunção. De outro lado, também se legitima, como bem apontou o e. Ministro Relator, que aqueles legitimados para as ações de controle concentrado formulem pedido a fim de que este Tribunal reconheça a constitucional omissão. Noutras palavras, há um mandado constitucional de criminalização e há mora legislativa em regulamentar o tema. Tanto o mandado de injunção quanto a ação direta são, pois, ao instrumento para garantir a efetividade do direito protegido pelo mandado de criminalização.

Nos termos do art. 12-H da Lei 9.868, o reconhecimento da mora legislativa autoriza que o Tribunal assinale razoável para que o impetrado

ADO 26 / DF

promova a edição da norma regulamentadora.

É certo que, nas omissões inconstitucionais decorrentes dos mandados de injunção, desde o julgamentos dos *writs* referentes ao exercício do direito de greve por servidores públicos, este Supremo Tribunal Federal superou sua antiga jurisprudência para reconhecer ser cabível ao Poder Judiciário atuar nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo (MI 670, Rel. Ministro Maurício Corrêa, Rel. para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Pleno, DJe 30.10.2008).

No entanto, também fez expressamente consignar que tal atuação dá-se em caso de permanência da mora, quando o risco de omissão puder-se transmudar em omissão jurisdicional. Confira-se:

"A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1º). Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira "lei da selva". 3.2. Apesar das modificações implementadas pela Emenda Constitucional no 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a de lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais. 3.3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. 3.4. A mora legislativa em questão já foi,

ADO 26 / DF

por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. 3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2o)."

(MI 670, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00011)

Tal orientação foi também acolhida pela Lei 13.300, a qual previu, em seu art. 8º, II, que, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado, caberia ao Judiciário "estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos". Essa solução também conta com o respaldo da doutrina de João Francisco da Fonseca:

"A decisão concessiva de mandado de injunção, em suma, contém uma "ordem" - palavra sinônima tanto de mandado quanto de injunção. Primeiro, uma ordem formal para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora em prazo razoável. Depois, se isso não ocorrer, uma ordem formal para que o sujeito passivo da relação jurídica de direito material – caso tenha participado do processo – pague certa quantia, entregue um bem, realize determinada atividade ou deixe de realizá-la, conforme o objeto do mando de injunção ajuizado".

(FONSECA, João Francisco da. O processo do mandado de injunção. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 127).

No presente caso, no entanto, há uma especificidade que está a indicar que a lacuna não decorre exclusivamente da falta de norma que

ADO 26 / DF

tipifique o ato atentatório, mas também da própria ofensa à igualdade, uma vez que condutas igualmente reprováveis recebem tratamento jurídico distinto.

Há, nessa dimensão, uma gritante ofensa a um sentido mínimo de justiça. A omissão legislativa estaria a indicar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa homossexual ou transgênero é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade.

Por preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, impedir ou obstar acesso à órgão da Administração Pública, ou negar emprego em empresa privada, por exemplo, são condutas típicas, nos termos da Lei 7.716/1989. Se essas mesmas condutas fossem praticadas em virtude de preconceito a homossexual ou transgênero, não haveria crime. Afirmar que uma República que tem por objetivo “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” tolera alguns atos atentatórios à dignidade da pessoa humana, ao tempo em que protege outros, é uma leitura incompatível com o Texto Constitucional.

Nada na Constituição autoriza a tolerar o sofrimento que a discriminação impõe. Toda pessoa tem o direito de viver em uma sociedade sem preconceitos. Toda pessoa deve ser protegida contra qualquer ato que atinja sua dignidade.

A dignidade da pessoa humana não pode ser invocada de forma retórica, como grande guarda-chuva acolhedor de qualquer argumento em razão de sua amplitude ou comprimento. É preciso ser exato: a dignidade da pessoa humana não é vagueza abarcadora de argumentos e posições de todo lado. Ao contrário, e por refutação a isso, é preciso dar sentido e concretude a esse princípio inerente aos sujeitos e fundante de nosso Estado.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é aqui conclamado porque, mais do que fonte e fundamento de outros direitos fundamentais (como, por exemplo, o direito fundamental à igualdade), tem seu conteúdo nitidamente violado e, portanto, torna-se passível de aplicação direta ao caso em análise.

ADO 26 / DF

Frise-se que a dignidade da pessoa humana é elemento ínsito, constitutivo do sujeito; vale dizer, é o reconhecimento do seu próprio valor moral, idêntico ao valor moral das demais pessoas. O princípio da dignidade da pessoa humana busca, assim, proteger de forma integral o sujeito na qualidade de pessoa vivente em sua existência concreta. O princípio é, portanto, uma imposição obrigatoria no presente, mas também sempre um norte futuro, um vetor interpretativo. Sua aplicação, porém, não pode inibir ou ofuscar a aplicação direta de outros direitos fundamentais que dele derivam.

Parto, assim, das premissas e fundamentos seminais do eminentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso ao teorizar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana (BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, passim), e compartilho da profunda compreensão esquadrinhada por Daniel Sarmento sobre esse mesmo princípio, seu conteúdo e metodologia (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, passim).

Nesse quadrante comum comprehendo e adoto como conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana o valor intrínseco da pessoa, ou seja a pessoa como fim em si mesmo, e nunca como instrumento ou objeto; a autonomia pública (coletiva) e privada (individual) dos sujeitos; o mínimo existencial para a garantia das condições materiais existenciais para a vida digna; e o reconhecimento individual e coletivo das pessoas nas instituições, práticas sociais e relações intersubjetivas (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 92).

A sexualidade constitui dimensão inerente à dignidade da pessoa humana. Como já se registrou nesta manifestação, esta Corte, quando do julgamento da ADI 4.275, reconheceu que o direito à igualdade sem discriminação abrange a identidade ou expressão de gênero. Afirmou-se, ainda, que a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o

ADO 26 / DF

papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. Faltou acrescer: cabe ao Estado também protegê-la.

A proteção é indispensável porque é o espaço público o lugar próprio da sexualidade. Ela é o impulso ao chamamento do outro. É a força que não nos deixa viver sós e que nos complementa. Não se pode privar ninguém do convívio com a pluralidade. Não é possível exigir que a sexualidade fique no armário.

A discriminação sexual ou de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor. Como assentou a Corte Interamericana de Direitos Humanos da Opinião Consultiva sobre Igualdade de Gênero: “o Estado deve assegurar que os indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gêneros possam vir com a mesma dignidade e o mesmo respeito que têm todas as pessoas”.

A colmatação da omissão legislativa constitui, assim, exigência de coerência normativa. William Eskridge Jr., no célebre artigo sobre inação legislativa, alertava que a principal ameaça para a integridade do direito está na sua obsolescência e não na sua imprevisibilidade. Se é certo que cabe, como regra, ao legislativo a principal tarefa de zelar pela coerência das normas, a Corte Constitucional, sempre que invocado o direito à igualdade, tem o dever de proteger a integridade do direito. Nada é mais atentatório à Justiça do que tratar a dignidade das pessoas de forma diferente.

Dessa forma, ainda que envolva matéria penal, não é possível alegar que a presente ação deveria limitar-se ao mero reconhecimento da mora.

No luminoso precedente julgado pelo Plenário desta Corte relativo ao caso Ellwanger, HC 82.424. Nesse precedente, entendeu a Corte que não era possível afastar a imprescritibilidade do crime de racismo imputado ao paciente, que teria distribuído obras de conteúdo anti-semita, ao fundamento de que os judeus não seriam raça. Quando da sessão de julgamento, o e. Ministro Celso de Mello, sublinhou, precisamente, o alcance que a noção de igualdade deve ter:

“Em um palavra, Senhor Presidente: nem gentios, nem

ADO 26 / DF

judeus; nem patrícios, nem plebeus. Sem qualquer hierarquia ou distinção de origem, de raça, de orientação confessional ou de fortuna, somos todos pessoas, essencialmente dotadas de igual dignidade e impregnadas de razão e consciência, identificadas pelo vínculo comum que nos projeta, em unidade solidária, na dimensão incindível do gênero humano”.

Noutras palavras, a igualdade está a nos exigir, enquanto intérpretes da Constituição, que se reconheça a igual ofensividade do tratamento discriminatório, seja para afastar a alegação de que judeus não seriam vítimas de racismo, seja para tolerar a apologia ao ódio e à discriminação derivada da livre expressão da sexualidade.

Por todas essas razões, acompanhando o e. Relator, julgo procedente a presente ação direta, para (i) reconhecer a omissão constitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

É como voto.

21/02/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sem qualquer demérito para com o voto do colega, ministro Edson Fachin – fundamentado voto, sem dúvida alguma –, proponho ao Colegiado que se enfrente, inicialmente, tomando-se os votos dos Vogais, a ação direta de constitucionalidade por omissão para, posteriormente, já que há questão de admissibilidade, versar-se a problemática do mandado de injunção.

É a proposta que faço.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Para que haja separação entre a votação da ADO e a do mandado de injunção?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim, porque, tradicionalmente, tem-se dado preferência aos processos objetivos. E o mandado de injunção é, de início, processo subjetivo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Vou perguntar aos eminentes Relatores qual é o entendimento deles sobre a proposta.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente,
o meu voto é conjunto, devo consignar.

21/02/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

VOTO
(s/ proposta)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (Relator): Nada impede, Senhor Presidente, que o Tribunal aprecie, preliminarmente, a questão da cognoscibilidade da ação de mandado de injunção ora em julgamento.

Assinalo, desde logo, que o meu voto acompanha, inteiramente, o do eminente Ministro EDSON FACHIN, Relator do MI 4.733-AgR/DF, que ora está sendo apreciado, conjuntamente, com a ADO 26/DF, de que eu próprio sou Relator.

É o meu voto.

21/02/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

VOTO SOBRE PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, não tenho nenhuma objeção a que se faça como sugerido pelo eminente Ministro Marco Aurélio. Da minha parte, não há objeção quanto a isso, o que o Colegiado entender melhor.

O meu voto, por evidente, como se percebe, comprehende a mesma matéria de fundo. Mas como o Colegiado entender mais adequado, obviamente, acolherei, até porque eu já votei.

21/02/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – De qualquer forma, Presidente, acaba, considerados objetos e votos proferidos, havendo sobreposição.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

É que, de qualquer sorte, nos dois votos proferidos até o momento - na ADO e no Mandado de Injunção -, eles coincidem. E nada impede que os colegas façam exatamente o destaque da preliminar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Estou pronto a votar em ambos os processos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Como os feitos foram apregoados em conjunto e as sustentações foram feitas também em conjunto, penso que, para a ordem dos trabalhos, seria mais adequado o prosseguimento da votação, sem prejuízo do enfrentamento dos temas preliminares pelos eminentes Colegas em seus votos. Mas sou grato sempre ao Ministro **Marco Aurélio** por seu posicionamento.

21/02/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES – Trecho cancelado tendo em vista a juntada de voto escrito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Trecho cancelado tendo em vista a juntada de voto escrito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas nesses casos tem-se a incidência do Direito Penal.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Trecho cancelado tendo em vista a juntada de voto escrito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Trecho cancelado tendo em vista a juntada de voto escrito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vale o mito que Vossa Excelência veiculou inicialmente: na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cabe declarar a existência ou não da mora do Congresso Nacional. É a primeira vez que se parte na própria ação direta de inconstitucionalidade por omissão para interpretação conforme.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Trecho cancelado tendo em vista a juntada de voto escrito.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Só para fazer também um acréscimo e uma reflexão, a propósito desse aparte do Ministro Marco Aurélio. Temos precedentes, que ontem foram citados, a propósito de até uma relativa fungibilidade entre a ADI e Ação Direta por Omissão, que acabamos por aplicar no caso do FPE. Portanto, a rigor, essas ações se desenvolvem de uma maneira peculiar, por isso que o Tribunal, inclusive, expressamente naquele precedente, assentou essa possibilidade.

Também o mandado de injunção - e, aí, é uma outra questão, já foi

ADO 26 / DF

observado no voto do Ministro Fachin - mas, hoje, inclusive, está placitado, está positivado na própria lei, e, no caso específico, inclusive, é o mandado de injunção de caráter coletivo que o Supremo, já, há muito, reconheceu, a partir do mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção acaba por ter também, digamos assim, um caráter, ao mesmo tempo, subjetivo e objetivo, porque ele, de alguma forma, permite colmatar a lacuna de maneira geral; isso foi objeto até discussão na questão do direito de greve.

Depois, veio uma reclamação aqui - acho que do Estado de São Paulo -, a propósito da greve da polícia, e dissemos: Cabível também a reclamação, portanto, entendendo que haveria essa dupla faceta, hoje reconhecida na própria lei que teve a construção do Ministro Teori Zavascki.

Então, portanto, só para definir, estamos aqui diante, é claro que isso está *in fieri* ainda a questão da omissão, como disse o Ministro Alexandre, a *ab initio*, é uma questão muito nova, considerando o próprio experimento institucional brasileiro. Então, a toda hora, surgem nuances e facetas. Mas é importante fazer esse tipo de anotação, porque, em tese, poderia ter havido, por exemplo, uma ADIn...

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Trecho cancelado tendo em vista a juntada de voto escrito.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Uma ADIn ou uma ADPF, pedindo a interpretação conforme do dispositivo da Lei do Racismo na temática. Em suma, há várias formas de abordar esse plexo desse sistema.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Vossa Excelência me permite? *mutatis mutandis*, no mandado de injunção, à semelhança do mandado de segurança, à época à míngua da lei, o Supremo tem que dar efetividade à norma constitucional e dar uma solução concreta individual, mas, no caso aqui, é coletiva.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Dar uma solução concreta, mas - como ocorreu na discussão do direito de greve -, muitas vezes, é uma solução que projeta efeitos para além do caso específico

ADO 26 / DF

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Trecho cancelado tendo em vista a juntada de voto escrito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Cria-se tipo penal provisório!

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Trecho cancelado tendo em vista a juntada de voto escrito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Até que o Congresso venha legislar especificamente, é isso?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Trecho cancelado tendo em vista a juntada de voto escrito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vossa Excelência empolgou o princípio constitucional da legalidade estrita, da necessidade de lei formal e material, em termos penais.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Trecho cancelado tendo em vista a juntada de voto escrito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas, Ministro, qual o preceito ambíguo para chegar-se à interpretação conforme?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Trecho cancelado tendo em vista a juntada de voto escrito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ministro, não disse o contrário. Não disse o contrário.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Trecho cancelado tendo em vista a juntada de voto escrito.

21/02/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Boa tarde, Presidente, Ministra Cármem, Ministra Rosa, Ministros e Dra. Raquel.

Presidente, eu quero iniciar parabenizando o substantivo, erudito, completo, voto do Ministro Celso de Mello. Eu lembra, ontem, enquanto ouvia o voto de Sua Excelência, que, quando o Ministro Celso de Mello completou vinte anos de judicatura aqui neste Supremo Tribunal Federal, eu fui honrado pelo convite da Corte para escrever um artigo, no *site* do Supremo Tribunal Federal, em homenagem a Sua Excelência. E já há 10 anos, de inúmeras qualidades de Sua Excelência, destaquei, nesse artigo de homenagem aqui no Supremo Tribunal Federal, o verdadeiro legado que Sua Excelência vinha construindo, na defesa, principalmente, dos direitos fundamentais no Brasil.

Esse voto, essa construção, essa fundamentação que fez Sua Excelência semana passada e essa semana comprovam que mais dez anos se passaram daquela data e o Ministro Celso de Mello continua como um dos pilares da defesa dos direitos humanos no Brasil. Aqui fica também a minha homenagem pessoal. Sempre tive imensa honra de ter sido da mesma instituição do Ministro Celso de Mello, o Ministério Público do Estado de São Paulo, e de ter aprendido direito constitucional na obra de Sua Excelência, *Constituição Anotada*.

E o destino acabou permitindo que eu pudesse fazer parte da mesma bancada de Sua Excelência e aprender com seu bom senso, competência e senso de justiça. Então, parabéns, Ministro Celso de Mello. Foi uma grande aula para todos.

Também elogiando o voto do Ministro Edson Fachin, que ressaltou - já havia sido colocado, e trato também no meu voto - a questão do Direito Penal, a questão da reserva legal, da anterioridade que é, dentre os vários pontos tratados nessas complexas ações, tanto a ADO quanto o mandado

ADO 26 / DF

de injunção, um dos pontos principais a serem analisados.

Trata-se, Sr. Presidente, de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, proposta pelo PARTIDO POPULAR SOCIALISTA - PPS, para o fim de obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) decorrência da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88).

Narra a peça inicial que a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo, na medida em que racismo é toda ideologia que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro (e a homofobia e a transfobia implicam necessariamente na inferiorização da população LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras que se identificam com o próprio gênero). Acrescenta que a homofobia e a transfobia inequivocamente se enquadram no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, donde enquadradas, nesta hipótese subsidiária (caso não se entenda como espécies do gênero racismo), no disposto no art. 5º, inc. XLI, da CF/88, que, no presente caso, impõe a elaboração de legislação criminal que puna tais condutas.

Argumenta ainda que considerado o princípio da proporcionalidade em sua vertente da proibição de proteção deficiente, tem-se que é necessária a criminalização específica das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima porque o atual quadro de violência e discriminação contra a população LGBT tem tornado faticamente inviável o exercício dos direitos fundamentais à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero das pessoas LGBT em razão do alto grau de violência e discriminação contra elas perpetradas na atualidade, donde inviabilizado, inclusive, o direito

ADO 26 / DF

fundamental à segurança desta população.

Entende que todas as formas de homofobia e transfobia devem ser punidas com o mesmo rigor aplicado atualmente pela Lei de Racismo, sob pena de hierarquização de opressões, decorrente da punição mais severa de determinada opressão relativamente a outra.

Esclarece que tal superação da exigência de legalidade estrita parlamentar para que o STF efetive a criminalização específica da homofobia e da transfobia é juridicamente possível pela ausência de proibição normativa a tanto e, ainda, se faz necessária no atual contexto brasileiro na medida em que nosso Parlamento lamentavelmente nega a supremacia constitucional ao se recusarem a elaborar referida legislação criminal.

Tece considerações sobre a fixação do dever estatal de indenizar vítimas de homofobia e transfobia enquanto tais condutas não forem criminalizadas.

Pede, ao final, que:

(a) seja reconhecido que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo, de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar o racismo constante do art. 5º, inc. XLII, da CF/88, já que elas inferiorizam pessoas LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras ou, subsidiariamente, reconheçê-las como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar constante do art. 5º, inc. XLI, da CF/88;

(b) seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e transfobia;

(c) cumulativamente, seja fixado prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima;

(d) caso transcorra o prazo fixado pela Suprema Corte,

ADO 26 / DF

seja efetivamente tipificada a homofobia e a transfobia como crime específico e fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia.

A Procuradoria-Geral da República, por sua vez, opinou pelo conhecimento parcial da ação direta e, no mérito, pela procedência do pedido.

O parecer ministerial foi assim ementado:

CONSTITUCIONAL. ART. 5º, XLI e XLII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS A VÍTIMAS DE HOMOFOBIA. MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA. CONFIGURAÇÃO DE RACISMO. LEI 7.716/1989. CONCEITO DE RAÇA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. MORA LEGISLATIVA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O CONGRESSO NACIONAL LEGISLAR.

1. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui natureza eminentemente objetiva, sendo inadmissível pedido de condenação do Estado em indenizar vítimas de homofobia e transfobia, em virtude de descumprimento do dever de legislar.

2. Deve conferir-se interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). Não se trata de analogia *in malam partem*.

3. O mandado de criminalização contido no art. 5º, XLII, da Constituição da República, abrange a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas.

4. Caso não se entenda que a Lei 7.716/1989 tipifica práticas homofóbicas, está em mora inconstitucional o

ADO 26 / DF

Congresso Nacional, por inobservância do art. 5º, XLI e XLII, da CR. Fixação de prazo para o Legislativo sanar a omissão legislativa.

5. Existência de projetos de lei em curso no Congresso Nacional não afasta configuração de mora legislativa, ante período excessivamente longo de tramitação, a frustrar a força normativa da Constituição e a consubstanciar *inertia deliberandi*.

6. 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.

7. Parecer pelo conhecimento parcial da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, no mérito, pela procedência do pedido na parte conhecida.

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela improcedência dos pedidos, afirmando não existir omissão inconstitucional atribuível ao Congresso Nacional no que diz respeito à ausência de criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia.

Em seu detalhado e erudito voto, o Decano de nossa SUPREMA CORTE, Ministro CELSO DE MELLO, julgou procedente a presente ação, com eficácia geral e efeito vinculante, para:

(a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT;

(b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União;

(c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, “caput”, da Lei nº 9.868/99;

(d) dar interpretação conforme à Constituição, em

ADO 26 / DF

face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e

(e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento.

É a síntese do essencial.

1) CABIMENTO DA ADO.

No tocante ao cabimento da presente ADO, nos mesmos termos do eminentíssimo Ministro Relator, CELSO DE MELLO, somente não conveço do pedido de responsabilização civil do Estado, pois, em sede de jurisdição constitucional concentrada, essa formulação, a partir da análise de pedidos condenatórios por danos morais e materiais derivados de situações individuais e específicas, é inviável, por afastar-se da tutela objetiva da ordem constitucional, que não permite a discussão de interesses individuais, como já pacificado nesta CORTE:

ADO 26 / DF

"A solução de situações jurídicas concretas ou individuais não se coaduna com a natureza do processo objetivo de controle de constitucionalidade. Precedentes. Agravo a que se nega provimento." (ADI 4.620-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe de 1º/8/2012).

"AGRAVO REGIMENTAL. REVISÃO GERAL ANUAL DE VENCIMENTOS. OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. DEVER DE INDENIZAR. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. Não sendo possível, pela via do controle abstrato, obrigar o ente público a tomar providências legislativas necessárias para prover omissão declarada inconstitucional – na espécie, o encaminhamento de projeto de lei de revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos –, com mais razão não poderia fazê-lo o Poder Judiciário, por via oblíqua, no controle concreto de constitucionalidade, deferindo pedido de indenização para recompor perdas salariais em face da inflação." (RE 510467 AgR, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 02/03/2007, DJ 30-03-2007).

"eventuais lesados em seus direitos subjetivos por consequências advindas da vigência de norma revogada ou exaurida devem buscar a reparação em ação própria, uma vez que o controle concentrado não tem por escopo a satisfação de direitos subjetivos individuais ou coletivos." (ADI 4147, decisão monocrática do Min. LUIZ FUX, DJe 3/8/2018).

2) ESTADO DE MORA CONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADES CONSTITUCIONAIS DE COLMATAÇÃO.

Novidade em nosso direito constitucional, o § 2º do artigo 103 da Constituição de 1988 estabelece que "*Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de*

ADO 26 / DF

órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias".

As normas constitucionais que permitem o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão não decorrem de todas as espécies de omissões do Poder Público, mas tão só em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e caráter impositivo e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade. Portanto, sempre haverá a necessidade de lacunas na estrutura normativa, que necessitarem ser colmatadas por leis, atos normativos ou comandos administrativos. O que se pretende é preencher as lacunas inconstitucionais, para que as normas constitucionais obtenham eficácia plena.

O controle abstrato de inconstitucionalidade por omissão prevê, ainda, a existência de um segundo pressuposto. O cabimento da ADO exige uma relação conflituosa entre a Constituição Federal e a atuação do Poder Público (Legislativo ou Executivo), ou seja, o autor da ação deve indicar ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL a efetiva contradição entre a determinação de mandamento constitucional expresso na exigência de uma conduta positiva do Poder Público e sua inércia total ou parcial, caracterizada pela conduta negativa, caracterizadora da "omissão" (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 23, nº 89, p. 49, jan./mar. 1986; DIRCEO TORRECILLAS RAMOS. *O controle de constitucionalidade por via de ação*. São Paulo: Angelotti, 1992. p. 100. SIMONE ANDRÉA BARCELOS COUTINHO. Um caso de omissão inconstitucional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo: Centro de Estudos, nº 51/52, p. 143, jan./dez. 1999; Paulo Eduardo GARRIDO MODESTO. Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, nº12, p. 173, jul./set. 1995; Adhemar Ferreira MACIEL. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. *Revista de Informação Legislativa*,

ADO 26 / DF

Brasília: Senado Federal, ano 26,nº101, p. 115, jan./mar. 1989; Mônica de MELO. Assédio sexual: um caso de inconstitucionalidade por omissão. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 36, nº 143, p. 85, jul./set. 1999; João Alfredo MUSSOLINO DE FREITAS. Supremacia da Constituição: ofensa ao princípio e estado democrático de direito, devido à não regulamentação de dispositivos constitucionais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº16, p. 207, jul./set. 1996; Nelson SALDANHA. O Estado contemporâneo e a ideia de “omissão” constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1,nº1, p. 255, out./dez. 1992).

O cabimento da ADO está vinculado diretamente à omissão do Poder Público em atender expressa determinação constitucional de atuação do Poder Público, com a finalidade de garantir a aplicabilidade e eficácia da norma constitucional. Exatamente, nessa *conduta negativa* consiste a inconstitucionalidade.

A incompatibilidade entre a *conduta positiva* exigida pela constituição e a *conduta negativa* do Poder Público omissão configura-se na chamada *inconstitucionalidade por omissão*. Note-se que esta omissão poderá ser *absoluta* (total) ou *relativa* (parcial), como afirma GILMAR MENDES, pois “*a total ausência de normas, como também a omissão parcial, na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório de dever constitucional de legislar*” (*Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 289).

Como destacado por esta SUPREMA CORTE:

“Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando nenhuma providência é adotada, ou parcial, quando é

ADO 26 / DF

insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...) A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental” (*RTJ* 162/877, Rel. Min. Celso de Mello).

Exatamente, para combater essa omissão, denominada doutrinariamente de *síndrome de inefetividade*, por acarretar a inaplicabilidade de algumas normas constitucionais, a Constituição Federal trouxe-nos a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cuja finalidade destacada por CANOTILHO é “*começar a destruir o ‘rochedo de bronze’ da incensurabilidade do silêncio*” do Poder Estatal responsável por dar plena efetividade às normas constitucionais (*As garantias do cidadão na justiça*. coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 367).

A detalhada e bem fundamentada petição inicial aponta a existência dessa incompatibilidade entre a *conduta positiva* exigida pela Constituição, em seu artigo 5º, XLI (“*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”); e a *conduta negativa* do Poder Legislativo, em tese, omisso, ao não punir atos atentatórios à orientação sexual e à identidade de gênero, com a edição de lei penal incriminadora.

Segundo o autor, o texto constitucional *obriga* o Poder Legislativo a emitir um comando normativo incriminador e este se quedou inerte.

Expressamente, a petição inicial alega:

“Com efeito, é inegável que todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) *das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima* constitui uma *discriminação atentatória a direitos e liberdades*

ADO 26 / DF

fundamentais, pois: (i) viola o **direito fundamental à liberdade**, pois implica negação à população LGBT de realizar atos que não prejudicam terceiros e que não são proibidos pela lei; (ii) viola o **direito fundamental à igualdade**, pois não há fundamento lógico-racional que justifique a discriminação [negativa] da população LGBT relativamente a heterossexuais não-transgêneros.

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

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

O autor da presente ação, portanto, requer a declaração de *inconstitucionalidade* por omissão, com a consequente introdução do Congresso Nacional em *mora inconstitucional*, por ter-se mantido inerte na criminalização específica da homofobia e transfobia, conforme exigência do artigo 5º, inciso LXI ("*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*"), da Constituição Federal. Pleiteia, ainda, que seja fixado prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora e, em caso de manutenção da inércia estatal, que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL tipifique as condutas criminosas,

ADO 26 / DF

"superando-se a exigência de legalidade estrita parlamentar".

A constatação de efetiva omissão constitucional do Poder Legislativo depende da análise de duas questões sucessivas:

(a) incidência do inciso XLI do art. 5º da CF nas condutas discriminatórias praticadas em razão de orientação sexual ou identidade de gênero (homofobia e transfobia);

(b) obrigatoriedade de edição de norma penal incriminadora específica para tipificar as condutas de homofobia e transfobia e, consequentemente, sanar o estado de mora inconstitucional.

A primeira questão – *incidência do inciso XLI do art. 5º da CF nas condutas discriminatórias praticadas em razão de orientação sexual ou identidade de gênero (homofobia e transfobia)* – me parece inconteste, pois 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 identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa configuram ostensiva e flagrante *"discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais"*.

A peça inicial aponta efetivamente a existência de discriminação atentatória, narrando que:

"os atos de ofensas (físicas e verbais), homicídios, ameaças e discriminações praticados contra pessoas LGBT em nosso país têm motivação inequivocamente racista, pois se tratam de atos violentos, constrangedores, intimidatórios e/ou vexatórios realizados unicamente pelo fato de as pessoas LGBT terem uma orientação sexual não-heterossexual/heteroafetiva e uma identidade de gênero transgênera, ou seja, por não serem heterossexuais e/ou por terem uma identidade de gênero não-coincidente com o gênero socialmente atribuído a seu sexo biológico. Afinal, tais atos violentos, constrangedores, intimidatórios e/ou vexatórios são motivados única e exclusivamente pelo fato das pessoas LGBT serem LGBT, ou seja, unicamente por sua orientação sexual e/ou por sua identidade de gênero, nenhum motivo

ADO 26 / DF

mais. O horrendo “estupro corretivo”, manifestação típica de lesbofobia, cometido contra mulheres lésbicas com o intuito de “mostrar a elas o que estão perdendo” (sic...); as nefastas agressões contra gays e bissexuais, inclusive cometidas por pais a seus filhos, para “que se tornem homens” (sic...); as nefastas agressões e assassinatos cometidos contra travestis e transexuais pelo simples fato de se identificarem com o gênero oposto ao socialmente atribuído ao seu sexo biológico e, assim, adequarem seu corpo a sua identidade de gênero; tais horrendas, nefastas e absurdas condutas demonstram o caráter tipicamente racista do heterossexismo social e/ou da homofobia e da transfobia na atualidade...”.

Nos tópicos “8” e “9” do voto do eminente Ministro Relator, CELSO DE MELLO, foram feitas completas “considerações em torno dos registros históricos e das práticas sociais contemporâneas que revelam o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório que tem sido dispensado à vivência homoerótica em nosso País” e apontada a “violência contra integrantes da comunidade LGBT ou ‘a banalidade do mal homofóbico e transfóbico’”. Relembro alguns tópicos:

- a) Aumento de 30%, em 2017 em relação ao ano anterior, dos homicídios **contra** o grupo LGBT, atingindo o número de 445 mortes no período;
- b) 56% dos assassinatos ocorrem em via pública;
- c) das 445 vítimas referidas, 194 (43,65%), eram gays, 191 (42,9%) trans, 43 (9,7%) lésbicas, 5 (1%) bissexuais e 12 (2,7%) heterossexuais, estes incluídos porque foram mortos em circunstâncias que revelam condutas homofóbicas dos agressores, *v.g. em defesa* de gays amigos/parentes;
- d) o número de transgêneros mortos entre 2016 e 2017 **demonstra** que o Brasil é o primeiro colocado no “ranking” mundial, tal como referido pelo Relatório Mundial da Transgender Europe, organização que registra dados relacionados ao tema;
- e) jovens que são rejeitados por sua família têm alto índice de tentativa de suicídios (8,4 vezes mais);

ADO 26 / DF

f) foram registrados, até outubro, no ano de 2018, 347 homicídios de pessoas LGBT no país.

Ainda com o intuito de demonstrar a violência contra LGBTs, vale advertir que, *cotidianamente, a imprensa veicula* notícias relacionadas ao tema, *como se observa de inúmeras manchetes, das quais transcrevo* algumas a seguir, *reveladoras* do inegável comportamento *racista e preconceituoso dirigido, com clara motivação de ódio, contra essas pessoas absurdamente consideradas inferiores pelos delinquentes que as agredem covardemente:*

- i) *"Ele tem ódio de homossexuais', diz delegado sobre homicídio em Agudos"* (<http://g1.globo.com>);
- ii) *"Cabeleireiro é apedrejado até a morte na Zona Norte de Natal, diz polícia"* (<http://g1.globo.com>)
- iii) *"Homem que tirou foto antes de esquartejar admite ódio por gays"* (<http://g1.globo.com>)
- iv) *"Agricultor é morto a facadas pelo filho na Zona da Mata de PE – Rapaz de 20 anos não aceitava que o pai fosse homossexual"* (<http://g1.globo.com>)
- v) *"Menino teve fígado dilacerado pelo pai, que não admitia que criança gostasse de lavar louça – Alex, de 8 anos, era espancado repetidas vezes para aprender a 'andar como homem'"* (<https://oglobo.globo.com>)
- vi) *"Homem é suspeito de tentar estuprar filha lésbica para fazê-la 'virar mulher'"* (<http://g1.globo.com>)
- vii) *"Vai virar mulher de verdade: lésbicas são vítimas de estupro coletivo"* (<http://g1.globo.com>)
- viii) *"Turista gay é espancado por grupo em SP e post viraliza: 'não foi minha escolha'"* (<http://g1.globo.com>)
- ix) *"Polícia investiga homicídio de travesti que foi espancada até a morte em CE"* (<http://g1.globo.com>)
- x) *"Jovem gay é morto a facadas próximo a parque em São Paulo"* (<https://oglobo.globo.com>)
- xi) *"Corpo queimado em canavial é de rapaz morto pela*

ADO 26 / DF

mãe por ser gay” (www.em.com.br)

xii) “*Morre transexual que foi esfaqueada no centro de Aracaju*” (<https://oglobo.globo.com>)

xiii) “*Nunca tinha passado por isso”, diz lésbica agredida em lanchonete de SP*” (<http://g1.globo.com>)

Inegável, portanto, que a prática homofóbica e transfóbica representa inaceitável, gravíssima e odiosa *discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*.

Em relação à segunda questão – *obrigatoriedade de edição de norma penal incriminadora específica para tipificar as condutas de homofobia e transfobia e, consequentemente, sanar o estado de mora constitucional* –, verificamos posicionamentos antagônicos nas diversas manifestações dos autos, tanto em relação à existência de omissão, quanto no tocante à obrigatoriedade de colmatação da previsão constitucional com a obrigatoriedade de norma penal incriminadora.

O autor defende não só a existência de inércia legislativa, a caracterizar omissão constitucional, nos termos do inciso XLI do art. 5º da CF; mas também a necessidade de edição de norma penal específica, que, efetivamente, puna *qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, relacionada à homofobia ou transfobia*, uma vez que a legislação atual é esparsa e insuficiente (“*proteção insuficiente*”).

Narra a peça inicial que:

“a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo, na medida em que racismo é toda ideologia que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro (e a homofobia e a transfobia implicam necessariamente na inferiorização da população LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras que se identificam com o próprio gênero)”.

(...)

“a homofobia e a transfobia inequivocamente se enquadram no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, donde enquadradas, nesta hipótese subsidiária (caso não se as entenda como espécies do gênero racismo), no disposto no

ADO 26 / DF

art. 5º, inc. XLI, da CF/88, que, no presente caso, impõe a elaboração de legislação criminal que puna tais condutas”.

(...)

“considerado o princípio da proporcionalidade em sua vertente da proibição de proteção deficiente, tem-se que é necessária a criminalização específica das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima porque o atual quadro de violência e discriminação contra a população LGBT tem tornado faticamente inviável o exercício dos direitos fundamentais à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero das pessoas LGBT em razão do alto grau de violência e discriminação contra elas perpetradas na atualidade, donde inviabilizado, inclusive, o direito fundamental à segurança desta população... tal superação da exigência de legalidade estrita parlamentar para que o STF efetive a criminalização específica da homofobia e da transfobia é juridicamente possível pela ausência de proibição normativa a tanto e, ainda, se faz necessária no atual contexto brasileiro na medida em que nosso Parlamento lamentavelmente nega a supremacia constitucional ao se recusarem a elaborar referida legislação criminal”.

O posicionamento do autor é reforçado pela manifestação de diversos *amici curiae*, que apontam a omissão legislativa e a imediata necessidade de edição de lei penal que tipifique as condutas homofóbicas e transfóbicas.

O Grupo Dignidade pela cidadania de gays, lésbicas e transgêneros, em sua manifestação, entende que:

“Tal questão se mostra ainda mais evidente visto que a postura do Estado em relação às violências causadas por opressões culturais, como o racismo e o machismo, de forma geral, é a criminalização, como se vê na criminalização do racismo e do feminicídio. Um tratamento diferenciado apenas para LGBTI seria evidente afronta à isonomia. Enquadra-se, portanto, o dever de combate à homofobia e transfobia na ordem constitucional de legislar criminalmente, disposta no artigo 5º, inc. LVII da CF/88, bem como na ordem constitucional

ADO 26 / DF

de punir criminalmente do artigo 5º, inc. LVI da CF/88, caracterizando-se assim a mora do Congresso Nacional na criminalização específica dessas formas de violência”.

Por sua vez, a ANTRA – Associação Nacional dos Travestis e Transexuais, argumenta que:

“A violência contra a população LGBT é gravíssima. Nós somos um país ainda muito pouco inclusivo e plural. Os dados de monitoramento das políticas públicas nos ajudam a entender essa realidade, que precisa ser combatida para a construção de um Brasil mais democrático e humano. Segundo o Relatório Final da 3ª Conferência Nacional de Políticas Públicas de Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBT (BRASIL, 2016, p. 16), 2.964 violações aos direitos LGBT ocorreram só no ano de 2015. Esse número é muito maior na realidade, pois o Estado não toma conhecimento de muitas violências homofóbicas — é o fenômeno da subnotificação. Infelizmente, a violência LGBT ainda é banalizada no país”.

O GADVS – Grupo de Advogados pela diversidade sexual, afirma que:

“a não previsão legal da punição da homofobia no Brasil constitui uma violação direta dos ordenamentos constitucional e convencional, não podendo o País alegar em sua defesa questões como reserva legal ou silêncio eloquente, uma vez que há um comando não apenas objetivo/direto, mas também urgente quanto ao tratamento da questão da homofobia nos Estados Americanos”.

O Grupo Gay da Bahia, por fim, acrescenta que:

“Constituição Cidadã é clara quando preceitua que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a “cidadania”, a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, incs. II e III) e tem como objetivo “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, bem como “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor,

ADO 26 / DF

idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, incs. I e IV). O Estado Democrático de Direito só se concretiza e mostra sua força quanto mais se respeitam e se possibilita o exercício dos direitos básicos, a convivência pacífica em sociedade”.

Por sua vez, o Senado Federal defende a constitucionalidade de sua conduta, uma vez que não existiria mandamento constitucional expresso e obrigatório no sentido de específica criminalização das condutas homofóbicas e transfóbicas; e, consequentemente, as medidas legislativas, atualmente, existentes – *dentro da legítima opção do legislador* – afastariam eventuais lacunas legislativas, e, portanto, a própria omissão inconstitucional.

Em sua manifestação, o Senado da República afirma que:

“parece incontrovertido que atos de homofobia e transfobia caracterizam violação à segurança e à liberdade individuais, que estão expressamente consagrados no catálogo de direitos fundamentais da Carta Magna (art. 5º, caput). Igualmente incontrovertido que ais atos, sem exceção, encontram reprimenda penal, ou seja, já existe tipificação penal destinada a tutelar os bem jurídicos penais em discussão (crimes contra a honra, lesão corporal, ameaça, homicídio, etc.).

(...)

“descabe invocar o inciso XLI do art. 5º da CR/88, pois o dispositivo exige apenas que haja punição prevista em lei para atos atentatórios aos direitos e às liberdades fundamentais – o que já existe – mas não prevê a criminalização específica”.

(...)

“o Poder Legislativo exerceu e exerce, no tema em questão, seu dever no Estado Democrático de Direito. Ambas as Casas Legislativas da União apreciaram e apreciam a matéria e, inclusive, aprofundaram a discussão, inclusive com a participação popular. Assim, nota-se que os motivos do não atendimento imediato do pleito de criminalização, que parte da premissa equivocada que a Constituição determinaria, não pode ser imputado ao Congresso Nacional, não sendo, em homenagem à harmonia e independência dos poderes, caso de uma medida de declaração de omissão constitucional”.

ADO 26 / DF

Outros diversos *amici curiae* adotaram o mesmo posicionamento:
Entende a COBIM – Convenção das Igrejas Evangélicas Meonitas,
que:

"não cabe ao Poder Judiciário, nem ao próprio Supremo Tribunal Federal, invadir a competência legislativa exclusiva do Congresso Nacional, como é no caso das legislações penais (...) Sendo assim, temos como juridicamente impossíveis os pedidos deduzidos na inicial, ante a impossibilidade do Supremo Tribunal Federal funcionar como legislador positivo, situação que, caso ocorra, ferirá de morte o princípio da separação dos poderes e seria salutar o reconhecimento da preliminar ora invocada ante a inviabilidade jurídica dos pedidos deduzidos na inicial".

A Frente Parlamentar da Família e Apoio à Vida, em sua manifestação, afirma que:

"Nesse conjunto de ideias, é de se concluir que, havendo, na matéria, reserva de parlamento, nem mesmo é dado ao Órgão de Cúpula do Poder Judiciário se imiscuir, conquanto por sentença meramente exortativa, no juízo de oportunidade e conveniência do legislador penal, qualificado por ampla discricionariedade política. A criação de tipo penal, com efeito, não pode ser, num regime democrático, sugerida pelo Poder Judiciário, ou influenciada ainda que por decisão de cunho declaratório, sobretudo se nela fixada prazo para o desempenho da atividade monogenética".

A Associação Nacional de Juristas evangélicos, em suas alegações, aponta que:

"não há comando constitucional de criminalização específica da homofobia e transfobia. Assim, não há que se falar em inconstitucionalidade por omissão, muito menos da possibilidade de criminalização por provimento jurisdicional, pois, reitere-se, essa decisão cabe exclusivamente ao legislador infraconstitucional".

ADO 26 / DF

Da mesma maneira, a AGU defendeu a inexistência de comando constitucional específico de criminalização de todas as condutas discriminatórias e atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais, inclusive em relação a todas as formas de homofobia e transfobia, concluindo pela inexistência de mera congressual:

"No caso dos autos, entretanto, não existe qualquer comando constitucional expresso que exija tipificação criminal específica para a homofobia e transfobia. Não há que se falar, portanto, em obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público; desse modo, ainda que, em tese, a criminalização possa ser tida como legítima, ela não é obrigatória.

Daí se infere que o requerente não pretende assegurar o exercício de um direito previsto na Constituição, mas objetiva, em verdade, um regramento específico, uma tipicidade especial para condutas de homofobia e transfobia. Ocorre que os direitos garantidos pela Constituição Federal referem-se apenas à necessidade de punição de todas as formas de discriminação e racismo (fim) e não à legislação específica de um tipo especial de conduta (meio) ".

Em que pese a excelência dos diversos posicionamentos, na presente hipótese, flagrante a insuficiência protetiva aos direitos e liberdades fundamentais contra qualquer tipo de discriminação homofóbica e transfóbica.

As práticas homofóbicas e transfóbicas constituem terrível histórico em nosso país, com constante e determinado padrão de acentuado desrespeito cruel ao rol de direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT, caracterizando a necessidade de efetivação da proteção constitucional prevista no inciso XLI do artigo 5º, com a devida edição legislativa para *"punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais relacionados à orientação sexual e identidade de gênero"*.

A existência de poucas e esparsas políticas públicas e,

ADO 26 / DF

principalmente, legislações estaduais para combater as práticas homofóbicas e transfóbicas não afasta a omissão constitucional, em face da exigência de proteção legal satisfatória contra atentados discriminatórios aos direitos e liberdades fundamentais praticados em virtude de orientação sexual e identidade de gênero.

Em que pese a complexidade do tema, trata-se de uma constatação objetiva, por meio da análise dos componentes internacionais mínimos e obrigatórios exigidos para a salvaguarda igualitária dos direitos e liberdades fundamentais, em virtude de orientação sexual e identidade de gênero, conforme destacado na “*Introdução aos Princípios de Yogyakarta*”, editado sob a coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos, em novembro de 2006:

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. A orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso.

Muitos avanços já foram conseguidos no sentido de assegurar que as pessoas de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e respeito a que todas as pessoas têm direito. Atualmente, muitos Estados possuem leis e constituições que garantem os direitos de igualdade e não-discriminação, sem distinção por motivo de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

Entretanto, violações de direitos humanos que atingem pessoas por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero, real ou percebida, constituem um padrão global e consolidado, que causa sérias preocupações. O rol dessas violações inclui execuções extra-judiciais, tortura e maus-tratos, agressões sexuais e estupro, invasão de privacidade, detenção arbitrária, negação de oportunidades de emprego e educação e sérias discriminações em relação ao gozo de outros direitos humanos. Estas violações são com freqüência agravadas por

ADO 26 / DF

outras formas de violência, ódio, discriminação e exclusão, como aquelas baseadas na raça, idade, religião, deficiência ou status econômico, social ou de outro tipo.

Muitos Estados e sociedades impõem normas de gênero e orientação sexual às pessoas por meio de costumes, legislação e violência e exercem controle sobre o modo como elas vivenciam seus relacionamentos pessoais e como se identificam. O policiamento da sexualidade continua a ser poderosa força subjacente à persistente violência de gênero, bem como à desigualdade entre os gêneros.

O sistema internacional deu passos significativos na direção da igualdade entre os gêneros e na proteção contra a violência na sociedade, comunidade e família. Além disso, importantes mecanismos de direitos humanos das Nações Unidas têm afirmado a obrigação dos Estados de assegurar a todas as pessoas proteção eficaz contra discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero. Entretanto, a resposta internacional às violações de direitos humanos com base na orientação sexual e identidade de gênero tem sido fragmentada e inconsistente.

Para enfrentar essas deficiências, é necessária uma compreensão consistente do regime abrangente da legislação internacional de direitos humanos e sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero. É crítico fazer um exame detalhado e clarificar as obrigações dos Estados perante as atuais leis internacionais de direitos humanos, para promover e proteger todos os direitos humanos de todas as pessoas, na base da igualdade e sem discriminação”.

Da mesma maneira, a Organização das Nações Unidas editou o documento “Nascidos Livres e Iguais – Orientação sexual e identidade de Gênero no Regime Internacional de Direitos Humanos” (*Born Free and Equal – Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law*), que aponta os “CINCO PRINCIPAIS TÓPICOS” para efetivação da proteção legal aos direitos e liberdades fundamentais em virtude de orientação sexual e identidade de gênero:

ADO 26 / DF

1. Proteger as pessoas da violência homofóbica e transfóbica. Incluir a orientação sexual e a identidade de gênero como características protegidas por leis criminais contra o ódio. Estabelecer sistemas efetivos para registrar e relatar atos de violência motivados pelo ódio. Assegurar investigação efetiva, instauração de processo contra os perpetradores e reparação das vítimas de tal violência. Leis e políticas de asilo devem reconhecer que a perseguição de alguém com base em sua orientação sexual ou identidade de gênero pode ser um motivo válido para um pedido de asilo.
2. Prevenir a tortura e o tratamento cruel, desumano e degradante às pessoas LGBT em detenção através da proibição e punição de tais atos, garantindo que as vítimas sejam socorridas. Investigar todos os atos de maus tratos por agentes do Estado e levar os responsáveis à justiça. Prover treinamento apropriado aos funcionários responsáveis pela aplicação da lei e garantir um controle eficaz dos locais de detenção.
3. Revogar leis que criminalizam a homossexualidade, incluindo todas as leis que proíbem a conduta sexual privada entre adultos do mesmo sexo. Assegurar que não sejam presos ou detidos em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero, e não sejam submetidos a exames físicos degradantes e desnecessários com a finalidade de determinar sua orientação sexual.
4. Proibir a discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero. Promulgar leis abrangentes que incluam a orientação sexual e identidade de gênero como motivos proibidos para discriminação. Em especial, assegurar o acesso não discriminatório a serviços básicos, inclusive nos contextos de emprego e assistência médica. Prover educação e treinamento para prevenir a discriminação e estigmatização de pessoas intersexo e LGBT.

ADO 26 / DF

5. Proteger as liberdades de expressão, de associação e de reunião pacífica para as pessoas intersexo e LBGT. Qualquer limitação destes direitos deve ser compatível com o direito internacional e não deve ser discriminatória. Proteger indivíduos que exercitam seus direitos de liberdade de expressão, de associação e de reunião dos atos de violência e intimidação por grupos privados.

No mesmo sentido, a alínea “i” do Parecer Consultivo OC-24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretar o Pacto de São José da Costa Rica em relação à presente matéria, exige amplo sistema legal protetivo:

(i) O reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o gozo pleno dos direitos humanos das pessoas trans, o que inclui a proteção contra a violência, tortura e maus tratos, o direto à saúde, à educação, ao emprego e à moradia, o acesso à seguridade social, assim como o direito à liberdade de expressão e de associação.

O cotejo entre o consenso internacional sobre as medidas necessárias para a efetiva proteção contra condutas homofóbicas e transfóbicas e a legislação nacional demonstra a existência de significativa omissão constitucional do Poder Legislativo, em efetivar a devida proteção legal aos direitos e liberdades fundamentais de toda a comunidade LGBT, inclusive por meio de produção legislativa punitiva contra qualquer tipo de discriminação, nos termos exigidos pelo inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal.

Não me parece, portanto, existir qualquer dúvida da existência de omissão, caracterizadora do estado de mora constitucional.

Constatada a omissão constitucional do legislador, no tocante ao inciso XLI do artigo 5º do texto constitucional, há necessidade da definição do caráter de seu conteúdo, para que, efetivamente, possa ser realizada sua colmatação.

ADO 26 / DF

Em outras palavras, esta CORTE deve definir se o dispositivo constitucional é genérico, permitindo ao Congresso Nacional a opção entre editar legislação administrativa, civil ou penal; ou todas; ou, se, efetivamente, existe um comando constitucional determinante para, independentemente de normas de outras espécies, a edição de lei penal incriminadora, que concretize punições das condutas homofóbicas e transfóbicas.

Salienta-se a posição tópica do inciso XLI, como indicadora da presença de uma verdadeira determinação constitucional para a edição de lei penal, pois faz parte do núcleo penal e processual penal do artigo 5º, protetivo ao direito de liberdade, que se inicia no inciso XXXVII (não haverá juízo ou tribunal de exceção) e prossegue até o inciso LXVIII (consagração do habeas corpus); mesmo que não exclusivamente penal em alguns dispositivos.

Nesse sentido, manifestou-se a Procuradoria-Geral da República:

“A necessária criminalização da homofobia e da transfobia não foi deixada à discricionariedade política do legislador pela Constituição da República de 1988, a qual dispôs expressamente a respeito da punição de qualquer discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais, no art. 5º, XLI, e, logo em seguida, determinou tratamento penal específico para a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão (art. 5º, XLII). É verdade que, em ambos os dispositivos, atribui à lei a respectiva disciplina, mas não é menos verdade que a Constituição estabeleceu dever específico de legislar para proteger tal valor constitucional”.

Entretanto, mais importante que a própria localização do referido inciso XLI, no rol dos direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, saliento que a interpretação lógica e teleológica de diversos dispositivos constitucionais protetivos de direitos e liberdades fundamentais de importantes grupos historicamente vulneráveis e discriminados

ADO 26 / DF

comprova a existência de verdadeiro padrão protetivo de implementação legislativa na atuação do próprio Congresso Nacional.

Em todos os comandos constitucionais obrigatórios dirigidos ao legislador, para punição a diversas formas de desrespeito de direitos e liberdades fundamentais, o Congresso Nacional, ao colmatar as lacunas constitucionais, entendeu necessária a edição de leis penais.

REPITO. O próprio Congresso Nacional estabeleceu um verdadeiro padrão protetivo de implementação legislativa para a colmatação dos comandos constitucionais protetivos de direitos e garantias fundamentais de diversos e tradicionais grupos vulneráveis.

A Lei 7.716/89 estabeleceu, em observância aos incisos XLII, do artigo 5º da CF, os tipos penais referentes a discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Assim, também, ocorreu em relação à implementação de medidas protetivas aos direitos e garantias fundamentais das crianças e adolescentes, dos idosos, das pessoas com deficiência e dos consumidores. A omissão legislativa, com o consequente estado de mora constitucional, persiste, tão somente, em relação às necessárias medidas normativas punitivas quanto às condutas discriminatórias por orientação sexual e identidade de gênero.

Ao disciplinar legislativamente a proteção integral à criança e ao adolescente, nos termos do *caput* do art. 227 da Constituição Federal, o Congresso Nacional editou o “*Estatuto da Criança e do Adolescente*” (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990), dispondo, expressamente, em seu Título VII, Capítulo I, sobre crimes praticados contra a criança e o adolescente, por ação ou omissão, sem prejuízo do disposto na legislação penal. Foram criados, inicialmente, 17 (dezessete) tipos penais, acrescido de 1 (uma) infração penal pela Lei nº 9.975/2000. Alguns desses tipos penais foram aperfeiçoados pela Lei nº 11.829/2008, que, ainda, criou outros 5 (cinco) tipos penais; assim como a Lei nº 12.015/09, que acrescentou mais um ao rol de infrações penais destinadas àqueles que desrespeitam os direitos e liberdades das crianças e adolescentes.

Da mesma maneira, ao disciplinar o § 4º do artigo 227 (“*A lei punirá*

ADO 26 / DF

severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”), o Congresso Nacional editou normas penais presentes na Lei nº 11.826/2008, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente, para “aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet”.

Não foi diferente a atuação do Congresso Nacional ao editar a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, para estabelecer normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas com deficiência, e sua efetiva integração social, nos termos do § 2º do artigo 227 (“*A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência*”). Além de medidas administrativas e civis, a lei criou crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa para condutas atentatórias aos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

O Poder Legislativo atuou de igual maneira para garantir a plena efetividade do § 8º do artigo 226 (“*O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações*”), resultando na edição da Lei 11.340/2006, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, estabelecendo que “configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”.

O mesmo padrão protetivo de implementação legislativa foi seguido quando o Congresso Nacional editou a necessária legislação para efetivar a proteção constitucional aos consumidores e colmatar a exigência do inciso XXXII do artigo 5º (“*o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*”). Ao editar o Código de Defesa do Consumidor, o Congresso Nacional entendeu que a plena defesa do consumidor, exigida constitucionalmente, somente estaria satisfatoriamente regulamentada com a previsão de medidas administrativas, civis e tipos penais

ADO 26 / DF

específicos.

O artigo 1º da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, prescreve que “o presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal, e art. 48 de suas Disposições Transitórias”, para, na sequência, disciplinar as sanções administrativas (Título I, capítulo VII) e as infrações penais (Título II), com a previsão de 13 (treze) tipos penais específicos contra as relações de consumo, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais.

Nos 30 (trinta) anos de vigência da Constituição Federal, o padrão protetivo de implementação legislativa adotado pelo Congresso Nacional, ao editar as leis necessárias para efetivar a proteção dos direitos e liberdades fundamentais de grupos tradicionalmente vulneráveis, sempre se pautou pela necessidade de, além de normas administrativas e civis, incluir a criação de tipos penais específicos.

Não há, portanto, qualquer razão constitucional ou lógica para que, em semelhante hipótese de exigência constitucional de edição legislativa para *punição de* qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero, se ignore a necessidade de edição de tipos penais; repita-se, padrão protetivo de implementação legislativa dos direitos e garantias fundamentais de diversos grupos vulneráveis adotado pelo próprio Congresso Nacional nesses últimos 30 (trinta) anos.

Declaro, portanto, nos termos do § 2º do artigo 103 da Constituição Federal, a inconstitucionalidade por omissão do Senado Federal, por ausência de edição de lei penal incriminadora que torne efetiva a previsão constitucional do inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal, caracterizando-se, consequentemente, o estado de mora inconstitucional.

No tocante à colmatação da omissão constitucional, os pedidos constantes na petição inicial podem ser divididos em dois grupos:

- (a) Reconhecimento da homofobia e da transfobia no “conceito ontológico-constitucional de racismo, de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar o racismo constante do art.

ADO 26 / DF

5º, inc. XLII, da CF/88, já que elas inferiorizam pessoas LGBR relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras”;

(b) Reconhecimento da “*homofobia e da transfobia como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar constante do art. 5º, inc. XLI, da CF/88*”, com consequente, declaração de “*mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e transfobia*” e fixação de “*prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima*”. Pleiteia-se, ainda, que “*caso transcorra o prazo fixado pela Suprema Corte, seja efetivamente tipificada a homofobia e a transfobia como crime específico e fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia*”.

A complexidade da presente hipótese para colmatação do estado de mora constitucional reside, principalmente, na absoluta necessidade de compatibilização da atuação do *Poder Legislativo* (que representa o princípio democrático da maioria) com o exercício da *Justiça constitucional* (que representa a garantia do Estado de Direito) em defesa dos direitos e garantias fundamentais consagrados constitucionalmente (Michel TROPER. *Justice Constitutionnelle et démocratie. Revue Française de Droit Constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France, 1990. p. 31; Christian STARCK. *La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité*. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p.73; KONRAD HESSE. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. p. 376).

A premissa básica do Estado Constitucional é a existência de complementaridade entre Democracia e Estado de Direito, pois, enquanto a Democracia consubstancia-se no governo da maioria, baseado na

ADO 26 / DF

soberania popular, o Estado de direito consagra a supremacia das normas constitucionais, editadas pelo poder constituinte originário, o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional do Poder Estatal, não só para proteção da maioria, mas também, e basicamente, dos direitos da minoria (LAWRENCE BAUM. *A Suprema Corte americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. 12-13; JEAN RIVERO. A modo de síntesis. In: Vários autores. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 666 ss; François Luchaire. *Le conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1980. p. 19 ss; PIERRE BOM. La légitimité du conseil constitutionnel français. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 143 SS; Joseph M. BESSETTE. Democracia deliberativa: o princípio da maioria no governo republicano. In: Vários autores. *A constituição norte-americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986. p. 305 ss; Robert A., GOLDWIN, William SCHAMBRA. A. (Orgs.). *A constituição norte-americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986. p. 305; Augusto CERRI. *Corso di giustizia costituzionale*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1997. p. 17).

Não há dúvidas de que o Legislativo, por meio de seus representantes eleitos, é a própria dimensão essencial da Democracia, a quem compete a edição de normas de caráter geral e obrigatório para toda a sociedade (JOSÉ DE SOUZA BRITTO. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 39 e ss.).

Da mesma maneira, não há dúvidas ser necessário que, assim como os demais poderes constituídos, o Legislativo observe os estritos comandos constitucionais, atuando “em conformidade com o que manda o Poder constituinte” (Goffredo TELLES JUNIOR. *A Constituição, a assembleia constituinte e o congresso nacional*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 51), evitando que suas ações e omissões entrem em conflito com a Constituição, sob pena de que não serão válidas (Thomas COOLEY. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 142 ss; J. J. Gomes CANOTILHO.

ADO 26 / DF

Direito constitucional e teoria da Constituição. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 102 ss e 782 ss; José Celso MELLO FILHO. *Constituição Federal anotada.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 14; Nelson SALDANHA. *O poder constituinte.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 74; Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO. *O poder constituinte.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 15; Aricê Moacir Amaral SANTOS. *O poder constituinte.* São Paulo: Sugestões Literárias, 1980 p. 16 ss), pois, como ensina BERNARD SCHWARTZ, há:

“uma verdadeira hierarquia de legisladores dentro do Estado. No ápice encontra-se a Assembleia Constituinte, à qual só o povo delegou a autoridade de criar o instrumento orgânico que rege o Estado. Os dispositivos da Constituição aprovados por ela constituem a lei suprema do país” (*Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 26).

O exercício da jurisdição constitucional baseia-se na necessidade de respeito absoluto à Constituição Federal, havendo, na evolução das Democracias modernas, a imprescindível necessidade de proteger a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, em especial das minorias, pois, como recorda JORGE MIRANDA,

“o irrestrito domínio da maioria poderia vulnerar o conteúdo essencial daqueles direitos, tal como o princípio da liberdade poderia recusar qualquer decisão política sobre a sua modulação” (Nos dez anos de funcionamento do tribunal constitucional. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 95).

O fundamento básico da legitimidade material de atuação desta SUPREMA CORTE, nos moldes do § 2º do artigo 103 da Constituição Federal, está na necessidade de consagração e efetivação de um rol de princípios constitucionais básicos e direitos fundamentais tendentes a limitar e controlar os abusos de poder do próprio Estado, por ação ou

ADO 26 / DF

omissão, a consagração dos direitos e liberdades fundamentais e dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado contemporâneo, pois, nos Estados onde o respeito à efetividade dos direitos humanos fundamentais não for prioridade, a verdadeira Democracia inexiste, como ensinado por NORBERTO BOBBIO:

"sem respeito às liberdades civis, a participação do povo no poder político é um engano, e sem essa participação popular no poder estatal, as liberdades civis têm poucas probabilidades de durar" (*Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós, 1993. p. 117).

O exercício da jurisdição constitucional por esta SUPREMA CORTE, portanto, tem como ponto fundamental a defesa dos valores constitucionais básicos, afirmados livremente pelo povo em Assembleia Nacional Constituinte, em especial, a defesa dos direitos e garantias fundamentais de todos, de maneira igualitária e sem quaisquer discriminações entre grupos majoritários e minoritários, pois, conforme importante advertência feita por WALTER BERNS, ao comentar os princípios fundadores da Constituição norte-americana:

"a regra da maioria só pode ser justificada se os homens são iguais e eles só são iguais na posse de direitos. Uma política de igualdade, portanto, precisa ser uma política preocupada com direitos. Consequentemente, a regra da maioria, só é legítima se na prática a maioria respeita os direitos da minoria" (*A Constituição assegura esses direitos?* In: Vários autores. *A constituição norte-americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986. p. 285).

Sob essa perspectiva de proteção igualitária e sem discriminações de todos os sujeitos de direitos e garantias fundamentais, acentua-se a necessidade de conjugarem-se e compatibilizarem-se as ideias de *Democracia*, que se manifesta basicamente pela forma representativa, por meio dos Parlamentos, e de *Estado de Direito*, que se manifesta pela

ADO 26 / DF

consagração da supremacia constitucional e o respeito aos direitos fundamentais, tornando-se, portanto, clara a legitimidade da Justiça constitucional e a necessidade de existência de seus órgãos, dotados de plena independência e que possam instrumentalizar a proteção dos preceitos e direitos constitucionais fundamentais (MAURO CAPPELLETTI. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: Vários autores. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984 p. 606; Manuel Aragón REYES. *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 1997. p. 16-19; JEAN RIVERO. A modo de síntesis. In: Vários autores. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 667 ss; RENÉ DAVID. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 54).

Na presente hipótese, a perpetuidade do desrespeito à Constituição Federal é flagrante e específica, pois não se atingiu a igualdade na posse e proteção de direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT – inclusive, em relação aos demais grupos vulneráveis expressamente mencionados no texto constitucional, como anteriormente detalhado – havendo clara ausência de proteção legislativa efetiva em face de graves e reiteradas condutas homofóbicas e transfóbicas.

Ora, a questão essencial sobre a possibilidade de o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL colmatar, ainda que provisoriamente, a lacuna constitucional referente ao inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal exige uma interpretação que compatibilize a representação popular (Poder Legislativo), enquanto direito da maioria, e a efetiva defesa dos princípios constitucionais e direitos fundamentais, inclusive das minorias, devendo pautar-se pela indagação sobre as tarefas e os objetivos básicos de uma Constituição Federal, que entre outros, podem ser destacados o de justiça, eqüidade, equilíbrio de interesses, resultados satisfatórios, razoabilidade, praticabilidade e segurança jurídica (PETER HÄBERLE. *Hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997. p. 11 ss).

Há, portanto, necessidade de direcionarmos as regras hermenêuticas

ADO 26 / DF

para garantir a plena aplicabilidade e efetividade dos direitos humanos fundamentais perante o governo da maioria, inclusive compatibilizando-se as lições de FERDINAND LASSALE e KONRAD HESSE, no sentido de que uma Constituição tem caráter informador de todo o ordenamento jurídico, e se em sua gênese é “a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação” (*A essência da constituição*: o que é uma constituição? 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995. p. 37), após sua edição, “graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social” (*A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. p. 24).

Portanto, as previsões constitucionais, e em especial os direitos humanos fundamentais e os princípios fundamentais da República, não são meros enunciados teóricos desprovidos de coercibilidade jurídica. Muito pelo contrário, uma Constituição possui supremacia incondicional em relação a todo o ordenamento jurídico e força normativa inquestionável, e suas previsões devem servir de princípios informadores obrigatórios na atuação do *poder público*, no âmbito de todos os Poderes de Estado.

Somente com o pleno respeito aos princípios e objetivos básicos da Constituição e aos Direitos Fundamentais, poderemos almejar a conquista da verdadeira *liberdade*, projeto maior de um Estado Democrático de Direito, no exato sentido que lhe empresta a definição de ROSCOE POUND, para quem liberdade consiste:

“na reserva, para o indivíduo, de certas expectativas fundamentais razoáveis que entendem com a vida na sociedade civilizada e liberação em relação ao exercício arbitrário e desarrazoado do poder e da autoridade por parte daqueles que são nomeados ou escolhidos em sociedade politicamente organizada com o objetivo de ajustar relações e ordenar a conduta e se tornam, dessa maneira, capazes de aplicar a força dessa sociedade aos indivíduos” (*Liberdades e garantias constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976. p. 5).

Sem respeito a essas regras não haverá Estado de Direito,

ADO 26 / DF

desaparecendo a liberdade e, consequentemente, a participação popular nos negócios políticos do Estado, quebrando-se o respeito ao princípio da soberania popular, que proclama todo o poder emanar do povo, com a consequência nefasta do fim da Democracia.

A legitimidade da Justiça constitucional consubstancia-se na necessidade de concretizar o efetivo respeito e a integral aplicação do texto constitucional, exigindo que o *poder público*, em todas as suas áreas, seja na distribuição da Justiça, seja na atuação do Congresso Nacional ou na gerência da *res pública*, paute-se pelo respeito aos princípios, objetivos e direitos e garantias fundamentais consagrados em um texto constitucional, sob pena de flagrante inconstitucionalidade de suas condutas comissivas e omissivas e perda da própria legitimidade popular pelo ferimento ao Estado de Direito.

Em um sistema constitucional que preza pelo equilíbrio e harmonia entre os poderes constituídos, declarada a inconstitucionalidade por omissão do Congresso Nacional, por ausência de edição de lei penal incriminadora que torne efetiva a previsão constitucional do inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal, ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL não está constitucionalmente deferida a possibilidade de substituir-se ao Poder Legislativo, inovando no mundo jurídico com a criação de novo tipo penal, devendo cientificar o Congresso Nacional, nos termos do artigo 103, § 2º, da Constituição Federal c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/1999, para que cesse o estado de mora constitucional, com a edição de lei penal concretizadora do inciso XLI do artigo 5º da CF, para fins de criminalização das condutas homofóbicas e transfóbicas.

Da mesma maneira, entendo que a exigência constitucional de equilíbrio e harmonia entre os poderes constituídos não permite que esta CORTE SUPREMA fixe prazo de atuação do CONGRESSO NACIONAL, no exercício de suas competências constitucionais, cujas prioridades políticas e conjunturais devem ser decididas *interna corporis*. Ressalte-se, ainda, não ser razoável a fixação de prazo impróprio, cujo eventual descumprimento não acarretará nenhuma consequência prática ou jurídica, no sentido de colmatação da omissão constitucional. O eventual

ADO 26 / DF

descumprimento congressual do prazo fixado por essa Corte, somente estenderia a *síndrome de inefetividade* da norma protetiva do inciso XLI do artigo 5º da CF também à decisão judicial desta SUPREMA CORTE, que teria eficácia zero.

Os Poderes de Estado devem respeito recíproco às suas competências e responsabilidades. Assim como é missão constitucional do Congresso Nacional legislar, com absoluta independência; é dever constitucional do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL garantir e concretizar a máxima efetividade das normas constitucionais, em especial dos direitos e garantias fundamentais (OTTO BACHOF. *Jueces y constitución*. Madri: Civitas, 1987. p. 59. Reimpressão; FÁBIO KONDER COMPARATO. *Direito público*: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 12).

Portanto, constatado o estado de mora constitucional, deve esta CORTE SUPREMA, cientificar o Congresso Nacional, dentro de limites razoáveis de hermenêutica, exercer efetivamente a jurisdição constitucional, verificando a possibilidade de afastar o entendimento de atipicidade das diversas formas preconceituosas contidas em condutas homofóbicas e transfóbicas.

3) ESTADO DE MORA CONSTITUCIONAL: IMPOSSIBILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE COLMATAÇÃO POR CRIAÇÃO DE NOVO TIPO PENAL PELO PODER JUDICIÁRIO.

Apesar de constatado o estado de mora inconstitucional e a obrigatoriedade constitucional de esta SUPERMA CORTE, no exercício de jurisdição constitucional, efetivar a ampla e igualitária proteção aos direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT, inviável uma das soluções pleiteadas pelo autor, no sentido de colmatação da omissão com a criação de novo tipo penal pelo Poder Judiciário.

Nos termos do inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal, “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação*

ADO 26 / DF

legal". A norma constitucional contém dois princípios:

princípio da reserva legal: não há crime sem lei que o defina; não há pena sem cominação legal;

princípio da anterioridade: não há crime sem lei anterior que o defina; não há pena sem prévia cominação legal.

Os princípios da reserva legal e da anterioridade, no âmbito penal (*nullum crimen, nulla poena sine proeria lege*), exigem a existência de lei formal devidamente elaborada pelo Poder Legislativo, por meio das regras de processo legislativo constitucional (*lex scripta*), que a lei seja anterior ao fato sancionado (*lex proeria*) e que a lei descreva especificamente um fato determinado (*lex certa*), pois, como destacado por ANÍBAL BRUNO:

"O princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que fixa em limites precisos as zonas do lícito e do ilícito, reduzindo o poder do juiz à aplicação da lei, é uma conquista liberal penosamente adquirida e que importa conservar" (*Direito Penal – Parte Geral*, tomo 1º, Forense, 3ª. Ed., 1967, pp. 209-211).

Essa previsão é tradicional nas Constituições que caracterizam os Estados de Direito, e foi consagrada pelo art. 8º da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26/8/1789, com a seguinte redação:

"A lei apenas deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada."

No exercício jurisdicional, está vedada ao juiz a possibilidade de converter-se em legislador, criando novas figuras típicas ou novas sanções, como bem definido por nossa SUPREMA CORTE:

ADO 26 / DF

"A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois vedá, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 – RTJ 143/57 – RTJ 146/461-462 – RTJ 153/765, v. g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes" (STF – Pleno – MS 22.690-1/CE – Rel. Min. CELSO DE MELLO, *Diário da Justiça*, Seção I, 7 dez. 2006, p. 36).

Como bem destacado por BENTO DE FARIA,

"a necessidade da lei penal positiva e publicada é uma das máximas fundamentais do direito social, uma das bases da liberdade política e civil" (*Código Penal Brasileiro Comentado*, vol. I, ed. Record, 1958, pp. 78/79).

Esses princípios, portanto, afastam a possibilidade de colmatação da omissão constitucional por meio de criação de novo tipo penal pelo Poder Judiciário, pois configuram garantia essencial de um Estado de Direito, assegurando que a regulamentação da amplitude do exercício do direito

ADO 26 / DF

sancionador do Estado, e consequentemente da liberdade do indivíduo, depende, exclusivamente, da prévia manifestação de vontade dos representantes populares, detentores de mandatos eletivos, diretamente eleitos pelo povo, conforme o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal (RENÉ ARIEL DOTTI. As bases constitucionais do Direito Penal democrático. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 22, nº 88, p. 21, out./dez. 1985; FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO. Sistema criminal brasileiro. *Justitia – Órgão do Ministério Público de São Paulo*, nº 112, p. 123; CARLOS VICO MAÑAS, Carlos. *Tipicidade e princípio da insignificância*. 1993. Dissertação (Mestrado) – Fadusp, São Paulo).

Essas mesmas exigências constitucionais impedem a utilização de aplicação analógica *in peius* das normas penais como fonte criadora de infrações penais e respectivas sanções. Dessa forma, o princípio da reserva legal não permite a condenação por analogia ou por considerações de conveniência social, como já decidido pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

“Não pode o julgador, por analogia, estabelecer sanção sem previsão legal, ainda que para beneficiar o réu, ao argumento de que o legislador deveria ter disciplinado a situação de outra forma. (STF – HC 92.626, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25/3/2008, Primeira Turma, *DJE*, de 2/5/2008). **No mesmo sentido:** HC 95.398, Rel. Min. Cármel Lúcia, j. 4/8/2009, Primeira Turma, *DJE*, de 4/9/2009.)

4) ESTADO DE MORA CONSTITUCIONAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME E POSSIBILIDADE DE COLMATAÇÃO.

A impossibilidade de colmatação da omissão constitucional por meio de criação de novo tipo penal pelo Poder Judiciário e a vedação de utilização de aplicação analógica *in peius* das normas penais como fonte criadora de infrações penais e respectivas sanções não se confundem com

ADO 26 / DF

o legítimo exercício hermenêutico desta SUPREMA CORTE, em sede de jurisdição constitucional, absolutamente necessário, na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, especialmente no sentido de “*investigar e coordenar por modo sistemático*” (VICENTE RÁO. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 542. v. 2), “*estabelecendo normas que não se contém estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente*”, como salientado pelo mestre MIGUEL REALE, ao concluir que o ato de julgar “*não se reduz a uma atitude passiva diante dos textos legais*” (*Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 168).

No âmbito da Jurisdição Constitucional, a função hermenêutica da SUPREMA CORTE permite a utilização da denominada *interpretação conforme a Constituição*, que será possível para adequar e compatibilizar o significado da lei aos exatos comandos constitucionais, quando a norma apresentar vários significados, uns compatíveis com as normas constitucionais e outros não, ou, no dizer de CANOTILHO, “*a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela*” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 230).

A finalidade maior dessa técnica é compatibilizar o ordenamento jurídico com o texto constitucional, concretizando sua interpretação com os valores nele consagrados, tendo esta SUPREMA CORTE admitido várias possibilidades de sua utilização (Pleno, ADI 3.046-9/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; Pleno – Adin 1.344-1/ES – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 abr. 1996, p. 12.212; Pleno – Adin 1.719-9 – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 fev. 1998, capa; Pleno – Adin 1.150-2/RS – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, 17 abr. 1998, capa; Pleno – Adin 1.719-9 – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 fev. 1998, capa; Adin 1.510-9/SC – medida liminar – Rel. Min. Carlos Velloso,

ADO 26 / DF

Diário da Justiça, Seção I, 25 fev. 1997; Pleno – Adin 1.600-8/UF – medida liminar – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 fev. 1998, p. 2).

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente maior *conformidade com as normas constitucionais*.

Em termos interpretativos, portanto, os Princípios Fundamentais da República e seus objetivos, bem como da plena efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais, sempre devem ter precedência, de maneira a concretizar a real força normativa da Constituição, por meio de sua unidade e máxima efetividade. A supremacia absoluta das normas constitucionais e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da República obrigam o intérprete, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função interpretativa, a aplicar não só a *norma mais favorável à proteção aos Direitos Humanos*, mas, também, a eleger em seu processo hermenêutico, a interpretação que lhe garanta a maior e mais ampla proteção (RAUL MACHADO HORTA, *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 239-240; INGO WOLFGANG SARLET. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, 14, nº 57, out./dez. 2006; VITAL MOREIRA. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. P. 136; JORGE MIRANDA. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. 4 t.. t. II, p. 228-229).

Os dispositivos penais da Lei 7.716/1989 devem ser interpretados em consonância com os fundamentos da República – *em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana* (CF, art. 1º, III) –, seus objetivos fundamentais –

ADO 26 / DF

entre eles, *a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (CF, art. 3º, I e IV) –, o princípio da igualdade (CF, art. 5º, *caput* e inciso I) e a *aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais* (CF, art. 5º, § 1º).

A análise desses dispositivos demonstra não haver qualquer diferenciação valorativa constitucional entre a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional e a discriminação ou preconceito em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero. O mandamento constitucional veda **quaisquer formas de discriminação** e determina a **punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais**, com a finalidade de proteção de grupos minoritários vulneráveis contra atos de segregação que inferiorizam seus membros, a partir de critérios “arbitrários e levianos”, componentes de um “discurso racializante superficial” (GUILHERME DE SOUZA NUCCI. *Leis penais e processuais comentadas*. São Paulo: RT, 2016, p. 305 e ss.; FABIANO AUGUSTO MARTINS SILVEIRA. *Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. P. 82 e ss.).

Na presente hipótese, consequentemente, está presente o necessário “*espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas*”, uma vez que a Lei 7.716/1989 deve ser interpretada em conformidade com o texto constitucional que, expressamente, veda não somente preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade; mas estende a proibição a **quaisquer outras formas de discriminação**, garantindo a igualdade de todos, independentemente de orientação sexual ou identidade e gênero em busca de uma sociedade livre, justa e solidária, baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e efetivada pela aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, entre elas, os incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal.

Dessa maneira, é possível a utilização da interpretação conforme para garantir a supremacia incondicional do texto constitucional em

ADO 26 / DF

relação a todo ordenamento jurídico e sua força normativa inquestionável, com a reafirmação de coercibilidade jurídica dos incisos XLI e XLII do artigo 5º da CF, e possibilidade de punição criminal de condutas discriminatórias e desrespeitosas aos direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT (*condutas homofóbicas e transfóbicas*).

Entendo necessário, da mesma maneira que o fez nosso ilustre decano, Ministro CELSO DE MELLO, apontar a compatibilização da presente interpretação conforme com a *liberdade religiosa consagrada constitucionalmente*, que não pode e não está sendo criminalizada pela presente interpretação.

Conforme salientei no julgamento da ADI 4.439 (ensino religioso), uma das premissas básicas para a análise da liberdade de expressão religiosa é entender a importância da interdependência e complementariedade das noções de Estado Laico e Liberdade de Crença e de Culto, sob a luz da *tolerância e diversidade de opiniões*.

A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de ideias e pensamentos – políticos, filosóficos, religiosos – e da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo. A mesma *tolerância* que esta CORTE consagrou em diversas oportunidades em relação à liberdade de manifestação de concepções políticas, ideológicas, de gênero, a partir da *diversidade de opiniões* sobre os mesmos fatos e fenômenos, tem total aplicabilidade em relação às manifestações religiosas; independentemente de setores e grupos sociais entenderem que a maioria das crenças religiosas tem ideias conservadoras em relação a temas importantes às minorias.

A abrangência do preceito constitucional da *liberdade religiosa* é ampla, pois, sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, deuses ou entidades, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e

ADO 26 / DF

o culto, bem como o direito de duvidar, não acreditar ou professar nenhuma fé, consagrando, inclusive o dever do Estado de absoluto respeito aos agnósticos e ateus. Cada uma das crenças religiosas em seu núcleo imprescindível, formado por dogmas *de fé, protegidos integralmente pela liberdade de crença*, não sendo possível ao Estado exigir neutralidade de crenças e cultos.

A coerção à pessoa humana, de forma a constrangê-la a renunciar à sua fé, impedi-la de realizar seus cultos ou de livremente expressar suas opiniões religiosas, representa o desrespeito à diversidade democrática de ideias, filosofias e à própria diversidade espiritual, pois a proclamação constitucional da liberdade religiosa é a verdadeira consagração de maturidade do reconhecimento à liberdade de pensamento e livre manifestação de expressão, como salientado por THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI (*Princípios gerais de direito público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 253), garantindo-se a ideia fundamental de tolerância religiosa e a vedação a qualquer tipo de imposição estatal, seja uma censura prévia, seja uma genérica responsabilização criminal posterior.

A plena liberdade religiosa deve assegurar o respeito à diversidade dos dogmas e crenças, sem a hierarquização de interpretações bíblicas e religiosas de um ou mais grupos em detrimento dos demais, que vem acarretando tantos sofrimentos desde as cruzadas e guerras santas até os atos de terrorismo em nome da fé.

O respeito à fé alheia ou a ausência de qualquer crença religiosa é primordial para a garantia de segurança de nossa própria fé, pois a verdadeira liberdade religiosa consagra a pluralidade, como bem lembrado por THOMAS MORE em sua grande obra, ao narrar que “*as religiões, na Utopia, variam não unicamente de uma província para outra, mas ainda dentro dos muros de cada cidade, estes adoram o Sol, aqueles divinizam a Lua ou outro qualquer planeta. Alguns veneram como Deus supremo um homem cuja glória e virtudes brilharam outrora de um vivo fulgor*”.

Assim, a Constituição Federal, ao consagrar a inviolabilidade de

ADO 26 / DF

crença religiosa, está também assegurando plena proteção à liberdade de culto e às suas liturgias, inerentes à liberdade de expressão religiosa (FRANCESCO FINOCCHIARO, *Il fenomeno religioso. I rapporti tra Stato e Chiesa cattolica. I culti non cattolici. Manuale di diritto pubblico*. Bolonha: Il Molino, 1994. p. 943-964).

Insisto, um Estado *não consagra verdadeiramente a liberdade religiosa sem absoluto respeito aos seus dogmas, suas crenças, liturgias e cultos*. O direito fundamental à liberdade religiosa não exige do Estado concordância ou parceria com uma ou várias religiões; *exige, tão somente, respeito*; impossibilitando-o de *censurar manifestações, mutilar dogmas religiosos ou sancionar a livre manifestação de expressão religiosa*.

As diversas confissões religiosas defendem a ideia de diálogo com as demais crenças, porém sempre reafirmam o *dogma da fé como princípio básico de seu ensino religioso*; e tem a garantia constitucional de poderem livremente expressá-lo, inclusive por meio do ensino religioso. O Estado deve respeitar todas as confissões religiosas, bem como a ausência delas, e seus seguidores, mas sua legislação, suas condutas e políticas públicas, nem podem ser pautadas por quaisquer dogmas ou crenças religiosas ou por concessões benéficas e privilegiadas a determinada religião; nem podem proibir ou criminalizar suas crenças e cultos.

A *neutralidade não existe no ensino religioso de qualquer confissão que se baseia, fundamentalmente, em dogmas de fé, protegidos integralmente pela liberdade de crença*, conforme decisão do Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Federal Alemão, de 19 de outubro de 1971 (1 BvR 387/65. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Konrad Adenauer Stiftung. Coletânea original: Jürgen Schwabe).

O exercício da liberdade religiosa pressupõe o respeito estatal pela autonomia de autointerpretação de seus próprios dogmas e fundamentos pelas diversas organizações religiosas, como já decidiu, inclusive, o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 16 de outubro de 1968 (1 BvR 241/66), ao definir que o Estado, apesar de laico, estaria violando a liberdade religiosa de determinada confissão, se não respeitasse sua esfera de autoentendimento, apontando que:

ADO 26 / DF

“É certo que o Estado laico tenha, em princípio, que interpretar os conceitos constitucionais a partir de aspectos neutros, universais, válido abstratamente e não vinculados confessional ou ideologicamente. Porém, numa sociedade pluralista, onde a ordem jurídica pressupõe justamente o auto entendimento religioso e ideológico, como ocorre com a liberdade de culto, o Estado violaria a autonomia e autossuficiência das igrejas e organizações religiosas e filosóficas em sua própria esfera, garantidas pela *Grundgesetz*, se ele não considerasse, na interpretação do exercício da religião resultante de uma determinada confissão religiosa ou ideológica o seu respectivo auto entendimento” (*Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Konrad Adenauer Stiftung. Coletânea original: Jürgen Schwabe).

Aquele que pretende *professar* ou ter um *ensino religioso cristão*, obrigatoriamente, precisará ter acesso à *Bíblia*, cuja interpretação católica, luterana, calvinista, anglicana, pentecostal não é absolutamente idêntica; caso seja *ESPÍRITA*, também precisará extrair ensinamento do *Livro dos Espíritos e ao Evangelho Segundo o Espiritismo*, ambos de ALLAN KARDEC. Por outro lado, esses textos serão substituídos pelo estudo judaico do *Torá*; ou pela análise do *Corão* no islamismo. Se for adepto de uma das RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA, precisará estudar o culto aos orixás, o “jogo de búzios” ou “ifá”, caso adote o Candomblé; ou o estudo dos rituais dos espíritos de Caboclos, Pretos-Velhos, Baianos, Exus, Pombos Gira, caso adote a Umbanda.

Em todas essas hipóteses, a *neutralidade não existe, pois as manifestações, os ensinamentos e o aprendizado se baseiam, fundamentalmente, nos dogmas de fé*, que não podem ser censurados, cerceados ou criminalizados, mesmo que conflitantes e, em alguns casos, até ofensivos a determinados grupos.

À *liberdade religiosa* se aplica integralmente o célebre ensinamento do Professor de Oxford, ISAIAH BERLIN, exposto em uma palestra em 1958, que fez uma dicotomia entre liberdade de expressão negativa e liberdade

ADO 26 / DF

de expressão positiva, afirmando que a essência da liberdade de expressão negativa é a possibilidade de ofender, o que jamais se confunde com o discurso de ódio. DWORKIN, após citar a palestra, analisa a questão da liberdade de expressão, colocando que o ideal seria que as formas de expressão sempre fossem heroicas, mas defende a necessidade de proteção das manifestações de mau gosto, aquelas feitas inclusive erroneamente (*O Direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 345, 351 e ss).

Obviamente, a proteção constitucional à liberdade religiosa, assim como a liberdade de expressão, não admite o discurso de ódio, que abrange, inclusive, declarações que defendam ou incitem tratamento desumano, degradante e cruel; ou que incitem violência física ou psicológica contra grupos minoritários.

Por fim, o princípio da anterioridade deverá ser aplicado em relação à interpretação conforme dada à Lei de Racismo, por possuir efeitos vinculantes e *erga omnes* (ODONE SANGUINÉ. Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 31/2000, p. 144 – 169; RENÉ ARIEL DOTTI. A jurisprudência penal no tempo: a ultratividade e a irretroatividade do julgado. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 121/2016; VINICIUS DE TOLEDO PIZA PELUSO. *Analogia e Direito Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 118/2016, p. 159 – 184, Jan - Fev / 2016).

VOTO, para conceder interpretação conforme à Constituição, em face dos artigos 1º, III, 3º, I e IV; 5º, XLI, XLII e § 1º da Constituição Federal, à Lei nº 7.716/89, no sentido da integral aplicação de seus tipos penais às condutas homofóbicas e transfóbicas, até que seja editada a lei penal específica pelo Congresso Nacional.

Da mesma maneira que o eminentíssimo Ministro relator, CELSO DE MELLO, afasto a retroatividade da presente interpretação conforme, que passa a ser aplicada com efeitos *erga omnes* e vinculantes a partir da publicação do julgamento.

ADO 26 / DF

EM CONCLUSÃO, acompanho o eminente Ministro relator, CELSO DE MELLO, no sentido de CONHECER PARCIALMENTE A PRESENTE AÇÃO, julgando-a PARCIALMENTE PROCEDEENTE para:

- 1) DECLARAR, nos termos do § 2º, do artigo 103 da Constituição Federal, a constitucionalidade por omissão do CONGRESSO NACIONAL, por ausência de edição de lei penal incriminadora que torne efetiva a previsão constitucional do inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal, caracterizando-se, consequentemente, o estado de mora constitucional e determinando que seja científico para a colmatação do estado de mora constitucional.
- 2) VOTAR, para conceder interpretação conforme à Constituição, em face dos artigos 1º, III, 3º, I e IV; 5º, XLI, XLII e §1º, da Constituição Federal, à Lei nº 7.716/89, no sentido da integral aplicação de seus tipos penais às condutas homofóbicas e transfóbicas, até que seja editada a lei penal específica pelo Congresso Nacional.

Da mesma maneira que o eminente Ministro relator, CELSO DE MELLO, afasta a retroatividade da presente interpretação conforme, que passa a ser aplicada com efeitos *erga omnes* e vinculantes a partir da publicação do julgamento.

21/02/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E MANDADO DE INJUNÇÃO. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFobia E DA TRANSFOBIA. EXISTÊNCIA DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.

1. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção em que se postulam: (i) a declaração da mora inconstitucional na criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia; (ii) a fixação de prazo razoável para a aprovação de legislação nesse sentido; (iii) caso transcorra o prazo fixado sem a edição da lei, ou caso o Supremo Tribunal Federal (STF) considere desnecessária a fixação desse prazo, a tipificação criminal da homofobia e da transfobia, pela aplicação da Lei do Racismo; (iv) a fixação de interpretação conforme à Constituição do art. 61, II, *a*, e do art. 121, § 2º, II, do Código Penal, que aludem a *motivo fútil ou torpe* na prática de crimes; e (v) o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado brasileiro

ADO 26 / DF

em indenizar as vítimas da homofobia e da transfobia.

2. A ação direta de constitucionalidade por omissão e o mandado de injunção não são instrumentos processuais adequados à formulação de pedido indenizatório. Ações não conhecidas nessa parte.

3. A homofobia e a transfobia constituem formas graves de discriminação contra gays, lésbicas e transgêneros e, por isso, a sua criminalização específica é uma das principais demandas da comunidade LGBTI+. Estatísticas recentes apontam números expressivos de crimes motivados por homofobia e transfobia, que não raro atentam contra a vida e contra a integridade física dessas pessoas. Já houve, no Congresso Nacional, diversos projetos de lei que tiveram por objetivo a criminalização da homofobia e da transfobia, que não chegaram a ser aprovados.

4. A proteção de direitos fundamentais de minorias é um dos principais papéis das cortes constitucionais, especialmente em casos como o presente, em que existe sistemática violação de direitos da comunidade LGBTI+, cuja proteção encontra obstáculos na representação política.

5. A ausência de norma criminalizadora de atos de homofobia e transfobia configura mora constitucional do legislador na regulamentação do art. 5º, XLI e XLII, da

ADO 26 / DF

Constituição.

6. O art. 5º, XLI, da Constituição estabelece que “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”. Não há dúvida de que a homofobia e a transfobia são formas de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Diante da realidade brasileira, de constante violência contra a comunidade LGBTI+, deixar de criminalizar esse tipo de discriminação violaria o princípio da proporcionalidade na sua dimensão de proibição da proteção insuficiente. Precedente.

7. O art. 5º, XLII, da Constituição estabelece que “*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*”. No paradigmático Caso Ellwanger, o STF fixou o entendimento de que “*o racismo é antes de tudo uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, refletindo, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização e até de eliminação de pessoas*”. A interpretação dada por essa Corte à vedação constitucional ao racismo, portanto, é abrangente o suficiente para abranger a proibição de toda e qualquer forma de ideologia que pregue a inferiorização e estigmatização de grupos, a

ADO 26 / DF

exemplo do que acontece com a comunidade LGBTI+. Por conseguinte, deve-se aplicar a Lei do Racismo (Lei nº 7.716/1989) à discriminação de orientação sexual ou identidade de gênero até que seja editada legislação específica que sane a mora constitucional.

8. A fim de garantir a defesa dos direitos e liberdades dos indivíduos pertencentes à comunidade LGBTI+, os arts. 61, II, a, e 121, § 2º, I e II, do Código Penal devem ser interpretados conforme à Constituição, no sentido de se considerar caracterizado o motivo fútil ou torpe sempre que a prática do crime seja movida pela intolerância e/ou pelo preconceito com a orientação sexual e/ou identidade de gênero da vítima.

9. Ação direta de constitucionalidade por omissão e mandado de injunção conhecidos em parte e pedidos julgados parcialmente procedentes, com a fixação das seguintes teses:

“1. A ausência de edição de lei criminalizadora de atos de homofobia e de transfobia constitui omissão constitucional do Congresso Nacional.

2. Enquanto não editada lei criminalizadora, aplica-se a Lei nº 7.716/1989 para a reprimenda de atos discriminatórios relacionados à orientação sexual e/ou à identidade de gênero.

3. Os arts. 61, II, a, e 121, § 2º, I e II, do Código Penal devem ser interpretados conforme à Constituição, a fim de que se considere

ADO 26 / DF

caracterizado motivo fútil ou torpe sempre que a prática do crime seja movida pela intolerância e/ou pelo preconceito com a orientação sexual e/ou identidade de gênero da vítima”.

I. A HIPÓTESE

1. Trata-se de mandado de injunção impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) e de ação direta de constitucionalidade por omissão ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS). Ambas as ações têm por objetivo “*obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima*”. As principais alegações podem ser assim sumarizadas:

(i) o art. 5º, LXXI, CF [1] permite a impetração de mandado de injunção visando a criminalização específica de condutas quando isso for necessário para o exercício das prerrogativas inerentes à cidadania das vítimas em questão. De acordo com a petição inicial, “*extrai-se [desse dispositivo], por interpretação, a norma segundo a qual ele reconhece que conceder-se-à mandado de injunção sempre que a falta de norma criminal regulamentadora de punição criminal torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e/ou, ainda, de prerrogativas inerentes à cidadania da população que necessita de tal proteção criminal, como é o caso da população LGBTI+ no atual contexto histórico brasileiro*”;

(ii) considerado o princípio da proporcionalidade em sua vertente da proibição de proteção deficiente, é necessária a criminalização específica de tais ofensas porque o atual quadro de violência e discriminação contra a população LGBTI+ tem tornado inviável o exercício dos direitos fundamentais à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero;

ADO 26 / DF

(iii) existe ordem constitucional de legislar criminalmente que obriga o legislador a criminalizar a homofobia e a transfobia, tendo em vista que: (iii.1) a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo, em relação ao qual existe comando constitucional específico de criminalização (art. 5º, XLII, CF [2]); (iii.2) a homofobia e a transfobia inequivocamente se enquadram no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, razão pela qual, caso não as entenda como espécies do gênero racismo, se enquadram no disposto no art. 5º, XLI, CF [3], que, no presente caso, impõe a elaboração de legislação criminal que puna tais ofensas; (iii.3) todas as formas de homofobia e transfobia devem ser punidas com o mesmo rigor aplicado atualmente pela Lei de Racismo, sob pena de hierarquização de opressões.

2. Diante disso, requer-se “*seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia*” e “*seja fixado prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora*”. Pede-se que, “*caso transcorra o prazo fixado por esta Suprema Corte sem que o Congresso Nacional efetive a criminalização/punição criminal específica citada ou caso esta Corte entenda desnecessária a fixação deste prazo, sejam efetivamente tipificadas a homofobia e a transfobia como crime(s) específico(s) por decisão desta Suprema Corte*”, por meio: (i) da inclusão da criminalização específica “na Lei de Racismo (Lei n.º 7.716/1989), determinando-se a aplicação da referida lei (e outra que eventualmente a substitua) para punir tais atos até que o Congresso Nacional se digne a criminalizar tais condutas”; e (ii) subsidiariamente, da tipificação criminal específica de todas as formas de homofobia e transfobia da maneira que “*esta Suprema Corte julgar mais pertinente/adequada em termos constitucionais*”. Requerem, ainda, “*seja fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia*”.

3. O Ministro Ricardo Lewandowski, em um primeiro momento, não conheceu o mandado de injunção, por entender inviável a

ADO 26 / DF

utilização dessa via processual. Afirmou que “é firme a jurisprudência desta Corte com relação à necessidade de se detectar, para o cabimento do *writ injuncional*, a existência inequívoca de um direito subjetivo, concreta e especificamente consagrado na Constituição Federal, que não esteja sendo usufruído por seus destinatários pela ausência de norma regulamentadora exigida por essa mesma Carta”. Posteriormente, o Ministro Edson Fachin, novo relator, reconsiderou a decisão para assentar o cabimento do mandado de injunção, com alegado fundamento no art. 5º, LXXI, CF, “para o efeito de examinar a denegação ou a concessão do provimento requerido caso demonstrada a possibilidade de suprimento judicial da lacuna apontada”.

4. O Senado Federal se manifestou pelo não cabimento do mandado de injunção e, caso superado o óbice ao conhecimento “que se reconheça a inexistência da alegada mora legislativa ou, na hipótese de se chegar à conclusão contrária, que o Congresso Nacional seja notificado a suprir a lacuna, sem que se assine prazo para tanto”. Na ADO manifestou-se pela improcedência do pedido “resguardando-se a legalidade penal, a separação de poderes e a independência do Poder Legislativo, confirmando-se sua competência jurídico-política”.

5. A Câmara dos Deputados, no mandado de injunção, afirmou que não há omissão constitucional ou óbice incontornável ao exercício dos direitos de liberdade e igualdade dos cidadãos LGBTI+ em razão da ausência de tutela penal específica. Na ADO, informou que, “em 23 de novembro de 2006, aprovou o Projeto de Lei nº 5.003, de 2001, que ‘determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas’, enviado em seguida à análise do Senado Federal”.

6. A União, no mandado de injunção, alegou que não existe qualquer comando constitucional que exija tipificação específica para a homofobia e transfobia e, portanto, esse não seria o meio processual adequado para a solução de tal questão. Acrescentou, ainda, “a

ADO 26 / DF

impossibilidade de se suprir alegada omissão inconstitucional em relação às matérias penais, em razão de seu princípio norteador e especial que é a reserva legal". Na ADO, afirmou que não cabe ao STF fixar prazo para o Congresso Nacional legislar, ou mesmo suprir, por ato próprio, a suposta omissão. Concluiu, ao final, pelo conhecimento parcial da ação e, no mérito, pela improcedência dos pedidos.

7. Em parecer, o então Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros opinou pelo conhecimento parcial de ambas as ações e, no mérito, pela procedência parcial dos pedidos formulados. Afirmou que o pedido de condenação do Estado a indenizar vítimas de homofobia e transfobia é incompatível com o rito das ações ajuizadas e, por isso, não deveria ser conhecido. No que diz respeito às omissões inconstitucionais, manifestou-se no sentido de que o art. 5º e incisos XLI e XLII, CF estabelecem o dever específico de legislar para proteger os valores constitucionais em jogo. Defendeu a fixação de interpretação conforme à Constituição ao conceito de raça previsto na Lei nº 7.716/1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei os atos preconceituosos e discriminatórios contra a população LGBTI+. Com relação ao ponto, esclareceu que "não se trata de defender tipificação por meio de analogia *in malam partem*, mas de interpretação conforme a Constituição do conceito de raça, para adequá-lo à realidade brasileira atual, em processo de mutação de conceitos jurídicos – o que é plenamente compatível com o conteúdo histórico da noção de 'racismo'".

8. Foram admitidos como *amici curiae*, manifestando-se de forma contrária ao acolhimento do pleito inicial: (i) a Frente Parlamentar 'Mista' da Família e Apoio à Vida; (ii) a Convenção Brasileira de Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas – COBIM; e (iii) a Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE. De outro lado, pronunciando-se favoravelmente à pretensão de inconstitucionalidade, ingressaram no feito: (iv) o Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros; (v) o Partido Socialista dos Trabalhadores Unificados –

ADO 26 / DF

PSTU; (vi) o Conselho Federal de Psicologia, Associação Nacional de Travestis e Transsexuais – ANTRA; (vii) a Defensoria Pública do Distrito Federal; (viii) o Grupo Gay da Bahia – GGB; (ix) a Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT; (x) o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual – GADVS; e (xi) o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

9. É o relatório.

II. QUESTÃO PRELIMINAR: NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO INDENIZATÓRIO

10. Os autores pretendem seja fixada a responsabilidade civil do Estado em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia. O art. 103, § 2º, CF, todavia, define as consequências da declaração de inconstitucionalidade por omissão na ação direta, dispondo que “será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. O mandado de injunção, por sua vez, nos termos do art. 5º, LXXI, CF, destina-se a suprir a omissão “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”. As vias processuais inadequadas são, portanto, inadequadas para a formulação de pedido de pagamento de indenização. Por isso, deixo de conhecer das ações quanto a esses pedidos.

III. NOTAS INTRODUTÓRIAS

11. Inicio o presente voto com notas introdutórias que refletem algumas das minhas compreensões a respeito do tema e que fixam as premissas da solução jurídica que proponho na sequência. São cinco considerações iniciais: (i) a primeira de natureza conceitual; (ii) a segunda

ADO 26 / DF

a respeito dos dados da violência homofóbica; (iii) a terceira de ordem teórica; (iv) a quarta sobre a história do preconceito; e a (v) quinta uma nota de respeito ao sentimento religioso das pessoas.

III.1. UMA NOTA CONCEITUAL

12. Primeiramente, explicito alguns conceitos-chave da discussão. O termo *homofobia* [4] foi cunhado na década de 1970 pelo psicólogo clínico George Weinberg [5] para definir sentimentos negativos com relação a homossexuais. Nos dias atuais, as palavras homofobia e transfobia costumam ser empregadas para designar emoções ruins – como aversão, raiva, desprezo, ódio, desconforto e medo – com relação aos membros da comunidade LGBTI+. Ainda que não exista um conceito unívoco a seu respeito, é possível dizer que a homofobia e a transfobia significam a violência física ou psicológica contra uma pessoa, respectivamente em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, manifestando-se em agressões, ofensas e atos discriminatórios.

13. Nesse ponto, vale lembrar que *sexo* é uma condição física, biológica. *Gênero* diz respeito à autopercepção do indivíduo, ao sentimento de pertencimento ao universo feminino, masculino, ou a nenhuma dessas definições tradicionais. A *orientação sexual*, por sua vez, está associada à atração física, ao desejo de cada um. É aqui que a pessoa pode ser heterossexual, homossexual ou bissexual. A orientação sexual e a identidade de gênero não traduzem escolhas livres, são apenas fatos da vida.

III.2. UMA NOTA SOBRE A HOMOFOBIA NA ATUALIDADE

14. Passo, então, a um registro a respeito dos dados da violência homofóbica no Brasil. A despeito de não existir uma política estruturada de coleta de dados a respeito de crimes com essa motivação, os números ainda assim chamam atenção. De acordo com o relatório

ADO 26 / DF

“Violência LGBTFóbicas no Brasil: dados da violência” [6], divulgado em 2018 pelo Ministério dos Direitos Humanos, nos anos de 2015 e 2016 o Disque Direitos Humanos (Disque 100) registrou 3.859 denúncias relacionadas à população LGBTI+. Como o número de denúncias não corresponde necessariamente ao número de ocorrências, projeta-se que o número de violações homofóbicas seja de 5.871 no mesmo período [7] [8].

15. O relatório também incorpora dados do Grupo Gay da Bahia, associação de direitos humanos que produz estatísticas a respeito da violência a partir de notícias veiculadas nos jornais, que, em 2016, registrou 343 mortes divulgadas na imprensa. De acordo com os relatórios mais recentes produzidos por essa entidade, em 2017 e 2018 foram noticiados, respectivamente, 445 e 420 óbitos [9] [10]. Os números registrados são elevados, mas refletem apenas os casos que foram objeto de denúncia telefônica e os noticiados na imprensa. Representam, portanto, apenas uma parcela da realidade brasileira, mas são suficientes para que o Brasil seja considerado *o país que registra o maior número de assassinatos de transexuais do mundo*, de acordo com levantamento divulgado pela ONG Transgender Europe em 2018 [11].

16. Além dos números que impressionam, muitos casos chocaram o país pela sua brutalidade. Em 21 de junho de 2010, o adolescente Alexandre Ivo, de 14 anos, foi espancado, torturado e morto por estrangulamento por três homens. Segundo a mãe do jovem, o crime, motivado pela intolerância com a suposta orientação sexual do adolescente, “teve todos os requintes de crueldade possíveis” [12]. Em 15 de fevereiro de 2017, a travesti Dandara dos Santos foi espancada, torturada, apedrejada e morta a tiros por cinco homens. Parte do episódio foi filmada por pessoa que acompanhava o grupo de agressores e amplamente divulgada em redes sociais. Em 18 de agosto de 2018, Marcos Cruz Santana, líder LGBTI+, foi encontrado morto com diversas perfurações no corpo feitas com objetos cortantes e a genitália mutilada. Trata-se, inequivocamente, de crimes de ódio, motivados pela aversão à

ADO 26 / DF

orientação sexual e/ou identidade de gênero das vítimas.

17. De acordo com as informações prestadas pelo Senado Federal, diversos projetos de lei que objetivavam especificamente a criminalização da homofobia já tramitaram no Congresso Nacional. Exemplificativamente, foi apresentada uma lista com dezessete projetos de lei propostos entre os anos de 1997 e 2014. A maioria deles foi arquivada, declarada prejudicada ou apensada a outros projetos. Atualmente, encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça projeto de lei que define crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero (PLS nº 515/2017). A proposta altera a Lei do Racismo (Lei nº 7.716/1989) e o § 3º do art. 140 do Código Penal, que trata do crime de injúria, para estender a sua disciplina aos delitos motivados pela orientação sexual ou identidade de gênero da vítima. A despeito da atividade legislativa, fato é que, passados mais de 20 anos de discussões a respeito do tema no Congresso Nacional, até o início do julgamento desta ação nenhuma lei de combate à homofobia chegou a ser aprovada.

18. A ausência de norma federal a respeito da matéria destoa no cenário internacional. De acordo com levantamento formulado pela Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersex – Ilga [13], mais de 40 países possuem previsões específicas a respeito de crimes de ódio motivados pela orientação sexual e identidade de gênero das vítimas, entre os quais Estados Unidos da América[14], Suíça [15], Reino Unido [16], França [17], Espanha [18] e Portugal [19]. Especificamente na América Latina, Colômbia [20], Uruguai [21], Chile [22], Argentina [23], Peru [24] e Bolívia [25] aprovaram legislação criminal específica voltada à proteção dessa minoria. Os tratamentos conferidos pela legislação variam de acordo com cada Estado, sendo os mais comuns (i) essa motivação estar relacionada entre as circunstâncias agravantes; (ii) a tipificação específica da discriminação com relação a pessoas LGBTI+; (iii) a tipificação de crimes de ódio ou de incitação ao ódio.

ADO 26 / DF

19. Organizações e entidades internacionais também já adotaram medidas específicas a respeito do tema. Em junho de 2011, o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas tornou-se o primeiro organismo intergovernamental a adotar uma resolução sobre direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero. A Resolução nº 17/19 expressou a grave preocupação do Conselho com a violência e a discriminação contra indivíduos com base em sua orientação sexual e identidade de gênero, e encomendou um estudo sobre o alcance e a extensão dessas violações e as medidas necessárias para resolvê-las. Em 4 de fevereiro de 2014, o Parlamento Europeu aprovou resolução “sobre o Roteiro da União Europeia contra a homofobia e a discriminação com base na orientação sexual e na identidade de gênero”, que inclui diversas disposições a respeito da não discriminação no acesso a emprego, educação, saúde, bens e serviços. A resolução também tratou especificamente de discurso e crimes de ódio, estabelecendo entre suas ações que “os Estados-Membros devem registrar e investigar os crimes de ódio contra as pessoas LGBTI e adotar legislação que proíba a incitação ao ódio com base na orientação sexual e na identidade de gênero”.

20. É à luz desse contexto que a questão constitucional deve ser solucionada. Os dados da realidade atual registram, de um lado, números impressionantes da sistemática violação dos direitos fundamentais da população LGBTI+, e, de outro lado, a ausência de regulamentação específica no Brasil a respeito da homofobia e da transfobia, situação que destoa em absoluto do cenário internacional.

21. Não se interpreta o direito em abstrato. Interpreta-se à luz da realidade. A realidade que vigora no momento presente. Há um belo verso de Carlos Drummond de Andrade, em que ele diz: “o tempo é a minha matéria, o tempo presente, os homens presentes, a vida presente”. Logo, a vida presente exige uma resposta do Estado e uma resposta do direito contra essa violência institucionalizada de pessoas que, muitas

ADO 26 / DF

vezes, passam como invisíveis na percepção da sociedade.

III.3. UMA NOTA TEÓRICA

22. Passo, agora, à terceira nota introdutória desse voto, de natureza teórica. Não escapará a ninguém que tenha olhos de ver e coração de sentir que a comunidade LGBTI+ constitui um grupo vulnerável, vítima de preconceito, discriminação e violências ao longo da história da humanidade. Violências privadas, *i.e.*, praticadas por particulares, e públicas, provocadas pelo Estado. Os números falam por si, como noticiado acima. Nesse cenário, o direito e o Estado têm o dever de interferir na defesa dos direitos fundamentais dessas minorias. Não se está falando apenas do direito de viver a própria liberdade sexual, mas de preservar a integridade física e psíquica, quando não a própria vida de membros da comunidade LGBTI+. E aqui penso ser o caso de se estabelecer um respeitoso diálogo com o Congresso Nacional e a sociedade, à luz da teoria constitucional e da teoria democrática.

23. A criação primária de leis é papel típico do Poder Legislativo. O Congresso deve refletir os interesses e sentimentos da sociedade, passando-os no filtro da Constituição para depurá-los dos excessos da paixão. Já a interpretação constitucional é o papel típico do STF, um exercício de razão pública. Na essência e como regra geral, a lei é um ato de vontade; a jurisdição é um ato de razão.

24. No normal da vida, é possível traçar com clareza a fronteira entre uma coisa e outra, entre legislar e interpretar. Por vezes, no entanto, essa fronteira se torna menos nítida. Nos casos em que a fronteira não é clara, há uma linha que se procura traçar em boa teoria constitucional. Essa linha é traçada em dois planos diferentes. O primeiro: quando o Congresso atua e produz uma lei, o STF deve ser deferente para com as escolhas políticas do Congresso e só deve invalidá-las quando não haja margem à dúvida razoável da afronta à Constituição. No entanto,

ADO 26 / DF

quando o Congresso não atua em situações em que havia um mandamento constitucional para que atuasse, o papel do tribunal se amplia legitimamente para fazer valer a Constituição.

25. O segundo plano diz respeito à matéria em discussão. A regra geral é que o STF se comporte com autocontenção, deixando o maior espaço de atuação possível ao Legislativo. Isso vale para questões econômicas, administrativas, sociais etc. Porém, quando estiver em questão a proteção dos direitos fundamentais ou o respeito às regras do jogo democrático, aí se justifica uma postura mais proativa do STF. Porque essa é a missão principal de uma suprema corte: assegurar direitos fundamentais e proteger a democracia. Mesmo contra a vontade das maiorias. Direitos fundamentais são oponíveis inclusive às maiorias políticas. São trunfos contra a maioria, na formulação clássica de Ronald Dworkin [26].

26. No caso em exame, os dois fatores que alargam a fronteira da interpretação constitucional em relação às competências legislativas estão presentes: existe omissão constitucional e trata-se de respeito a direitos fundamentais – à liberdade, à igualdade, à integridade e à própria vida de pessoas integrantes do grupo LGBTI+, um grupo indiscutivelmente vulnerável como até mesmo o mais empedernido conservador haverá de reconhecer.

27. Nesse ponto, eu gostaria de realçar os três papéis que uma corte constitucional desempenha nos estados democráticos:

(i) *Contramajoritário*: é o papel que a Corte exerce quando declara uma lei inconstitucional. É chamado contramajoritário porque um órgão cujos membros não são eleitos pode, em nome da Constituição, invalidar um ato legislativo votado pelo Congresso que, supostamente, representa a vontade da maioria. Ex.: no julgamento da ADI 4.815, o STF considerou inconstitucional dispositivo do Código Civil que exigia

ADO 26 / DF

autorização prévia para a publicação de biografias.

(ii) *Representativo*: é o papel que a Corte exerce quando atende demandas da sociedade que têm amparo na Constituição e que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo processo político majoritário. Por vezes, circunstâncias diversas ou interesses especiais impedem que o Legislativo atue na linha aspirada pela sociedade. Exemplos: o enunciado da Súmula Vinculante nº 13, que proibiu o nepotismo, e o julgamento da ADI 4.650, em que se declarou inconstitucional o financiamento de campanhas eleitorais por empresas.

(iii) *Iluminista*: é o papel que a Corte exerce para promover avanços civilizatórios que não podem depender da vontade da maioria. Este é um papel delicado, que só deve ser exercido com grande parcimônia. Exemplos: nos Estados Unidos, o caso *Brown vs. Board of Education*, que declarou inconstitucional a política de segregação racial em escolas públicas; no Brasil, o julgamento da ADI 4.277, que reconheceu as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e estendeu-lhes o regime jurídico aplicável às uniões estáveis heteroafetivas.

28. Note-se bem: iluminista não é o tribunal, é a Constituição. O constitucionalismo é um produto do contratualismo, do liberalismo e do iluminismo: como consequência, a Constituição deve ser interpretada à luz de uma razão humanista e civilizatória, inclusive e sobretudo, para proteger os direitos fundamentais das minorias, que não encontram eco no Legislativo e que enfrentam preconceitos na própria sociedade. É isso que se impõe fazer aqui.

III.4. UMA NOTA SOBRE A HISTÓRIA DE UM PRECONCEITO

29. No dia 4 de maio de 2011, eu estava na tribuna do STF sustentando o direito de as uniões afetivas serem reconhecidas como uniões estáveis. Impedir uma pessoa de colocar o seu afeto e a sua sexualidade onde mora o seu desejo é privá-la de uma dimensão essencial da vida, é privá-la da dignidade humana. O que vale na vida são os

ADO 26 / DF

nossos afetos.

30. A afetividade é uma das energias mais poderosas do universo. Por que impedir o direito de amar de duas pessoas? Naquela ocasião observei que o amor homossexual é vítima de preconceitos desde o início dos tempos. Cito três exemplos emblemáticos. Em 1521, as Ordenações Manuelinas, o mais antigo Código Penal aplicado no Brasil, previa pena de morte na fogueira, confisco de bens e a infâmia sobre os filhos e descendentes do condenado por homossexualismo. Em 1892, Lord Alfred Douglas, amante de Oscar Wilde, escreveu o seu belo poema “Dois Amores”, que termina com a frase célebre “O amor que não ousa dizer seu nome”, no qual descrevia uma paixão homossexual. Oscar Wilde foi preso e condenado a dois anos de prisão, com trabalhos forçados. Na década de 1970, um soldado americano que havia sido condecorado na guerra do Vietnã depois foi expulso das Forças Armadas quando descobriram sua condição de homossexual. Ele produziu uma frase antológica: “Por matar dois homens, recebi uma medalha. Por amar outro, fui expulso das Forças Armadas”.

31. Ao concluir a sustentação oral naquele julgamento, falei do papel do Supremo Tribunal Federal na construção de um tempo de tolerância, de respeito ao diferente. Um tempo de fraternidade e delicadeza. *Um tempo em que todo amor possa dizer seu nome.* O STF, naquela ocasião, não faltou ao seu encontro com a história. E a história reconheceu a virtude daquela decisão, declarando-a patrimônio imaterial da humanidade [27]. Pois bem: a história bate à porta novamente.

III.5. UMA NOTA DE RESPEITO E CONSIDERAÇÃO AO SENTIMENTO RELIGIOSO

32. Antes de passar à solução jurídica da controvérsia, considero importante registrar uma palavra de respeito e consideração ao sentimento religioso das pessoas. Por muito tempo, o conhecimento

ADO 26 / DF

convencional militou na crença de que o Estado moderno, a revolução científica e o iluminismo empurrariam o sentimento religioso para a margem da história, superado pelo racionalismo e pelos avanços tecnológicos. A verdade, porém, é que, mesmo depois de Copérnico, Galileu e Kepler, com a teoria heliocêntrica do cosmos, de Darwin, com a origem das espécies e a seleção natural, e da revolução na física moderna, trazida pela teoria da relatividade, pela mecânica quântica e pela confirmação do bóson de Higgs, a partícula de Deus, o sentimento de religiosidade não morreu. Se a religião sobreviveu a tudo isso, não será a criminalização da homofobia que irá abalá-la.

33. O reconhecimento da omissão inconstitucional na criminalização da homofobia e da transfobia em nada diminui a relevância da liberdade religiosa. O entendimento aqui defendido não implica criminalização dos discursos religiosos contrários às relações homoafetivas. Tampouco significa que as religiões não possam vocalizar suas crenças ou participar do diálogo amplo e aberto que caracteriza a democracia contemporânea. Penso ser perfeitamente possível que, em uma sociedade moderna, plural e inclusiva, haja discursos condenando a homoafetividade como conduta contrária à Bíblia, à Torá ou ao Alcorão. Embora não concorde com a ideia, condenar relações homoafetivas com fundamento em sincera convicção religiosa não constitui crime.

34. O que não se admite é que, sob o pretexto de se preservar a liberdade religiosa, mantenha-se a sistemática violação de direitos fundamentais da comunidade LGBTI+. A alarmante violência contra esse grupo social não pode permanecer impune. Nas sociedades contemporâneas, o exercício da liberdade religiosa implica a convivência respeitosa entre cosmovisões distintas, prevalecendo no espaço público a razão pública e valores laicos que possam ser compartilhados por todos e por cada um, independentemente de suas convicções pessoais privadas. O respeito a cosmovisões distintas não pode conviver com a violência, discursos de ódio e incitação à discriminação contra pessoas que não

ADO 26 / DF

vivem sob os mesmos dogmas e convicções.

35. Digo isso com a convicção de que nenhuma pessoa genuinamente religiosa defende que homossexuais sejam mortos, agredidos ou discriminados, como se não fossem iguais perante a lei e perante Deus, para os que creem. A verdadeira espiritualidade é fraterna, tolerante e acolhedora. Instrumentalizar a religião para fazer o mal a um grupo de pessoas que são o que são – e não o que escolheram, porque a homossexualidade e a transexualidade não são escolhas – é negar a regra de ouro, que é a síntese mais completa da Torá e dos Evangelhos: não fazer ao próximo o que não gostaria que fizessem a si.

36. Assim como alguém nasce negro, judeu, mulher ou latino-americano, vem-se ao mundo *gay* ou *trans*. Logo, discriminar alguém por essa razão equipara-se a discriminar alguém por ser negro, judeu, mulher ou latino-americano. Eu estou interpretando a Constituição, mas estou também fazendo um apelo à razão e ao coração. Porque se estamos falando da regra de ouro, basta qualquer pessoa imaginar como gostaria que fosse tratado seu irmão, sua irmã, seu filho ou qualquer ente querido que tivesse orientação sexual homossexual: tratar a todos com respeito e consideração é um dos sentidos da vida. É componente essencial da vida boa.

IV. SOLUÇÃO DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL

37. O pedido formulado pelos autores tem o objetivo de “obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima”. A intenção, portanto, é a tipificação de diversas condutas relacionadas ao preconceito e/ou intolerância com relação à orientação sexual e/ou identidade de gênero da vítima.

ADO 26 / DF

38. O acolhimento da pretensão dos autores pressupõe que se reconheça a existência de omissão constitucional. Por esse motivo, a solução da questão constitucional passa a ser apresentada em duas etapas: primeiro, é preciso investigar se há um mandado constitucional que determine a atuação do legislador para a proteção específica desta minoria por meio de norma criminal; depois, é preciso aferir as consequências que a declaração dessa omissão é capaz de gerar.

IV.1. EXISTÊNCIA DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

39. A ausência de norma criminal punitiva de atos de homofobia e transfobia configura mora constitucional do legislador, nos termos do art. 103, §2º, CF, decorrente da ausência de regulamentação suficiente do art. 5º, XLI e XLII, CF.

40. *Em primeiro lugar*, o art. 5º, XLI, CF estabelece que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Ainda que não exista uma definição unívoca a respeito do que são a homofobia e a transfobia, não há dúvidas de que constituem formas de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. O próprio constituinte, ao estabelecer comando para a edição de lei, optou por utilizar conceitos jurídicos indeterminados, construindo enunciado que pode ser integrado à luz da realidade concreta de cada tempo. Como se viu, o preconceito fundado na aversão à orientação sexual e/ou à identidade de gênero dos indivíduos dá ensejo à sistemática violação de direitos fundamentais da comunidade LGBTI+, grupo historicamente marginalizado. Dito em outras palavras: no Brasil, a homofobia mata e, por isso, deve ser criminalizada.

41. Nesse ponto, vale fazer uma observação. O art. 5º, XLI, CF diz que “a lei punirá” condutas atentatórias de direitos e liberdades

ADO 26 / DF

fundamentais, sem especificar textualmente se esse comando deve ser cumprido por meio da tipificação penal ou da punição administrativa desses atos. No entanto, a interpretação constitucional não pode se desvincular do contexto em que se insere. Em razão de três fatores que exponho a seguir, entendo que o princípio da proporcionalidade, em sua dimensão da vedação à proteção insuficiente, impõe que a proteção da integridade física e psíquica da população LGBTI+ se dê por meio da criminalização da discriminação contra a orientação sexual e/ou a identidade de gênero.

42. O primeiro fator é a existência de sistemática violência, física e psíquica contra a minoria em questão. A Constituição não pode ser interpretada de costas para a realidade brasileira, que impressiona tanto pelos números quanto pela barbaridade. Somos um país em que muitas pessoas são mortas por causa de sua orientação sexual e/ou identidade de gênero e em que se registram episódios de violência extrema motivados por esse tipo de preconceito. Há um cenário de reiterada violação da integridade física e psíquica da população LGBTI+, que afeta esse grupo no que há de mais essencial em sua dignidade: seu valor intrínseco como pessoa humana. A grande importância dos bens jurídicos violados, portanto, justifica a utilização da última *ratio* que é o Direito Penal.

43. O segundo fator é que outros tipos de discriminação contra grupos sociais minoritários são objeto de criminalização específica. A Lei nº 7.716/1989 (Lei do Racismo) pune “os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Em um sistema jurídico coerente, em que estão presentes as mesmas razões, deve-se aplicar o mesmo direito. A Constituição repudia todas as formas de discriminação que atentem contra direitos e liberdades individuais, sem diferenciar as que se fundam em preconceitos de raça, etnia, religião, procedência nacional, orientação sexual e identidade de gênero. Assim, não há qualquer fator razoável de distinção que justifique

ADO 26 / DF

que apenas algumas dessas espécies de discriminação sejam condutas criminosas. Eventual tratamento diferenciado constituiria forma de hierarquização de opressões sociais, inadmissível à luz do princípio da isonomia.

44. O terceiro fator é que, apesar de existirem algumas leis estaduais que estabelecem punições administrativas para situações de discriminação contra a comunidade LGBTI+ (*e.g.* a Lei nº 7.041/2015 do Estado do Rio de Janeiro e a Lei nº 10.948/2001 do Estado de São Paulo), essas iniciativas têm se revelado insuficientes à prevenção e à diminuição da incidência de casos de homofobia. Não há registros de redução consistente dos índices de violações dos direitos da população LGBTI+, o que sugere o reduzido potencial dessa medida para funcionar como prevenção geral contra a discriminação. Além disso, tais leis têm eficácia restrita aos entes federativos que as editaram, de modo que, em grande parte do país, essas condutas não constituem infrações administrativas.

45. Como se disse, diante de todos esses elementos, deixar de criminalizar esse tipo de discriminação violaria o princípio da proporcionalidade na sua dimensão de proibição da proteção insuficiente. Por isso, à luz da realidade brasileira, impõe-se a punição criminal das discriminações fundadas em orientação sexual e identidade de gênero, seja pela importância dos bens jurídicos afetados, pela necessidade de isonomia com o tratamento que o Direito Penal brasileiro confere a outras espécies de discriminação ou pela insuficiência das punições administrativas estabelecidas.

46. *Em segundo lugar*, também há mora inconstitucional na regulamentação do art. 5º, XLII, CF, de acordo com o qual “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Ainda que a homofobia e a transfobia possam não se enquadrar no sentido usualmente atribuído ao termo *racismo* na linguagem popular, é certo que esta Corte, encarregada de

ADO 26 / DF

interpretar o sentido e o alcance do texto constitucional, manifestou-se de forma inequívoca a respeito do alcance a ser dado a esse conceito, adotando definição abrangente.

47. No paradigmático Caso Ellwanger [28], o STF fixou o entendimento de que “o racismo é antes de tudo uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, refletindo, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização e até de eliminação de pessoas”. Diante desse conceito, encampado por esta Corte, a vedação constitucional ao racismo é abrangente o suficiente para abrincar a proibição de toda e qualquer forma de ideologia que pregue a inferiorização e a estigmatização de grupos, a exemplo do que acontece com a comunidade LGBTI+.

48. Por fim, afasto o argumento de que a existência de projetos de lei a respeito da matéria, em trâmite no Congresso Nacional, afastaria a mora inconstitucional. Como mencionado nas informações do Senado Federal, essa discussão é travada no parlamento ao menos desde 1997. Há mais de duas décadas, portanto. A jurisprudência do STF admite o reconhecimento da “existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar”, como registrado no julgamento da ADI 3.682 [29]. Nesse mesmo julgamento, consignou-se que “[a]s peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional”. Registrhou-se, ainda, que “a *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão”. É justamente esse o caso da presente ação.

ADO 26 / DF

49. Concluo, assim, pela existência de omissão inconstitucional do legislador ordinário brasileiro na edição de norma que criminalize atos de homofobia, à luz do art. 5º, XLI e XLII, CF.

IV.2. CONSEQUÊNCIAS DA DECLARAÇÃO DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

50. De acordo com o pedido formulado, uma vez declarada a omissão inconstitucional, o autor requer (*i*) a fixação de prazo razoável para a aprovação de legislação nesse sentido; (*ii*) que o STF tipifique criminalmente a homofobia, determinando a aplicação da Lei do Racismo para a punição de atos discriminatórios contra a comunidade LGBTI+ ou, subsidiariamente, que o faça no exercício de atividade legislativa atípica. Iniciado o julgamento, na sustentação oral, o autor formulou, ainda, pedido de que seja fixada interpretação conforme à Constituição dos arts. 61, II, *a*, e 121, § 2º, II, do Código Penal, que aludem a *motivo fútil ou torpe* na prática de crimes.

IV.2.1. Aplicação da Lei do Racismo (Lei nº 7.716/1989) a casos de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero

51. Em circunstâncias normais, meu voto seria no sentido de fixar um prazo para o Congresso Nacional atuar e, somente no caso de persistir a omissão, determinar a integração da ordem jurídica, definindo a norma que deveria reger a matéria. Porém, aqui, é um caso típico em que o processo político majoritário não dá conta de fazer valer o comando constitucional. Como informado pelo próprio Congresso Nacional, esse tema é debatido no âmbito do Poder Legislativo desde 1997. A falta de perspectiva de solução do tema no âmbito legislativo tornaria meramente formal e inócuas uma fixação de prazo, nessas circunstâncias.

52. Por essa razão, acolho a manifestação do então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros,

ADO 26 / DF

encampada pelo relator, Ministro Celso de Mello, no sentido de atribuir interpretação conforme a Constituição ao conceito de *raça*, tratado nos diversos tipos penais previstos na Lei nº 7.716/1989, para neles enquadrar, igualmente, a homofobia e a transfobia, até que sobrevenha legislação autônoma editada pelo Congresso Nacional que tipifique especificamente essas condutas discriminatórias.

53. O raciocínio que conduz a essa conclusão passa por cinco etapas: (i) a Constituição de 1988 estabeleceu comandos claros de vedação a toda forma de discriminação; (ii) essa imposição da ordem constitucional conduziu ao progressivo reconhecimento de direitos da população LGBTI+; (iii) a evolução vivida pela sociedade brasileira permite dizer que o conceito de racismo passou por *mutação constitucional*; (iv) essa alteração da percepção social ainda não se refletiu na vedação à discriminação fundada na orientação sexual e/ou na identidade de gênero; e (v) já existem no direito brasileiro, contudo, normas penais que punem o racismo. Passo, então, a desenvolver essas ideias.

54. A Constituição de 1988, desde seu preâmbulo, afirma o compromisso do povo brasileiro na construção de uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Nas palavras do Ministro Ayres Britto, a ordem constitucional brasileira impõe o “combate ao preconceito, a significar, em última análise, a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural. Que é um dos explícitos valores do mesmo preâmbulo da nossa Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º)” [30].

55. De fato, em diversos dispositivos, a Constituição de 1988 reitera o comando de combate à discriminação. O art. 3º, CF, elege como um objetivo fundamental da República, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas

ADO 26 / DF

de discriminação” (destaque acrescentado). O *caput* do art. 5º, CF, ao consagrando o princípio da igualdade, dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (destaque acrescentado) e vai além para afirmar verdadeira garantia à “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. (destaque acrescentado). O inciso XLI do art. 5º da CF estabelece comando claro ao legislador: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. O inciso XLII do mesmo dispositivo, por sua vez, estabelece que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Extrai-se da Constituição, portanto, inequívoca sistemática antidiscriminatória.

56. Essa sistemática de repúdio à discriminação, por sua vez, serviu de base normativa para o progressivo reconhecimento de direitos da população LGBTI+. Exemplo emblemático nesse sentido foi o já mencionado reconhecimento jurídico das uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, decisão que foi erigida à condição de patrimônio documental da UNESCO em 2018. Confiram-se trechos da ementa:

“2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualdade jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir

ADO 26 / DF

frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. [...].” (ADI 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, p. 14.10.2011)

57. Essa evolução da percepção social a respeito da discriminação pela orientação sexual e identidade de gênero revela que o conceito de *racismo*, previsto no art. 5º, XLII, CF, sofreu mutação constitucional. A mutação constitucional é um mecanismo de modificação informal da Constituição, que permite a transformação do sentido e do alcance das suas normas, sem que se opere, no entanto, qualquer alteração do seu texto. Ela pode decorrer de uma nova percepção do Direito, quando se modificarem os valores de determinada sociedade. Afinal, a ideia do bem e do justo varia com o tempo.

58. Em 1989, a Lei do Racismo estabeleceu punições para crimes resultantes de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Não contemplou textualmente, portanto, o preconceito fundado em orientação sexual e identidade de gênero. É certo que, naquela época, o debate em torno dessa pauta não se encontrava suficientemente maduro. Trinta anos depois, esse cenário se modificou: em todo o mundo e também no Brasil, houve significativa evolução quanto ao reconhecimento de direitos das pessoas LGBTI+. Assim, em

ADO 26 / DF

uma interpretação evolutiva da Constituição, chegou-se a um nível em que se tornou constitucionalmente inadmissível deixar de coibir criminalmente a discriminação fundada em orientação sexual e/ou identidade de gênero. Por essa razão, a norma constitucional que determina a criminalização do racismo e a Lei nº 7.716/1989, que lhe dá concretude, somente podem ser interpretadas de forma a abranger atos discriminatórios contra o grupo LGBTI+. Não se pode mais conceber como justa ou legítima a ausência de uma tutela reforçada a essas pessoas, que estão em situação de especial vulnerabilidade.

59. Não se trata aqui da criação de condutas criminosas pela via judicial, de tipificação por analogia ou de analogia *in malam partem*. Trata-se, na verdade, de reinterpretar o conceito de *raça* de forma consentânea com a definição que o STF lhe atribuiu há mais de quinze anos, quando afirmou que “o racismo é antes de tudo uma realidade social e política” que cabe ao Direito coibir [31]. O âmbito de incidência da norma, a definição do crime e a fixação da pena são pré-existentes. Apesar disso, como a interpretação que ora se fixa não é a prevalecente até o momento, penso que, como decorrência do princípio da segurança jurídica, não deve retroagir em prejuízo de possíveis réus. Por isso, essa decisão deve ser aplicada apenas a condutas praticadas após a conclusão deste julgamento.

IV.2.2. Interpretação conforme à Constituição dos arts. 61, II, a, e 121, § 2º, II, do Código Penal

60. Entendo que também é possível extrair do Código Penal norma apta a proteger os direitos das pessoas LGBTI+. Nos arts. 61, II, a, e 121, § 2º, II do Código Penal, o legislador aludiu à prática de crimes por motivo fútil ou torpe, ao disciplinar, respectivamente, as circunstâncias agravantes e o homicídio qualificado. Confira-se a redação dos dispositivos:

“Circunstâncias agravantes

ADO 26 / DF

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...)

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe; (...)"

"Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos. (...)

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil; (...)

Pena - reclusão, de doze a trinta anos."

61. De acordo com o art. 61, II, a, do Código Penal, o fato de o agente ter cometido o crime por motivo fútil ou torpe justifica o agravamento da pena. De acordo com o art. 121, § 2º, I e II, do Código Penal, matar alguém por motivo fútil ou torpe caracteriza a prática do crime de homicídio qualificado, que é punido com penas mais severas que o homicídio simples. As expressões "motivo fútil" e "motivo torpe" constituem conceitos jurídicos indeterminados, cujo significado deve ser construído a partir de atividade interpretativa. É dizer: cabe ao aplicador do Direito aferir, diante das circunstâncias do caso concreto, se o crime foi movido por motivo fútil ou torpe.

62. Nessa interpretação, contudo, entendo que a ordem constitucional limita a margem de discricionariedade do intérprete, e impõe que se considere presente o motivo fútil ou torpe toda vez que a prática de crime tenha sido movida pela intolerância ou preconceito com a orientação sexual e/ou identidade de gênero da vítima. Trata-se de hipótese que integra a zona de certeza positiva de incidência desse conceito jurídico indeterminado. Significa dizer que sempre que o crime tenha por motivação a homofobia ou a transfobia – isto é, uma vez comprovado que a conduta criminosa tenha sido cometida por causa da orientação sexual ou identidade de gênero da vítima – o aplicador do

ADO 26 / DF

Direito deverá considerar que o crime foi praticado por motivo fútil ou torpe, seja para agravar a pena ou para caracterizar o crime de homicídio qualificado.

63. Essa é uma leitura que, a meu ver, já se extrai da literalidade do Código Penal [32]. A interpretação conforme à Constituição se presta, nesse caso, apenas a afastar qualquer exegese em sentido contrário. Sendo assim, se as circunstâncias do caso concreto deixarem claro que o crime foi motivado por homofobia ou transfobia – como nos casos mencionados, do adolescente Alexandre Ivo, da transexual Dandara dos Santos e do líder LGBTI+ Marcos Cruz Santana –, o intérprete não poderá, sob pena de contrariar a Constituição, deixar de considerar presente circunstância agravante ou, se a conduta punível foi *matar* a vítima, dizer que o caso não é de homicídio qualificado, nos termos do art. 121, § 2º, I e II, do Código Penal.

64. Antes de encerrar o presente tópico, considero necessário afastar eventual alegação no sentido de que as normas constantes dos arts. 61, II, a, e 121, § 2º, I e II, do Código Penal revelariam a inexistência da omissão constitucional, na medida em que se prestariam à proteção eficiente da minoria em questão. Pelos motivos que expus no presente voto, entendo que a Constituição determina a punição específica de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais. O fato de o Código Penal aludir a motivo fútil ou torpe na prática de crimes não é o suficiente para que essa lacuna seja suprida. Dizer que um crime foi praticado por motivo fútil ou torpe justifica que seja conferido tratamento mais severo à hipótese, mas não significa que a discriminação e o preconceito tenham sido objeto de criminalização específica.

65. Sendo assim, para garantir a defesa dos direitos e liberdades dos indivíduos pertencentes à comunidade LGBTI+ até a edição de legislação específica, fixa-se interpretação conforme à Constituição dos arts. 61, II, a, e 121, § 2º, I e II, do Código Penal, a fim de

ADO 26 / DF

que se considere caracterizado motivo fútil ou torpe sempre que a prática do crime seja movida pela intolerância e/ou pelo preconceito com a orientação sexual e/ou identidade de gênero da vítima.

V. CONCLUSÃO

66. Diante do exposto, voto no sentido de conhecer parcialmente a ação direta de constitucionalidade por omissão e o mandado de injunção e, na parte conhecida, julgar parcialmente procedentes os pedidos, com a fixação das seguintes teses:

"1. A ausência de edição de lei criminalizadora de atos de homofobia e de transfobia constitui omissão constitucional do Congresso Nacional.

2. Enquanto não editada lei criminalizadora, aplica-se a Lei nº 7.716/1989 para a reprimenda de atos discriminatórios relacionados à orientação sexual e/ou identidade de gênero.

3. Os arts. 61, II, a, e 121, § 2º, I e II, do Código Penal devem ser interpretados conforme à Constituição, a fim de que se considere caracterizado motivo fútil ou torpe sempre que a prática do crime seja movida pela intolerância e/ou pelo preconceito com a orientação sexual e/ou identidade de gênero da vítima".

67. É como voto.

NOTAS

[1] Constituição: "Art. 5º

(...) LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania."

ADO 26 / DF

[2] Constituição: "Art. 5º

(...) XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei."

[3] Constituição: "Art. 5º

(...) XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais."

[4] Na década de 1970, o neologismo foi formado a partir da associação de dois radicais gregos: homo que designa 'igual' e phobia que corresponde à ideia de medo. O radical homo, contudo, não foi empregado com a intenção de traduzir a ideia de igualdade, mas sim como uma redução do termo "homossexual".

[5] WEINBERG, George. Society and the healthy homosexual. New York: Saint Martin's, 1972.

[6] Disponível em:

www.mdh.gov.br/biblioteca/consultorias/lgbt/violencialgbtfobicas-no-brasil-dados-da-violencia. Acesso em 1º.02.2019.

[7] As violações homofóbicas registradas contemplam a violência física, sexual, institucional e psicológica, a discriminação, o abuso financeiro e o tráfico de pessoas.

[8] De acordo com o relatório, "a subnotificação pode ser explicada em parte pela vulnerabilidade social da população LGBT em acessar o serviço e uma vez acionado, em classificar corretamente os fatos corridos como homofobia ou transfobia, por exemplo, ainda que tenham traços bem típicos".

[9] Relatório de 2018 "População LGBT morta no Brasil". Disponível em:

ADO 26 / DF

[www.grupogaydabahia.files.wordpress.com/2019/01/relatório-decrimes-contra-lgbt-brasil-2018-grupo-gay-da-bahia.pdf](http://www.grupogaydabahia.files.wordpress.com/2019/01/relatorio-decrimes-contra-lgbt-brasil-2018-grupo-gay-da-bahia.pdf). Acesso em 1º.02.2019.

[10] Relatório de 2017 “População LGBT morta no Brasil”. Disponível em:

www.homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio2018.pdf . Acesso em 1º.02.2019.

[11] O Transgender Europe é organização de direitos humanos que sistematiza dados disponíveis a respeito do assassinato de transexuais mundo afora. O relatório a respeito do período de 1º de outubro de 2017 a 30 de setembro de 2018 reúne informações a respeito de 30 países, tendo sido registrados 369 casos de homicídio no período, desse número, 167 foram registrados no Brasil pelo Grupo Gay da Bahia, seguido por 74 casos no México e 28 nos Estados Unidos. (Disponível em: <https://transrespect.org/en/tmm-update-trans-day-of-remembrance-2018/>. Acesso em 1º.02.2019).

[12] Disponível em:

www.redebrasiltual.com.br/cidadania/2011/08/caso-alexandreivo-mae-de-adolescente-morto-em-crime-homofobico-no-rio-luta-porjustica/

[13] “State-Sponsored Homophobia - A World Survey ff Sexual Orientation Laws: criminalisation, protection and recognition. 12th edition may 2017”. Disponível em:

www.ilga.org/downloads/2017/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2017_WEB.pdf. Acesso em 04.02.2019.

[14] A proteção contra atos de homofobia está abrangida na legislação que trata de hate crimes com previsões específicas em nível federal e em diversos estados. Em nível federal, o The Matthew Shepard and James Byrd, Jr., Hate Crimes Prevention Act of 2009, 18 U.S.C. §249

ADO 26 / DF

foi responsável por estender o tratamento conferido pelas hate crime laws aos crimes praticados por motivos relacionados à orientação sexual e identidade de gênero da vítima. Em nível estadual, 45 estados possuem legislação relacionada a hate crimes, dos quais 31 fazem referência à orientação sexual, 28 a gênero, 17 à identidade de gênero/transgênero. Disponível em:

www.leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?

www.lawCode=PEN&division=&title=11.6.&part=1.&chapter=2.&article

www.mass.gov/service-details/protections-against-hatecrimes

[15] No final de 2018, o art. 261 bis do Código Penal Suíço, que tipifica a discriminação e o apelo ao ódio, foi alterado para contemplar a discriminação relacionada à orientação sexual, ao lado de outros tipos de discriminação (raça, etnia ou religião).

[16] A hostilidade/ódio relacionado à orientação sexual e/ou identidade de gênero real ou presumida da vítima são consideradas circunstâncias agravantes a serem consideradas no momento da sentença (Section 146 of Criminal Justice Act of 2003).

[17] Há diversas previsões a respeito da punição específica: (i) dentre as agravantes gerais do Código Penal Francês (Article 132-77); (ii) há tipificação específica a respeito da discriminação (Article 225-1e Article 225-2), da provocação à discriminação (Article R625-7), crimes na internet (Article 226-19), previsões específicas a respeito de difamação (Article R625-8), injúria (R625-8-1) e violência ocorrida em razão de orientação sexual e identidade de gênero (Article 222-13).

[18] O Código Penal Espanhol considera circunstância agravante o fato de o crime ter sido motivado por discriminação relativa à orientação sexual e/ou identidade de gênero (Artículo 22); há tipificação a respeito das ameaças dirigidas a esses grupos, tidas como espécies de ameaças

ADO 26 / DF

qualificadas (Artículo 170); discriminações no trabalho (Artículo 314) e diversos tipos penais relativos à discriminação (Artículos 510, 511, 512 e 515).

[19] No Código Penal Português, os crimes de homicídio (Artigo 132) e de ofensa à integridade física (Artigo 145) assumem forma qualificada se motivados por ódio gerado pela orientação sexual ou identidade de gênero e há tipificação específica do crime de discriminação e de incitação ao ódio que abrange esses grupos (Artigo 240).

[20] O Código Penal Colombiano considera circunstância de maior punibilidade o fato de o crime ter sido motivado por intolerância/discriminação relativa ao sexo ou orientação sexual (Artículo 58).

[21] O Código Penal Uruguai tipifica crimes de incitação ao ódio, desprezo ou violência (Artículo 149-BIS); atos de ódio, desprezo ou violência (Artículo 149-TER) e prevê como circunstância agravante especial do homicídio a motivação relacionada à orientação sexual ou identidade de gênero, que justifica a imposição de penas de 15 a 30 anos (Artículo 312,7).

[22] O Código Penal Chileno considera circunstância agravante o fato de o crime ter sido motivado pela orientação sexual ou identidade de gênero da vítima (Art. 12, 21º). Na descrição do crime de tortura realizada por agentes do Estado se fala em coação/discriminação por diversos motivos, dentre os quais estão incluídos orientação sexual/identidade de gênero (Art. 150-A).

[23] O Código Penal Argentino possui previsão específica apenas para homicídios motivados pela orientação sexual. Seu art. 80, 4º, prevê reclusão ou prisão perpétua para esses casos.

ADO 26 / DF

[24] O Código Penal Peruano considera circunstância agravante o fato de o crime ter sido motivado pela orientação sexual ou identidade de gênero da vítima (Art. 46, 2 d), tipifica a discriminação e a incitação à discriminação (Artículo 323), conforme alteração promovida pelo Decreto Legislativo nº 1.323/2017.

[25] O Código Penal Boliviano prevê como agravante genérica (Artículo 40 Bis) a motivação relacionada à orientação sexual e à identidade de gênero e também possui tipos penais específicos de discriminação, difusão e incitação da discriminação e organização ou associação discriminatória (Artículo 281).

[26] Ronald Dworkin, Rights as trumps, In: Jeremy Waldron. Theories of Rights. Oxford: Oxford University, 1984, p.153-167.

[27] Em 12 de dezembro de 2018, o Supremo Tribunal Federal recebeu o certificado MoWBrasil 2018, oferecido pelo Comitê Nacional do Brasil do Programa Memória do Mundo da Unesco, em razão de decisão histórica da Corte que reconheceu, em 2011, a união homoafetiva e a garantia dos direitos fundamentais aos homossexuais. A decisão foi inscrita como patrimônio documental da humanidade no Registro Nacional do Brasil.

[28] HC 82.424, Rel. Min. Moreira Alves, Redator p/o acórdão o Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. 17.09.2003, DJ 19.03.2004.

[29] ADI 3.682, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 9.5.2007, DJ 6.9.2007.

[30] Trecho do voto proferido pelo Ministro Ayres Britto, relator da ADI 4.277, Tribunal Pleno, j. 05.05.2011, p. 14.10.2011.

[31] “Na experiência comparada, pode-se citar a sentença C798/2008, em que a Corte Constitucional da Colômbia enfrentou dificuldades

ADO 26 / DF

semelhantes às do caso sob análise. O julgamento envolvia a obrigação de prestar alimentos pelo companheiro homossexual, já que na Colômbia o descumprimento dessa obrigação é crime previsto no art. 233 do Código Penal ('desassistência alimentar'). O tipo penal, entretanto, faz referência expressa a ser aplicável somente a casais formados por homem e mulher, de forma que a sua aplicação a um casal homoafetivo resultaria analogia *in malam partem*. A Corte, por maioria, concluiu que o dispositivo resultava em proteção deficiente, devendo ser entendido como aplicável também a casais homossexuais, a partir do entendimento de que estes seriam equiparáveis às uniões maritais de fato no tocante às obrigações patrimoniais, formulada na C-075/2007, e da necessidade de aplicação do teste estrito de proporcionalidade para discriminações em razão da orientação sexual ser um critério suspeito, de acordo com a jurisprudência da Corte". Daniel Carvalho Cardinali. A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências. Belo Horizonte, 2018, p. 167-168.

[32] Nesse sentido, veja-se o HC 219.101/RJ, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, no qual a motivação homofóbica foi utilizada para caracterizar a tentativa de homicídio qualificado. Nos termos do voto do Ministro Jorge Mussi "a custódia cautelar do acusado encontra-se justificada e mostra-se necessária especialmente para a garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta do delito de homicídio qualificado tentado, supostamente cometido, pois, ao que consta, o paciente, militar do Exército Brasileiro, encontrando-se em serviço, teria empurrado a vítima ao chão sacado a arma, apontado e disparado contra o jovem indefeso, na frente de diversas outras pessoas, pelo fato de se tratar de homossexual, em verdadeira reação homofóbica. Consta, ainda, que o delito teria sido cometido utilizando-se de recurso que teria dificultado a defesa do ofendido, pois a ação criminosa foi cometida de surpresa, leia-se da exordial acusatória: 'O denunciado tornou impossível a defesa da vítima, que estava sob a mira de uma arma de fogo, indefesa e subjugada, sem meios de repelir a violência contra si praticada.'" (e-STJ,

ADO 26 / DF

fls. 30). Da leitura do acórdão guerreado, verifica-se que o crime foi cometido por motivo torpe, pois teria sido cometido com "violência decorrente da intolerância decorrente da homofobia" (e-STJ, fls. 257).

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 310 de 566

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

REQTE. (S) : PARTIDO POPULAR SOCIALISTA

ADV. (A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (242668/SP)

INTDO. (A/S) : CONGRESSO NACIONAL

INTDO. (A/S) : PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL

PROC. (A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

ADV. (A/S) : JOSÉ ALEXANDRE LIMA GAZINEO (8710/BA)

ADV. (A/S) : FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA (40645/BA, 31546/DF)

ADV. (A/S) : EDVALDO FERNANDES DA SILVA (19233/DF, 94500/MG)

AM. CURIAE. : GRUPO GAY DA BAHIA - GGB

ADV. (A/S) : THIAGO GOMES VIANA (0010642/MA)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT

AM. CURIAE. : GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL - GADVS

ADV. (A/S) : ALEXANDRE GUSTAVO DE MELO FRANCO BAHIA (83920/MG)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JURISTAS EVANGÉLICOS - ANAJURE

ADV. (A/S) : JOSE JULIO DOS REIS (22057/DF) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : FRENTE PARLAMENTAR "MISTA" DA FAMÍLIA E APOIO À VIDA

ADV. (A/S) : WALTER DE PAULA E SILVA (10625/GO) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS

ADV. (A/S) : ANANDA HADAH RODRIGUES PUCHTA (0080651/PR) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : CONVENÇÃO BRASILEIRA DAS IGREJAS EVANGÉLICAS IRMÃOS MENONITAS - COBIM

ADV. (A/S) : RAFAEL FERREIRA DE CASTRO (29387/DF) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : PARTIDO SOCIALISTA DOS TRABALHADORES UNIFICADO - PSTU

ADV. (A/S) : ALBERTO ALBIERO JUNIOR (238781A/SP)

AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA

ADV. (A/S) : VICTOR MENDONÇA NEIVA (15682/DF)

ADV. (A/S) : MARIANA KREIMER CAETANO MELUCCI (0025557/DF)

ADV. (A/S) : BRUNA FLÁVIA FARIA BRAGA (138870/MG)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSSEXUAIS - ANTRA

ADV. (A/S) : IGOR LUIS PEREIRA E SILVA (153396/RJ, 153396/RJ) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

PROC. (A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente, o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti; pela Advocacia-

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 311 de 566

Geral da União, o Ministro André Luiz de Almeida Mendonça, Advogado-Geral da União; pelo Presidente do Senado Federal, o Dr. Fernando César de Souza Cunha, Advogado-Geral do Senado Federal; pelo *amicus curiae* Grupo Gay da Bahia - GGB, o Dr. Thiago Gomes Viana; pelo *amicus curiae* Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual - GADVS, o Dr. Alexandre Gustavo de Melo Franco Bahia; pelo *amicus curiae* Associação Nacional de Juristas Evangélicos - ANAJURE, o Dr. Luigi Mateus Braga; pelo *amicus curiae* Frente Parlamentar "Mista" da Família e Apoio à Vida, o Dr. Walter de Paula e Silva e o Dr. Cícero Gomes Lage; pelo *amicus curiae* Grupo Dignidade - pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, a Dra. Ananda Hadah Rodrigues Puchta; pelo *amicus curiae* Associação Nacional de Travestis e Transsexuais - ANTRA, a Dra. Maria Eduarda Aguiar da Silva; e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Luciano Mariz Maia, Vice-Procurador-Geral da República. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux. Presidiu o julgamento o Ministro Celso de Mello. Plenário, 13.2.2019.

Decisão: Após o início da leitura do voto do Ministro Celso de Mello (Relator), reconhecendo inadmissível a formulação de pretensão reparatória em sede de controle normativo abstrato, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 14.2.2019.

Decisão: Após o voto do Ministro Celso de Mello (Relator), que conhecia, em parte, da ação direta de constitucionalidade por omissão para, nessa extensão, julgá-la procedente, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 20.2.2019.

Decisão: Após os votos dos Ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Roberto Barroso, que acompanhavam o Relator, no sentido de conhecer, em parte, da ação direta de constitucionalidade por omissão para, nessa extensão, julgá-la procedente, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 21.2.2019.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármem Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

23/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator): Acabo de receber, do Senado Federal, **requerimento** formulado por seus ilustres Advogados, **noticiando** fatos que possam interessar a esta Corte **na continuidade** do presente julgamento.

Entendo **inacolhível**, Senhor Presidente, *eventual* pretensão de reconhecimento, *na espécie*, de situação **caracterizadora** de prejudicialidade, **fundada na tardia formulação** do Projeto de Lei nº 860, *de fevereiro de 2019*, **apresentado** pelo Senador ALESSANDRO VIEIRA (**distribuído**, *em 22/03/2019*, à Senadora MAILZA GOMES, da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, **para emitir Relatório**) e, também, **do Projeto de Lei nº 2.672, de maio de 2019**, **apresentado** pelo Deputado Pastor MARCO FELICIANO, sendo de observar-se, *por relevante, que o autor* dessa proposição **requereu-lhe** “*a retirada de tramitação*”, **nos termos** do art. 104 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, *em 08/05/2019*, **cabendo assinalar** que a Mesa da Câmara dos Deputados **deferiu** esse pleito *em 17/05/2019*.

Idêntica situação registra-se quanto ao Projeto de lei nº 1.749/2015, **que foi apensado** ao PL nº 6.418/2005, *do então Deputado PAULO PAIM*, cuja **tramitação** – *embora em regime de urgência* **requerido em 2015** pelo Deputado CELSO RUSSOMANO – **ainda não se concluiu**.

Há a considerar, ainda, o Projeto de lei nº 672/2019 **apresentado** pelo Senador WEVERTON ROCHA **e que**, *na data de ontem* (22/05/2019), **foi aprovado**, *em caráter terminativo* (**CF**, art. 58, § 2º, I), **nos termos** de emenda

ADO 26 / DF

substitutiva, de autoria do Senador ALESSANDRO VIEIRA, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara Alta.

Cabe advertir, no entanto, que, **apesar** dessa deliberação *em caráter terminativo*, a proposição legislativa em questão **deverá observar** o que dispõem os §§ 2º, 3º, 4º e 5º do art. 91 do Regimento Interno do Senado Federal:

"Art. 91. Às comissões, no âmbito de suas atribuições, cabe, dispensada a competência do Plenário, nos termos do art. 58, § 2º, I, da Constituição, discutir e votar:

I – projetos de lei ordinária de autoria de Senador, ressalvado projeto de código;

.....
§ 2º Encerrada a apreciação terminativa a que se refere este artigo, a decisão da comissão será comunicada ao Presidente do Senado Federal para ciência do Plenário e publicação no Diário do Senado Federal.

§ 3º No prazo de cinco dias úteis, contado a partir da publicação da comunicação referida no § 2º no avulso eletrônico da Ordem do Dia da sessão seguinte, poderá ser interposto recurso para apreciação da matéria pelo Plenário do Senado.

§ 4º O recurso, assinado por um décimo dos membros do Senado, será dirigido ao Presidente da Casa.

§ 5º Esgotado o prazo previsto no § 3º, sem interposição de recurso, o projeto será, conforme o caso, encaminhado à sanção, promulgado, remetido à Câmara ou arquivado." (grifei)

Vê-se, portanto, que, **não obstante o caráter terminativo da deliberação da CCJ/Senado**, o procedimento de elaboração legislativa **sequer** se acha concluído na esfera do Senado da República, **mesmo porque sempre será lícito a 1/10 (um décimo) dos membros do Senado interpor recurso, no prazo de 05 (cinco) dias úteis**, para apreciação da matéria **pelo Plenário** da

ADO 26 / DF

Câmara Alta, sem prejuízo de nova manifestação, *agora de índole opinativa*, da CCJ, **nos termos do que prescreve** o art. 101, inciso I, do Regimento Interno do Senado Federal, que assim dispõe:

"Art. 101. À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete:

I – opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário (...)." (grifei)

Em suma: *inexiste qualquer obstáculo* que impeça o prosseguimento, neste Plenário, da presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pelo fato de não se achar descaracterizada a mora do Congresso Nacional, tendo em vista a circunstância, constitucionalmente relevante, de que a omissão imputada ao Poder Legislativo da União, **nos termos em que denunciada** neste processo de controle abstrato, ainda subsiste em nosso ordenamento positivo.

Diga-se o mesmo, Senhor Presidente, do Projeto de lei nº 191, de 2017, de autoria do eminente Senador Jorge Viana, igualmente aprovado pela CCJ/Senado, também na data de ontem (22/05/2019), *em caráter terminativo*, nos termos do Relatório apresentado pela ilustre Senadora Rose de Freitas, que altera o art. 2º da Lei nº 11.340/2006 (*Lei Maria da Penha*).

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência, então, não suspende o julgamento para aguardar-se o Congresso Nacional?

ADO 26 / DF

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator): Não suspendo este julgamento, tendo em vista os precedentes que esta Suprema Corte firmou em sede de controle abstrato, inclusive em ações diretas por omissão (ADI 3.682/MT), Rel. Min. GILMAR MENDES – ADO 24-MC/DE Rel. Min. DIAS TOFFOLI – ADO 25/DF Rel. Min. GILMAR MENDES).

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, até por coerência, considerado o voto que vou proferir, entendo que se impõe suspender o julgamento e aguardar o Congresso Nacional.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Vamos colocar a questão em discussão, ouvindo inicialmente o Relator da ADO; depois, ouviremos o Relator do mandado de injunção e colheremos os votos.

23/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

VOTO
(s/ prejudicialidade)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Entendo, Senhor Presidente, que a mera existência de proposição legislativa em tramitação no Congresso Nacional não tem o condão de afastar, por si só, a configuração, na espécie, de inércia por parte do Poder Legislativo.

É que, tal como já enfatizei no voto por mim proferido nesta causa, decorridos mais de trinta (30) anos da promulgação da vigente Carta Política, ainda não se registrou – no que concerne à punição dos atos e comportamentos resultantes de discriminação contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero – a necessária intervenção concretizadora do Congresso Nacional, que se absteve, até o presente momento, de editar o diploma legislativo essencial ao desenvolvimento da plena eficácia jurídica dos preceitos constitucionais inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política.

Impende rememorar, no ponto, como já assinalado anteriormente, que a Presidência do Senado Federal, ao prestar suas informações oficiais, esclareceu que, não obstante a diversidade de projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, mesmo assim, até o presente momento, o Poder Legislativo não conseguiu atingir o consenso necessário à efetiva regulamentação do texto constitucional na matéria ora em análise:

“(...) São muitos os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional sobre o tema e indicamos alguns, exemplificativamente:

| PROJETO DE LEI | AUTOR | EMENTA |
|--|-----------------|--|
| <i>Projeto de Lei do João Capiberibe</i> | João Capiberibe | <i>Altera o Código de Processo Penal</i> |

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 317 de 566

ADO 26 / DF

| | | |
|--|--------------------------|--|
| Senado – PLS Nº 101 de 2014 | | <i>para prever nova modalidade de prisão preventiva: em caso de flagrante de crime de racismo ou injúria racial, como recurso pedagógico, no interesse da sociedade.</i> |
| PL Nº 5576/2013 | <i>Aline Côrrea</i> | <i>Acrescenta dispositivo ao art. 61, do Código Penal para considerar agravante o cometimento do crime em razão da raça, cor, etnia, religião, origem, orientação sexual ou deficiência física que são considerados crimes de ódio.</i> |
| L Nº 1959/2011 | <i>Roberto de Lucena</i> | <i>Altera a redação de dispositivos da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que 'define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor'. Tipifica crimes de discriminação em razão da opção sexual, aparência, origem e classe social.</i> |
| PL Nº 1846/2011 | <i>Carmem Zanotto</i> | <i>Altera a alínea 'c' do inciso I do art. 1º da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997 – Lei da Tortura.</i> |
| PL Nº 582/2011 | <i>Dalva Figueiredo</i> | <i>Acresce dispositivos ao Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e à Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de</i> |

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 318 de 566

ADO 26 / DF

| | | |
|------------------------|-----------------------|---|
| | | 1965. |
| PL Nº 81/2007 | <i>Fátima Bezerra</i> | <i>Institui o Dia Nacional de Combate à Homofobia.</i> |
| PL Nº 2665/2007 | <i>Rodovalho</i> | <i>Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências.</i> <i>Estabelece que a prática de discriminação ou preconceito envolve qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica, inclusive nos atos discriminatórios quanto ao sexo das pessoas.</i> |
| PL Nº 7052/2006 | <i>Iara Bernardi</i> | <i>Institui o Dia Nacional de Combate à Homofobia</i> |
| PL Nº 122/2006 | <i>Iara Bernardi</i> | <i>Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes</i> |

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 319 de 566

ADO 26 / DF

| | | |
|---------------------------|------------------------|---|
| | | <i>resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências.</i> |
| PL Nº 6317/2005 | <i>Leonardo Mattos</i> | <i>Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que ‘dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências’.</i> <i>Aplica sanções administrativas ao fornecedor que discriminar, preterir, ou conferir tratamento diferenciado ao consumidor por motivos de preconceito ou racismo.</i> |
| PL Nº 3143/2004 | <i>Laura Carneiro</i> | <i>Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor. Inclui os crimes resultantes de preconceito de sexo ou orientação sexual.</i> |
| PLS Nº 309 de 2004 | <i>Paulo Paim</i> | <i>Define os crimes resultantes de discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.</i> |

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 320 de 566

ADO 26 / DF

| | | |
|---------------------------|--------------------------|---|
| | | |
| PL Nº 5/2003 | <i>Iara Bemardi</i> | <i>Ementa: Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, e o § 3º do art. 140 do Código Penal, para incluir a punição por discriminação ou preconceito de gênero e orientação sexual.</i> |
| PL Nº 6186/2002 | <i>Nair Xavier Lobo</i> | <i>Inclui como crime a discriminação ou preconceito contra a orientação sexual.</i> |
| PL Nº 6840/2002 | <i>Ceviolen</i> | <i>Proíbe a inclusão de cláusulas discriminatórias quanto à orientação sexual do candidato, em editais para a prestação de concursos públicos.</i> |
| PL Nº 5003/2001 | <i>Iara Bernardi</i> | <i>Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas.</i> |
| PLS Nº 52 de 1997. | <i>Abdias Nascimento</i> | <i>Define os crimes de prática de racismo e discriminação</i> |

.....
Vale lembrar que tramitam nas Casas Legislativas projetos de lei de novo Código Penal (PLS nº 236, de 2012, no Senado), que visam a sistematizar, consolidar e estabelecer os crimes do ordenamento jurídico brasileiro e, inevitavelmente,

ADO 26 / DF

questões como a discutida na presente ADO demandam pormenorizada análise no bojo de um projeto de código.” (grifei)

Cabe registrar, no ponto, que, após mais de (05) anos de tramitação, o Projeto de Lei nº 5.003/2001, proposto pela então Deputada Federal Iara Bernardi, em 07/08/2001, com o objetivo de definir “os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero”, foi aprovado, em 23/11/2006, pela Câmara dos Deputados, vindo a ser encaminhado ao Senado Federal, no qual passou a ser designado como Projeto da Câmara nº 122/2006.

Essa proposição legislativa (PL nº 122/2006), por sua vez, então em tramitação no Senado Federal, não obstante decorridos mais de oito (08) anos de seu recebimento na Câmara Alta, teve encerrada a sua apreciação, ao final da 54ª legislatura, eis que, segundo as normas regimentais (RISF, art. 322, § 1º), impõe-se o arquivamento automático das proposições que se encontrem em processamento há mais de duas legislaturas.

É certo que, por meio do Requerimento nº 46/2011, subscrito por ilustres Senadores, entre os quais a então Senadora Marta Suplicy, foi requerido, nos termos do Regimento Interno da Casa Legislativa (RISF, art. 322, § 1º), o desarquivamento do PL nº 122/2006, vindo o pleito em questão a ser aprovado em 09/02/2011, havendo referido projeto de lei retornado à apreciação das comissões temáticas.

Essa medida, contudo, sofreu a oposição de parlamentares, contrários ao adimplemento das já referidas cláusulas constitucionais de incriminação, da homofobia e da transfobia, circunstância essa que os levou, em clara manobra protelatória, destinada a frustrar a tramitação legislativa do projeto de lei que tipificava crimes contra a comunidade LGBT, a aprovar o Requerimento nº 1.443/2013, do Senador Eduardo Lopes, que importou na anexação do projeto em questão (PL da Câmara nº 122/2006) ao de instituição do Novo Código Penal brasileiro (PL do Senado nº 236/2012), criando,

ADO 26 / DF

desse modo, evidente embaraço e retardamento na apreciação do projeto apresentado pela então Deputada Federal Iara Bernardi (PLC nº 5.003/2001 que se converteu, no Senado, no PL nº 122/2006).

Esse adiamento do exame e votação da proposição legislativa que “Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas” (PLC 5.003/2001, aprovado pela Câmara dos Deputados, remetido para o Senado Federal, onde tomou o nº PLS 122/2006) constituiria, segundo alega o autor desta ação direta, a prova mais evidente do retardamento intencional da tramitação e apreciação do projeto de lei em questão, frustrando-se, desse modo, o adimplemento do mandado de incriminação de todas as formas de violência homofóbica e transfóbica, a que se refere o art. 5º, inciso XLI, da Constituição, que ordena a punição de “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

O teor das informações oficiais produzidas nestes autos pelo Presidente do Senado Federal revela que o Projeto da Câmara 122/2006, que se acha, atualmente, anexado ao projeto do novo Código Penal brasileiro (PL nº 236/2012), não obstante transcorridos quase de dezoito (18) anos desde a sua proposição, sequer teve concluída a apreciação, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, encontrando-se, até o presente momento, “sem prazo para ser votado”.

Não obstante respeitável o esforço dispensado pelo Congresso Nacional no sentido de instaurar o debate legislativo em torno da questão da criminalização da homofobia, revela-se inquestionável, no entanto, a ausência conspicua de qualquer providência efetiva no sentido de superar a situação de inequívoca e irrazoável “inertia deliberandi” ora constatada no presente caso.

ADO 26 / DF

Esse quadro de permanente indefinição que inviabiliza a efetivação, pelo Congresso Nacional, dos comandos constitucionais que consagram o dever estatal de prestar tutela penal efetiva contra a prática da discriminação dirigida aos homossexuais e aos transgêneros foi objeto de severas críticas por parte da ilustre Dra. MARIA BERENICE DIAS, Desembargadora aposentada do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que assim descreveu o longo itinerário a que estão sujeitas as propostas legislativas que tratam do tema no âmbito das Casas do Congresso (“Rumo a um Novo Direito”, “in” “Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo”, p. 41, item n. 6, 3^a ed., 2017, RT):

“Inúmeros projetos de lei já foram apresentados. A tramitação é exasperantemente lenta. São arquivados, desarquivados, apensados, em um constante ir e vir. E, se o projeto não é votado e o relator não é reeleito, no final da legislatura, a proposição é arquivada e é preciso recomeçar todo um novo calvário para que seja desarquivada e apresentada por outro Relator.

O PCL 122/2006, que visa criminalizar a homofobia, alterando a Lei 7.716/1986, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, foi aprovado pela Câmara dos Deputados. O Senado, porém, determinou o apensamento ao projeto de reforma do Código Penal. Ou seja, simplesmente morreu, ou foi assassinado, verdadeiro crime de ódio.” (grifei)

Não se desconhece que o Supremo Tribunal Federal, *no passado, veio a acolher o entendimento* de que a mera instauração do processo legislativo, com o envio do correspondente projeto de lei às Casas do Congresso Nacional, para efeito de deliberação e de aprovação da proposição encaminhada ao Poder Legislativo, descaracterizaria, por si só, a configuração da mora no adimplemento da imposição constitucional, como se vê do teor da ementa do seguinte julgamento plenário:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

ADO 26 / DF

(REDAÇÃO DA EC N.º 19, DE 4 DE JUNHO DE 1998). ESTADO DE SANTA CARTARINA. Mora inconstitucional que não se verifica, tendo o Chefe do Executivo estadual, em cumprimento ao dispositivo constitucional sob enfoque, enviado à Assembléia Legislativa projeto de lei sobre a revisão geral anual dos servidores catarinenses. Ação direta prejudicada."

(ADI 2.495/SC, Rel. Min. ILMAR GALVÃO)

Essa diretriz que venho de referir, no entanto, restou integralmente superada pela jurisprudência constitucional desta Suprema Corte, notadamente após o julgamento plenário, em 09/05/2007, da ADI 3.682/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal assinalou que o estado de mora legislativa pode restar configurado tanto na fase inaugural do processo de elaboração das leis ("mora agendi"), quanto no estágio de deliberação sobre as proposições já veiculadas ("mora deliberandi"), desde que evidenciada, pela superação excessiva de prazo razoável, inércia abusiva e inconstitucional do Poder Legislativo:

"2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A 'inertia deliberandi' das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão."

(ADI 3.682/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

Cabe destacar, ante a pertinência de suas considerações, fragmento do voto proferido no julgamento em questão (ADI 3.682/MT) pelo eminent

ADO 26 / DF

Ministro GILMAR MENDES, Relator, no qual deixou consignadas as seguintes observações, inteiramente aplicáveis à situação ora em análise:

*"A complexidade de algumas obras legislativas não permite que elas sejam concluídas em prazo exíguo. O próprio constituinte houve por bem excluir do procedimento abreviado os projetos de código (CF, art. 64, § 4º), reconhecendo expressamente que obra dessa envergadura não poderia ser realizada de afogadilho. Haverá trabalhos legislativos de igual ou maior complexidade. Não se deve olvidar, outrossim, que as atividades parlamentares são caracterizadas por veementes discussões e difíceis negociações, que decorrem mesmo do processo democrático e do pluralismo político reconhecido e consagrado pela ordem constitucional (art. 1º, 'caput', e inciso I). Orlando Bitar, distinguindo os Poderes, dizia que o Legislativo é *intermitente*, o Executivo, *permanente*, e o Judiciário só age provocado. Ou seja, o Legislativo pode parar por algum tempo, isto é, entrar em recesso.*

Essas peculiaridades da atividade parlamentar, que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam, todavia, uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional.

*Não tenho dúvida, portanto, em admitir que também a 'inertia deliberandi' das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de *inconstitucionalidade por omissão*. Dessa forma, pode o Supremo Tribunal Federal reconhecer a mora do legislador em deliberar sobre a questão, declarando, assim, a *inconstitucionalidade da omissão*.*

*No caso em questão, apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível, sim, constatar a omissão *inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação* da lei complementar federal em referência." (grifei)*

ADO 26 / DF

Esse mesmo entendimento veio a ser reafirmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADO 25/DF ocorrido em 30/11/2016, valendo transcrever, por sua relevância, fragmento do douto voto proferido pelo eminentíssimo Ministro GILMAR MENDES, Relator, que, a propósito da questão envolvendo a mora decorrente da "inertia deliberandi", fez as seguintes considerações:

"(...) Vejam, Senhores Ministros, enquanto a sanção e o veto estão disciplinados, de forma relativamente precisa, no texto constitucional, inclusive no que concerne a prazos (art. 66), a deliberação não mereceu do constituinte, no tocante a esse aspecto, uma disciplina mais minuciosa. Ressalvada a hipótese de utilização do procedimento abreviado previsto no art. 64, §§ 1º e 2º, da Constituição, não se estabeleceram prazos para a apreciação dos projetos de lei. Observe-se que, mesmo nos casos desse procedimento abreviado, não há garantia quanto à aprovação dentro de determinado prazo, uma vez que o modelo de processo legislativo estabelecido pela Constituição não contempla a aprovação por decurso de prazo.

'Quid juris', então, se os órgãos legislativos não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre projeto de lei em tramitação? Ter-se-ia aqui uma omissão passível de vir a ser considerada morosa no processo de controle abstrato da omissão?

É justamente disso que se trata no caso em tela.

O fato de existirem, em tramitação atualmente no Congresso Nacional, algumas proposições acerca do tema não é suficiente para afastar a inércia legislativa, passados dez anos da promulgação da EC 42/2003?

Penso que a resposta deve ser negativa.

É verdade que existem precedentes deste Tribunal no sentido de considerar que, desencadeado o processo legislativo, não haveria de se cogitar de omissão inconstitucional do legislador. Foi o que se decidiu, por exemplo, na ADI 2495, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002 (...)

ADO 26 / DF

Em julgados mais recentes, no entanto, a posição adotada pelo Tribunal foi outra. Deu-se à omissão inconstitucional sentido mais amplo, para admitir que também a 'inertia deliberandi' das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Vale dizer, pode o Supremo Tribunal Federal reconhecer a mora do legislador em deliberar sobre questão, declarando, assim, a inconstitucionalidade por omissão.

Foi essa a posição que prevaleceu, por unanimidade, na ADI 3.682, de minha relatoria, DJ 6.9.2007. (...)

Não obstante os vários projetos de lei complementar apresentados e discutidos no âmbito das duas Casas Legislativas, entendeu-se que a inércia legislativa também poderia configurar omissão passível de vir a ser reputada inconstitucional na hipótese de os órgãos legislativos não deliberarem dentro de prazo razoável sobre o projeto de lei em tramitação. No caso, o lapso temporal de mais de dez anos desde a data da publicação da EC 15/96 evidenciou a inatividade do legislador.

A questão constitucional, vê-se, não é muito diferente da que se apresenta neste julgamento. Aqui, também existe um dever constitucional de legislar, previsto no art. 91 do ADCT, e uma omissão legislativa que já perdura por mais de dez anos e traz consequências econômicas relevantes, de forma, aliás, particularmente significativa em relação a certos estados da Federação, como parece ser o caso do Pará.

.....

Enfim, sejam ou não esses valores exatos, o fato é que a omissão constitucional existe e já perdura por mais de uma década. Neste caso, como naquele, não se há de afastar a mora legislativa simplesmente porque tramitam no Congresso Nacional projetos de lei complementar relativos à matéria em debate.

Há omissão, há estado de inconstitucionalidade". (grifei)

ADO 26 / DF

O Ministério Público Federal, por sua vez, em manifestação da lavra de sua eminente Chefia, pronunciou-se especificamente sobre essa questão, enfatizando que a jurisprudência desta Supremo Corte, *em diversos precedentes*, tem reconhecido a configuração de mora congressual no adimplemento do mandamento constitucional de legislar, sempre que se constatar a ocorrência de situação de “*inertia deliberandi*”, fazendo-o em parecer que se acha, *no ponto*, assim ementado:

“(...) 5. Existência de projetos de lei em curso no Congresso Nacional não afasta configuração de mora legislativa, ante período excessivamente longo de tramitação, a frustrar a força normativa da Constituição e a consubstanciar ‘inertia deliberandi’.” (grifei)

Vale transcrever, por oportuno, o seguinte fragmento da manifestação produzida pela douta Procuradoria-Geral da República, precisamente na parte em que enfrentou essa específica questão:

“Deve ser julgado procedente o pedido de reconhecimento de mora do Congresso Nacional em editar diploma legal voltado à criminalização de práticas homofóbicas e transfóbicas.

Após mais de treze anos de tramitação, o projeto de lei (PL) 5.003, de 7 de agosto de 2001, aprovado originariamente na Câmara dos Deputados e que se convolou no projeto de lei 122, de 12 de dezembro de 2006, do Senado Federal, foi apensado ao PL 236, de 9 de julho de 2012 (novo Código Penal), também do Senado, e arquivado em 26 de dezembro de 2015.²⁷ Entretanto, na proposta original do PL 236/2012, previa-se criminalização da homofobia em capítulo destinado ao racismo e a crimes resultantes de preconceito e discriminação (arts. 472 e seguintes).

É relevante que o Supremo Tribunal Federal intervenha para acelerar o processo de produção normativa e conferir concretização aos comandos constitucionais de punição de

ADO 26 / DF

qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) e da prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão (art. 5º, XLII), os quais geram claramente dever específico de legislar.

Encontra-se definitivamente superado o entendimento de que a existência de proposta legislativa em discussão no Congresso Nacional constitui óbice à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A inércia daquela instituição deve ser avaliada não só quanto à inauguração do processo de elaboração das leis, mas também no que tange à deliberação sobre processo legislativo já instaurado ('inertia deliberandi'), 'porquanto só conferem exequibilidade a normas constitucionais medidas legislativas actuais e não futuras ou potenciais'.

O próprio Supremo Tribunal já admitiu configurar-se inércia do legislador – portanto, omissão inconstitucional – mesmo quando já tenha atuado, ao propor projeto de lei ou dar início à sua tramitação. No julgamento da ADI 3.682/MT, cujo objeto consistiu na omissão do legislador em elaborar a lei complementar prevista no art. 18, § 4º, da Constituição da República, reconheceu como omissão inconstitucional a demora na deliberação e aprovação do diploma legal: (...)

.....
Tal ocorre em casos, como o destes autos, em que o processo legislativo se procrastina há tanto tempo que o efeito prático é o mesmo daqueles em que inexiste projeto de lei: ausência de regulamentação legislativa para direito constitucionalmente assegurado ou para outra matéria dela pendente." (grifei)

Impende assinalar, por oportuno, que o eminentíssimo Ministro DIAS TOFFOLI, **ao examinar a ADO 24-MC/DF**, de que foi Relator, **conheceu** de referida ação direta de inconstitucionalidade por omissão **e deferiu** o pleito cautelar nela formulado, **salientando**, na linha dos precedentes que venho de mencionar, que a "inertia deliberandi" das Casas do Congresso Nacional, caracterizada **pela demora irrazoável** na deliberação **e na apreciação** de projeto de lei **em tramitação**, revela-se apta a configurar **omissão inconstitucional** do Poder Legislativo **em adotar** as medidas

ADO 26 / DF

determinadas pelo texto constitucional, como se vê do seguinte trecho de sua douta decisão:

"É bem verdade que não estamos, no presente caso, diante de ausência total de proposição legislativa, tendo em vista que, como informado pelo requerente, no âmbito da Câmara dos Deputados, tramita o Projeto de Lei nº 6.953/2002 (Substitutivo do PL nº 674/1999), o qual, atualmente, está pendente de análise e deliberação pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) daquela Casa.

Assim, a presente omissão diz respeito ao que o Ministro Gilmar Mendes denominou, na ADI nº 3.682/MT, de 'inertia deliberandi' (discussão e votação) no âmbito das Casas Legislativas.

Com efeito, esta Suprema Corte, de início, considerava que, desencadeado o processo legislativo, não havia que se falar em omissão inconstitucional do legislador (ADI nº 2.495/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 2/8/02). Contudo, no julgamento da já citada ADI nº 3.682/DE o Tribunal entendeu que, não obstante os vários projetos de lei complementar apresentados e discutidos no âmbito do Congresso Nacional, a 'inertia deliberandi' também poderia configurar omissão passível de ser reputada inconstitucional, no caso de os órgãos legislativos não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre o projeto de lei em tramitação. (...)

.....

De fato, quanto não se desconheça a complexidade de determinados projetos legislativos, as peculiaridades e as dificuldades da atividade parlamentar não justificam inércia demasiadamente longa diante de imposições ditadas pelo texto constitucional.

É o que ocorre na espécie. Não obstante esteja em tramitação, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 6.953/2002, visando à regulamentação do art. 27 da EC nº 19/98, já decorreu mais de uma década desde a edição da referida emenda, o que configura manifesta omissão

ADO 26 / DF

inconstitucional quanto à efetiva aprovação de lei sobre o tema.

.....

Em conclusão, a omissão legislativa, no presente caso, está a inviabilizar o que a Constituição da República determina: a edição de lei de defesa do usuário de serviços públicos. A não edição da referida disciplina legal, dentro do prazo estabelecido constitucionalmente, *ou mesmo de um prazo razoável, consubstancia autêntica violação da ordem constitucional.*"
(grifei)

É precisamente por essa razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, *em sede de ações de mandado de injunção, tem reconhecido*, em sucessivos precedentes, *que o retardamento abusivo na regulamentação legislativa do texto constitucional, não obstante a existência de projetos de lei em tramitação perante as Casas do Congresso Nacional, qualifica-se como requisito autorizador* da concessão da ordem injuncional (MI 758/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – MI 796/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO – MI 809/SP, Rel. Min. CARMEN LÚCIA – MI 824/DF, Rel. Min. EROS GRAU – MI 834/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – MI 874/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MI 912/DF, Rel. Min. CEZAR PELUSO – MI 970/DF, Rel. Min. ELLEN GRACIE – MI 1.001/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), *garantindo, em consequência, aos servidores públicos que se enquadrem* nas hipóteses previstas *nos incisos I, II e III do § 4º do art. 40 da Constituição* (*pessoa portadora* de deficiência, *exercício* de atividades de risco *ou execução* de trabalhos em ambientes insalubres) *o direito à aposentadoria especial*, eis que a “*inertia deliberandi*” do Poder legislativo – caracterizada *pela* superação *excessiva de* prazo razoável na deliberação e na aprovação *das diversas proposições legislativas atualmente em tramitação na matéria – culmina por frustrar o acesso efetivo ao benefício que venho de mencionar:*

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE INJUNÇÃO. SERVIDORA PÚBLICA. ATIVIDADES EXERCIDAS EM CONDIÇÕES DE RISCO OU INSALUBRES. APOSENTADORIA ESPECIAL. § 4º DO

ADO 26 / DF

ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. MORA LEGISLATIVA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.

1. *Ante a prolongada mora legislativa, no tocante à edição da lei complementar reclamada pela parte final do § 4º do art. 40 da Magna Carta, impõe-se ao caso a aplicação das normas correlatas previstas no art. 57 da Lei nº 8.213/91, em sede de processo administrativo.*

2. *Precedente: MI 721, da relatoria do ministro Marco Aurélio.*

3. *Mandado de injunção deferido nesses termos."*

(MI 788/DF Rel. Min. AYRES BRITTO – grifei)

"MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR A DISCIPLINAR A MATÉRIA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA.

1. *Servidor público. Investigador da polícia civil do Estado de São Paulo. Alegado exercício de atividade sob condições de periculosidade e insalubridade.*

2. *Reconhecida a omissão legislativa em razão da ausência de lei complementar a definir as condições para o implemento da aposentadoria especial.*

3. *Mandado de injunção conhecido e concedido para comunicar a mora à autoridade competente e determinar a aplicação, no que couber, do art. 57 da Lei n. 8.213/91."*

(MI 795/DF Rel. Min. CARMEN LÚCIA – grifei)

"MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO – LEGITIMIDADE DA UTILIZAÇÃO, POR ENTIDADES DE CLASSE E/OU ORGANISMOS SINDICIAIS, DE REFERIDA AÇÃO CONSTITUCIONAL – DOUTRINA – PRECEDENTES (RTJ 166/751-752, v.g.) – SERVIDOR PÚBLICO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA – DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À APOSENTADORIA ESPECIAL (CE ART. 40, § 4º, I) – INJUSTA FRUSTRAÇÃO DESSE DIREITO EM DECORRÊNCIA DE INCONSTITUCIONAL, PROLONGADA E LESIVA OMISSÃO

ADO 26 / DF

IMPUTÁVEL A ÓRGÃOS ESTATAIS DA UNIÃO FEDERAL – CORRELAÇÃO ENTRE A IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR E O RECONHECIMENTO DO DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO – DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA – A INÉRCIA DO PODER PÚBLICO COMO ELEMENTO REVELADOR DO DESRESPEITO ESTATAL AO DEVER DE LEGISLAR IMPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO – OMISSÕES NORMATIVAS INCONSTITUCIONAIS: UMA PRÁTICA GOVERNAMENTAL QUE SÓ FAZ REVELAR O DESPREZO DAS INSTITUIÇÕES OFICIAIS PELA AUTORIDADE SUPREMA DA LEI FUNDAMENTAL DO ESTADO – A COLMATAÇÃO JURISDICIONAL DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS: UM GESTO DE FIDELIDADE, POR PARTE DO PODER JUDICIÁRIO, À SUPREMACIA HIERÁRQUICO-NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – A VOCAÇÃO PROTETIVA DO MANDADO DE INJUNÇÃO – LEGITIMIDADE DOS PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO NORMATIVA (ENTRE ELES, O RECURSO À ANALOGIA) COMO FORMA DE SUPLEMENTAÇÃO DA ‘INERTIA AGENDI VEL DELIBERANDI’ – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSOS DE AGRAVO IMPROVIDOS.”

(MI 3.322-AgR/DF Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Não foi por outro motivo que o eminentíssimo Ministro MARCO AURÉLIO **também reconheceu a ocorrência de mora legislativa consubstanciada em “inertia deliberandi”** na regulamentação do art. 40, § 4º, da Constituição Federal (MI 4.228/DF, MI 6.208/DF, MI 6.645/DF, v.g., dos quais é Relator), **cabendo destacar** que, **em recentíssimo julgamento plenário, ocorrido em 11/12/2018, Sua Excelência assinalou, a propósito do tema, no exame do MI 6.200/DF, de sua relatoria, que “A existência de projeto de lei complementar visando a regulamentação do artigo 40, § 4º, da Constituição Federal não descharacteriza a omissão legislativa.**

ADO 26 / DF

Enquanto não aprovado, permanece o quadro de frustração do exercício de direito previsto no texto constitucional, a justificar a formalização de mandado de injunção” (grifei).

O eminente Ministro ROBERTO BARROSO, por sua vez, em sucessivos julgamentos (MI 3.633/DF, MI 4095/DF, MI 4.115/DF, MI 6.827/DF, MI 7.059/DF, v.g., dos quais foi Relator), tem assinalado que a existência de projeto de lei **em tramitação**, *por si só*, **não se mostra suficiente** para efetivar a concretização **do direito reivindicado** pela via injuncional, **motivo pelo qual** “*a mera existência de iniciativa legislativa não é capaz de afastar a lacuna normativa*” (MI 6.515-AgR/DF, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – grifei).

A constatação objetiva de que se registra, *na espécie*, **hipótese de mora inconstitucional**, **apta a instaurar** situação *de injusta omissão geradora de manifesta lesividade* à posição jurídica das pessoas tuteladas pela cláusula constitucional inadimplida (CF art. 5º, XLI e XLII), **justifica, plenamente, a intervenção** do Poder Judiciário, notadamente a do Supremo Tribunal Federal.

Não tem sentido que a inércia dos órgãos estatais, evidenciadora de comportamento manifestamente inconstitucional, possa ser tolerada.

Não se diga, portanto, que a existência de proposições legislativas em curso de tramitação prejudicaria o normal processamento **e** a definitiva conclusão **do presente julgamento**, pois a mera apresentação de projeto de lei não garante, *por si só*, a certeza de sua aprovação **por ambas** as Casas do Congresso Nacional.

Na espécie, mesmo que *eventualmente aprovadas* as proposições legislativas pela Câmara dos Deputados **ou** pelo Senado Federal, *conforme o caso, ainda assim impor-se-ia* a sua aprovação pela outra Casa legislativa, **que atuaría**, no contexto do sistema bicameral (CF art. 65, “caput”), **como Casa revisora**.

ADO 26 / DF

Se oferecidas, pela Câmara revisora, emendas ao projeto de lei, este deverá retornar à Casa iniciadora, para reexame das emendas apresentadas (CF art. 65, parágrafo único).

Uma vez aprovada a proposição legislativa por ambas as Casas do Congresso Nacional, será ela submetida, então, ao poder de sanção e/ou de veto do Presidente da República (CF art. 66 e §§), tudo a evidenciar o longo itinerário procedural a ser percorrido por **qualquer projeto de lei, **notadamente** sobre os projetos de lei a que aludi em passagem anterior.**

Isso significa, presente esse contexto, que continua a subsistir, no caso ora em julgamento, a situação de mora legislativa, caracterizada pelo estado de “*inertia deliberandi*”, que traduz objeto plenamente suscetível de controle jurisdicional das omissões legislativas, na linha dos precedentes firmados por esta Suprema Corte a que **anteriormente me referi.**

Como ninguém desconhece, o processo de positivação do Direito subordina-se a esquemas rigidamente previstos e disciplinados na Constituição. Em consequência, a observância das normas constitucionais condiciona a própria validade formal dos atos normativos editados pelo Poder Legislativo, inclusive no que concerne ao processo e às diversas fases de sua elaboração (CARL SCHMITT, “Teoria de La Constitución”, p. 166, 1934; PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, “Diritto Costituzionale”, vol. I/433-434, 1949; JULIEN LAFERRIÈRE, “Manuel de Droit Constitutionnel”, p. 330, 1947; A. ESMEIN, “Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé”, vol. I/643, 1927; SERIO GALEOTTI, “Contributo alla Teoria del Procedimento Legislativo”, p. 241, v.g.).

Na realidade, o processo de formação das leis – segundo o magistério de eminentes doutrinadores (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Processo Constitucional de Formação das Leis”, 2ª ed./2ª tir., 2007,

ADO 26 / DF

Malheiros; NELSON DE SOUZA SAMPAIO, “**O Processo Legislativo**”, 1968, Saraiva; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “**Do Processo Legislativo**”, 3^a ed., 1995, Saraiva; JOÃO JAMPAULO JÚNIOR, “**O Processo Legislativo – Sanção e Vício de Iniciativa**”, 2008, Malheiros; FÁBIO ALEXANDRE COELHO, “**Processo Legislativo**”, 2007, Editora Juarez de Oliveira; MENELICK DE CARVALHO NETTO, “**A Sanção no Procedimento Legislativo**”, 1992, Del Rey, v.g.) – compõe-se de 03 (três fases rituais distintas): (a) **fase introdutória** (apresentação da proposição legislativa), (b) **fase constitutiva**, que se desenvolve, *primeiro, na instância parlamentar* (manifestação das Comissões temáticas, oferecimento de emendas, discussão e votação) *e, após, na esfera do Poder Executivo* (sanção e/ou veto) *e, finalmente, (c) fase complementar* (promulgação e publicação).

Vê-se desse esquema procedural que é complexo o “iter” formativo das leis, cujo processo de elaboração, por isso mesmo, pode estender-se por longo período de tramitação em ambas as Casas que integram o Congresso Nacional, uma vez que o procedimento legislativo rege-se, em nosso sistema constitucional, como já assinalado, pelo modelo que consagra a prática do bicameralismo (CF art. 65 e seu parágrafo único).

Sendo assim, e em face das razões expostas, entendo inacolhível o pretendido reconhecimento, na espécie, de situação configuradora de prejudicialidade invocada em razão da tardia formulação, entre outros, do Projeto de Lei nº 860, de fevereiro de 2019, apresentado pelo Senador ALESSANDRO VIEIRA (distribuído, em 22/03/2019, à Senadora MAILZA GOMES, da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, para emitir Relatório) e, também, do Projeto de Lei nº 2.672, de maio de 2019, apresentado pelo Deputado Pastor MARCO FELICIANO, sendo de observar-se, por relevante, que o autor dessa proposição requereu-lhe “a retirada de tramitação”, nos termos do art. 104 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, em 08/05/2019, cabendo assinalar que a Mesa da Câmara dos Deputados deferiu esse pleito em 17/05/2019.

ADO 26 / DF

Idêntica situação registra-se quanto ao Projeto de lei nº 1.749/2015, que foi apensado ao PL nº 6.418/2005, do então Deputado PAULO PAIM, cuja tramitação – embora em regime de urgência requerido em 2015 pelo Deputado CELSO RUSSOMANO – ainda não se concluiu.

Há a considerar, ainda, o Projeto de lei nº 672/2019 apresentado pelo Senador WEVERTON ROCHA e que, na data de ontem (22/05/2019), foi aprovado, em caráter terminativo (CE, art. 58, § 2º, I), nos termos de emenda substitutiva, de autoria do Senador ALESSANDRO VIEIRA, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara Alta.

Cabe advertir, no entanto, que, apesar dessa deliberação em caráter terminativo, a proposição legislativa em questão deverá observar o que dispõem os §§ 2º, 3º, 4º e 5º do art. 91 do Regimento Interno do Senado Federal:

"Art. 91. Às comissões, no âmbito de suas atribuições, cabe, dispensada a competência do Plenário, nos termos do art. 58, § 2º, I, da Constituição, discutir e votar:

I – projetos de lei ordinária de autoria de Senador, ressalvado projeto de código;

.....
§ 2º Encerrada a apreciação terminativa a que se refere este artigo, a decisão da comissão será comunicada ao Presidente do Senado Federal para ciência do Plenário e publicação no Diário do Senado Federal.

§ 3º No prazo de cinco dias úteis, contado a partir da publicação da comunicação referida no § 2º no avulso eletrônico da Ordem do Dia da sessão seguinte, poderá ser interposto recurso para apreciação da matéria pelo Plenário do Senado.

§ 4º O recurso, assinado por um décimo dos membros do Senado, será dirigido ao Presidente da Casa.

ADO 26 / DF

§ 5º Esgotado o prazo previsto no § 3º, sem interposição de recurso, o projeto será, conforme o caso, encaminhado à sanção, promulgado, remetido à Câmara ou arquivado." (grifei)

Vê-se, portanto, que, não obstante o caráter terminativo da deliberação da CCJ/Senado, o procedimento de elaboração legislativa sequer se acha concluído na esfera do Senado da República, mesmo porque sempre será lícito a 1/10 (um décimo) dos membros do Senado interpôr recurso, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, para apreciação da matéria pelo Plenário da Câmara Alta, sem prejuízo de nova manifestação, *agora de índole opinativa*, da CCJ, **nos termos do que prescreve** o art. 101, inciso I, do Regimento Interno do Senado Federal, que assim dispõe:

"Art. 101. À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete:

I – opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário (...)." (grifei)

Em suma: *inexiste qualquer obstáculo que impeça o prosseguimento, neste Plenário, da presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pelo fato de não se achar des caracterizada a mora do Congresso Nacional, tendo em vista a circunstância, constitucionalmente relevante, de que a omissão imputada ao Poder Legislativo da União, nos termos em que denunciada neste processo de controle abstrato, ainda subsiste* em nosso ordenamento positivo.

Diga-se o mesmo, Senhor Presidente, **do Projeto de lei nº 191, de 2017, de autoria** do eminente Senador Jorge Viana, **igualmente** aprovado pela CCJ/Senado, **também** na data de ontem (22/05/2019), *em caráter*

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 339 de 566

ADO 26 / DF

terminativo, nos termos do Relatório apresentado pela ilustre Senadora Rose de Freitas, que altera o art. 2º da Lei nº 11.340/2006 (*Lei Maria da Penha*).

Por tais razões, Senhor Presidente, entendo que não se registra, no caso, situação **configuradora** de prejudicialidade, devendo este processo de controle normativo abstrato (ADO 26/DF) ter regular prosseguimento e conclusão.

É o meu voto.

23/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

VOTO SOBRE PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eminentes Pares, Senhor Ministro Celso de Mello, eminente Decano e Relator da ADO 26.

Preliminamente, informo que incidente similar, pelos dados que disponho, não restou suscitado no mandado de injunção, o que significaria a desnecessidade de apreciação dessa circunstância no âmbito do respectivo mandado de injunção. Mas, ainda que eventualmente tivesse sido suscitado, nos termos já apreciados pelo eminentíssimo Ministro Celso de Mello, na ação da qual Sua Excelência é o Relator, os termos que Sua Excelência traz à colação e os sólidos argumentos que utilizou para concluir pelo prosseguimento da apreciação da ADO, também me levariam a concluir pelo prosseguimento do julgamento do respectivo mandado de injunção.

De modo que deixo de apreciar formalmente a matéria, nada obstante, em *obiter dictum*, adiante a percepção que tenho, como Vossa Excelência pode perceber, se assim me permitir, estou acompanhando o eminentíssimo Ministro Celso de Mello pelo prosseguimento do julgamento.

23/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Antes de colher os votos, gostaria de fazer uma sugestão aos eminentes Relatores.

A ADO 26, de relatoria de Vossa Excelência, Ministro **Celso de Mello**, foi liberada para julgamento em 20 de novembro de 2018. No dia 17 de dezembro de 2018, menos de um mês depois de liberada, eu a pautei para fevereiro de 2019 e iniciamos seu julgamento. O mandado de injunção havia sido liberado para julgamento em 17 de outubro de 2017 e pautado em conjunto com a ADO.

O voto histórico de Vossa Excelência, assim como o do Relator do mandado de injunção, Ministro Luiz Edson Fachin, acompanhados pelos Ministros **Alexandre de Moraes** e **Luís Roberto Barroso**, já tiveram o efeito de mobilização das Casas do Congresso Nacional, a Câmara dos Deputados e o Senado da República, para apreciação da matéria que é objeto deste feito.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (Relator): O grau de intolerância que tem obscurecido as práticas institucionais neste País, especialmente quando perpetradas *por grupos fundamentalistas*, culminou, Senhor Presidente, **por gerar denúncia**, perante o Senado Federal, **por suposta (e absurda) prática** de crime de responsabilidade, **não só** contra mim, **mas, igualmente, contra** os eminentes Ministros EDSON FACHIN, ALEXANDRE DE MORAES e ROBERTO BARROSO.

O erro grosseiro cometido **por esses** ilustres denunciantes **reside** no fato de que, **além** de absolutamente inadequada a norma legal **invocada** para fundamentar a denúncia (**Lei nº 1.079/50**, art. 39, n. 5: *falta de decoro judiciário*), **reincide** na tentativa de restabelecer, *autoritariamente*, o denominado “*crime de hermenêutica*”.

ADO 26 / DF

Eis, Senhor Presidente, a que ponto chegaram o fanatismo, o obscurantismo, o fundamentalismo e o caráter profundamente retrógrado de alguns dos denunciantes.

É inacreditável acusar-se um Juiz pelo exercício regular (e legítimo) da atividade jurisdicional.

Esse esdrúxulo pedido de “impeachment” **não tem** qualquer suporte na Constituição, nem na própria lei que rege a matéria (**Lei nº 1.079/50**, art. 39).

Na realidade, nenhum magistrado **pode** sofrer “impeachment” por **haver exercido, de modo inteiramente regular**, a jurisdição que lhe foi atribuída.

Esses denunciantes **estão ressuscitando o absurdo e inconstitucional** “crime de hermenêutica” que Ruy Barbosa **censurava e criticava, já no final do século 19 (1896)**, **no Recurso de Revisão Criminal nº 215** (v. “O Júri e a Independência da Magistratura”).

O comportamento desses denunciantes, Senhor Presidente, que parecem ser apologistas do “pensamento único”, resulta de uma visão totalitária e obscurantista que não tolera nem admite posições contrárias à sua distorcida e retrógrada visão de mundo.

Que deste Tribunal parta a advertência de que ninguém, sob a égide de uma ordem democrática justa, pode ser privado de seus direitos (entre os quais o direito à busca da felicidade e o direito de receber o igual tratamento dispensado pela Constituição e pelas leis da República às pessoas em geral), nem sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero!

ADO 26 / DF

Em uma palavra, Senhor Presidente: os integrantes do grupo LGBTI+, como qualquer outra pessoa, nascem iguais em dignidade e direitos e possuem igual capacidade de autodeterminação quanto às suas escolhas pessoais em matéria afetiva e amorosa, especialmente no que concerne à sua vivência homoerótica.

O julgamento que o Supremo Tribunal Federal está a proferir neste caso representa, para os que compõem a comunidade LGBTI+, um momento decisivo em suas vidas, pois nenhuma maioria (ainda mais quando fundada em motivos religiosos) pode privar de seus direitos qualquer grupo minoritário e vulnerável.

Garantir aos integrantes do grupo LGBTI+ a posse da cidadania plena e o integral respeito tanto à sua condição quanto às suas escolhas pessoais pode significar, nestes tempos em que as liberdades fundamentais das pessoas sofrem ataques por parte de mentes sombrias e retrógradas, a diferença essencial entre civilização e barbárie.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Eu ia fazer uma sugestão, mas, diante da colocação do eminentíssimo Decano, Ministro Celso de Mello, vou colher os votos em relação ao pedido de adiamento.

23/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, recordo, em cinco minutos, a razão pela qual considerei o Congresso Nacional em mora e, consequentemente, acompanhei o eminentíssimo Ministro Relator no mérito da questão. Foi exatamente porque o próprio Congresso Nacional desrespeitou um padrão protetivo de implementação legislativa que a Constituição havia determinado para várias hipóteses, o próprio Congresso Nacional havia acolhido em todas as hipóteses, menos em uma única, ou seja, em todas as hipóteses em que a Constituição Federal havia determinado a edição de lei específica, lei para penalizar discriminações ou para proteger minorias que, historicamente, sofreram restrição ao livre exercício de seus direitos fundamentais, o Congresso Nacional, em todas essas hipóteses, estabeleceu um padrão de edição de lei prevendo tipos penais, estabelecendo crimes, seja, como disse, à época, a Lei 7.716, que complementou o inciso XLII do art. 5º, a discriminação, o preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, seja o ECA, que estabeleceu 17 tipos penais para complementar o art. 227 e proteger a infância e juventude. O § 4º do art. 227 também foi complementado pelo Congresso Nacional, com a edição de lei para evitar o abuso, violência e exploração sexual de criança e do adolescente. Houve também a proteção prevendo tipos penais para proteção das pessoas com deficiência, regulamentando o § 2º do art. 227.

A questão da Lei Maria da Penha, a proteção à mulher, regulamentando o § 8º do art. 226. E salientei, inclusive, à época, que, até em relação ao consumidor, o próprio Congresso Nacional adotou esse procedimento protetivo, estabelecendo, no Código de Defesa do Consumidor, 13 tipos penais específicos para complementar a proteção prevista e solicitada no inciso XXXII do art. 5º.

Ora, foram 30 anos em que, absolutamente, todas as minorias, todos

ADO 26 / DF

os grupos, em que a Constituição entendeu ser necessária uma proteção especial, tiveram por parte do Congresso Nacional essa proteção especial, menos um, ou seja, a partir disso a criminalização da homofobia, a proteção desse grupo específico, foi a única proteção que foi ignorada, nesses 30 anos, pela Constituição.

Exatamente em virtude desse aspecto, estabelecendo não o meu padrão subjetivo, mas observando, adotando e acolhendo um padrão que o próprio Congresso estabeleceu para todas as outras hipóteses, entendi existir a mora do Congresso Nacional.

A questão a ser decidida nesse momento é saber se o fato da CCJ - da Comissão de Constituição e Justiça do Senado - ter aprovado, de forma terminativa, o projeto de lei criminalizando a homofobia - e aqui merece ser parabenizado o esforço do Presidente do Senado Federal, Senador Davi Alcolumbre, o esforço pessoal também da Presidente da CCJ, Senadora Simone Tebet, e dos demais Senadores da CCJ -, mas se esse esforço meritório teria o condão de afastar a mora do Congresso Nacional?

Senhor Presidente, entendo que não. Entendo que não, da mesma forma que o eminente Ministro CELSO DE MELLO, o nosso decano, e por um motivo simples: nós tivemos, em 2001 - para pegar um único caso -, a apresentação do Projeto de Lei nº 5.003, em 7 de agosto de 2001, de autoria da então Deputada Iara Bernardi, para a criminalização da homofobia.

Esse projeto foi aprovado, depois de 5 anos, em 2006, pela Câmara, tornando-se, ao ser enviado ao Senado Federal, o Projeto de Lei da Câmara (PLC 122), em 2006, e lá ficou por anos e anos, até na última legislatura ser arquivado, ou seja, esse fato - para não pegar os demais projetos -, esse histórico desse projeto de 2001, que foi aprovado por uma Casa legislativa em 2006, indo para outra Casa legislativa, o Senado Federal, e depois de uma longa tramitação, acabou por ser arquivado, porque a Relatora, Senadora Marta Suplicy, findou seu mandato. Demonstra não ser líquido e certo, por maior que tenha sido o esforço feito pelo Senado Federal, pela Comissão de Constituição e Justiça, que a

ADO 26 / DF

Câmara aprovará ou não, ou aprovará exatamente o mesmo projeto aprovado pelo Senado Federal, o qual poderá fazer retornar. E mais, também não é líquido e certo, até porque isso é uma prerrogativa constitucional do Presidente da República, que haverá sanção integral de eventual projeto. Ou seja, há muitos "se": Se não houver o recurso de um décimo dos Senadores, conforme salientou o eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO; se aprovado no Senado, passando pela Câmara, será rápido, será aprovado com ou sem alterações; se voltar para o Senado; se for sancionado...

Por mais que tenha sido meritório o esforço da Comissão de Constituição e Justiça - e acredito que o Congresso irá rapidamente aprovar -, entendo que não há liquidez e certeza dessa aprovação, e, diante de todo o raciocínio fundamentado em meu voto em relação ao mérito, não afasta a mora do Congresso Nacional.

Nos termos do voto de mérito do eminentíssimo Ministro Relator, do meu voto, porque o acompanhei, e dos demais, a determinação de efeitos *erga omnes* e vinculantes, de eventual decisão majoritária da nossa CORTE SUPREMA, na criminalização, valerá desde a data de publicação do julgamento até a da publicação da lei. Ou seja, a partir do momento em que o processo legislativo se esgotar com a aprovação do Congresso, sanção presidencial, promulgação e a publicação, valerá a lei editada pelo Congresso Nacional.

Não vejo nenhum prejuízo na decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, com 4 votos até agora, como no esforço do Senado Federal em aprovar lei. Isto é combate à homofobia.

O Brasil é o país onde mais homossexuais e transexuais sofrem violência no mundo ocidental, logicamente onde há estatísticas. O esforço desta Casa, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, mostra-se conjunto no exercício de jurisdição constitucional, e não no exercício - e faço minhas as palavras do Ministro CELSO DE MELLO - de usurpação, como houve na denúncia por crime de responsabilidade contra nós no Senado Federal. Hoje, na efetivação dos direitos dessa minoria, o mesmo esforço demonstrado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL está sendo feito

ADO 26 / DF

pelo Senado Federal. Há uma convergência, cada um no exercício das suas atribuições constitucionais; Congresso, na edição de legislação, e o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no exercício de jurisdição constitucional para garantir a plena efetividade e eficácia dos direitos fundamentais.

Eu não vejo nada que afaste a possibilidade de continuidade do julgamento. Acompanho integralmente os eminentes Relatores.

23/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, a vida é feita da dura realidade, mas também de alguns símbolos, de algumas mensagens ao espírito que devemos enviar.

Há um grupo de pessoas vulneráveis, e muito bem representadas aqui pelo Doutor Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, que precisam de nós.

Quando ainda advogado, sustentei, no caso das uniões homoafetivas, e disse, naquele julgamento, do papel do Supremo Tribunal Federal na construção de um tempo de respeito ao outro, de respeito ao diferente, de tolerância. Como tanto enfatizou o Ministro Celso de Mello, um tempo de fraternidade, um tempo de delicadeza, um tempo em que todo amor possa ousar dizer o seu nome, como eu falava naquela ocasião.

E a verdade é que o Supremo não faltou ao seu encontro com a história naquele julgamento. Mais do que isso, a história reconheceu esse papel do Supremo ao nos premiar considerando aquela decisão como um patrimônio imaterial da Humanidade. Acho que, neste caso, a história bate à porta novamente e o nosso papel é abri-la.

De modo que eu não veria razão para adiar esse julgamento, embora receba, com alegria, a manifestação do Senado Federal. Acho que a capacidade de as instituições serem responsivas às demandas da sociedade é uma virtude que merece ser exaltada. Mas todos nós sabemos que os processos políticos majoritários e o processo legislativo têm as suas vicissitudes e as suas circunstâncias, e creio que um direito tão fundamental como esse, de preservação da integridade física e moral dessas pessoas, não deve esperar. Quem é atacado, quem é ofendido, quem é discriminado, tem pressa.

De modo que eu, pedindo vênia às compreensões diferentes,

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 349 de 566

ADO 26 / DF

também voto pela continuidade do julgamento.

23/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, Senhores Advogados. Senhor Presidente, vou fazer uma pequena digressão e, posteriormente, também me manifestar sobre a ponderação do eminente Ministro Decano.

Em todas essas causas que tivemos de omissões legislativas, principalmente em relação a esse tema tão relevante, como sói ser esse atentado contra as pessoas em razão de sua orientação sexual, houve uma notícia acidental no curso dos mandados de injunção, de que o Parlamento estava omissos.

Então surgiu a informação de que no Parlamento, desde 2001, tinham leis que eram rejeitadas, que o projeto não caminhava. Agora, o eminente Decano, com a sua postura de lealdade, de integridade e exação para com a Corte, traz um requerimento que nós não conhecíamos, em que o Parlamento pede uma deferência àquilo que compete a ele, de votar uma lei que já está num projeto iniciado bem-sucedido.

Se fosse apenas isso, efetivamente, até acredito que o próprio Decano, que sempre apregoou aqui que, no Estado Democrático, a instância hegemônica é o Parlamento, teria atendido esse pleito, à luz do princípio da harmonia e independência dos Poderes, estabelecendo quiçá um prazo razoável para a conclusão desse projeto - um mês, dois meses. Sucede que o ilustre Decano, com muita propriedade, traz fatos antecedentes gravíssimos.

Porque, em um País onde os juízes temem, as decisões desses juízes valerão tanto quanto valem esses homens. E, efetivamente, o que antecedeu esse requerimento cordial, harmônico, urbano, obediente à harmonia dos Poderes foi algo inusitado: foi um pedido de *impeachment* por crime de hermenêutica. Claro que esse pedido é juridicamente impossível. Isso é um pedido que não tem o menor fundamento

ADO 26 / DF

constitucional ou infraconstitucional. De toda maneira, é um ato atentatório à dignidade da jurisdição.

De sorte que, por esse motivo, se a Corte tiver que sofrer algum tipo de retaliação, que sofriam todos nós. Porque o que se exige do juiz e do magistrado, principalmente da Suprema Corte, não é só um conhecimento enciclopédico, mas, acima de tudo, uma independência olímpica.

É por essa razão que, se esse requerimento, da forma como foi formulado, não tivesse sido antecedido dessas manifestações, desse episódio - do local para onde esse projeto de lei vai voltar, porque ele não vai ficar no Senado, ele vai para a Câmara dos Deputados -, eu confesso que cogitaria, com todo respeito ao eminente Decano, que nós deveríamos, digamos assim, ponderar um critério de deferência política. Mas o quadro não é esse!

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Por isso eu disse – desculpe-me, Ministro **Luiz Fux** – que iria fazer uma sugestão, mas, diante daquilo que relembrou o eminente Ministro Decano quanto ao acontecido, retirei minha sugestão de votar o pedido de adiamento.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, Presidente, não podemos deixar de suspender o processo porque integrante do Tribunal está sendo fustigado no foro competente, que é o Senado da República.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Não estamos decidindo isso, Ministro **Marco Aurélio**. Estamos decidindo o pedido de adiamento, que tem outra característica: foi feito só em uma das ações, ainda que os feitos estejam sendo julgados em conjunto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Em verdade, Presidente, nem houve pedido, houve uma comunicação.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Tanto que, quando apregoei o processo, passei a palavra à Ministra **Rosa Weber**, porque não tinha conhecimento dessa comunicação.

ADO 26 / DF

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (Relator): Quero registrar que recebi, pouco antes do início deste julgamento, já em Plenário, comunicação emanada do Senado Federal, cujos Procuradores assim se pronunciaram:

"Em face do exposto, em atenção ao dever das partes de colaborar com o Poder Judiciário, o Senado Federal vem à presença de Vossa Excelência informar os aludidos fatos supervenientes (...)."

Ao manifestar-me sobre essa Petição, assim concluí o meu entendimento que deixei consignado na parte dispositiva do meu voto sobre o pronunciamento dos ilustres Procuradores do Senado Federal: *"Por tais razões, Senhor Presidente, entendo que não se registra, no caso, situação configuradora de prejudicialidade, devendo este processo de controle normativo abstrato (ADO 26/DF) ter regular prosseguimento e conclusão".*

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então, Senhor Presidente, como dizia eu, essa comunicação que o eminentíssimo Decano faz é de um fato que pode ser notório, mas confesso a Vossa Excelência que não tive conhecimento de que houve um pedido de impedimento por força dessa manifestação de independência jurídica.

Então, entendo que, realmente, dentro daquilo que eu já tinha exposto, não se trata, absolutamente, de retaliação. Cuida-se, na verdade, de postura judicial. Ou o Judiciário é independente, ou o Judiciário é subserviente! Eu acredito na independência do Judiciário e acresço aqui admiração pelas palavras a que aduziu o eminentíssimo Ministro-Decano, que, com a estreiteza da sua boa-fé, trouxe um requerimento que nós não conhecíamos; confesso que eu desconhecia esse pedido de impedimento.

Nesse contexto, dentro da minha independência jurídica, entendo importante e acompanho integralmente o voto do Ministro Celso de Mello nessa suposta "Questão de Ordem", para concluirmos o julgamento.

23/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ PRELIMINAR

A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA - Senhor Presidente; Senhores Ministros; especialmente o Ministro-Decano, Relator da Ação Direta; e o Ministro Edson Fachin, Relator do Mandado de Injunção.

Presidente, a Constituição Brasileira, no art. 103, estabelece, expressamente, que compete ao Supremo Tribunal Federal, principalmente, a guarda da Constituição. Portanto, foi no fluxo do exercício dessa obrigação constitucional a nós imposta que veio a julgamento esta Ação Direta, como veio o Mandado de Injunção.

Não nos cabe escolher processos, no sentido de qual nós vamos julgar. O que se pode é, em uma pauta - como Vossa Excelência outro dia ainda afirmou - de quase novecentos processos, saber quais são necessários dar urgência ou prioridade, já que nós não podemos fazer isso em ordem cronológica meramente.

O certo é que trouxe o Ministro-Decano, em voto histórico, verdadeiramente, o traçado de trinta anos de vigência desta Constituição, sem que um dos grupos mais vulneráveis da sociedade - os que são vitimados pela homotransfobia - tivesse do Poder Legislativo e do Poder Executivo - quando for o caso e quando vier a oportunidade processual legislativa competente - o resguardo legal que a Constituição impõe, especialmente o do inciso LXI do art. 5º: "*A lei punirá qualquer discriminação atentatória a direitos fundamentais*".

Isso não veio em trinta anos, e se contar do primeiro projeto apresentado, mais de dezoito anos. O Supremo foi chamado para colmatar enquanto não sobrevier esta lei. E o inciso IV da parte dispositiva do voto do Ministro Relator é taxativa: até que sobrevenha lei autônoma sobre isto. Exatamente, nesse sentido, é que o Supremo, cumprindo, repito, a sua obrigação constitucional de guarda da

ADO 26 / DF

Constituição - na qual os direitos fundamentais estão listados de maneira expressa e taxativa -, deu início a esse julgamento, que tem sido levado adiante, como afirma Vossa Excelência, já há algum tempo pautado para continuidade nesta data.

Eu tenho para mim que essa comunicação feita ao Ministro-Relator é também uma deferência do Senado para comunicar que eles também estão atuando, mas não significa nenhum requerimento, como bem formulado por Sua Excelência, para obstar o prosseguimento. Porque não compete a um juiz parar, na minha compreensão, um julgamento - na esteira de nossa jurisprudência e consolidado entendimento de se dar prosseguimento a mandados de injunções e omissões, neste caso, comprovada - de um exercício estatal.

Não compete a nós escolher poder parar. Não é que - tal como posto pelo Ministro Celso de Mello - quer ou não quer. Não poderia, porque é obrigação levar adiante a jurisdição. A inércia continua, a omissão continua, embora tenha havido um movimento.

Eu recebo o que foi lido pelo Ministro Celso de Mello como um gesto do Senado Federal, especialmente da Comissão de Constituição e Justiça, que atende ao dispositivo constitucional, que fixa e define a harmonia entre os Poderes. O Poder Judiciário foi chamado e está julgando. Verificada a omissão, também está atuando. O voto, até aqui, majoritário - no sentido dos que foram tomados, que foram quatro votos -, é determinar se se aplica especificamente ao grupo de homossexuais, transexuais, a tutela necessária - uma vez que a dor tem urgência e trinta anos não é pouco tempo.

Por isso, Senhor Presidente, eu também estou acompanhando o Ministro-Relator, Celso de Mello, pelo prosseguimento do julgamento.

23/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, louvo o gesto do Presidente do Senado Federal, ao enviar esta comunicação ao Relator do presente feito. Esse é um exemplo do diálogo institucional que deve imperar entre os Três Poderes.

Contudo, entendo que o julgamento já se iniciou. Já foram proferidos quatro votos - brilhantes, aliás. Todos nós ouvimos as sustentações orais e todas as partes interessadas. O julgamento foi suspenso, por razões operacionais, por razões que dizem respeito à administração da pauta, que é superiormente feita por Vossa Excelência, na qualidade de Presidente.

Agora, foi pautada a retomada deste julgamento. Todos os interessados foram devidamente intimados. De maneira que, em situações semelhantes, a Corte tem prosseguido o julgamento. Não há e nem poderia haver nenhum fato externo impeditivo de que a Corte cumpra o seu dever constitucional.

De mais a mais, entendo, como já foi dito aqui, sobretudo pelo Ministro Alexandre de Moraes, que nós estamos diante de uma situação emergencial em que crimes e agressões são cometidos contra estes grupos vulneráveis, objetos dessas ações que estamos apreciando, que, segundo os números, são superiores àqueles registrados em outros países. Portanto, esta é uma decisão que não pode mais ser protelada.

Penso, ademais, que, em especial o eminentíssimo Decano, ao proferir seu voto, o fez de forma a respeitar escrupulosamente a harmonia que deve haver entre os Três Poderes da República, ao colmatar uma lacuna, pela via interpretativa, da legislação existente, até que sobrevenha a legislação adequada editada por parte do Congresso Nacional.

De maneira que o prosseguimento do julgamento, nestes termos,

ADO 26 / DF

nada mais representa do que o estrito cumprimento de um dever constitucional por parte dos integrantes desta Corte.

De outro lado, Senhor Presidente, se prevalecer esta posição do eminente Decano e daqueles que o acompanharam, não haverá, em nenhum momento, qualquer arranhão ao respeito que deve existir, por parte desta Suprema Corte, às duas Casas legislativas: à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

Portanto, Senhor Presidente, acompanho a proposta do eminente Decano no sentido do prosseguimento deste julgamento.

23/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES -

Presidente, cumprimentando o eminente Decano e também Vossa Excelência pela compreensão de que é preciso que se estabeleça um diálogo institucional.

O Ministro Decano, como eu disse, recebeu, na verdade, uma comunicação. Sequer é um requerimento de adiamento do julgamento, mas isso mostra a deferência do Senado para com o Supremo Tribunal Federal, uma vez que temos uma relação institucional, que também foi cantada, inclusive, na eloquência de Rui.

Acho extremamente importante que se sinalize que a eventual deliberação do Congresso sobre o tema não prejudicaria o eventual julgado que nós tomássemos, porque já foram apontadas aqui todas as vicissitudes que podem marcar esse processo legislativo. Mas, ainda que assim não fosse, nós poderíamos ter uma situação em que a ausência de deliberação por parte desta Casa significaria um déficit de

ADO 26 / DF

proteção que já vem sendo há muito detectado.

Nós poderíamos ter aqui dificuldades de compreensão, talvez, no campo da divisão dos Poderes, mas é inequívoco, a meu ver, que, como deixou bem claro o Decano no seu voto, e depois nos votos que o seguiram, que a decisão do Tribunal com força normativa colmatativa terá sua ultratividade cessada no momento em que promulgada a lei. Portanto, aqui está estabelecido, de maneira muito clara, o respeito que se deve ter às instituições.

Uma outra preocupação que, nós sabemos, gravita no âmbito do Congresso Nacional é a questão da liberdade religiosa e a possibilidade, portanto, de crentes pregarem posições contrárias, inclusive a eventual situação de homossexualismo, foi enfatizada no voto e faz parte, portanto, da parte dispositiva. A liberdade religiosa não está ameaçada. Portanto, também, aqui, com muito descortino, cuidou o eminente Relator de explicitar que não se trata de alimentar uma guerra cultural, ao revés, trata-se de proteger segmentos que de fato são discriminados.

Lembrou o Ministro Barroso a decisão que nós tomamos, em 2011, sobre a união homoafetiva. E, aqui, uma curiosidade,

ADO 26 / DF

Presidente. A despeito desse esforço que se faz no sentido da legislação, até hoje não há deliberação legislativa a propósito do tema. Por quê? Porque, como o tema é difícil - alguém até já observou na literatura acadêmica, Ministra Cármem -, às vezes, o Supremo acaba desonerando o Congresso ao deliberar de forma construtiva, porque tira, digamos, a responsabilidade pela deliberação do tema difícil.

Quer dizer, já havia legislação estadual, já havia decisões administrativas, várias, naquele momento em que o Tribunal fez aquela compreensão da união estável, fazendo a extensão à união homoafetiva, não obstante, até hoje não temos uma deliberação sobre o assunto. Talvez, no futuro, inclusive a partir do diálogo que Vossa Excelência logrou em estabelecer com as presidências das Casas Legislativas e com uma maior organicidade do próprio Congresso Nacional, nós chegaremos a um ambiente de fazer aquilo que os alemães praticamente fazem, que é um apelo ao legislador, é uma mera notificação que, em geral, deflagra um processo legislativo.

Mas ainda estamos bastante distantes desse processo. Tanto é, que é bom relembrar também, que, inicialmente, a Corte foi refratária à ideia de adotar um modelo, vamos chamar assim,

ADO 26 / DF

construtivista. Inicialmente, a Corte se limitava a fazer uma notificação, uma científicação, mas ela não resultou em decisões positivas. E, por isso, a Corte, então, passou a fazer essas construções, a partir daquele caso da anistia, o primeiro caso.

Portanto, a mim me parece que, aqui, não há conflito, pelo contrário, acho que há complementação. E Vossa Excelência tem representado muito bem o Tribunal e chamado a atenção, inclusive para a necessidade de que nós observemos os limites dos Poderes. Isso é fundamental, inclusive porque os Poderes devem ser independentes e harmônicos. É preciso que haja, portanto, o exercício respeitoso das funções.

Mas, aqui, não se pode esquecer que, de fato, a Constituição conferiu ao Supremo Tribunal Federal esta dimensão de fazer uma verificação, uma aferição da omissão legislativa, considerando que ela pode ser lesiva aos direitos fundamentais.

De modo que, com essas pequenas considerações, acompanho a proposta do eminentíssimo Relator, Ministro Celso de Mello, nosso Decano que, como já foi dito, proferiu um brilhante, mais do que um brilhante voto, na verdade, um estudo sobre esta questão num

ADO 26 / DF

momento azado.

E também, Vossa Excelência não sugeriu, de nenhuma forma, interromper o julgamento. Vossa Excelência simplesmente atendeu à comunicação que Sua Excelência fazia diante da comunicação feita pelo Senado.

23/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, constato que os ânimos estão muito acirrados. Não faltam processos a serem apreciados pelo Plenário. Aguardam designação de data para julgamento cerca de mil processos. O Tribunal caminha, com quatro votos nesse sentido, para assentar o ato omissivo do Congresso Nacional. Mais do que isso, para, mediante pronunciamento judicante, criar tipo penal.

Creio que o pano de fundo é muito sensível. O momento, Presidente, é de deferência para com os demais Poderes, e não me refiro apenas ao Legislativo. De deferência também para com o Poder Executivo. Disse Vossa Excelência que "ante a profundidade" – falaria eu: diante das tintas fortes também do voto do Ministro-Decano – movimentou-se o Congresso Nacional, dando curso a projetos. Indaga-se: É conveniente, diante desse contexto, principalmente do que apontei como criação, mediante pronunciamento judicial, de tipo penal, embora provisório, aguardarem-se os trabalhos a serem desenvolvidos no Congresso Nacional? Para mim, é, Presidente.

Por isso, embora a maioria seja acachapante no sentido de não se suspender a apreciação dos dois processos, caminho no sentido de votar pela suspensão.

23/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Eu gostaria de registrar, mais uma vez, que o mandado de injunção foi liberado para julgamento em 17 de outubro de 2017 e que a ADO foi liberada em 20 de novembro de 2018. No dia 18 de dezembro de 2018, coloquei-os em pauta para fevereiro de 2019. Esta é a quinta sessão em que a Corte se ocupa deste tema. Teremos, neste primeiro semestre, quarenta sessões ao todo; portanto, mais de 10% das sessões deste primeiro semestre tiveram por objeto essa causa específica.

Este Presidente indicou à Unesco o acórdão relativo à união homoafetiva para que ele concorresse ao prêmio de Patrimônio Documental da Humanidade por ser o STF a primeira Corte Constitucional do mundo a reconhecer a união civil homoafetiva.

Como Presidente da Corte, no caso ora em análise, vou pedir vênia à maioria formada para acompanhar a divergência. Penso que os brilhantes votos proferidos conduziram a sociedade a uma reflexão, porque tudo indica que já houve uma diminuição nas agressões e nas violências. Além disso, o Congresso Nacional está se movimentando e deliberando sobre o caso.

Por isso, eu voto vencido, porque minha sugestão seria adiar o julgamento.

23/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber: 1. Senhor Presidente, eminentes pares, Senhor Vice-Procurador-Geral da República, Senhores Advogados, Senhoras e Senhores, recebam todos as minhas saudações. Cumprimento em especial os eminentes Relatores, Ministro Celso de Mello e Ministro Edson Fachin, que proferiram votos iluminados e lapidares, e que com competência assomaram à tribuna, em assentada anterior, com substanciosas sustentações orais.

Os processos ora apregoados, Senhor Presidente – a ADO 26, da relatoria do Ministro Celso de Mello, e o Mandado de Injunção 4733, da relatoria do Ministro Luiz Edson Fachin -, nos levam ao enfrentamento de um tema sensível em nossa sociedade, considerados em especial o preconceito que o envolve e as consequências trágicas atestadas por alarmantes dados estatísticos – ainda hoje os vi noticiados na imprensa – relativos a crimes contra a chamada comunidade LGBT. E nos levam a fazê-lo sob o viés da homofobia e da transfobia em sede de controle normativo abstrato e em ação injuncional.

A ADO 26, rememoro, foi ajuizada por partido político, o Partido Popular Socialista - PPS, à alegação de inércia legislativa atribuída ao Congresso Nacional quanto à efetiva proteção jurídica de direitos fundamentais titularizados por pessoas identificadas como integrantes da comunidade LGBT.

Já o mandado de injunção coletivo foi impetrado com a finalidade de obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) um pressuposto inerente à cidadania da população LGBT na atualidade .

ADO 26 / DF

2. A delicadeza do tema, Senhor Presidente, recorrente na história da humanidade, vincula-se em especial ao tratamento excludente e discriminatório conferido aos integrantes da comunidade LGBT, permeada a questão da homossexualidade por intensa carga de preconceito e intolerância, ensejadora ao longo dos séculos de repressão e violências de toda ordem, sem prejuízo das questões culturais e religiosas que suscita, como bem enfatizado no voto do eminentíssimo Ministro Celso de Mello, em que lembrada inclusive a emblemática prisão de Oscar Wilde – a quem devemos dentre tantas outras obras *O Retrato de Dorian Gray* -, condenado que foi a dois anos de serviços forçados em 1895, por sodomia, tipificada à época como crime na Grã-Bretanha.

E justamente nessa linha, como síntese e metáfora da questão sensível em jogo, e como forma de reforço a tudo quanto já dito, lembro também o ícone russo, e universal, da música erudita, Tchaikovsky , e o grande mistério que envolve sua morte, ocorrida em 1893. Contava então, o genial compositor de *O Lago do Cisnes*, da suíte *O Quebra Nozes*, da Abertura 1812, de Romeu e Julieta e de Francesa da Rimini, dentre tantas outras composições musicais, com 53 anos, e para sua morte há várias versões. Uma delas é a de que teria cometido suicídio por sugestão – quase um ultimato -, do czar, em razão de “desonroso” caso homossexual com um membro da Corte. É o que registra o instigante site especializado de Milton Ribeiro, em que se reporta, como um dos melhores sobre o tema, a texto elaborado para a BBC pela musicóloga, historiadora de música e professora de História da música da Universidade de Cambridge Dra Marina Frolova-Walker, que dentre as quatro versões possíveis para a morte de Tchaikovsky, e a plausibilidade de cada uma delas, aponta como uma das mais prováveis a do suicídio como alternativa a um julgamento público humilhante. à perspectiva da desonra e escândalo pela homossexualidade. Nessa versão, teria ele optado por tomar um copo de água não fervida, com o vibrião da cólera que veio a matá-lo em poucos dias.

Anoto, em sentido diverso, em se tratando de questão controversa e

ADO 26 / DF

polêmica, a biografia de Tchaikovsky”, lançada em 2009, pelo historiador Alexander Poznansky, chefe da biblioteca de línguas eslavas da Universidade de Yale, EUA, que, com base em cartas, relatos familiares e documentos mantidos em sigilo por muito tempo pelo governo soviético, explicita a homossexualidade do compositor, mas busca infirmar a crença do suicídio, afirmando que ingestão de água infectada com cólera ocorreu de forma involuntária.

Senhor Presidente, trago declaração escrita de voto, que juntarei aos autos. Por ser alongada, procurei resumi-la em algumas observações, a rigor desnecessárias diante da profundidade e do brilho dos votos já proferidos, mas passo a enunciá-las porque há coisas que é importante sejam ditas e reafirmadas, há temas em que a palavra, e não o silêncio, se impõe. Esse é um deles.

3. Ao exame da preliminar suscitada de não cabimento das ações ora em julgamento, acompanho os eminentes Relatores no sentido de rejeitá-la, para o fim principal colimado, com ressalva, na ADO , do pedido de responsabilização civil do Estado e solidária dos parlamentares, para o qual, forte na jurisprudência desta Casa, há evidente inadequação da via eleita.

A responsabilidade civil é indissociável de situações subjetivas e concretas, sejam elas individuais ou coletivas, de modo que o pedido de responsabilização civil do Estado, bem como de Parlamentares, se mostra incompatível com a tutela objetiva da ordem constitucional, de caráter abstrato e declaratório. Invoco, nessa linha, o precedente representado pelo **RE 424.584/MG**.

Por isso, **também eu conheço em parte da ADO e conheço do MI**.

4. Quanto ao tema de fundo comum às duas ações, digo que o que nelas se discute é, em última análise, a viabilidade de, mediante pronunciamento jurisdicional com eficácia *erga omnes* e caráter vinculante, afirmar, como **direito objetivo**, a tipificação específica de determinadas

ADO 26 / DF

condutas quando qualificadas por motivação **homofóbica** ou transfóbica.

O pedido deduzido tem lastro no **art. 5º, XLI, da CF**, segundo o qual “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”. Trata-se de um evidente comando do Constituinte ao legislador - traduzido em imperativo “**punirá**” -, para que produza legislação repressiva de comportamentos discriminatórios que atentem contra direitos e liberdades fundamentais de grupos ou indivíduos.

Entendo que o direito à própria individualidade, à própria identidade, aí compreendidas **as identidades sexual e de gênero**, traduz um dos elementos constitutivos da noção de pessoa humana titular de direitos fundamentais. Isso porque é **a partir do reconhecimento da identidade que o indivíduo pode desenvolver sua personalidade, autonomia e lugar na comunidade a que pertence**. O direito à autodeterminação sexual decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana tomada como valor-fonte a informar e conformar todo o ordenamento constitucional (art. 1º, III, da CF).

O descumprimento de tal comando pelo Poder Legislativo, no tocante a direitos e liberdades fundamentais titularizados por pessoas identificadas como homossexuais ou transexuais, não obstante transcorridas três décadas, como bem enfatizado pelos que me antecederam, desde a promulgação da nossa Lei Fundamental, abre a via da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, instrumento previsto na própria Constituição e que visa a colmatar o vazio legislativo impeditivo à efetividade da norma constitucional.

No caso, a mora do Poder Legislativo em cumprir a determinação que lhe foi imposta pelo **art. 5, XLI, da CF** está devidamente demonstrada e farta a jurisprudência desta Casa no sentido de que a existência de projetos de lei em tramitação não afasta a mora inconstitucional, o que somente se dá com a efetiva conclusão do processo legislativo. A minuciosa e sempre percuciente manifestação de hoje do nosso eminentíssimo decano bem evidencia a posição desta Corte a respeito.

Por outro lado, não se pode deixar de reconhecer que, em uma sociedade marcada pela heteronormatividade, como a nossa, a

ADO 26 / DF

concretização do princípio da igualdade (art. 5º, I, da Lei Maior), em relação às identidades minoritárias de gênero e de orientação sexual, reclama adoção de ações e instrumentos afirmativos voltados, exatamente, à neutralização da situação de desequilíbrio.

O princípio isonômico, tal como delineado na Constituição da República, de modo algum exclui a concessão de tratamento diferenciado, protetivo, a grupos vulneráveis, na perspectiva de compensar, nas palavras da Ministra Cármem Lúcia, “*acertar, na diferença de cuidado jurídico, a igualação do direito à dignidade na vida*” (ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990, p. 75).

Nessa linha, muitas vezes uma efetiva igualdade substantiva de proteção jurídica de grupos vulneráveis demanda atuação positiva do legislador, superando qualquer concepção meramente formal de igualdade, de modo a eliminar os obstáculos - físicos, econômicos, sociais ou culturais -, que impedem a sua concretização. Quando o ponto de partida é uma situação indesejável de desigualdade de fato, o fim desejado da igualdade jurídica (art. 5º, caput e I da CF), materialmente, somente é alcançado ao se conferir aos desiguais tratamento desigual na medida da sua desigualdade.

Indivíduos identificados como especialmente vulneráveis em função do grupo social a que pertencem têm reconhecido pelo sistema constitucional o direito à proteção do Estado, na forma de mecanismos eficazes de dissuasão, contra violações da sua integridade pessoal (Cito, exemplificativamente, os arts. 129, inciso V – populações indígenas; 227, § 1º, II – portadores de necessidades especiais físicas, sensoriais ou mentais; 230, § 1º – idoso, todos da CF).

Não só as Cortes constitucionais das mais diversas jurisdições nacionais, mas também as Cortes integrantes dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos têm-se debruçado sobre os desafios hermenêuticos resultantes da urgência na concretização dos direitos fundamentais exigida na contemporaneidade. Pode-se afirmar que a evolução de praticamente todas as democracias constitucionais modernas

ADO 26 / DF

converge para uma compreensão do princípio da igualdade segundo a qual, na precisa definição da Corte Europeia de Direitos Humanos, “discriminação significa tratar diferentemente, sem um objetivo e justificativa razoável, pessoas em situação relevantemente similar” (*Willis vs. Reino Unido*, § 48, 2002; *Okpisz vs. Alemanha*, § 33, 2005). *Contrario sensu*, deixar de tratar diferentemente, sem um objetivo e justificativa razoável, pessoas em situação relevantemente diferente, também é discriminar.

5. Pontuo, sob outro enfoque - em breve anotação sobre a inviabilidade de o princípio da legalidade estrita em matéria penal ser superado por decisão desta Casa -, que extreme de dúvida a consagração do princípio da legalidade estrita em matéria penal no **art. 5º, XXXIX, da CF**, quando proclama “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, traduzindo o brocaro latino- Nullum crimen nulla poena sine lege.

Mais do que um princípio, nele manifesta-se em tal preceito um valor estruturante da **democracia**, do **Estado de direito** e do próprio **conceito de justiça**, além de traduzir, na ordem constitucional, uma **garantia dos jurisdicionados**, ou, - nas palavras abalizadas de Nilo Baptista - “a plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o direito penal de um estado de direito democrático” e “a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo” (BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2001).

Por essa razão, de todo inviável a este Supremo Tribunal Federal, substituindo-se ao legislador, produzir a norma penal requerida no pedido principal da ADO, o que conduz à apreciação do pedido sucessivo, que passo a examinar.

6. Aqui atua precedente desta Casa, o **HC 82.424/RS** (Redator p/ o acórdão Ministro Maurício Corrêa, 17.9.2003), como norte para a solução dos feitos em julgamento. Ao julgamento desse HC, este Tribunal Pleno rejeitou a tese da defesa de Siegfried Ellwanger, segundo a qual, por não constituírem, os **judeus**, uma raça, não poderia o paciente, ao produzir e

ADO 26 / DF

divulgar materiais com conteúdo **antissemita**, ser enquadrado na **Lei nº 7.716/1989**, que define os crimes resultantes de preconceito de **raça** ou de cor, tampouco aplicar-se-lhe-ia a **imprescritibilidade** afirmada no **art. 5º, XLII, da CF**.

Ao fazê-lo, o STF interpretou o sentido e o alcance da definição jurídico-constitucional de **racismo**, compatibilizando critérios etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos, biológicos, históricos e culturais, de modo a afirmar a incidência do tipo penal referido ao racismo, ainda que, por não assimilável a noção de judeu a uma raça propriamente dita, o antisemitismo, do ponto de vista estritamente biológico, não pudesse ser tido como forma de discriminação baseada no conceito biológico de raça. Assentou esta Casa, assim, que, porque fundados em uma dada concepção racial, os discursos antisemitas **equivaleriam** ao discrimen com conteúdo racista, “*reforçados pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam*”.

A respeito da exegese do termo “racismo”, tal como inscrito na Constituição, observou o Ministro Maurício Corrêa, em seu voto, “*não se lhe poder emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica*”, devendo-se “*entende-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional, sobretudo levando-se em conta a pluralidade de conceituações do termo, entendido não só à luz de seu sentido meramente vernacular, mas também do que resulta de sua valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos*”. Anotou, ainda que “*o que vale não é o que pensamos, (...) se se trata ou não de uma raça, mas se quem promove o preconceito tem o discriminado como uma raça e, exatamente com base nessa concepção, promove e incita a sua segregação*”.

Nessa perspectiva, consoante exposto com maestria pelo eminentíssimo Ministro Celso de Mello no primoroso voto proferido nesta ADO, procedeu esta Corte, ao julgamento do citado HC 82.424, a uma **efetiva ampliação conceitual do conceito jurídico-constitucional de racismo**. Confira-se, exemplificativamente, o seguinte excerto do acórdão então lavrado:

ADO 26 / DF

"Por tudo o que já foi dito, permito-me arrematar que racismo, longe de basear-se no conceito simplista de raça, reflete, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização, e até de eliminação de pessoas. Sua relação com o termo raça, até pela etimologia, tem a perspectiva da raça enquanto manifestação social, tanto mais que agora, como visto, em virtude de conquistas científicas acerca do genoma humano, a subdivisão racial da espécie humana não encontra qualquer sustentação antropológica, tendo origem em teorias racistas que se desenvolveram ao longo da história, hoje condenadas pela legislação criminal."

Ora, o que se propõe, nos processos que estamos a julgar, é que o próprio conceito jurídico-constitucional de racismo, a partir do delineamento que lhe foi conferido no referido precedente deste Plenário, abarque, em sua abrangência semântica, a discriminação com base em gênero e orientação sexual e de gênero, às quais nos referimos como discriminação por homofobia e transfobia.

Entendo que a tese corresponde a possibilidade exegética de todo compatível com o precedente citado, e que a ele reconhece autoridade e institucionalidade, em consonância, ainda, com os princípios da equidade e da colegialidade. Além disso, está em conformidade com a recomendação da doutrina jurídica de que, diante de normas constitucionais que visam a implementar proteções a direitos fundamentais, seja evitado "método interpretativo que reduza ou debilite, sem justo motivo, a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais" (FREITAS, Juarez. 2007).

Já ordinariamente tipificados na **Lei nº 7.716/1989 os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**, a mera explicitação do seu conteúdo e alcance, mediante interpretação conforme do art. 5º, XLI e XLII, da CF, e à luz da jurisprudência desta Casa consolidada

ADO 26 / DF

historicamente, em absoluto configura afronta ao **art. 5º, XXXIX, da Carta Política.**

Sem dúvida compete ao Poder Judiciário, como elemento estruturante da democracia constitucional, a função de interpretar a legislação – ordinária e constitucional –, e assegurar a supremacia da própria Constituição, fundamento de validade de todo o sistema jurídico, a lei fundamental do país. E a este STF, nunca é demais lembrar, cabe precípuamente a guarda da Constituição, por expressa disposição de seu art. 102, *caput*, como ainda há pouco lembrado pela eminente Ministra Cármem Lúcia.

7. Reconheço, pois, demonstrada a **omissão** do Poder Legislativo da União, e o efetivo estado de **mora legislativa unconstitutional** na implementação do comando de incriminação inscrito no **art. 5º, XLI e XLII, da CF**, relativamente às pessoas LGTB.

Em consequência, há que cientificar o Congresso Nacional, para os efeitos dos **arts. 103, § 2º, da CF e 12-H da Lei nº 9.868/1999**, assentando que, enquanto persistir o estado de mora unconstitutional, aplica-se aos crimes praticados com motivação homofóbica ou transfóbica, mediante interpretação conforme a Constituição, a Lei nº 7.716/1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

8. **Ante o exposto, conheço em parte da ação direta de unconstitutionalidade por omissão**, na exata extensão em que o fez o eminent Relator Ministro Celso de Mello e, no mérito, na parte conhecida, julgo-a **procedente**, nos exatos termos do histórico e paradigmático voto proferido por S. Exa.

Conheço também **do mandado de injunção** e o julgo **procedente**, acompanhando o eminent Relator Ministro Luiz Edson Fachin, nos limites por ele propostos.

É como voto.

TRANSCRIÇÃO DA DECLARAÇÃO DE VOTO NA ÍNTegra, nela abrangidos o Mandado de Injunção 4733, da relatoria do Min Edson Fachin, e a ADO 26, da relatoria do Ministro Celso de

ADO 26 / DF

Mello:

Cuida-se de **mandado de injunção coletivo** impetrado com a finalidade de “*obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) um pressuposto inerente à cidadania da população LGBT na atualidade*”.

Ao prestar informações, a **Câmara dos Deputados** informa que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5.003/2001, que tem como objeto a imposição de sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas, e que o tema tem sido continuamente debatido naquela Casa. Sustenta, no entanto, não ser possível “*equiparar a ausência de lei que criminalize a homofobia a uma omissão inconstitucional, muito menos afirmar que a criminalização dessas condutas decorre de uma exigência taxativa do texto constitucional*”. Aponta, ainda:

“(...) o art. 5º, LXXI, da Constituição Federal exige, como requisito para a impetração do mandado de injunção, que a ausência de norma regulamentadora torne inviável o exercício do direito. Não é correto supor que a falta de sanção criminal obsta de forma cabal o exercício do direito à igualdade e liberdade por parte dos cidadãos LGBT. Há, nesse sentido, inúmeras decisões judiciais proferidas pelos tribunais do país por meio das quais a chamada ‘discriminação homossexual’ tem sido punida pela via cível. Recentemente, inclusive, esse E. Tribunal reconheceu, por unanimidade, que o regime jurídico da união-estável aplica-se aos casais homoafetivos.

Fica bastante claro que os direitos dos cidadãos LGBT não são inviabilizados pela ausência de tutela penal referente à prática de homofobia ou transfobia. Evidentemente, é legítimo a Impetrante sustentar que a aprovação de norma penal no sentido preconizado pelo presente Mandado de Injunção é medida que incrementará a proteção

ADO 26 / DF

jurídica desse grupo social. Supor, entretanto, que a ausência de tutela criminal nesse sentido inviabiliza a afirmação da igualdade ou da liberdade de orientação sexual a população LGBT é, ao mesmo tempo, exagerado e incorreto.”

A União afirma incabível o presente *writ*, ao argumento de que “*a parte impetrante não pretende assegurar o exercício de um direito previsto na Constituição, mas objetiva um regramento específico, uma tipicidade especial para condutas de homofobia e transfobia*”, sendo certo que “*não há qualquer comando constitucional que exija tipificação específica para a homofobia e transfobia*”. Ainda que fosse o caso, refere ser “*inapropriado falar em mora legislativa, tendo em vista que a matéria dos autos é objeto de debates no Congresso Nacional, por meio, por exemplo, do Projeto de Lei nº 5.003/01, aprovado em 2006 na Câmara de Deputados, que atualmente, tramita no Senado Federal sob o nº 122/06*”.

Parecer do **Procurador-Geral da República**, Roberto Gurgel, pelo **não cabimento** do mandado de injunção, nos seguintes termos:

“Mandado de Injunção. Suposta mora legislativa do Congresso Nacional na tipificação de delitos praticados em razão de homofobia e transfobia. Inexistência de mora legislativa quando já há projeto de lei em apreciação no Congresso Nacional. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Existência de legislação aplicável aos delitos praticados em razão de preconceito contra orientação sexual. Parecer pelo não conhecimento do *writ*.”

Acolhendo o parecer da Procuradoria Geral da República pela inviabilidade da via injuncional, o Ministro Ricardo Lewandowski, então relator, não conheceu do mandado de injunção.

Interposto agravo regimental, manifestou-se o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, pelo seu provimento, a fim de que seja julgada procedente a pretensão:

“CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIO DA IGUALDADE.

ADO 26 / DF

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. Extrain-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."

O Ministro Edson Fachin, assumindo a relatoria do feito, reconsiderou a decisão monocrática anteriormente proferida e determinou o processamento do feito.

Renovando a manifestação anterior, a **União** requer a extinção do feito, sem resolução do mérito, por inadequação da via injuncional.

2. Apregoada em conjunto, tem-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (**ADO 26**) proposta pelo **Partido Popular Socialista - PPS**, à alegação de inércia legislativa atribuída ao Congresso Nacional, no tocante à efetiva proteção jurídica a direitos fundamentais titularizados por pessoas identificadas como integrantes da comunidade LGBT+.

Na ADO, postula-se, em síntese: **(a)** a equiparação da homofobia e da transfobia ao conceito ontológico-constitucional de racismo (**art. 5º, XLII, da Constituição da República**); **(b)** a declaração da mora constitucional na criminalização específica da homofobia e da transfobia, com a fixação de prazo para que o Congresso Nacional aprove a respectiva legislação punitiva; **(c)** que, transcorrido o prazo que o Congresso Nacional criminalize as condutas apontadas, o Supremo Tribunal Federal, superando a exigência de legalidade estrita, proceda à

ADO 26 / DF

tipificação requerida; **(d)** seja determinada a aplicação da Lei de Racismo (Lei nº 7.716/1989) à homofobia e à transfobia; e **(e)** seja fixada a responsabilidade civil solidária do Estado brasileiro e dos parlamentares responsáveis pela inércia legislativa do Estado para indenizarem as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia.

3. Cabimento do mandado de injunção

Nos termos do art. 5º, LXXI, da Constituição da República, "conceder-se-á *mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*" (**destaquei**).

Na expressa dicção do **permissivo mandamental**, portanto, mostra-se apta a ensejar a impetração do *writ* injuncional a **omissão legislativa** que inviabiliza o exercício de **direito subjetivo** assegurado por **norma constitucional de eficácia limitada**.

Emerge, desse preceito, amoldar-se perfeitamente ao objeto do mandado de injunção a pretensão de assegurar a fruição de direito outorgado pela Constituição, cujo exercício se vê inviabilizado por não ter sido regulamentado. Conforme pontua, com clareza, José Afonso da Silva, a função do mandado de injunção é "*fazer com que a norma constitucional seja aplicada em favor do impetrante, independentemente de regulamentação, e exatamente porque não foi regulamentada*" (**Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33.ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 450, **destaquei**).

Impende destacar, com efeito, que nem toda omissão legislativa se revela apta a ensejar a impetração do mandado de injunção, senão aquela que **(a)** reflete o descumprimento, pelo legislador, de específica incumbência constitucional, e **(b)** tem como consequência a frustração do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Nesse sentido, o magistério de JJ Gomes Canotilho:

"A omissão legislativa só é autônoma e juridicamente relevante quando se conexiona com uma exigência

ADO 26 / DF

constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional. Um dever jurídico-constitucional de ação existirá quando as normas constitucionais tiverem a natureza de imposições concretamente impositivas." (As Garantias do Cidadão na Justiça. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 354-5, destaquei)

Funda-se, a pretensão ora deduzida pelos impetrantes, em síntese, na tese de que os **art. 5º, XLI, XLII e LIV, da Carta da República** reclamariam, para o pleno exercício, pela população LGBT, dos direitos, liberdades e prerrogativas da cidadania neles assegurados, a existência de norma destinada à criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia (especialmente, mas não exclusivamente, das ofensas individuais e coletivas, dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima).

Apontam, nessa medida, frustrado, em face de omissão legislativa, o exercício de direitos subjetivos assegurados por norma constitucional.

Cumpre indagar, pois, se o pedido deduzido se amolda ao disposto no **art. 5º, LXXI, da Lei Maior**, que existe a demonstração de que subordinado, o exercício do direito constitucional postulado, à atuação positiva do legislador. Qual é o direito ou liberdade constitucional cujo exercício é inviabilizado, e em que medida.

Não é recente a preocupação da doutrina jurídica com o problema da aplicabilidade das normas constitucionais definidoras de direitos. Reconhecendo a imperatividade de tais normas, Rui Barbosa já chamava atenção para a compreensão de que "*não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular de seus órgãos. Muitas, porém, não revestem dos meios necessários de ação essenciais ao seu exercício, os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo critérios, os habilite a exercer. A Constituição não se executa a si mesma: antes requer a ação legislativa, para lhe*

ADO 26 / DF

tornar efetivos os preceitos" (Comentários à Constituição Federal Brasileira. 11.ed, São Paulo: Saraiva, 1933, p. 488-9).

O desafio representado pelo problema da eficácia das normas constitucionais também mereceu reflexão de Norberto Bobbio, para quem

"O campo dos direitos do homem – ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de 'programáticas'. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem hit et nunc, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos é esse que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados sine die, além de confinados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o programa é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de direito?" (Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 77-8)

Introduzido pela Carta de 1988, o mandado de injunção assume especial relevo, na ordem jurídica contemporânea, como instrumento voltado à efetivação dos direitos e liberdades com assento no texto constitucional, bem como às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando a inércia legislativa obstaculiza o seu exercício. Não visa, assim, à criação ou elaboração, e sim à viabilização do exercício de direitos, liberdades ou prerrogativas já titularizados, porquanto outorgado pelo Poder Constituinte.

A própria previsão do mandado de injunção é o reconhecimento, pela Carta de Direitos, de que a omissão legislativa na regulamentação dos direitos, liberdades e prerrogativas nela diretamente previstos configura, em si, situação revestida de inconstitucionalidade, incompatível com a ordem estabelecida.

Na espécie, servem-se os impetrantes da via injuncional para

ADO 26 / DF

demandar ordem integrativa, de modo a obter a tipificação penal específica de qualquer comportamento qualificado como homofóbico ou transfóbico. Assinalam tratar-se de exigência da plena eficácia do disposto no art. 5º, XLI, XLII e LIV, da Carta da República, consoante a exegese que a eles confere, e que estaria sendo obstaculizada pela mora legislativa na sua efetivação.

Cumpre saber se há um dever constitucional inescapável pelo qual o Congresso Nacional estaria obrigado a tipificar como crime, especificamente, as condutas apontadas na inicial.

Ao conceder o mandado de injunção, deve o Poder Judiciário viabilizar, no caso concreto, o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional que se encontre obstado ante a falta de norma regulamentadora. A concessão do *writ* injuncional, portanto, não implica o Poder Judiciário na produção, senão na revelação da norma aplicável supletivamente, porque já previsto o direito na Constituição. Exaure-se a prestação jurisdicional na revelação da legislação aplicável à regulamentação do direito, enquanto perdurar a omissão legislativa reconhecida, de modo a viabilizar, na situação concreta, o seu exercício.

Segundo a autorizada liça de Calmon de Passos, ainda, o mandado de injunção "*não é remédio certificador de direito, e sim de atuação de um direito já certificado. Seu objeto é exclusivamente definir a norma regulamentadora do preceito constitucional aplicável ao caso concreto, dada a omissão do poder constitucionalmente competente, originariamente, para isso.*" (**Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: Constituição e processo.** Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 98-9, destaquei).

4. Cabimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem previsão no **art. 103, § 2º, da Constituição da República**, segundo o qual "*declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias*".

Na dicção do permissivo constitucional, entendo que o cabimento da

ADO 26 / DF

ação direta de inconstitucionalidade, com maior largueza do que o mandado de injunção, tem lugar sempre que a ausência de medida legislativa aponte para a inefetividade, total ou parcial, de norma constitucional.

Ao contrário do mandado de injunção, em que se busca a tutela de direito subjetivo previsto na Constituição, mas cujo exercício esteja **inviabilizado** pela falta de norma regulamentadora, o objeto da ADO é a declaração, *in abstracto*, da omissão inconstitucional. É por esta razão que, enquanto a jurisprudência relativa ao mandado de injunção se consolida no sentido de que, nele, se admite a supressão da lacuna inviabilizadora da fruição do direito fundamental tutelado, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão o pronunciamento da Corte se circunscreve à declaração da situação de inconstitucionalidade normativa decorrente da mora do Poder Legislativo, bem como a sua identificação para que restaure a autoridade da Constituição.

Nesse sentido, destaco paradigmático precedente, relatado pelo eminentíssimo Ministro Celso de Mello (**ADI 1458-MC/DF**, Tribunal Pleno, julgamento em 23.5.1996, DJ 20.9.1996):

“DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a

ADO 26 / DF

inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...) A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente."

Na expressa dicção do art. 5º, § 1º, da Lei Maior, "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". O Supremo Tribunal Federal já decidiu que normas autoaplicáveis não podem – justamente porque não precisam – ser tuteladas pela via da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Vejamos:

"Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de que não se conhece, por ser auto-aplicável o dispositivo constitucional (art. 20 do ADCT), cuja possibilidade de cumprimento pretende o Requerente ver suprida." (ADI 297/DF, Relator Ministro Octavio Gallotti, Tribunal Pleno, julgamento em 25.04.1996, DJe 08.11.1996)

Nesse sentido, ao reconhecer a existência de omissão parcial, ofensiva ao princípio da isonomia, em norma de cujos efeitos, sem justificativa razoável, ficavam excluídos determinados grupos ou categorias, o Plenário do STF, no julgamento da ADI 526-MC (Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 12.12.1991, DJ 05.3.1993), entendeu que "*no quadro constitucional brasileiro, constitui ofensa*

ADO 26 / DF

a isonomia a lei que, à vista da erosão inflacionária do poder de compra da moeda, não dá alcance universal a revisão de vencimentos destinada exclusivamente a minorá-la (CF, art. 37, X), ou que, para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas, fixa vencimentos díspares (CF, art. 39, § 1º)". Não obstante, afirmou a inviabilidade de se admitir a extensão do benefício aos excluídos, forte na expressa dicção do art. 103, § 2º, da Lei Maior.

No julgamento do RMS 21662/DF (Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, julgamento em 05.4.1994, DJ 20.5.1994), a Corte assentou o entendimento de que “o Poder Judiciário, que **não dispõe de função legislativa**, não pode conceder a servidores civis, **sob fundamento de isonomia**, extensão de vantagens pecuniárias que foram exclusivamente outorgadas por lei aos servidores militares” e que “**a extensão jurisdicional**, em favor dos servidores preteridos, do benefício pecuniário que lhes foi indevidamente negado pelo legislador **encontra obstáculo no princípio da separação de poderes**”. Afirmou, em especial, que, em se tratando de matérias sujeitas ao princípio da **reserva legal absoluta**, “o princípio da divisão funcional do poder impede que, estando em plena vigência o ato legislativo, venham os Tribunais a ampliar-lhe o conteúdo normativo e a estender a sua eficácia jurídica a situações subjetivas nele não previstas, ainda que a pretexto de tornar efetiva a cláusula isonômica inscrita na Constituição”.

Não obstante, sabe-se que o extenso rol do **art. 5º da nossa Carta Política** contempla, além da positivação de direitos fundamentais subjetivos, a declinação de deveres estatais de tutela desses direitos. A proteção dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição reclama, por vezes, para sua suficiência, a edição de normas de direito penal, como é o caso dos seus **incisos XLI e XLII**, os quais determinam:

“XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

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

ADO 26 / DF

Trata-se, como se vê, de expressos comandos de tutela protetiva dirigidos ao legislador.

5. Pedido de responsabilização civil do Estado e solidariedade dos parlamentares.

Não se descura que a Administração pública seja responsável pelos danos causados a terceiros em decorrência das ações ou omissões de seus agentes, no exercício das suas funções. Nos termos do art. 37, § 6º, da CF, a responsabilidade da Administração é objetiva: independe de dolo ou culpa.

Ainda que a responsabilidade da Administração independa da existência de dolo ou culpa, se afigura indispensável, em todos os casos, que o resultado dano decorra, por relação de **causalidade**, mesmo que não exclusivamente, da conduta comissiva ou omissiva do Estado, o que requer, necessariamente, a prova do **nexo causal específico** entre a ação ou omissão e o evento gerador do dano.

Tendo em vista, pois, que a responsabilidade civil é indissociável de situações subjetivas e concretas, sejam elas individuais ou coletivas, o pedido de responsabilização civil do Estado, bem como de Parlamentares, se mostra incompatível com a tutela objetiva da ordem constitucional, de caráter abstrato e declaratório.

Ademais, no julgamento do RE 424.584/MG (Redator p/ acórdão Ministro Joaquim Barbosa, DJe 07.5.2010), este Plenário rechaçou pedido de indenização por perdas e danos decorrente de suposta responsabilidade civil do Chefe do Poder Executivo, ante a sua omissão em deflagrar o processo legislativo relativo à revisão geral dos vencimentos dos servidores públicos, assegurada pelo **art. 37, X, da CF**, e de iniciativa privativa. Confira-se:

“SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO GERAL DE VENCIMENTO. COMPORTAMENTO OMISSIVO DO CHEFE DO EXECUTIVO. DIREITO À INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. IMPOSSIBILIDADE. Esta Corte firmou o entendimento de que, embora reconhecida a mora legislativa,

ADO 26 / DF

não pode o Judiciário deflagrar o processo legislativo, nem fixar prazo para que o chefe do Poder Executivo o faça. Além disso, esta Turma entendeu que o comportamento omissivo do chefe do Poder Executivo não gera direito à indenização por perdas e danos. Recurso extraordinário desprovido." (RE 424.584/MG, Redator p/ acórdão Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 07.5.2010)

Não conheço do pedido, por inadequação à via.

6. Superação da legalidade estrita por decisão do STF. Princípio da legalidade em matéria penal. Inviabilidade.

Consabido que, no Estado democrático de direito, somente ao legislador é dado limitar o âmbito de eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, como ocorre, por definição, com as normas criminalizadoras de condutas, integrantes do núcleo do **direito penal**. O caráter criativo da interpretação do direito efetuada pelo Poder Judiciário encontra limites intransponíveis na necessidade de manutenção da estrutura de separação de poderes e do princípio do *rule of law*, instituições ínsitas ao regime democrático. Por este motivo, a integração normativa deve ser determinada – e legitimada – por um comando constitucional expresso.

É que a erosão de garantias fundamentais começa, frequentemente, com bons motivos e virtuosas intenções. Uma vez derrubadas as garantias, todavia, já não haverá nada para proteger os direitos de todos contra medidas com vocação materialmente autoritária. Diante desses riscos, o único norte seguro é a Constituição.

Na ânsia de promover o objetivo fundamental da República de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (**art. 3º, IV**), bem como de cumprir o dever do Estado de punir qualquer discriminação que se mostre atentatória contra os direitos e as liberdades fundamentais (**art. 5º, XLI**), não se pode permitir que as melhores intenções justifiquem a fragmentação das garantias institucionais e procedimentais sem as quais

ADO 26 / DF

não existe Estado de direito.

A Constituição Federal instituiu um Estado democrático de direito marcado pela independência e harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Todos os Poderes da República têm a sua origem e fundamento situados na Constituição, manifestação da soberania popular representada em momento histórico pela Assembleia Nacional Constituinte e atualizada pelos procedimentos reveladores da manifestação do Poder Constituinte derivado.

O regime constitucional democrático não prescinde do reconhecimento, senão da soberania, pelo menos da centralidade política e institucional do Poder Legislativo, expressão que é da vontade popular que representa. Trata-se, pois, de valorar no plano constitucional o próprio sufrágio, base da legitimidade de toda decisão política. Na sua obra clássica, já alertava Tocqueville que a primazia do Poder Legislativo constitui "*a barreira mais poderosa contra os descaminhos da democracia*".

Nas palavras do professor de História das Constituições Modernas da Faculdade de Direito da Universidade de Florença, Maurizio Fioravanti:

"Na fórmula contemporânea da democracia constitucional parece estar contida a aspiração a um justo equilíbrio entre o princípio democrático, dotado de valor constitucional através das instituições da democracia política e do próprio papel do legislador e do governo, e a ideia – insita a toda a tradição constitucionalista – dos limites da política a fixar mediante a força normativa da constituição e, em particular, através do controle de constitucionalidade sempre mais determinante no âmbito das democracias modernas." (FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion: de la Antiguedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001)

A hermenêutica constitucional e normativa, enquanto técnica jurídica, não tem os olhos vendados para os desenhos institucionais, afirmados na Constituição, que asseguram a própria continuidade da

ADO 26 / DF

existência de uma República que se atribui a qualificação de democrática.

Afirmada a soberania do povo, a separação dos poderes do Estado emerge historicamente como estrutura institucional sem a qual não é possível a oposição de direitos subjetivos ao arbítrio do poder estatal – sem separação de poderes, há apenas resistência à vontade do Estado, que não se traduz, ausentes as condições institucionais para tanto, em efetivos direitos subjetivos. No Brasil, a Constituição de 1988 restabeleceu em sua plenitude o respeito ao postulado da separação de poderes, desprestigiado que foi no regime antecedente, como princípio basilar de uma democracia representativa. Em inspirada passagem, Paulo Bonavides ressalva a importância de se conservar, na contemporaneidade, a higidez do princípio:

“Com efeito, poderia afigurar-se um anacronismo, reproduzir aqui as lições dos constituintes e publicistas do liberalismo que, durante o curso dos séculos XVIII e XIX, vazaram, em fórmulas lapidares, tanto nas Constituições como nas páginas de doutrina, a intangibilidade da separação de poderes. Mas nunca essa censura se poderia fazer àqueles autores e àquelas Constituições que ainda no fim do século XX mantêm o princípio em apreço como uma das pedras inquebrantáveis do edifício constitucional, cavando alicerces que, se abalados fossem, fariam desabar toda a construção.

A presença, pois, de autores contemporâneos que continuam vendo no princípio uma das mais excelsas garantias constitucionais do Estado de Direito não diminuiu na literatura jurídica deste século. Não diminuiu provavelmente em razão da virtude que tem ele – conforme Montesquieu já assinalara, com a clarividência de um pensamento meridianamente lógico – de limitar e controlar poderes, refreando assim a concentração de sua titularidade num único órgão ativo da soberania. A concentração seria, sem dúvida, lesiva ao exercício social da liberdade humana em qualquer gênero de organização do Estado.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011)

ADO 26 / DF

A garantia fundamental da **anterioridade da lei penal estrita** (*nullum crimen nulla poena sine lege*) é assegurada no **art. 5º, XXXIX, da Lei Maior**, segundo o qual “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. Mais do que um princípio, manifesta um **valor estruturante da democracia**, do **Estado de direito** e do próprio **conceito de justiça**, além de traduzir, na ordem constitucional, uma **garantia dos jurisdicionados**, “*a plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o direito penal de um estado de direito democrático*” e “*a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo*” (BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2001).

Divisor de águas entre o Estado absolutista e o Estado de direito moderno, a **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789** previu que *nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit* (“ninguém pode ser punido senão por força de uma **lei estabelecida e promulgada** antes do delito”).

De modo algum restrito a proibir a retroatividade da lei penal, que é apenas uma das suas dimensões, o princípio da legalidade reserva à lei formal, à lei em sentido escrito, à pena do legislador. A Constituição investe no Congresso Nacional, com exclusividade, a legitimidade para definir crimes e agravar penas (**arts. 22, I e 48, da CF**).

Veda a Constituição até mesmo a edição de medida provisória sobre direito penal, regra que, implícita na redação original do **art. 62**, foi explicitada pela **Emenda Constitucional nº 32/2001**.

Discorrendo sobre a reserva absoluta de lei em matéria penal, Nilo Batista observa que somente o debate democrático parlamentar teriam idoneidade para “*ponderar e garantir os interesses da liberdade individual e da segurança pública, cumprindo à lei proceder a uma ‘integral formulação do tipo’*”.

Do princípio da legalidade deriva, ainda, a proibição do emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*).

Esse princípio foi incorporado em instrumentos internacionais. O

ADO 26 / DF

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado na XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 1966, e incorporado à ordem jurídica brasileira pelo **Decreto nº 592/1992**, dispõe, no seu **artigo 9**, que “*ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos*”. Na mesma linha, o **artigo 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 1969, incorporada pelo **Decreto nº 678/1992**, assegura que “*ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas*”.

Além disso, o Poder Judiciário que se permite criação ativa de norma penal deixa, imediatamente, de se apresentar legitimamente como a instância independente perante a qual “*qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legislação de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal*” (**artigo 9, parágrafo 4 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**). Em sentido idêntico, o **artigo 7, parágrafo 6, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos** e “*toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais*”.

Trata-se de elemento essencial da legitimidade da jurisdição penal e definidor da sua independência que as normas definidoras de crimes não tenham sido produzidas pelo próprio Poder Judiciário. Afastou-se desse princípio-garantia, vale o registro, o **direito nazista**, que, em 1935, procedeu a alteração do Código Penal alemão para **afastar a regra que proibia a condenação criminal com base em analogia**, substituindo-a pela seguinte:

“Será punido quem comete um fato que a lei declara punível ou que é merecedor de punição segundo o conceito que dá fundamento a uma lei penal e segundo o são sentimento do povo; se ao fato não se puder aplicar nenhuma norma penal

ADO 26 / DF

determinada, deverá ele ser punido de acordo com a norma cujo conceito fundamental melhor lhe seja aplicável."

7. Direitos fundamentais, minorias vulneráveis e dever de proteção.

Não se pode deixar de reconhecer que, em uma sociedade marcada pela heteronormatividade, como a nossa, a concretização do princípio da igualdade (art. 5º, I, da Lei Maior), em relação às identidades minoritárias de gênero e de orientação sexual, reclama adoção de ações e instrumentos afirmativos voltados, exatamente, à neutralização da situação de desequilíbrio.

Com efeito, o princípio isonômico, tal como delineado na Constituição da República, de modo algum exclui a concessão de tratamento diferenciado, protetivo, a grupos vulneráveis, na perspectiva de, nas palavras da Ministra Cármem Lúcia, "*acertar, na diferença de cuidado jurídico, a igualação do direito à dignidade na vida*" (ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990, p. 75).

Assim o faz, por exemplo, em relação à mulher, no **art. 7º, XX**, ao incumbir o legislador de elaborar mecanismos jurídicos de incentivos específicos para a proteção do mercado de trabalho da mulher. Da mesma forma, o **art. 231** confere proteção especial aos índios, ao reconhecer sua particular organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Nessa linha, muitas vezes uma efetiva igualdade substantiva de proteção jurídica de grupos vulneráveis demanda atuação positiva do legislador, superando qualquer concepção meramente formal de igualdade, de modo a eliminar os obstáculos - físicos, econômicos, sociais ou culturais -, que impedem a sua concretização. Quando o ponto de partida é uma situação indesejável de desigualdade de fato, o fim desejado da igualdade jurídica (art. 5º, caput e I da CF), materialmente, somente é alcançado ao se conferir aos desiguais tratamento desigual na medida da sua desigualdade.

Indivíduos identificados como especialmente vulneráveis em função do grupo social a que pertencem têm reconhecido pelo sistema

ADO 26 / DF

constitucional o direito à proteção do Estado, na forma de mecanismos eficazes de dissuasão, contra violações da sua integridade pessoal (Vejam-se, exemplificativamente, os arts. 129, inciso V – populações indígenas; 227, § 1º, II – portadores de necessidades especiais físicas, sensoriais ou mentais; 230, § 1º – idoso).

Sobre os desafios hermenêuticos apresentados pela urgência na concretização dos direitos fundamentais demandada na contemporaneidade, têm se debruçado não só as Cortes constitucionais das mais diversas jurisdições nacionais, mas também as Cortes integrantes dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos. Pode-se afirmar que a evolução de praticamente todas as democracias constitucionais modernas converge para uma compreensão do princípio da igualdade segundo a qual, na precisa definição da Corte Europeia de Direitos Humanos, “*discriminação significa tratar diferentemente, sem um objetivo e justificativa razoável, pessoas em situação relevantemente similar*” (*Willis vs. Reino Unido*, § 48, 2002; *Okpisz vs. Alemanha*, § 33, 2005). *Contrario sensu*, deixar de tratar diferentemente, sem um objetivo e justificativa razoável, pessoas em situação relevantemente diferente, também é discriminar.

Sobre o tema, reporto-me a duas belíssimas monografias tematizando a igualdade, da Ministra Cármem Lúcia e de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“O princípio jurídico da igualdade refaz-se na sociedade e reabala conceitos, reelabora-se ativamente, para igualar iguais desigualados por ato ou com a permissão da lei. O que se pretende, então, é que a ‘igualdade perante a lei’ signifique ‘igualdade por meio da lei’, vale dizer, que seja a lei o instrumento criador das igualdades possíveis e necessárias ao florescimento das relações justas e equilibradas entre as pessoas. (...) O que se pretende, pois, é que a lei desigualte iguais, assim tidos sob um enfoque que, todavia, traz consequências desigualadoras mais fundas e perversas. Enquanto antes buscava-se que a lei não criasse ou permitisse desigualdades, agora pretende-se que a lei cumpra a função de promover igualizações

ADO 26 / DF

onde seja possível e com os instrumentos de que ela disponha, inclusive desigualando em alguns aspectos para que o resultado seja o equilíbrio justo e a igualdade material e não meramente formal.

(...)

*Ao comportamento negativo do Estado, passa-se, então, a reivindicar um comportamento positivo. O Estado não pode criar legalidades discriminatórias e desigualadoras, nem pode deixar de criar situações de igualação para depurar as desigualdades que se estabeleceram na realidade social em detrimento das condições iguais de dignidade humana que impeçam o exercício livre e igual das oportunidades, as quais, se não existirem legalmente, deverão ser criadas pelo Direito. Somente então se terá a efetividade do princípio jurídico da igualdade materialmente assegurado.” (ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990, p. 39 e 41)*

*“(...) não é qualquer diferença, quanto real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais. Não basta, pois, poder-se estabelecer racionalmente um nexo entre a diferença e um consequente tratamento diferenciado. Requer-se, demais disso, que o vínculo demonstrável seja constitucionalmente pertinente. É dizer: as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva hão de ser conferidas prestigiando situações conotadas com os interesses acolhidos no sistema constitucional.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p. 54)*

Considerar o princípio da igualdade tão somente em sua dimensão formal, sem atentar para a dimensão material, inviabiliza toda e qualquer ação afirmativa, voltada a reparar seja desigualdades de gênero, seja de raça, credo, idade ou condição social.

A Constituição Federal de 1988, quando dispõe sobre a igualdade, consagra-a como princípio geral, aplicável em diversos pontos e com distintos graus de incidência, pois exige **igualdade de aplicação do direito em geral** (igualdade perante a lei) e a **igualdade na criação do**

ADO 26 / DF

direito (igualdade da lei), embora no campo de aplicação se possa falar em “**inesgotabilidade conceitual**” da igualdade, decorrente da mutabilidade social que impõe o acompanhamento da igualdade “às novas concepções políticas e sociais”.

O oferecimento de proteções especificamente talhadas para atender as necessidades específicas de proteção de determinados grupos, longe de ser vedado, é plenamente compatível com o conceito constitucional de igualdade.

8. Entendo que o direito à própria individualidade, à própria identidade, aí compreendidas as identidades sexual e de gênero, traduz um dos elementos constitutivos da noção de pessoa humana titular de direitos fundamentais. Isso, porque é a partir do reconhecimento da identidade é que o indivíduo pode desenvolver sua personalidade, autonomia e lugar na comunidade a qual pertence.

Cabe aqui uma analogia jurídica com o direito de participação, tido como o direito político por excelência no que diz respeito à institucionalização de uma democracia liberal. A tutela da participação adequada e efetiva dos cidadãos na arena política é o primeiro direito que permite o desenvolvimento de todas as outras condições para a construção da democracia e, por conseguinte, para o exercício dos demais direitos.

Da mesma forma, o direito à autodeterminação sexual decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana tomada como valor-fonte a informar e conformar todo o ordenamento constitucional (**art. 1º, III, da CF**).

Este Supremo Tribunal Federal, no julgamento da questão da constitucionalidade do reconhecimento da união homoafetiva (**ADI 4.277 e ADPF 132**), por unanimidade, definiu interpretação jurídica, quanto ao alcance do significado normativo do direito à liberdade e à escolha no plano da esfera privada da sexualidade, no sentido de que, em razão da aplicabilidade dos regras da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da autodeterminação, da não

ADO 26 / DF

discriminação e da busca da felicidade, toda pessoa tem o direito fundamental à orientação sexual.

No mesmo julgamento, destacou-se que o sexo, ou gênero, das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualdade jurídica, devendo ser afastada toda forma de preconceito à luz **do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal**.

O papel do Estado e da democracia deve ser o de assegurar a máxima igualdade entre as pessoas e o exercício da liberdade de manifestação de forma a permitir um tratamento entre os indivíduos com igual respeito e consideração.

A Constituição Federal consagra como objetivo fundamental da República, nos termos do seu **art. 3º, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo e quaisquer outras formas de discriminação**. E o **art. 5º, XLI**, consubstancia uma escolha do constituinte originário sobre o modo como essa proteção deve ser efetivada: “**a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais**”. É dever do Estado promover e defender a liberdade do cidadão e não na sua limitação. As normas constitucionais, notadamente aquelas instituidoras dos direitos fundamentais de nada valeriam se fossem lidas de acordo com a opinião hegemônica da maioria da sociedade.

Ocorre que esse dever de tutela do direito à igualdade pelo Estado constitucional, conquanto encontre seu lugar-comum de realização no plano formal do tratamento igualitário perante o direito, assim como no substantivo, tem no plano da alteridade e diferenças a exigência de sua força normativa. Ou seja, nas situações fáticas, valoradas pelo direito, caracterizadas pela diferença entre os indivíduos, é que a igualdade incide como vetor interpretativo de resolução dos problemas jurídicos.

Nesse cenário, o direito ao tratamento igualitário, em consideração e respeito entre os cidadãos, exige que a sexualidade e sua manifestação como expressão da personalidade da pessoa humana sejam asseguradas, ainda que esse reconhecimento implique diferença nas formas de expressão dessa identidade de gênero, em comparação com o padrão

ADO 26 / DF

heteronormativo esperado pela sociedade.

9. Cumpre registrar que, de modo geral, as condutas objeto da postulação são condutas que, em nosso ordenamento jurídico, já são consideradas criminosas. Injuriar, praticar violência, homicídio, etc., são figuras típicas, no nosso ordenamento, tenham sido ou não motivadas por sentimentos homofóbicos. O que se quer é que a motivação homofóbica seja explicitada como agravante dos referidos delitos, seja por intervenção direta do STF, seja mediante interpretação da Lei 7.716/1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

No julgamento do HC 82.424/RS, este Supremo Tribunal Federal reconheceu que a definição do conceito jurídico-constitucional de racismo reúne a compatibilização de fatores etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos e biológicos. Desse modo, a sua abrangência semântica, a partir da interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, não prescinde da conjugação de fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.

Resulta viável, portanto, o acolhimento do pedido de interpretação conforme da Lei nº 7.716/1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, nos termos do voto do eminentíssimo Ministro Celso de Mello.

10. O conceito de democracia, que não se fisionomiza, nas sociedades contemporâneas, pela simples prevalência do princípio majoritário. Vai além, identificando-se pela conjugação de instituições majoritárias representativas populares e instituições não eleitas de tutela dos direitos fundamentais, desenvolvendo funções distintas e complementares para o ótimo funcionamento do Estado de Direito.

É cediço que as sociedades democráticas contemporâneas são marcadas por divisões culturais e pela pluralidade de percepções sobre os elementos do bem comum, de modo a importarem, a ausência de consenso e a imprevisibilidade cotidiana presentes na arena política, em que resolvidas, como regra, as divergências por apertadas maiorias, em uma sensação de baixa legitimidade do sistema democrático

ADO 26 / DF

representativo, com frequência bem maior do que a desejável.

Nesse cenário, ao Poder Judiciário, como elemento estruturante da democracia constitucional, compete a função de interpretar a legislação – ordinária e constitucional –, e assegurar a supremacia da própria Constituição, fundamento de validade de todo o sistema jurídico, a lei fundamental do país.

Tal competência jurisdicional explica-se porque, embora a Constituição seja o fundamento de validade de todo o sistema e obrigatória aos seus destinatários, o seu significado, consideradas as situações concretas ou mesmo em contextos abstratos, comporta divergências, em especial pela indeterminação inherente à linguagem jurídica e ao próprio Direito, notadamente às suas regras e textos. Daí a necessidade da atuação de uma instituição não eleita e imparcial para resolver os problemas de interpretação e aplicação da Constituição.

11. Configuração da mora legislativa inconstitucional

Cumpre equacionar, de outra parte, a caracterização da mora legislativa na regulamentação da norma constitucional em questão. Reporto-me, quanto a esse aspecto, às seguintes ponderações de Flávia Piovesan, em monografia sobre o tema:

"Parece se dirigir a essa problemática Clémerson Merlin Clève, quando distingue as omissões inconstitucionais das chamadas 'situações constitucionais imperfeitas' ou 'lacunas técnicas' ou 'lacunas de legislação'. Assim, em sua lição, a 'lacuna' só se converteria em omissão inconstitucional após decorrido um lapso temporal que extravasse os limites do razoável, razão pela qual, em seu entendimento, 'é preciso ver, então, que a omissão inconstitucional configura um plus em relação às situações jurídicas imperfeitas. A inconstitucionalidade por omissão conta com um elemento adicional para a sua caracterização: o tempo'. Ou, ainda, como quer Regina Maria Macedo Nery Ferrari, 'a inconstitucionalidade por omissão nada mais é do que um juízo sobre o tempo em que deveria ter sido produzido o ato que viesse a propiciar a efetiva aplicação dos dispositivos constitucionais'.

ADO 26 / DF

À luz, portanto, da razoabilidade e levando em conta este amplo elenco de elementos e fatores sociais, históricos e valorativos, se se concluir que o ato, ao longo do prazo decorrido, não só podia como devia ser emitido, ficará caracterizada a inconstitucionalidade" (Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2.ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 95, destaquei).

A esse respeito, salientou, com pertinência, o Ministro Celso de Mello, no julgamento do MI 20/DF, que "*a inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento da efetivação da prestação legislativa – não obstante a ausência, na Constituição, de prazo prefixado para a edição da necessária norma regulamentadora – vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários*" (MI 20/DF, Tribunal Pleno, DJ 20.5.1994, destaquei).

O dever do Estado de punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais se concretiza na definição e implementação das políticas públicas, voltadas a esse fim, cujas feições são dependentes das opções políticas feitas pelo legislador. Não obstante, o espectro de escolhas legislativas disponíveis, do ponto de vista constitucional, somente inclui aquelas que fornecem proteção suficiente ao bem jurídico tutelado, aquelas que sejam, por assim dizer, eficazes, sob pena de ser negada a força normativa da Constituição. A **insuficiência na prestação estatal protetiva configura, em si mesma, uma afronta à garantia inscrita no texto constitucional.**

De fato, o período transcorrido entre a promulgação da Constituição e o ajuizamento da presente ação já marca três décadas, sem que tenha sido cumprido, pelo legislador complementar, o comando constitucional viabilizador do exercício do direito em causa. Qualifica-se, assim, a mora legislativa, a toda evidência, como injustificada e excessiva, além de não razoável, como reiteradamente reconhecido pela jurisprudência desta Suprema Corte.

ADO 26 / DF

12. Em suma:

O que se discute nas presentes ações é, em última análise, a viabilidade de, mediante pronunciamento jurisdicional com eficácia *erga omnes* e caráter vinculante, se afirmar, como **direito objetivo**, a tipificação específica de determinadas condutas quando qualificadas por motivação **homofóbica ou transfóbica**.

O pedido tem lastro no **art. 5º, XLI, da CF**, segundo o qual “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”. Trata-se de um evidente comando do Constituinte ao legislador para que produza legislação repressiva de comportamentos discriminatórios que atentem contra direitos e liberdades fundamentais, de grupos ou indivíduos.

Entendo que o direito à própria individualidade, à própria identidade, aí compreendidas as identidades sexual e de gênero, traduz um dos elementos constitutivos da noção de pessoa humana titular de direitos fundamentais. Isso, porque a partir do reconhecimento da identidade é que o indivíduo pode desenvolver sua personalidade, autonomia e lugar na comunidade a qual pertence. O direito à autodeterminação sexual decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana tomada como valor-fonte a informar e conformar todo o ordenamento constitucional (**art. 1º, III, da CF**).

O descumprimento de tal determinação pelo Poder Legislativo, no tocante a direitos e liberdades fundamentais titularizados por pessoas identificadas como homossexuais ou transexuais, não obstante transcorridos três décadas desde a promulgação da Carta de Direitos, abre a via da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, instrumento previsto na própria Constituição e que visa a colmatar o vazio legislativo impeditivo à efetividade da norma Constitucional.

No caso, a mora do Poder Legislativo em cumprir a determinação que lhe foi imposta pelo **art. 5, XLI, da CF** está devidamente demonstrada. Vale destacar que esta Corte tem farta jurisprudência no sentido de que a existência de projetos de lei em tramitação não afasta a mora inconstitucional, o que somente se dá com a efetiva conclusão do

ADO 26 / DF

processo legislativo.

De fato, o art. 5º, XXXIX, da CF consagra o princípio da legalidade estrita em matéria penal, segundo o qual “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. Por esta razão, mostra-se inviável a este Supremo Tribunal Federal, substituindo-se ao legislador, produzir a norma penal requerida no pedido principal.

Quando ao pedido sucessivo, este Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 82.424/RS (Tribunal Pleno, Relator p/ o acórdão Ministro Maurício Corrêa, em 17.09.2003), rejeitou a tese da defesa de Siegfried Ellwanger, segundo a qual, por não constituírem, os **judeus**, uma raça, não poderia o paciente, ao produzir e divulgar materiais com conteúdo **antissemítico**, ser enquadrado na **Lei nº 7.716/1989**, que define os crimes resultantes de preconceito de **raça** ou de cor, tampouco aplicar-se lhe ia a **imprescritibilidade** afirmada no art. 5º, XLII, da CF.

Ao fazê-lo, o STF interpretou o sentido e o alcance da definição jurídico-constitucional de racismo, compatibilizando critérios etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos, biológicos, históricos e culturais, de modo a afirmar a incidência do tipo penal referido ao racismo, ainda que, por não assimilável a noção de judeu a uma raça propriamente dita, o antisemitismo, do ponto de vista estritamente biológico, não pudesse ser tido como forma de discriminação baseada no conceito biológico de raça. Assentou a Corte, assim, que, porque fundados em uma dada concepção racial, os discursos antisemitas **equivaleriam** ao discrimen com conteúdo racista, “*reforçados pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam*”.

A respeito da exegese do termo “racismo”, tal como inscrito na Constituição, observou o Ministro Maurício Corrêa, em seu voto, “*não se lhe poder emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica*”, devendo-se “*entende-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional, sobretudo levando-se em conta a pluralidade de conceituações do termo, entendido não só à luz de seu sentido meramente vernacular, mas também do que resulta de sua valoração antropológica e de seus*

ADO 26 / DF

aspectos sociológicos". Anotou, ainda que "o que vale não é o que pensamos, (...) se se trata ou não de uma raça, mas se quem promove o preconceito tem o discriminado como uma raça e, exatamente com base nessa concepção, promove e incita a sua segregação".

Consoante exposto detalhadamente no primoroso voto proferido pelo eminente Ministro Celso de Mello, relator da ADO, procedeu esta Corte, naquela ocasião, a uma efetiva ampliação conceitual do conceito jurídico-constitucional de racismo, consoante se deduz dos seguintes excertos do acórdão do HC 82.424:

"Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito.

(...)

O direito de qualquer cidadão de não ser alvo de práticas racistas, como de resto as demais garantias individuais, está inserido nas liberdades públicas asseguradas pela Carta Magna, sendo dever do Estado assegurar sua total observância. O respeito ao valor fundamental da pessoa humana é premissa básica do Estado de Direito, e sua desconsideração permite o surgimento de sociedades totalitárias. Nada pode ser mais aviltante à dignidade do homem do que ser discriminado e inferiorizado em seu próprio meio social.

(...)

Com efeito, limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria natureza e prevalência dos direitos humanos.

(...)

Por tudo o que já foi dito, permito-me arrematar que racismo, longe de basear-se no conceito simplista de raça,

ADO 26 / DF

reflete, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização, e até de eliminação de pessoas. Sua relação com o termo raça, até pela etimologia, tem a perspectiva da raça enquanto manifestação social, tanto mais que agora, como visto, em virtude de conquistas científicas acerca do genoma humano, a subdivisão racial da espécie humana não encontra qualquer sustentação antropológica, tendo origem em teorias racistas que se desenvolveram ao longo da história, hoje condenadas pela legislação criminal."

O que ora se propõe é que o próprio conceito jurídico-constitucional de racismo, a partir do delineamento que lhe foi conferido no referido precedente deste Plenário, absorve, em sua abrangência semântica, a discriminação com base em gênero e orientação sexual e de gênero, às quais nos referimos como discriminação por homofobia e transfobia.

Embora não sem alguma dificuldade, entendo que a tese corresponde a uma possibilidade exegética de fato compatível com o precedente citado, e que a ele reconhece autoridade e institucionalidade, em consonância, ainda, com os princípios da equidade e da colegialidade. Além disso, está em consonância com a recomendação da doutrina jurídica de que, diante de normas constitucionais que visam a implementar proteções a direitos fundamentais, seja evitado "método interpretativo que reduza ou debilite, sem justo motivo, a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais" (FREITAS, Juarez. 2007). Na lição de Jorge Miranda, "a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação" (MIRANDA, Jorge, 1998), imperativo que assume, na lição de Konrad Hesse, a seguinte sistematização:

"Dado que a Constituição pretende ver-se atualizada e uma vez que as possibilidades e os condicionamentos históricos dessa atualização modificam-se, será preciso, na solução dos

ADO 26 / DF

problemas, dar preferência àqueles pontos de vista que, sob as circunstâncias de cada caso, auxiliem as normas constitucionais a obter a máxima eficácia." (HESSE, 1984)

Já ordinariamente tipificados pelo legislador, na **Lei nº 7.716/1989**, os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, a mera explicitação do seu conteúdo e alcance, mediante interpretação conforme o **art. 5º, XLI e XLII, da CF**, e à luz da jurisprudência desta Casa já consolidada historicamente, não configura, a meu juízo, afronta ao **art. 5º, XXXIX, da Carta Política**.

Ora, compete ao Poder Judiciário, como elemento estruturante da democracia constitucional, a função de interpretar a legislação – ordinária e constitucional –, e assegurar a supremacia da própria Constituição, fundamento de validade de todo o sistema jurídico, a lei fundamental do país.

13. Conclusão

Reconheço, pois, demonstrada a **omissão** do Poder Legislativo da União, o efetivo estado de **mora legislativa inconstitucional** na implementação do comando de incriminação inscrito no **art. 5º, XLI e XLII, da CF**, relativamente às pessoas LGTB.

Em consequência, impõe-se seja cientificado o Congresso Nacional, para adoção das providências necessárias, a teor dos **arts. 130, § 2º, da CF e 12-H da Lei nº 9.868/1999**.

Enquanto persistir o estado de mora inconstitucional, aplica-se aos crimes praticados com motivação homofóbica ou transfóbica, mediante interpretação conforme a Constituição, a Lei nº 7.716/1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Ante o exposto, conheço em parte da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na exata extensão em que o fez o eminente Relator Celso de Mello e, no mérito, **na parte conhecida, julgo-a procedente**, nos exatos termos do magnânimo voto proferido por S. Exa.

Conheço do mandado de injunção e o julgo procedente, também nos limites do belíssimo voto do eminente Relator Edson Fachin.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 402 de 566

ADO 26 / DF

23/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, conforme Vossa Excelência já destacou agora, já são cinco votos, e eu entendo que hoje a Corte tem que chancelar uma resposta jurisdicional a esse pleito de tamanha envergadura.

Em respeito à própria comunidade atingida por esse flagelo do preconceito, eu, evidentemente, lavrei um voto com a densidade que o tema merece. Entretanto, tendo em vista o adiantar da hora, vou pedir vênia para sintetizar e fazer a juntada desse voto.

Senhor Presidente, a jurisdição da Justiça é uma função popular; e, já que ela é assim, é preciso explicitar aquilo que nós estamos decidindo.

Assim como fui surpreendido hoje com essa notícia que conferi na agenda que estava no exterior, na representação aqui do Supremo, eu também verifiquei algumas notícias extremamente equívocas sobre o tema que se vai decidir. É como se houvesse por parte do Supremo Tribunal Federal uma proteção excessiva com relação aos integrantes da comunidade LGBT. Então, citou-se um caso que é completamente diferente do outro. Por exemplo, se um integrante da comunidade LGBT é atingido por uma bala perdida, nós estaremos diante de um homicídio a respeito do qual se vai apurar a responsabilidade. Não há aí um delito dirigido contra esse integrante da comunidade LGBT motivado por um preconceito. Agora, há um segundo caso absolutamente real: Um motorista de táxi, verificando que um casal integrante do LGBT, pelo retrovisor, estava no banco traseiro em seu relacionamento mais íntimo - ainda que urbano -, parou o carro na porta de uma pizzaria e anunciou que esses passageiros, supostamente, não o respeitavam e os submeteu àquela, digamos assim, agressão não só simbólica, como também física, acompanhada por parte de pessoas que rodeavam esse estabelecimento. Isso é homofobia! E assim o é porquanto o fato gerador do delito é a

ADO 26 / DF

motivação homofóbica.

Anoto, Senhor Presidente, que, infelizmente, esse não é um fato isolado; mas do cotidiano. É uma realidade que, sob o ângulo fenomênico, é tão generalizada que, assim como o eminente Relator, eu chegaria mesmo a afirmar que nós vivemos, à luz da Constituição, um estado de coisas inconstitucional, porque a homofobia, praticamente, generalizou-se; muito embora, na época em que o Supremo Tribunal Federal julgou a união afetiva, as cenas explícitas de violência homofóbica diminuíram sobremaneira.

Relembro aquela cena que tanto nos afligiu, diante da proteção constitucional a todos os seres humanos, a todas as pessoas com relação à sua dignidade, à sua orientação sexual: O caso específico daquele jovem que quebrou uma lâmpada no rosto de integrantes da comunidade LGBT. Aquele foi o momento culminante pelo qual o Supremo Tribunal Federal entendeu interferir, de imediato, com uma jurisprudência exemplar e que o foi pelos exemplos que passaram a se seguir.

Trago, neste voto, um relatório do Ministério dos Direitos Humanos divulgado em 2018 em que se registrou um total - por isso eu falo em "estado de coisas inconstitucional" - de 2.964 violações de direitos humanos sofridas por indivíduos que se diferenciam por sua opção sexual ou posicionamento quanto à identidade de gênero, consolidadas as ocorrências em 2016 no periódico "Violência LGBTFóbicas no Brasil: dados da violência".

Trago aqui um outro levantamento de 2017, com o Ministério de Direitos Humanos reiterando o número alarmante de denúncias por violação contra a comunidade LGBT, retratando não só as violências físicas, como também simbólicas. Por exemplo, se um estabelecimento proíbe a contratação de integrante da comunidade LGBT, ou um educandário proíbe o ingresso de integrantes da comunidade LGBT, evidentemente que isso são delitos homofóbicos, violência simbólica que é tão alarmante quanto a violência física.

Por outro lado, a Ministra Rosa já trouxe também, e eu trago no meu voto dados de documentos transnacionais que reiteram a preocupação

ADO 26 / DF

mundial com esses níveis epidêmicos de violência homofóbica. Acresce-se a isso tudo, evidentemente, uma inércia legislativa específica, porquanto, quando o legislador retratou, nos casos de violência física, motivo torpe ou motivo fútil, ele não pôde imaginar que esse motivo fútil, esse motivo torpe, fosse a homofobia. Depois de termos passado pelos horrores do nazifascismo e do Holocausto, nunca mais se imaginou que o ser humano pudesse ser vítima dessa discriminação e alto grau de violência.

Aqui, Senhor Presidente, eu trago também toda a exposição de motivos que as legislações apresentaram antes da votação, entretanto é mais do que inequívoca a inércia legislativa. Esses projetos não caminham, esses projetos não andam. É claro que hoje tivemos um aceno de que o Congresso Nacional vai votar, mas como bem destacou o nosso decano, nós não temos certeza de que ele vai ser aprovado. Ele pode ser vetado e, efetivamente, a homofobia vai prosseguir. É nesse sentido que se impõem a judicialização dessa questão e a palavra final do Poder Judiciário, porque, às vezes, voz e voto não são suficientes. Às vezes, voz e voto não são suficientes porque, através dessas vozes, através desses votos, nós poderíamos ter, ao final do curso dessa intenção legislativa, um veto que passará por um processo extremamente delongado de derrubada dessa manifestação executiva contra a iniciativa do Legislativo, então fala-se em judicialização.

É claro que há limites da jurisdição constitucional. A instância hegemônica no Estado democrático de Direito é o Parlamento, mas o Parlamento não atua e todos os doutrinadores que impõem limites à jurisdição constitucional - e nós temos sofrido críticas por força disso, por esse protagonismo - todos eles, esses doutrinadores, os filósofos de Direito, afirmam que a jurisdição constitucional se impõe quando se trata de defesa das minorias contra as violências da maioria.

Por outro lado, hoje ainda publicou-se um dispositivo, um artigo, com um argumento que seria extremamente sedutor, de que o Judiciário, por força do princípio de que não há pena sem prévia legalidade, *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, não há crime sem lei anterior que o

ADO 26 / DF

defina, na fórmula de Feuerbach, o Judiciário não poderia criar uma figura. Mas o Judiciário não está criando uma figura. O Judiciário está fazendo a interpretação da legislação infraconstitucional que trata do racismo à luz da homofobia. O próprio Supremo Tribunal Federal já firmou seu conceito de que racismo é um delito cometido contra o homem de carne e osso, integrantes da comunidade LGBT, judeus e afrodescendentes. Tudo isso é racismo. E por que que nós temos que promover essa interpretação conforme a Constituição? Porque o racismo implica delitos imprescritíveis. É uma lição perene de convivência e harmonia na sociedade com as pessoas que fazem as suas opções. Quem escolhe a sua agenda humana é o ser humano dentro da sua órbita de independência e que deve assim ser obedecido, porque está imanente à essa ideia de autodeterminação a ideia kantiana de dignidade. A pessoa só tem dignidade quando ela tem autodeterminação de dizer aquilo que ela quer ser como pessoa. De sorte que eu também afasto essa questão da criminalização por violação do princípio da reserva legal.

Entendo que estamos fazendo aqui uma interpretação da Lei do Racismo à luz da Constituição Federal, principalmente - reitero - porque o Supremo Tribunal Federal, no HC 82.424, assentou que raça são homens de carne e osso. Racismo se dá contra seres humanos, qualquer que seja a sua fé e a sua orientação sexual.

Transcrevo aqui todo o teor desse acórdão memorável do Supremo Tribunal Federal, assim como o são os acórdãos que foram lavrados pelo nosso decano e pelo meu querido Ministro Luiz Edson Fachin.

Senhor Presidente, o Supremo Tribunal Federal, na lição de Alexander Bickel, no *The Least Dangerous Branch*, assenta que o Supremo Tribunal Federal tem o dever - é o Poder menos perigoso -, mas tem o dever de ser contramajoritário quando minorias devem ser defendidas no plano juspolítico e não recebem esse tratamento, e têm uma defesa deficiente. Na verdade, muitas vezes, essas questões são trazidas ao Judiciário porque o Judiciário não é feito de juízes eleitos; o Judiciário é feito de juízes concursados, juízes que têm o dever primário de ter independência. E podem tê-la, porque são investidos num cargo em que

ADO 26 / DF

não há influências nem preço social a pagar. Um juiz não deve temer cair em impopularidade ou em desagrado quando defende valores morais expressivos como soem ser no enfrentamento da defesa das minorias.

Por outro lado, Senhor Presidente, como nós estamos julgando o mandado de injunção, eu entendo que o mandado de injunção não mais reclama uma exortação ao Parlamento, porque isso estaria atendido até pelo ofício que hoje foi enviado. O mandado de injunção exige uma providência concreta, mercê de poder ser substituída - como nosso decano e o Ministro Fachin assentaram - por uma legislação superveniente.

Trago também em meu voto inúmeros argumentos de cunho transnacional, com referências aos índices de delitos homofóbicos no Brasil. E talvez aqui como um fecho, Senhor Presidente, pedindo vênia por essa síntese - vou juntar o voto escrito -, é extremamente importante, no meu modo de ver, uma visão sociológica desse problema.

A abordagem sociológica que trago no meu voto é na esteira do pensamento de Axel Honneth, quando ele aborda a denominada gramática dos conflitos sociais. Diz ele que o reconhecimento da criminalização das condutas - e eu acrescento das condutas homofóbicas e transfóbicas - altera a cultura do povo não só por força dessa imprescritibilidade, não só por força do *imperium judicis* da decisão do Supremo Tribunal Federal, mas, acima de tudo, no ângulo bifronte, ela aumenta a autoestima dessa minoria e lhes conforta com a sensação de pertencimento à sociedade. Essa forma de inserção, para mim isso é importantíssimo sob o ângulo da vida das pessoas - e o Direito vive para o homem, e não o homem para o Direito -, gera autorrespeito e respeito recíproco.

Senhor Presidente, nós decidimos aqui, bem antes, as ações afirmativas que têm dois grandes baluartes nessa luta incansável: o Frei Davi e o professor José Vicente. E através e por meio das decisões do Supremo Tribunal Federal, as ações afirmativas foram legitimadas à unanimidade. E essas ações afirmativas não só geraram a criminalização do preconceito, como também essa legitimidade funcional, conferidas às

ADO 26 / DF

ações afirmativas, representou um fato gerador de abertura do mercado de trabalho, de abertura de vagas em universidades, de abertura da vida em sociedade para os afrodescendentes. E assim também deve ser em relação aos integrantes da comunidade LGBT.

Concluindo, Senhor Presidente, acolher o pedido da comunidade LGBT é cumprir o compromisso da Justiça, que é dar a cada um aquilo que é seu. E eu assento que, assim o fazendo, o Supremo Tribunal Federal estará cumprindo o sacerdócio da Magistratura, tal como prenuncia a nossa Constituição Federal, que, sob a inspiração de Deus - uma das poucas constituições que invoca a proteção de Deus e a inspiração de Deus -, atribui ao Supremo o dever de velar para que a sociedade brasileira seja justa e sem preconceitos. E não abdicando desse dever, entendo, Senhor Presidente, na qualidade de sexto votante que chancela esse resultado, que nós devemos, por dever de ofício, por dever à guarda da Constituição, à nossa subserviência à Carta Maior, julgarmos procedente os pedidos na forma dos votos dos relatores, Ministro Celso de Mello e Ministro Luiz Edson Fachin, considerando o racismo, os atos físico de violência simbólica contra os integrantes da comunidade LGBT, sem prejuízo, como aqui hoje foi destacado, sem prejuízo e com toda a deferência e com todo o respeito de o Legislativo, ao seu tempo e ao seu alvedrio, criar - criar, não contrariar -, criar o tipo específico para esses fatos que aniquilam a noção de humanidade.

Acompanho os relatores, Senhor Presidente.

PRELIMINAR

Ab initio, importa reconhecer que o pedido de responsabilização civil do Estado por práticas homofóbicas e transfóbicas é incompatível com a sistemática da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A condenação por danos causados em decorrência de omissão legislativa deve ser pleiteada pela via própria.

Não cabe ao Supremo Tribunal Federal condenar o Estado a

ADO 26 / DF

indenizar vítimas desse tipo de conduta, por mais reprovável que seja, com base em alegada anomia. A ação direta de constitucionalidade por omissão, instrumento abstrato de controle de constitucionalidade, visa a declarar a omissão constitucional, total ou parcial, quanto o cumprimento de dever constitucional de legislar.

Não conheço da ação, portanto, quanto ao pedido de condenação do Estado ou de parlamentares a indenizar vítimas de homofobia e transfobia, em virtude de descumprimento do suposto dever de legislar.

PREMissa TEÓRICA:

O Papel do Poder Judiciário na Concretização do Direito Fundamental de Minorias em Matéria Penal

É inegável que “*o princípio da separação de poderes, embora não seja um princípio rígido, implica, no seu conteúdo essencial, a distinção entre legislação e jurisdição*” (MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 495). Sabe-se, a despeito disso, que o **princípio da separação de poderes** não decorre do direito natural, revestindo-se das características que o constituinte lhe atribuiu.

Enquanto, por meio da separação de poderes, cada poder se incumbe precipuamente de suas funções, prevê-se, pelo sistema de pesos e contrapesos, a interação entre eles como forma de contenção de poder. Ao prever a inconstitucionalidade por omissão, cuja ação própria visa a tornar efetiva norma constitucional, a Constituição determinou que seja dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias, o que mitiga a alegação de usurpação de poderes.

A par da separação de poderes, o **princípio democrático** também fundamenta as restrições à atuação normativa do Judiciário. É que, a despeito da notória crise de representatividade, o povo deposita nas urnas expectativas e responsabilidades, que justificam a posterior prestação de contas dos poderes eleitos.

ADO 26 / DF

Como corolário, o **princípio da liberdade de conformação do legislador** suscita a autonomia da função legislativa permitindo que esse corpo político tenha liberdade institucional e discricionariedade estrutural de escolher os temas que irá ou não deliberar. Sendo assim, o silêncio legislativo não seria "*necessariamente um problema a ser resolvido, podendo ser uma opção política válida*" (BARCELLOS, Ana Paula de. Direito e Política: silêncio do legislador, interpretação e analogia. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015).

Por outro lado, a democracia não se confunde com princípio majoritário, nem permite que se faça tábula rasa dos ditames do constituinte. Dessa forma, os poderes eleitos não podem, em nome da vontade de maiorias ocasionais, furtar-se de obrigação imposta pelo constituinte.

Tratando-se de omissão inconstitucional, a recalcitrante inércia do poder público usurpa competência do poder constituinte, ao nulificar sua expressa previsão. Nas palavras sempre inspiradas do Ministro Celso de Mello: "*a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário*" (ADI 1458 MC, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/1996).

A abstenção voluntária do poder público, quando consubstanciada em omissão específica e reiterada, não pode frustrar a aplicabilidade e a efetividade de direito fundamental reconhecido no texto constitucional. A renitente inércia malbarata as decisões judiciais, desafia o Judiciário e, o que é muito mais grave, nulifica os ditames da Constituição. A este Supremo, guardião da Constituição, compete garantir-lhe supremacia.

Isso não significa, no entanto, que a identificação de eventual lacuna seja indiferente à autocontenção judicial e a deferência à atividade legislativa democrática, nem mesmo que haja uma fórmula única e simplista para todos os casos. A **par da necessidade de se caracterizar a mora legislativa, o reconhecimento judicial da inconstitucionalidade por omissão pressupõe a ponderação graduada entre os bens jurídicos**

ADO 26 / DF

em jogo.

Tratando-se de ação que pretende a criminalização da homofobia, deve-se considerar, *ab initio*, a existência de dever constitucional de criminalização. Uma vez configurada a mora legislativa, o desafio consiste na concordância interna das normas jurídicas e dos complexos de regulação, que afaste contradições lógicas entre as regras e valores de uma ordem jurídica.

Se, de um lado, a **legitimidade da atuação contramajoritária** aumenta conforme se trate de uma minoria subrepresentada e da imprescindibilidade da medida judicial para o exercício dos direitos constitucionais; de outro, a **autocontenção judicial** deve ser tanto maior quanto a gravidade da punição eventualmente cominada, que, no polo extremo do âmbito penal, justifica a aplicação dos postulados da intervenção mínima e da legalidade estrita, içados a cláusulas pétreas.

A pretensão de se proteger os direitos fundamentais dos cidadãos contra o arbítrio estatal e o intuito de preservação dos canais de participação política tornaram-se valores tidos como *pressupostos materiais* do Estado Democrático de Direito. Como já ressaltei em seara doutrinária, “*deve-se analisar o constitucionalismo também sob o viés funcional, de modo a se verificar se a rule of law efetivamente regula o processo político, bem como se os poderes instituídos e os atores sociais mantêm firme compromisso com os valores do constitucionalismo*”. (FUX, Luiz. SANTOS, Pedro Felipe. Constituições e Cultura Política: para além do constitucionalismo contramajoritário. In *Liberdade e Fraternidade: A contribuição de Ayres Britto para o Direito*. Salvador: Juspodim, 2017).

Em linhas gerais, essa atuação judicial tem se dado a partir de três fundamentos. *Primeiro*, adotando-se uma linguagem ancorada em argumentos que prezam pela **defesa da normatividade dos direitos fundamentais** enumerados em suas respectivas Constituições. *Segundo*, legitimando-se no objetivo de **proteger minorias políticas** de possíveis situações de tirania advindas do jogo político majoritário. *Terceiro*, visando-se **preservar a abertura dos canais estruturais de participação política**.

ADO 26 / DF

Dentre as premissas que se aponta para a atuação da Corte, destaca-se a imprescindibilidade da medida **para tornar efetiva norma constitucional**. A atuação judicial forte se mostra tanto mais legítima quanto a omissão legislativa se mostrar inviabilizadora da eficácia de uma norma constitucional, como se constata da literalidade do artigo 103, § 2º, da CRFB.

Assim, a supressão excepcional e transitória de lacunas normativas justifica-se, sobremaneira, como medida de desobstrução dos canais de deliberação democrática e de fruição de direitos de minorias subrepresentadas. Isso porque a função legislativa, tipicamente atribuída aos congressistas, não representa uma finalidade em si, mas uma forma de distribuição do poder para melhor efetividade dos ditames constitucionais.

Daí que, com a seminal contribuição de Alexander Bickel (*The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 2ª Ed, 1986), foi se disseminando a ideia da existência de uma **legitimidade contramajoritária** por parte do Poder Judiciário para consubstanciar valores fundamentais à democracia, para além do postulado de um governo da maioria (BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, 2015, p. 36).

É nesse contexto que, dentro do arranjo institucional em que está inserido, o Poder Judiciário pode atuar como importante ator na **concretização** dos compromissos constitucionais estabelecidos e na **fiscalização do cumprimento** desses por parte dos demais atores políticos (LANDAU, David A. Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law. *Harvard International Law Journal*, v. 51, n. 2, 2010).

Uma atuação mais expansiva do Poder Judiciário em prol da garantia de valores constitucionais pode ser, assim, parte da solução para problemas político-morais e sociais de alta relevância. É como hodiernamente se tem verificado na jurisdição constitucional de diversos países (ACKERMAN, Bruce. *The Rise of World Constitutionalism*.

ADO 26 / DF

Virginia Law Review, v. 83, n. 4, p. 771-797, 1997).

Isso não significa, no entanto, que mesmo essa atuação contramajoritária não esteja sujeita a limites. É inegável que o ativismo judicial, ainda quando legitimado constitucionalmente, deve ser exercido com **parcimônia e sensatez**.

Caso se mostre indiferente às especificidades de cada cenário, pode implicar vicissitudes para o próprio regime democrático. Na síntese de Dieter Grimm, “*o objetivo da Constituição é a vinculação da maioria a princípios repartidos universalmente*”, mas “*sem a possibilidade de mudança pela maioria não há democracia*” (GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p 122).

Têm sido estabelecidas relevantes críticas à **legitimidade democrática** do Poder Judiciário (WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. *The Yale Law Journal*, v. 115, n.6, p.1346-1406, 2006), bem como do risco de eventual situação de sufocante supremacia judicial (TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999). Essas críticas, calcadas nos já mencionados princípios democrático e de separação de poderes, valorizam dois conceitos bastante caros à jurisdição constitucional: autocontenção e deferência.

Não se trata de oposição genérica a qualquer forma de intervenção do judiciário na colmatação de lacuna normativa deixada por outros poderes, na contramão do que já se sedimentou em diversos precedentes desta Suprema Corte. Cuida-se da percepção de que, à luz de balizas adequadas, o papel do Judiciário deve se definir conforme as peculiaridades do caso concreto.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal vem atuando, como não deveria deixar de ser, de forma responsável. Isto é, a depender da situação fática apresentada no caso concreto - **o grau de impasse ou de inércia dos atores políticos, os impactos e os incentivos gerados pela decisão proferida, a mobilização social presente, a via judicial escolhida, a seara do direito inserida, a concordância prática com outras normas constitucionais** -, a Corte deve atuar de forma mais ou menos

ADO 26 / DF

expansiva.

Diante de tais balizas, deve-se notar que a presente demanda conclama o Poder Judiciário, dentro de sua legitimidade contramajoritária, a se revelar o foro adequado para atingir o objetivo de “*obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia*”. Nada obstante, tratando-se de demanda de cunho **jurídico-criminal**, a atuação contramajoritária deste Supremo Tribunal Federal deve ser exercida com **maior autocontenção e deferência** do que em outras searas, especialmente, em razão dos princípios fundantes do Direito Penal pátrio.

Com o amadurecimento democrático das nações e a consolidação dos direitos fundamentais dos cidadãos como barreiras intransponíveis por parte do Estado, o Direito Penal perpassou por inúmeras mudanças que, hoje, visam garantir e assegurar uma perspectiva mais garantista do Estado punitivo. Por conseguinte, **princípios limitadores do agir punitivo como o da legalidade, da anterioridade, da proporcionalidade, da necessidade e da humanidade** foram paulatinamente incorporados nos mais diversos ordenamentos mundiais.

Dentre todos, destacam-se para o presente caso o **princípio da necessidade** e da estrita legalidade. Em virtude da expressividade dos bens jurídicos penalmente tutelados, como vida, liberdade, integridade física, a resposta criminal do Estado deve se apresentar como última ratio, ocorrendo apenas quando os demais ramos do Direito se mostrarem incapazes de proteger suficientemente o bem jurídico tutelado.

Por sua vez, o **princípio da reserva legal penal** (art. 5º, XXXIX, CFRB), visando à garantia da segurança dos cidadãos frente a eventuais arbítrios estatais, aduz que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. Extrai-se desse dispositivo constitucional que a expressão “lei” deve ser interpretada em seu sentido estrito, qual seja aquele ato normativo elaborado pelo processo legislativo ordinário do Congresso Nacional.

Embora não se possa exigir do Poder Judiciário, sobretudo em matéria criminal, a criação de norma provisória capaz de criminalizar conduta, há expressivos precedentes desta Corte, dos quais destaco os

ADO 26 / DF

Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, que, valendo-se da teoria concretista, superaram a mera declaração da mora legislativa para edição de norma regulamentadora específica. É medida que se torna ainda mais adequada nos casos em que uma obstrução no canal político tende a perpetuar a omissão constitucional.

Dentre as soluções possíveis para o presente caso, é imperioso se reconhecer que estamos diante de mais um notável episódio para a agenda do movimento LGBT, em que a Corte se torna um lócus de discussão para visibilizar as necessidades de um grupo cujas demandas, por vezes, não conseguem permear os debates parlamentares.

Assim, o atual debate nesta Corte “*pode ter um efeito extraprocessual positivo, aumentando a saliência não apenas da criminalização da homofobia, mas também da própria violência homofóbica*”, que “*não se encontra refletiva na jurisprudência dos tribunais superiores*” (CARDINALI, Daniel. *A Judicialização dos Direitos LGBT no STF*. Belo Horizonte: Arraes, 2018 p. 169 e 170).

Os limites entre o plausível e o implausível, em termos de interpretação, move-se pela interação dos movimentos sociais com a Constituição, que remodela a percepção compartilhada pelos juízes, transformando argumentos outrora extravagantes em argumentos razoáveis, processo esse que pode se estender por décadas (BALKIN, Jack. How Social Movements Change (Or Fail To Change) the Constitution: The Case of the New Departure. *Suffolk Law Review*, v. 39, n. 27, 2005).

No diagnóstico de Balkin, uma das variáveis centrais para o sucesso de uma demanda por direitos é a articulação com o sistema político-partidário. Por essa razão, o presente julgamento precisa ser vislumbrado, para além da fundada procedência da ação, como uma forte sinalização ao Legislativo de que o quadro fático é alarmante e merece maior atenção.

É inegável que haverá resistência de parcela expressiva da população. Fossem as medidas contempladas de bom grado ou socialmente espontâneas, não haveria que se tratar de reconhecimento ou de tolerância: “*a tolerância é necessária em virtude de algo que preferiria não*

ADO 26 / DF

existisse” (BROWN, Wendy. *Regulation Aversion- Tolerance in the age of identity and Empire*. Princeton University Press, 2009 p. 24).

É justamente por haver homofobia e transfobia, que o poder público deve adotar posturas combativas, que independam de pretensões eleitoreiras. A **democracia** não se confunde com o princípio majoritário, mas antes abrange a defesa de minorias. Nas palavras de John Hart Ely, “o dever de representatividade que reside na essência de nosso sistema requer mais do que uma voz e um voto” (*Democracy and Distrust: a theory of Judicial Review*. Harvard University Press, 1980. p. 135).

MÉRITO:

A omissão constitucional em não criminalizar a homofobia

Os princípios interpretativos da concordância prática e da supremacia constitucional não admitem qualquer linha argumentativa que adote por premissa que a Constituição possui dispositivos inúteis ou incongruentes. Assim, longe de representar um formalismo irrefletido, é recomendável harmonizar, a partir dos termos utilizados, a exegese que decorre dos incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição.

Enquanto o inciso XLI do artigo 5º impõe ao legislador um dever genérico de punição das condutas discriminatórias, ao estabelecer que “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”, o inciso XLII prevê que “*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*”.

A lei deverá punir, *de modo efetivo*, todas as formas de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, o que inclui, por óbvio, as práticas abarcadas pelo alcance semântico da expressão “racismo”. Nesses casos, a Constituição especifica, no inciso seguinte, que o regramento a ser conferido, além da criminalização, deverá incluir a inafiançabilidade e a imprescritibilidade, bem como a pena de reclusão.

Em que pese a Constituição não determinar qual punição deve ser estabelecida pelo legislador por força do inciso XLI do artigo 5º, haverá

ADO 26 / DF

omissão *inconstitucional* específica no tocante à *criminalização* sempre que, como no presente caso, essa medida se fizer estritamente necessária para efetivar a proteção constitucional do grupo discriminado, nos termos do permissivo estabelecido no artigo 102, §3º, da Constituição.

Se assim já decorre de qualquer ato atentatório dos direitos e liberdades fundamentais, tratando-se de condutas que discriminem a raça humana, haverá o dever constitucional de criminalização também por força do inciso XLI, aplicados os atributos do tipo.

É importante notar, ainda, que eventual *distinguishing* proposto entre o conceito de raça, sob as matizes históricas, políticas e sociais, e sua configuração para fins de reprovabilidade da discriminação não representa uma “*hierarquização das opressões*”. De forma diversa, traduz a cautela necessária ante a **reestruturação normativa** que a Corte Constitucional estaria admitindo, notadamente quanto à atração das características de imprescritibilidade e inafiançabilidade ao tipo penal.

É como exponho a seguir.

I.

A proteção deficiente dos direitos e liberdades fundamentais do grupo LGBT, nos termos do artigo 5º , XLI, e de compromissos internacionais

A Constituição dedicou-se especificamente à erradicação de práticas discriminatórias. São exemplos de normas voltadas a essa finalidade o princípio da igualdade, inscrito no art. 5º, *caput*, da Constituição, e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como objetivo fundamental da República, insculpido no art. 3º, IV, da CRFB. Além disso, conferiu à lei a função de punir discriminação atentatória de direitos e liberdades fundamentais e definiu o racismo como crime inafiançável e imprescritível.

Consoante exposto, a Constituição não determinou expressamente qual a punição que deve ser estabelecida pelo legislador por força do

ADO 26 / DF

inciso XLI do artigo 5º. No entanto, nem sempre será necessária uma regra constitucional expressa que imponha o dever de legislar especificamente, muito menos que delimite com precisão os contornos da norma infraconstitucional a ser editada.

É que, embora normas constitucionais de eficácia contida ou limitada caracterizem com maior clareza a mora legislativa, a inobservância de um dever constitucional de legislar, pressuposto para configuração da omissão inconstitucional, decorre “*tanto de comandos explícitos da Lei Magna*”; como de “*decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação*” (MENDES, Gilmar Ferreira e Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013).

No caso em tela, o dever constitucional de legislar ressoa patente. O mandado protetivo do artigo 5º, XLI, expõe claramente que “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”. Por uma exegese simples, constata-se que a Constituição não indicou outra solução senão a via legislativa como a adequada para proteger a população de atitudes discriminatórias, por meio de imposição de sanção-punição, seja ela criminal ou não.

Mais do que isso, caso se adote leitura sistemática das disposições constitucionais, observa-se que foi mitigada, assim, a liberdade de conformação do legislador, bem como juízo de conveniência e de oportunidade desse para decidir se quer ou não punir condutas discriminatórias.

Como salientou o Ministro Celso de Mello, em seu voto no paradigmático Habeas Corpus 82.424, o reconhecimento da igualdade, independentemente de cor, raça, religião, percepção subjetiva sobre a identidade de gênero, dentre outros caracteres, é um compromisso assumido pela nação brasileira no âmbito de suas relações com a comunidade internacional. Nesse ponto, transcrevo *in litteris*:

“Torna-se imperioso, pois, a partir da consciência universal que se forjou no espírito de todos em torno do valor essencial dos direitos fundamentais da pessoa humana, reagir contra essas situações de

ADO 26 / DF

opressão, degradação, discriminação e humilhação que provocam injusta marginalização, dentre outros, de grupos étnicos, nacionais e confessionais.

Essa reação – que deve repercutir no próprio sistema de poder e no aparato governamental que lhe dá suporte – deve buscar os meios que permitam transformar, em concreta realidade, os compromissos que o Brasil assumiu ao subscrever a Declaração de Direitos da Pessoa Humana e, considerando o contexto da presente causa, as obrigações éticas e jurídicas que incidem sobre o Estado brasileiro, por efeito de sua adesão a importantes atos, declarações, convenções e estatutos internacionais (...)".

Esse dever decorre da Constituição, que, a partir da dignidade da pessoa humana, dedicou-se especificamente à erradicação de práticas discriminatórias. São exemplos de normas voltadas a essa finalidade o **princípio da igualdade**, inscrito no art. 5º, *caput*, da Constituição, a promoção do bem de todos, **sem preconceitos** de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como objetivo fundamental da República, insculpido no art. 3º, IV, da CRFB, além do mencionado art. 5º, XLI, CRFB, que conferiu à lei a função de punir discriminação atentatória de direitos e liberdades fundamentais.

É importante acrescentar, para além de normas constitucionais, que a omissão pode decorrer também do advento de mudanças nas relações jurídicas ou fáticas, que atribuem ao legislador o ônus de adequar o complexo normativo existente à realidade social circundante. A esse respeito, confira-se:

"Como a Constituição não basta em si mesma, têm os órgãos legislativos o poder e o dever de emprestar conformação à realidade social. [...] Dessarte, decorrido algum tempo da promulgação da Lei Magna, não se logrará identificar, com a ressalva de uma ou de outra exceção, uma omissão pura do legislador. O atendimento insatisfatório ou incompleto de exigência constitucional de legislar configura, sem dúvida, afronta à Constituição. A afirmação de que o legislador não

ADO 26 / DF

cumpriu, integralmente, dever constitucional de legislar contém implícita, uma censura da própria normação positiva" (MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo G. Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 1159-1161).

In casu, essa omissão parcial por alteração do contexto decorre tanto de **compromissos internacionais**, que denotam o engajamento do Brasil na condição de signatário das convenções e documentos internacionais (SILVA, Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandre. Necessidade de criminalizar a homofobia no brasil: porvir democrático e inclusão das minorias. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, vol. 60, n. 2, 2015, p. 177-207); quanto do atual e renitente cenário de cruel discriminação.

Dentre os compromissos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, preleciona, em seu art. 7º, que "*todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação*". Cite-se, ainda, a (i) a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965); (ii) o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966; (iii) o Pacto de San José da Costa Rica, também denominado Convenção Americana de Direitos Humanos; e (iv) a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções (Resolução da ONU), de 1981. Esta última convenção estabelece, define da seguinte forma a discriminação racial (art. 1º, I):

[...] a expressão "discriminação racial" visa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na raça, cor, ascendência na origem nacional ou étnica **que tenha como objetivo ou como efeito destruir ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em condições de igualdade, dos direitos do homem e das liberdades fundamentais nos domínios político, económico, social e cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública**.

ADO 26 / DF

Ademais, a Organização dos Estados Americanos (OEA) tem emitido uma série de incentivos normativos para que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos promova o acompanhamento mais atento desse tipo de discriminação e dos crimes que dela decorram. O ímpeto de aprovação de Resoluções teve início em 2008, com a Resolução 2435 – Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero.

Em 05 de junho de 2013, foi aprovada a **Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância** e da **Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância**, documentos em que, de forma inédita, a Organização tratou, expressamente, do conceito de orientação sexual como um vetor de comportamentos discriminatórios.

Em um alcance ainda mais abrangente, os pronunciamentos da Organização das Nações Unidas (ONU) são valiosas fontes para a atualização da interpretação das normas jurídicas internas que preveem direitos fundamentais. Nesse diapasão, a **Declaração – A/63/635**, de 22 de dezembro de 2008, revelou o posicionamento da ONU de condenar violações dos direitos humanos com base na orientação sexual e na identidade de gênero. Confira-se excerto pertinente, *verbis*:

“4. Estamos profundamente preocupados com as violações de direitos humanos e liberdades fundamentais baseadas na orientação sexual ou identidade de gênero.

5. Estamos, assim mesmo, alarmados pela violência, perseguição, discriminação, exclusão, estigmatização e preconceito que se dirigem contra pessoas de todos os países do mundo por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero, e porque estas práticas solapam a integridade e dignidade daqueles submetidos a tais abusos.

6. Condenamos as violações de direitos humanos baseadas na orientação sexual ou na identidade de gênero independente de onde aconteçam, em particular o uso da pena de morte sobre esta base, as execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, a

ADO 26 / DF

prática da tortura e outros tratos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, a detenção provisória ou detenção arbitrárias e a recusa de direitos econômicos, sociais e culturais incluindo o direito à saúde.”

A par desses compromissos internacionais, o reconhecimento da necessidade de se conceder maior proteção estatal à população LGBT decorre também do **atual cenário de marginalização e discriminação** dos membros de tal comunidade.

Em linhas gerais, a homofobia pode ser definida como uma construção ideológica que promove uma forma de sexualidade (hétero) em detrimento de outra (homo), com viés de hostilidade, geral, psicológica e social, em relação àqueles que contrariem as práticas sexuais ou de exteriorização de identidade de gênero do grupo hegemônico. Forma específica de sexism, a homofobia rejeita a todos os que não se conformam com o papel socialmente imputado a seu sexo biológico, organizando uma hierarquização das sexualidades com consequências políticas (BORILLO, Daniel. *Homofobia*. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2011, p. 36).

As estatísticas são alarmantes. No relatório divulgado em 2018, que consolida e interpreta as ocorrências de 2016, registrou-se um total de 2.964 violações de direitos humanos sofridos por indivíduos que se diferenciam por sua opção sexual ou posicionamento quanto à identidade de gênero (*Violência LGBTFóbicas no Brasil: dados da violência*. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018, p. 74).

Em levantamentos recentes, ainda não compilados, observa-se que, em 2017, o Disque 100, do Ministério dos Direitos Humanos, recebeu 1.720 denúncias de violações contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. Desse universo de casos, 70,8% foram por discriminação; 53,3% são relatos de violência psicológica, e 31,8% reportam violência física. Com a colaboração do Grupo Gay da Bahia, também no ano passado, houve a contabilização de 445 assassinatos perpetrados contra pessoas LGBT representa um aumento de 30% em relação a 2016.

Segundo os dados trazidos pela Defensoria Pública do Distrito

ADO 26 / DF

Federal, na condição de *amicus curiae*, em 2017, mais de uma pessoa por dia foi morta em razão do fato de ser pertencente à comunidade LGBT. Para além disso, nesse mesmo ano, mais de 40% das pessoas trans já tentaram suicídio em razão de perseguições por sua orientação de gênero.

Consoante aos dados expostos pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais, o Disque Direitos Humanos registrou 2.353 violações homofóbicas, em 2011; 6.136 casos, em 2012; e 3.398, em 2013. Assim, como bem sintetizado pelo Grupo Gay da Bahia, na condição de *amicus curiae*, casos pormenorizados de crueldade contra esse segmento populacional são recorrentes e podem ser vistos em torno de todo o território brasileiro.

As agressões físicas e psíquicas contra homossexuais e, mais flagrantemente, contra travestis e transgêneros correspondem, sem dúvida, a uma das faces mais trágicas da discriminação por orientação sexual ou homofobia no Brasil. Tal violência tem sido denunciada com bastante veemência pelo Movimento LGBT, por pesquisadores de diferentes Universidades brasileiras e pelas organizações da sociedade civil, que têm procurado produzir dados de qualidade sobre essa situação.

O simples diagnóstico da gravidade da discriminação é suficiente para impor ao poder público o **dever de adotar medidas mais eficazes** de combate à homofobia e outras formas de discriminação de gênero e orientação sexual que as atualmente existentes. É o que caracteriza, no presente caso, a proteção estatal insuficiente dos direitos fundamentais desse grupo.

Como desdobramento do princípio da proporcionalidade, tem-se, de um lado, a **proibição do excesso**, desautorizando a restrição desarrazoadamente de direitos fundamentais; e, de outro, a **vedação à proteção insuficiente**, dimensão que estabelece a invalidade das normas jurídicas que não alcancem patamar adequado de proteção de valores constitucionais.

Para configuração da omissão constitucional, é preciso confrontar o mandado constitucional de vedação à proteção insuficiente, no tocante

ADO 26 / DF

à tutela assegurada à comunidade LGBT, com a realidade fática existente, a fim de se perquirir que eficiência possuem as medidas protetivas atualmente vigentes.

No campo das políticas públicas, foram adotadas algumas medidas de combate à homofobia. São exemplos a criação do Conselho Nacional de Combate à Discriminação; o Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania de Homossexuais (Brasil sem Homofobia); “Diálogos com a União Europeia”, para o delineamento e o compartilhamento de estratégias; o “Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência LGBTfóbica”; a elaboração dos “Relatórios de Violência LGBTfóbica”, com a sistematização dos dados; e a criação, em 2011, de um canal especial de oitiva e de atendimento das vítimas LGBT, o “Disque 100”.

No âmbito normativo, foi instituído o Dia Nacional de Combate à Homofobia (Decreto s/nº de 4 de junho de 2010) e convocada a I Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais para avaliar e propor estratégias para fortalecer o Programa Brasil Sem Homofobia (Decreto s/ nº de 28 de novembro de 2007).

À toda a evidência, a dramática realidade sobre a violência contra LGBT nos permite concluir que as iniciativas claramente não têm sido suficientes. Inobservado o dever de proteção, vêm sendo geradas graves lesões a direitos fundamentais dessa parcela social, como a integridade física e psicológica, ou mesmo sua vida.

A caracterização da existência de mera inconstitucional pressupõe a identificação, dentro das balizas constitucionais postas, de condutas que poderiam ser imputadas ao legislador. Isso porque, caso não haja “uma solução constitucionalmente obrigatória apta a sanar a omissão inconstitucional”, pode restar configurada uma “omissão inconstitucional insuperável”, que impede o provimento judicial aditivo (PEREIRA, Jane Reis; ACCIOLY GONÇALVES, Gabriel. *Inconstitucionalidade Sistêmica e Multidimensional: Transformações no Diagnóstico das violações à Constituição*, 2015. p. 143).

A partir do cenário aviltante sobejamente retratado neste Plenário,

ADO 26 / DF

descortina-se a premente necessidade de criminalização de todas as formas de homofobia e transfobia, como *ultima ratio*, no combate às discriminações e violências sofridas pela população LGBT, sob pena de o poder político perpetuar a omissão inconstitucional, travestida pela adoção de paliativos sabidamente insuficientes para proteção desse segmento social politicamente minoritário.

A criminalização configura, assim, medida necessária para combater as condutas contrárias à liberdade de orientação sexual e identidade de gênero, cujo nítido caráter discriminatório e violador da dignidade humana esvazia a efetividade do conjunto de normas constitucionais que asseguram a proteção de homossexuais e transexuais.

É preciso pôr em prática os deveres estatais. *Primeiro*, o dever de proibição, a fim de se coibir expressamente, mediante sanção-penal, as ofensas, agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima. *Segundo*, efetivar o dever de garantia da segurança da população LGBT com o intuito de protegê-la das agressões, ameaças e discriminações por elas sofridas na atualidade. *Terceiro*, concretizar o dever de evitar riscos mediante adoção de medidas de proteção ou de prevenção a fim de se combater as condutas homofóbicas e transfóbicas atualmente tão disseminadas na sociedade brasileira.

Na jurisprudência atual, não raro homicídios contra homossexuais e transexuais, motivados respectivamente pela orientação sexual e identidade de gênero da vítima são enquadrados na **qualificadora do motivo torpe**. A imputação não poderia ser mais adequada. Como motivo repugnante, abjeto, indigno, que avulta a consciência média, a homofobia ou transfobia que mata se reveste de toda a torpeza que caracteriza o crime qualificado.

Adicionalmente, a criação de **normatização punitivo-sancionadora específica** se revela de extrema importância para a garantia da segurança da população LGBT em face do atual estado de insuficiência das proteções asseguradas. A punição específica de condutas discriminatórias, discursos de ódio e crimes motivados primordialmente

ADO 26 / DF

pela orientação sexual e identidade gênero promove a autoestima social e aumenta o sentimento de pertencimento à sociedade. Na contundente expressão de Célia Amorós, “**conceituar é politizar**” (AMORÓS, Celia. Conceptualizar es politizar. In *Género, violencia y derecho*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008).

Isso ocorre porque, quando se trata de relações jurídicas, o direito corresponde à forma de **reconhecimento** recíproco por meio da qual o indivíduo adquire auto-respeito ao ver-se titular de direitos oponíveis a terceiros. A inserção social decorre dessa titularidade, que se impõe externa e genericamente a partir da universalização dos direitos na sociedade moderna. O sujeito faz jus a direitos por ser sujeito - não por *status* social ou estima.

A luta por reconhecimento pode surgir a partir da inobservância das relações jurídicas, que impedem a construção da identidade plena do sujeito. Esse desrespeito à posição jurídica do indivíduo acarreta, segundo Axel Honneth, o sentimento de que não possui o *status* de um parceiro da interação com igual valor, moralmente em pé de igualdade. Em suas palavras, *in verbis*:

“para o indivíduo, a denegação de pretensões jurídicas socialmente vigentes significa ser lesado na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz de formar juízo moral; nesse sentido, de maneira típica, vai de par com a experiência da privação de direitos uma perda de auto-respeito, ou seja, uma perda da capacidade de se referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade na interação com todos os próximos.” (HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Ed34, 2003. p. 216-217)

Não por outra razão, o **efeito dissuasório de um tipo penal próprio** ensejou a alteração do Código Penal para a inclusão do *feminicídio* como mais uma modalidade de homicídio qualificado (GOMES, Luiz Flávio. ‘Feminicídio: O que não tem nome nem identidade não existe’. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, 2016, p. 195).

ADO 26 / DF

É que a criminalização confere visibilidade a determinadas condutas atentatórias à dignidade humana, sobretudo que violam direitos de minorias estigmatizadas. Por isso, a incorporação da prática criminosa nas instituições, em especial no direito e no direito penal, torna o problema presente na discussão pública.

No caso de práticas homofóbicas e transfóbicas, portanto, a criação de um arcabouço normativo mais combativo à homofobia e transfobia corresponde a um olhar legitimador, que instrumentaliza a fruição do direito à tutela prestacional, muitas vezes obstaculizado na prática; confere visibilidade aos assassinatos e outros crimes; insere o preconceito no debate público e político; e – espera-se – acarreta mudanças estruturais na nossa sociedade.

II. A homofobia e a transfobia como formas de discriminação ou preconceito de raça humana, nos termos do artigo 5º, XLII, da Constituição na acepção jurídico-constitucional fixada no Caso Ellwanger

É premente se reconhecer que a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo, o que acarreta sua inclusão no conceito de “raça”, para a aplicação extensiva da Lei do Racismo. A equiparação conceitual apresenta-se, na inicial, tanto como fundamento da pretensão de criminalização, quanto do pedido subsidiário de incidência da lei especial.

A presente ação direta pretende, assim, a aplicação da Lei 7.716/89 às condutas homofóbicas e transfóbicas, por meio de sentença aditiva. A procedência do pedido autoral deve-se ao reconhecimento judicial da equiparação de homofobia e transfobia a racismo, na acepção jurídico-constitucional fixada no Caso Ellwanger, bem como da identificação da vontade hipotética do legislador e da solução constitucionalmente obrigatória, afastadas as alegações de violação à estrita legalidade e a

ADO 26 / DF

analogia *in mala partem*, como será desenvolvido adiante.

A sentença aditiva encontra amparo de idoneidade na limitação de que se valha tão-somente de soluções preexistentes no ordenamento. A sentença inova ao introduzir norma diversa daquela diretamente derivável do texto, mas o tribunal não inventa soluções que, pelo menos em estado latente, não estivesse presente no sistema legislativo em vigor (ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. vol. 41. Mulino, 1988. p. 158-159).

Identifica-se um *primeiro* parâmetro para a prolação de sentença aditiva, qual seja a circunstância de a norma constitucional possuir **plasticidade normativa** tal que conceda inequivocamente determinado direito a seus destinatários, ainda que o texto admita outras interpretações (BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o Dogma do Legislador Negativo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 44, 2014, p. 206).

Coube ao Supremo Tribunal Federal, no paradigmático **caso Ellwanger (HC 82.424/RS)** estabelecer os limites do termo “racismo”, a partir de suas acepções histórico, política e social. Confira-se os excertos pertinentes da respectiva ementa, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

1. *Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).*

2. *Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa.*

3. *Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem*

ADO 26 / DF

distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

(...)

6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo.

(...)

8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistemática da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. (HC 82424, Relator Min. MOREIRA ALVES, Relator p/ Acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004)

De início, o Ministro Relator Moreira Alves remeteu às notas taquigráficas da Assembleia Constituinte, em um claro apelo originalista, conferindo uma interpretação restritiva dos conceitos “raça” e “racismo”. Por essa linha de raciocínio, concluiu que o disposto no artigo 20 da Lei n. 7.716 não se referiria, genericamente, às múltiplas formas de preconceito ou discriminação.

No entanto, como restou consignado pela deliberação em Plenário, o entendimento do Relator foi vencido. É interessante observar as razões

ADO 26 / DF

que inauguraram a divergência, sendo bastante representativo o voto do Ministro Maurício Corrêa, no julgamento do caso:

"Limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria natureza e prevalência dos direitos humanos".

A partir da superação da conjugação dos métodos literal e histórico, emergiu a necessidade de se valer de critérios sociológicos e antropológicos. Assim, a supremacia de um grupo sobre o outro foi reconhecida como a condição para que, em uma perspectiva de longo prazo, respaldada por uma ideologia de dominação, estivesse caracterizado o racismo.

Ao incluir outras condutas discriminatórias de subjugo e opressão, enquanto *"valoração negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes"*, não há como negar que, no caso Ellwanger, o Supremo ampliou o conceito de raça. Passou-se a adotar o conceito político-social, manejado histórico e culturalmente para oprimir determinados grupos sociais.

A força persuasiva do precedente é tamanha, que, ainda que não seja dotado de efeito vinculante, operou uma reforma, pela via interpretativa, do conceito de racismo estabelecido no artigo 5º, XLII, da Constituição. Como inerente a processos informais de reforma, a Corte reconheceu o reflexo de mudanças socialmente aceitas e perpetradas pelo constituinte difuso, diante de alterações de uma nova percepção jurídica do termo, diferida no tempo.

É deveras importante esclarecer que não se criou, como não poderia, crime sem lei. Reconhecer que os tipos penais de racismo, previstos prévia e expressamente na Lei do Racismo, abrangem qualquer discriminação contra *"certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes"* não afronta o princípio da reserva

ADO 26 / DF

legal.

Constitucionalmente positivado como “*não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*” (artigo 5º, inciso XXXIX), o postulado impede que um fato seja considerado crime e uma pena criminal seja aplicada sem que, antes da ocorrência desse fato, exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a respectiva sanção.

A plasticidade da norma, que permitiu a resignificação reconhecida no caso Ellwanger, estende a aplicação de tipos penais que já existem na Lei 7.716/89. Naquele caso, assim como na presente ação, a extensão conceitual da prática de racismo não instituiu crime sem prévia cominação legal.

O cerne da discussão do *leading case* foi a extensão dos atributos de imprescritibilidade e inafiançabilidade às formas de propagação do racismo. O paciente pretendia estabelecer uma diferenciação entre a gravidade das condutas que compunham os núcleos do tipo, para repercutir na prescritibilidade dos delitos. Especificamente, alegava que a veiculação de mensagens de cunho discriminatório, por se tratar de incitação, seria considerada um delito prescritível, por ser menos reprovável do que a discriminação direta.

No *habeas corpus*, o crime de “escrever, editar, divulgar e comerciar livros ‘fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias’ contra a comunidade judaica” já estava tipificado penalmente no artigo 20 da Lei 7716/89, na redação dada pela Lei 8081/90. Da mesma forma, os crimes de discriminação, que consistem em condutas que impedem o acesso das vítimas a certas situações jurídicas, como emprego ou cargo na Administração Pública ou em empresa privada, e a certos lugares, como estabelecimentos comerciais ou de ensinos, já estão expressamente tipificados nos artigos 3º a 14 da Lei de Racismo, ao preverem “os crimes resultantes de preconceito de raça”.

Por já restarem definidas na Lei 7.716/89, com precisão e de forma cristalina, as práticas atentatórias a direitos e liberdades fundamentais de grupos estigmatizados, motivadas por discriminação, a **interpretação conforme**, que explicita ser essa a melhor exegese do texto legal, não

ADO 26 / DF

viola a legalidade estrita.

É que a existência de certo grau de indeterminação no conceito de raça enseja uma relativa plurivalência, que não descaracteriza a tipicidade legal da norma penal incriminadora. Ao contrário, “*o legislador não pode abandonar por completo os conceitos valorativos, expostos como cláusulas gerais, os quais permitem, de certa forma, uma melhor adequação da norma de proibição com o comportamento efetivado*” (BITTENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2009 P. 12). A proibição absoluta da utilização de conceitos normativos gerais, assim como seu uso excessivo, impede a efetiva proteção dos bens jurídicos relevantes.

Dentre os critérios arrolados por Claus Roxin para delimitar um uso equilibrado de cláusulas gerais, figura o princípio da ponderação, que apregoa que a admissibilidade dos conceitos que necessitam de complementação valorativa depende de os interesses de uma justa solução do caso concreto serem preponderantes em relação ao interesse da segurança jurídica (ROXIN, Claus. *Derecho penal - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madri: Civitas, 1997. p. 172).

In casu, a ponderação sequer se revela necessária. Não há violação à segurança jurídica, porquanto a delimitação do conceito jurídico-constitucional de raça e racismo fora firmada em precedente do Plenário desta Corte, sendo presentemente reiterada em decisão dotada de eficácia geral a que se atribui efeitos *ex nunc*.

A par da plasticidade, as sentenças aditivas são mais legítimas quanto melhor refletem a solução que presumidamente o constituinte determinou. É como também aponta Rui Medeiros, segundo o qual a atuação concretista pressupõe a observância de “*o critério da vontade hipotética do legislador e o critério da solução constitucionalmente obrigatória*” (MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 501-505).

Em matéria penal, a solução constitucionalmente obrigatória pressupõe a delimitação do bem jurídico penalmente tutelado, devendo o legislador buscar na Constituição os fundamentos da decisão pela incriminação de determinadas condutas. Isso porque “*só assim a noção de*

ADO 26 / DF

bem jurídico pode desempenhar uma função verdadeiramente restritiva” (PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 98).

Como expus acima, são vastas as normas constitucionais que demonstram que os direitos e liberdades fundamentais de grupos discriminados e estigmatizados constituem bens jurídicos de imperiosa proteção, dentre os quais vale repisar os artigos 3º, IV, art. 5º, *caput*, XLI e XLII, da Constituição.

Note-se que a definição de bens jurídicos, no entanto, não precisa necessariamente decorrer da vontade da maioria, hipótese que perpetuaria a proteção penal deficiente dos grupos historicamente estigmatizados, nem se exige um consenso socialmente aceito. Isso porque “*o espírito da época sempre é argumento que se ensaiá a posteriori, como desculpa pelos erros cometidos nos momentos de decadência* (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 177).

Já a **vontade hipotética do legislador**, *in casu*, infere-se da justificativa apresentada pelo Deputado Paulo Paim, autor do projeto de lei 1240-A/1995 que, convertido na Lei 9.459/1997, ampliou a menção expressa do âmbito de proteção da Lei 7.716/89 para abranger “raça, etnia, religião ou procedência nacional”. Confira-se excerto representativo de sua fundamentação:

“Não se pode admitir que os bens jurídicos sejam levianamente agredidos. Esses bens possuem a mais alta valia e significado, impondo, em consequência, uma proteção maior. Francisco Antolisei já assinalava que a função do ordenamento jurídico é a tutela e a garantia dos bens da vida individual e social a fim de assegurar a conservação da sociedade. A ofensa a um bem protegido pelo direito, como não poderia deixar de ser, se constitui em crime.

A reputação, o decoro, a honra, a dignidade das pessoas demandam considerações e respeito. As práticas discriminatórias ou de preconceito de raça, cor, etnia, procedência nacional apresentam alarmantes índices de aumento. Esses atos precisam ser coibidos

ADO 26 / DF

imediatamente. O esteriótipo, muito usado nessas condutas, é uma forma de preconceito pois trata-se de um expediente jocoso, irônico, debochado e com acentuado componente de desprezo no descrever alguém. (...)

Não se pode negar, obviamente, a importância da lei nº 7.716 que cumpriu a determinação do legislador constituinte no que concerne a severa criminalização de práticas racistas. Essas condutas abjetas prosseguem e ampliam seu campo de ação, impondo a atualização da lei nº 7.716, especialmente no que se refere aos tipos penais que precisam ser aumentados para criminalizar atos atentatórios aos bens jurídicos protegidos".

Dessa forma, vê-se que, ao alterar a Lei do Racismo para expressamente abranger a “*discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*”, o legislador reconheceu que o racismo decorre da mesma intolerância que suscitou outros tipos de discriminação, como aqueles em razão de procedência nacional, etnia e religião.

Essa mesma lógica deveria inspirar o legislador a incluir a homofobia e a transfobia no rol dos crimes de que trata a Lei 7.716/89. É nesse sentido, inclusive, que dispõe o **Projeto de Lei 122/06**, aprovado em 2006 na Câmara de Deputados sob o n. 5.003/01, mas arquivado no final da legislatura de 2014.

Uma peculiaridade desse processo legislativo é que os setores potencialmente afetados – em especial grupos religiosos e movimentos LGBT- participaram ativamente dos debates e propuseram diversas modificações ao projeto inicial. Essas propostas foram debatidas em doze audiências públicas e deram origem a várias versões do PL 122/06. A última versão incorporou várias dessas sugestões, inclusive aquelas que tiveram origem em outros movimentos sociais.

Dentre as alterações, o projeto ajusta a redação da ementa, para deixar claro que o objeto da lei consiste em “*crimes de ódio e intolerância resultantes de discriminação ou preconceito*”, ampliando o rol de hipóteses para expressamente contemplar “*etnia, religião, origem, gênero, sexo,*

ADO 26 / DF

orientação sexual, identidade de gênero ou condição de pessoa idosa ou com deficiência".

Note-se, ainda, que, ao resignificar o conceito de racismo, este Supremo não colmatou qualquer lacuna, o que permite o afastamento desde logo do argumento da **analogia**. Isso porque, diferentemente da integração, a interpretação consiste em descobrir na lei, quando haja um caso não especialmente regulado por ela, uma regra especial que proveja a um caso semelhante, e reduzi-la a uma *regra superior* que decidirá o caso não regulado (BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 217). A legitimidade desse procedimento se justifica em a regra especial estatuída na lei refletir uma regra geral não expressa nessa lei, mas nella contida.

Negada a plenitude lógica do sistema jurídico, a reintegração, via juízo constitutivo, pode ser alcançada tanto por uma interpretação sistemática dos postulados jurídicos presentes, como também pelo reconhecimento de outros axiomas comunitariamente legitimados. Nas palavras de Castanheira Neves, “[o sistema jurídico] é necessariamente poroso, de uma insuperável indeterminação e permanentemente aberto, a exigir por isso uma contínua reintegração e reelaboração constitutiva através da dialética de sua realização histórica” (NEVES, Castanheira. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra. 1993. p. 251).

Nesse sentido, a interpretação, que se entende como o ato de retirar da norma jurídica seu sentido e alcance, extraíndo o espírito da lei, conta com três instrumentos, quais sejam a letra da lei, o elemento histórico e seu espírito. Todo o processo exegético inicia-se com sentido literal do texto. As especificidades se devem à linguagem técnico-jurídica, mas não podem se afastar completamente da linguagem geral, porque o Direito pretende-se, ideologicamente, acessível a todos os jurisdicionados.

Partindo do conceito literal de raça, esta Corte extraiu, no julgamento do HC 82.424, mais do que o conceito de raça negra, para reconhecer abrangidas outras formas de discriminação. Ao se evitar a supremacia de um grupo humano sobre o outro, respaldada por uma ideologia de dominação, a prática de racismo vai muito além da

ADO 26 / DF

discriminação – também gravíssima – por cor ou ascendência.

Quanto ao propósito da interpretação, a teoria subjetiva entende que a lei jurídica é expressão de uma vontade, de uma determinada intenção reguladora do legislador histórico. Uma perspectiva mais moderada dessa teoria considera que deve-se prestigiar a vontade hipotética meramente presumida do legislador atual ou de um legislador racional, e na medida em que consentânea aos valores caros à Constituição atual.

Para a teoria objetiva, desde a publicação da lei, ocorre um fenômeno de irradiação, que transcende a vontade de seu criador. A dinâmica das relações sociais cria, a partir do texto da lei, situações e soluções que o legislador não previu, nem poderia: “*a lei que está a ser aplicada pertence ao estrato do espírito objetivo*” (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1983. p. 381).

Nessa busca do espírito da lei, a interpretação também valoriza o elemento teleológico. Foi como restou claro do voto condutor do Ministro Maurício Côrrea, ao propor a seguinte reflexão: “*Quando leio o citado inciso do artigo 5º da Constituição, devo emprestar-lhe o sentido semântico de que só há racismo stricto sensu de raça ou devo proceder à análise comparativa para uma interpretação teleológica e harmônica com a Carta Federal?*”

Nesse sentido, a interpretação, extensiva ou analógica, não se confunde com a criação de uma norma *ex nihilo*, porquanto não cria nada, sendo apenas decorrência de princípios que, enquanto existem em um determinado ordenamento, necessariamente já têm, por si mesmos, valor normativo. O intérprete, ao buscar a *ratio legis*, estende a *fattispecie* da norma penal que já existia, não havendo que se cogitar de uma nova obrigação ou criação do intérprete. Sem que sequer haja analogia, *in casu*, não se cogita de analogia *in mala partem*.

A extensão do âmbito de incidência da Lei do Racismo, para abarcar todas as forma de homofobia e transfobia, configura sentença aditiva que, via **interpretação conforme**, visa a sanar a omissão inconstitucional do legislador. Por essa razão, tampouco afeta a regra que vedava a retroatividade em prejuízo do réu.

Importante esclarecer, por fim, que o reconhecimento de que o

ADO 26 / DF

conceito jurídico-constitucional de racismo, nos termos delimitados no Caso Ellwanger, abrange a prática de condutas homofóbicas e transfóbicas, não configura um Estado Penal Máximo, que se caracteriza pela completa imprevisibilidade e insegurança do sistema de criminalização e penalização de condutas (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 85). Ao contrário, a aplicação dos tipos penais já previstos na Lei do Racismo respeita os parâmetros legitimamente estabelecidos tanto pelo constituinte, quanto pelo legislador ordinário.

Embora a homofobia esteja abarcada no conceito de racismo, o que se corrobora na presente ação por interpretação conforme, remanesce a mora legislativa em incluir na lei regulamentadora de que trata o inciso XLII, sabidamente a Lei nº 7.716/89, uma previsão expressa de que a norma se aplica a condutas discriminatórias motivadas pela identidade de gênero ou orientação sexual. Como visto, a especificação reforça a proteção normativa de um grupo já estigmatizado.

Ex positis, reitero minha manifestação e acompanho o Ministro Relator e voto pelo **conhecimento parcial** da ação e, na parte conhecida, pela **procedência** do pedido formulado, a fim de reconhecer que a homofobia e a transfobia configuram discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional constante do art. 5º, inc. XLI e XLII, da CF/88, cuja proteção deficiente caracteriza a inconstitucionalidade da omissão parcial, por afronta ao princípio da proporcionalidade.

Tendo em vista o conceito jurídico-constitucional de racismo reconhecido no paradigmático Caso Ellwanger (*Habeas Corpus* n.º 82.424), acompanho o Relator também na inclusão, com efeitos *ex nunc*, das práticas de homofobia e transfobia na Lei de Racismo (Lei n.º 7.716/89) ou em outra lei que venha a substituí-la.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 438 de 566

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

REQTE. (S) : PARTIDO POPULAR SOCIALISTA

ADV. (A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (242668/SP)

INTDO. (A/S) : CONGRESSO NACIONAL

INTDO. (A/S) : PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL

PROC. (A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

ADV. (A/S) : JOSÉ ALEXANDRE LIMA GAZINEO (8710/BA)

ADV. (A/S) : FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA (40645/BA, 31546/DF)

ADV. (A/S) : EDVALDO FERNANDES DA SILVA (19233/DF, 94500/MG)

AM. CURIAE. : GRUPO GAY DA BAHIA - GGB

ADV. (A/S) : THIAGO GOMES VIANA (0010642/MA)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT

AM. CURIAE. : GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL - GADVS

ADV. (A/S) : ALEXANDRE GUSTAVO DE MELO FRANCO BAHIA (83920/MG)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JURISTAS EVANGÉLICOS - ANAJURE

ADV. (A/S) : JOSE JULIO DOS REIS (22057/DF) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : FRENTE PARLAMENTAR "MISTA" DA FAMÍLIA E APOIO À VIDA

ADV. (A/S) : WALTER DE PAULA E SILVA (10625/GO) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS

ADV. (A/S) : ANANDA HADAH RODRIGUES PUCHTA (0080651/PR) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : CONVENÇÃO BRASILEIRA DAS IGREJAS EVANGÉLICAS IRMÃOS MENONITAS - COBIM

ADV. (A/S) : RAFAEL FERREIRA DE CASTRO (29387/DF) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : PARTIDO SOCIALISTA DOS TRABALHADORES UNIFICADO - PSTU

ADV. (A/S) : ALBERTO ALBIERO JUNIOR (238781A/SP)

AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA

ADV. (A/S) : VICTOR MENDONÇA NEIVA (15682/DF)

ADV. (A/S) : MARIANA KREIMER CAETANO MELUCCI (0025557/DF)

ADV. (A/S) : BRUNA FLÁVIA FARIA BRAGA (138870/MG)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSSEXUAIS - ANTRA

ADV. (A/S) : IGOR LUIS PEREIRA E SILVA (153396/RJ, 153396/RJ) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

PROC. (A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente, o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti; pela Advocacia-

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 439 de 566

Geral da União, o Ministro André Luiz de Almeida Mendonça, Advogado-Geral da União; pelo Presidente do Senado Federal, o Dr. Fernando César de Souza Cunha, Advogado-Geral do Senado Federal; pelo *amicus curiae* Grupo Gay da Bahia - GGB, o Dr. Thiago Gomes Viana; pelo *amicus curiae* Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual - GADVS, o Dr. Alexandre Gustavo de Melo Franco Bahia; pelo *amicus curiae* Associação Nacional de Juristas Evangélicos - ANAJURE, o Dr. Luigi Mateus Braga; pelo *amicus curiae* Frente Parlamentar "Mista" da Família e Apoio à Vida, o Dr. Walter de Paula e Silva e o Dr. Cícero Gomes Lage; pelo *amicus curiae* Grupo Dignidade - pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, a Dra. Ananda Hadah Rodrigues Puchta; pelo *amicus curiae* Associação Nacional de Travestis e Transsexuais - ANTRA, a Dra. Maria Eduarda Aguiar da Silva; e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Luciano Mariz Maia, Vice-Procurador-Geral da República. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux. Presidiu o julgamento o Ministro Celso de Mello. Plenário, 13.2.2019.

Decisão: Após o início da leitura do voto do Ministro Celso de Mello (Relator), reconhecendo inadmissível a formulação de pretensão reparatória em sede de controle normativo abstrato, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 14.2.2019.

Decisão: Após o voto do Ministro Celso de Mello (Relator), que conhecia, em parte, da ação direta de constitucionalidade por omissão para, nessa extensão, julgá-la procedente, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 20.2.2019.

Decisão: Após os votos dos Ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Roberto Barroso, que acompanhavam o Relator, no sentido de conhecer, em parte, da ação direta de constitucionalidade por omissão para, nessa extensão, julgá-la procedente, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 21.2.2019.

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, decidiu pelo prosseguimento do julgamento, nos termos do voto do Ministro Celso de Mello (Relator), vencidos os Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli (Presidente). Na sequência, após os votos dos Ministros Rosa Weber e Luiz Fux, que acompanhavam o Relator, conhecendo, em parte, da ação direta de constitucionalidade por omissão para, nessa extensão, julgá-la procedente, o julgamento foi suspenso. Plenário, 23.05.2019.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 440 de 566

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármem Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Luciano Mariz Maia.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

13/06/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA - Senhor Presidente; Senhores Ministros; Senhores Ministros-Relatores Celso de Mello, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, e Edson Fachin, do Mandado de Injunção 4.733; Senhores Advogados que assomaram a tribuna, com tanto brilho.

Presidente, não posso deixar de iniciar sem enaltecer, o que seria despiciendo, mas que não pode deixar de ser mencionado, os votos que foram proferidos, em especial, pelos Relatores; o voto do Ministro-Decano que é sempre uma fonte permanente de pesquisa até por merecer atenção não apenas em cada caso, mas também porque produz vetores para os teóricos, pesquisadores, nas diferentes matérias que são trazidas a esta Casa.

O presente caso não se tem uma situação diferente, ou talvez até tenha tido, pelo brilho mais que incomum do voto que foi proferido nos mesmos termos do voto do Ministro Edson Fachin, em um tema tão candente e de tanta gravidade para os direitos humanos.

Realço, portanto, que esses votos conduzem todos nós a reflexões para além do que se contém nos autos. Eu, conquanto tenha voto escrito, cuja juntada providenciarei, de pronto anuncio, Senhor Presidente, que estou a acompanhar os itens da parte dispositiva, no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, do Ministro Celso de Mello, e também do Ministro Edson Fachin, no Mandado de Injunção, na mesma direção proposta pelo Ministro Celso de Mello na ação direta.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 442 de 566

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

| | |
|-----------------------|---|
| RELATOR | : MIN. CELSO DE MELLO |
| REQTE.(S) | : PARTIDO POPULAR SOCIALISTA |
| ADV.(A/S) | : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI |
| INTDO.(A/S) | : CONGRESSO NACIONAL |
| INTDO.(A/S) | : PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL |
| PROC.(A/S)(ES) | : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO |
| ADV.(A/S) | : JOSÉ ALEXANDRE LIMA GAZINEO |
| ADV.(A/S) | : FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA |
| ADV.(A/S) | : EDVALDO FERNANDES DA SILVA |
| AM. CURIAE. | : GRUPO GAY DA BAHIA - GGB |
| ADV.(A/S) | : THIAGO GOMES VIANA |
| AM. CURIAE. | : ASSOCIAÇÃO DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT |
| AM. CURIAE. | : GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL - GADVS |
| ADV.(A/S) | : ALEXANDRE GUSTAVO DE MELO FRANCO BAHIA |
| AM. CURIAE. | : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JURISTAS EVANGÉLICOS - ANAJURE |
| ADV.(A/S) | : JOSE JULIO DOS REIS E OUTRO(A/S) |
| AM. CURIAE. | : FRENTE PARLAMENTAR "MISTA" DA FAMÍLIA E APOIO À VIDA |
| ADV.(A/S) | : WALTER DE PAULA E SILVA E OUTRO(A/S) |
| AM. CURIAE. | : GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS |
| ADV.(A/S) | : ANANDA HADAH RODRIGUES PUCHTA E OUTRO(A/S) |
| AM. CURIAE. | : CONVENÇÃO BRASILEIRA DAS IGREJAS EVANGÉLICAS IRMÃOS MENONITAS - COBIM |
| ADV.(A/S) | : RAFAEL FERREIRA DE CASTRO E OUTRO(A/S) |
| AM. CURIAE. | : PARTIDO SOCIALISTA DOS TRABALHADORES UNIFICADO - PSTU |
| ADV.(A/S) | : ALBERTO ALBIERO JUNIOR |
| AM. CURIAE. | : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA |
| ADV.(A/S) | : VICTOR MENDONÇA NEIVA |
| ADV.(A/S) | : MARIANA KREIMER CAETANO MELUCCI |
| ADV.(A/S) | : BRUNA FLÁVIA FARIA BRAGA |

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 443 de 566

ADO 26 / DF

| | |
|-----------------------|--|
| AM. CURIAE. | :ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSSEXUAIS - ANTRA |
| ADV.(A/S) | :IGOR LUIS PEREIRA E SILVA E OUTRO(A/S) |
| AM. CURIAE. | :DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL |
| PROC.(A/S)(ES) | :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL |

V O T O

A Senhora Ministra Cármem Lúcia (Vogal):

1. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão ajuizada "para o fim de obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima".

Este o Relatório da lavra do Ministro Relator, Celso de Mello:

"Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão proposta pelo Partido Popular Socialista PPS em face de alegada inércia legislativa atribuída ao Congresso Nacional que segundo sustenta a agremiação partidária estaria frustrando a tramitação e a apreciação de proposições legislativas apresentadas com o objetivo de incriminar todas as formas de homofobia e de transfobia, em ordem a dispensar efetiva proteção jurídico- social aos integrantes da comunidade LGBTTT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transsexuais e Transgêneros), doravante referida apenas como LGBT (tal como o faz o autor da presente demanda), sigla também conhecida , mais recentemente , como LGBTT+ (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transsexuais e Intersexos), abrangidas pelo sinal aditivo + todas as outras identidades , além daquelas já mencionadas (PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI, Manual da Homoafetividade , p. 112, item n. 1, 3ª ed., 2019, SPESSOTTO).

Postulam-se , essencialmente , desse modo, as seguintes

ADO 26 / DF

providências : (a) que seja reconhecido que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo (STF , HC nº 82.424/RS), de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar o racismo constante do art. 5º, inc. XLII, da CF/88 ; (b) que seja declarada a mora constitucional 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 ; (c) que seja fixado prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e transfobia (...), sugerindo- -se aqui o prazo de um ano já que o Congresso Nacional debate o tema há aproximadamente doze anos ; (d) caso transcorra o prazo fixado por esta Suprema Corte sem que o Congresso Nacional efetive a criminalização/punição criminal específica citada ou caso esta Corte entenda desnecessária a fixação deste prazo , [requer-se] sejam efetivamente tipificadas a homofobia e a transfobia como crime (s) específico(s) por decisão desta Suprema Corte, por troca de sujeito e atividade legislativa atípica da Corte, ante a inéria constitucional do Parlamento em fazê-lo, de sorte a dar cumprimento à ordem constitucional de punir criminalmente a homofobia e a transfobia (...), superando-se a exigência de legalidade estrita parlamentar ; (e) a inclusão da criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente), das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima na Lei de Racismo (Lei n.º 7.716/89) ou em outra lei que venha a substituí-la, determinando-se a aplicação da referida lei (e outra que eventualmente a substitua) para punir tais atos até que o Congresso Nacional se digne a criminalizar tais condutas e (f) que seja fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro , inclusive dos parlamentares responsáveis pela inéria constitucional do Estado como devedores solidários por serem eles os

ADO 26 / DF

efetivamente responsáveis por tal inércia , ante a responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, §6º, da CF/88) em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia (grifei).

A imputação ao Poder Legislativo da União de inércia deliberandi veicula impugnação a comportamento negativo das Casas do Congresso Nacional de que decorreria segundo sustenta a agremiação partidária autora (PPS) grave lesão a postulados constitucionais revestidos de essencial fundamentalidade , como o que incrimina a prática do racismo (CF , art. 5º, XLII) ou os que vedam tanto a discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais (CF , art. 5º, XLI) quanto a proteção insuficiente , enquanto uma das dimensões em que se projeta o princípio da proporcionalidade (CF , art. 5º, LIV).

O Partido Popular Socialista PPS, em sua longa e fundamentada petição inicial após tecer relevantes considerações a respeito do tema concernente à pretensão de criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima , em face da existência, segundo sustenta , da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou , subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou , ainda subsidiariamente , ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88) , requer a procedência integral da presente ação direta.

A Presidência do Senado Federal prestou informações pugnando pela improcedência do pleito , (...) resguardando-se a legalidade penal, a separação de poderes e a independência do Poder Legislativo, confirmando-se sua competência jurídico-política .

A Câmara Alta , ao sustentar a ausência de mora constitucional , assim se pronunciou :

IV DA AUSÊNCIA DE MORA INCONSTITUCIONAL

Os temas da homofobia e da discriminação são de constante discussão no Congresso Nacional brasileiro, órgão legislativo dos

ADO 26 / DF

representantes do povo. Cuida-se de um tema amplamente debatido no campo da política e que demanda profundas discussões , consultas e participação populares. Com a participação popular , cabe ao parlamento apresentar uma solução política à sociedade, sem a imposição de uma decisão jurídica .

São muitos os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional sobre o tema e indicamos alguns, exemplificativamente :

**PROJETO DE LEIAUTOR EMENTA Projeto de Lei do Senado
PLS Nº 101 de 2014 João Capiberibe**

Altera o Código de Processo Penal para prever nova modalidade de prisão preventiva: em caso de flagrante de crime de racismo ou injúria racial, como recurso pedagógico, no interesse da sociedade.

PL Nº 5576/2013 Aline Côrrea,

Acrescenta dispositivo ao art. 61, do Código Penal para considerar agravante o cometimento do crime em razão da raça, cor, etnia, religião, origem, orientação sexual ou deficiência física que são considerados crimes de ódio.

PL Nº 1959/2011 Roberto de Lucena

Altera a redação de dispositivos da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Tipifica crimes de discriminação em razão da opção sexual, aparência, origem e classe social.

PL Nº 1846/2011 Carmem Zanotto

Altera a alínea c do inciso I do art. 1º da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997 Lei da Tortura.

PL Nº 582/2011 Dalva Figueiredo

Acresce dispositivos ao Decreto- -Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 Código Penal, e à Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965.

PL Nº 81/2007 Fátima Bezerra

Institui o Dia Nacional de Combate à Homofobia.

PL Nº 2665/2007 Rodovalho

Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras

ADO 26 / DF

providências.

Estabelece que a prática de discriminação ou preconceito envolve qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica, inclusive nos atos discriminatórios quanto ao sexo das pessoas.

PL N° 7052/2006 Iara Bernardi

Institui o Dia Nacional de Combate à Homofobia PL N° 122/2006 Iara Bernardi Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências.

PL N° 6317/2005 Leonardo Mattos

Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

Aplica sanções administrativas ao fornecedor que discriminar, preterir, ou conferir tratamento diferenciado ao consumidor por motivos de preconceito ou racismo.

PL N° 3143/2004 Laura Carneiro

Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor. Inclui os crimes resultantes de preconceito de sexo ou orientação sexual.

PLS N° 309 de 2004 Paulo Paim

Define os crimes resultantes de discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

PL N° 5/2003 Iara Bemardi

Ementa: Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, e o § 3º do art. 140 do Código Penal, para incluir a punição por discriminação ou preconceito de gênero e orientação sexual.

PL N° 6186/2002 Nair Xavier Lobo Inclui como crime a discriminação ou preconceito contra a orientação sexual.

PL N° 6840/2002 Ceviolen

Proíbe a inclusão de cláusulas discriminatórias quanto à orientação sexual do candidato, em editais para a prestação de concursos públicos.

ADO 26 / DF

PL N^º 5003/2001 Iara Bernardi

Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas.

PLS N^º 52 de 1997. Abdias Nascimento

Define os crimes de prática de racismo e discriminação

Como se vê , não há que se cogitar de inércia do Legislativo, sendo seguro afirmar não estar caracterizada a mora legislativa . Como admitido inclusive pela parte autora, a matéria vem sendo objeto de intensos debates no seio do Legislativo Federal, por meio, por exemplo, do Projeto de Lei n^º 5.003/01, aprovado em 2006 na Câmara dos Deputados, e que atualmente tramita no Senado Federal sob o n^º 122/06, acima citado.

Vale lembrar que tramitam nas Casas Legislativas projetos de lei de novo Código Penal (PLS n^º 236, de 2012, no Senado), que visam a sistematizar , consolidar e estabelecer os crimes do ordenamento jurídico brasileiro e, inevitavelmente, questões como a discutida na presente ADO demandam pormenorizada análise no bojo de um projeto de código. (grifei)

Cabe registrar , neste ponto , que o projeto de lei n^º 122/2006 , do Senado Federal (em que se converteu o projeto de lei n^º 5.003/2001, aprovado pela Câmara dos Deputados em 2006), veio a ser incorporado ao projeto de novo Código Penal (PLS 236/2012), sem prazo para ser votado , segundo esclareceu a própria Presidência do Senado da República.

Esse adiamento do exame e votação da proposição legislativa que Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas (PLC 5.003/2001, aprovado pela Câmara dos Deputados, remetido para o Senado Federal, onde tomou o n^º PLS 122/2006) constituiria , segundo alega o autor desta ação direta , a prova mais evidente do retardamento intencional da tramitação e apreciação do projeto de lei em questão, frustrando-se , desse modo , o adimplemento do mandado de incriminação de todas as formas de violência homofóbica e transfóbica , a que se refere o art. 5º, inciso XLI, da Constituição, que ordena a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais .

A Câmara dos Deputados , por sua vez , manifestou-se no

ADO 26 / DF

sentido de (...) reafirmar a posição institucional desta Casa que, em 23 de novembro de 2006, aprovou o Projeto de Lei nº 5.003, de 2001, que determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas, enviado em seguida à análise do Senado Federal (grifei).

A eminente Senhora Advogada-Geral da União em exercício , MARIA APARECIDA ARAUJO DE SIQUEIRA, ao pronunciar-se nestes autos, sustentou a improcedência da presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em manifestação assim ementada :

'Constitucional e Penal . Suposta omissão inconstitucional imputada ao Congresso Nacional , quanto à criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia . Artigo 5º, incisos XLI, XLII e LIV, da Constituição Federal. Preliminar . Impossibilidade jurídica de pretensões de fixação de prazo para atividade legislativa e de prolação de acórdão com efeito aditivo . Descabe ao Poder Judiciário , em sede de ação direta por omissão, impor prazo de cumprimento obrigatório ao Poderes competentes para a edição do diploma legal reclamado, ou mesmo suprir , por ato próprio, a suposta omissão do legislador inadimplente. Precedentes dessa Suprema Corte. O desenho institucional expresso na Constituição Federal não pode ser secundarizado em prol da consolidação judicial de expectativas de ampliação da tutela penal. Auto contenção justificada , no particular, pela cláusula da tipicidade legislativa em matéria penal . Mérito . Inexistência de mora legislativa . Não existe comando constitucional expresso que exija tipificação criminal específica para a homofobia e a transfobia. Manifestação pelo conhecimento parcial da ação e , no mérito, pela improcedência dos pedidos formulados . (grifei)'

Foram admitidos , como amici curiae, manifestando-se de forma contrária ao acolhimento do pleito inicial: Frente Parlamentar Mista da Família e Apoio à Vida, Convenção Brasileira de Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas COBIM e Associação Nacional de Juristas Evangélicos ANAJURE e , de outro lado , pronunciando-se , favoravelmente , à pretensão de inconstitucionalidade, as seguintes entidades: Grupo Dignidade Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, Partido Socialista dos Trabalhadores Unificados PSTU, Conselho Federal de Psicologia, Associação Nacional de Travestis e

ADO 26 / DF

Transsexuais ANTRA, Defensoria Pública do Distrito Federal , Grupo Gay da Bahia GGB , Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais ABGLT e Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual GADVS (grifei).

Em decisão de 27/05/2014 , indeferi o pedido de intervenção processual deduzido pela Associação Eduardo Banks (Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana).

O Ministério Público Federal , por sua vez , em pronunciamento que produziu nestes autos, assim resumiu a presente causa:

'Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), com pedido de medida cautelar , por inércia legislativa do Congresso Nacional em editar lei para criminalizar todas as formas de homofobia e transfobia , nos termos do art. 5º, XLII, ou , subsidiariamente, da determinação contida no art. 5º , XLI , ou , por fim, do princípio da vedação da proteção deficiente , decorrente do art. 5º, LIV, todos da Constituição da República.

Segundo o requerente , a determinação de criminalização de todas as formas de racismo , expressa no art. 5º, XLII, da CR, abrangeia as condutas de discriminação de cunho homofóbico e transfóbico , pois seriam espécies do gênero racismo . Consoante definiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do habeas corpus 82.424/RS, o conceito de racismo não estaria adstrito à discriminação por cor da pele, mas abrangeia discriminação por etnia, procedência nacional, religião etc. Subsidiariamente , sustenta que a criminalização da homofobia encontra suporte no art. 5º, XLI, da Constituição da República, o qual determina que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Aduz ser inegável que todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero , real ou suposta , da vítima constitui discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais , pois : (i) viola o direito fundamental à liberdade, pois implica negação à população LGBT de realizar atos que não prejudicam terceiros e que não são proibidos pela lei; (ii) viola o

ADO 26 / DF

direito fundamental à igualdade, pois não há fundamento lógico-racional que justifique a discriminação [negativa] da população LGBT relativamente a heterossexuais não transgêneros.

A terceira linha argumentativa do requerente é no sentido da inconstitucionalidade da mora legislativa por afronta ao princípio da proporcionalidade, na vertente da vedação de proteção deficiente, e ao direito fundamental à segurança da população LGBT (art. 5º, caput, da CR). Por esses fundamentos, requer: (i) reconhecimento de que o conceito de racismo abrange homofobia e transfobia, para enquadrar tais condutas na ordem de criminalização do racismo (art. 5º, XLII, da CR); (ii) declaração da mora inconstitucional do Congresso Nacional em criminalizar especificamente a homofobia e a transfobia; (iii) fixação de prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação naquele sentido; e (iv) caso o Legislativo não respeite o prazo estipulado: (iv.1) inclusão das práticas discriminatórias fundadas em orientação sexual na Lei de Racismo (Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989); (iv.2) tipificação das condutas de homofobia e transfobia, nos moldes que o Supremo Tribunal Federal entender mais adequados, e (iv.3) responsabilização civil do Estado brasileiro, com indenização das vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia.

Em despacho de 7 de março de 2014, o relator solicitou informações à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, nos termos dos arts. 6º e 12-E da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999 (peça 21 dos autos eletrônicos).

O Senado Federal posicionou-se por improcedência do pedido. Destacou que não há, na Constituição, ordem de criminalização específica de condutas homofóbicas e transfóbicas. Invocou a necessidade de cumprir com cautela os mandados de criminalização do texto constitucional. Consignou que seria impossível concluir, com fundamento no julgamento do HC 82.424/RS, que a homofobia seria espécie do gênero racismo, pois são fenômenos sociais distintos. Defendeu inexistência de mora legislativa, porquanto o tema tem sido objeto de inúmeros debates no parlamento (peça 31).

Em breve manifestação, a Câmara dos Deputados reafirmou seu posicionamento institucional pela aprovação do projeto de lei 5.003, de 7 de agosto de 2001, que determina sanções às práticas

ADO 26 / DF

discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas, atualmente sob análise do Senado Federal (peça 32).

O requerente peticionou com argumentação contrária às informações do Senado Federal (peça 47).

Requereram ingresso , na qualidade de amici curiae , a Associação Eduardo Banks (peça 6); o Grupo Gay da Bahia (peça 34); o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (peça 39) e a Associação Nacional de Juristas Evangélicos (peça 52).

Em despacho de 9 de março de 2015, o relator solicitou manifestação da Procuradoria-Geral da República sobre a admissibilidade da presente ação direta de constitucionalidade por omissão, com particular destaque para o pleito que objetiva estender, por via jurisdicional, mediante analogia (in malam partem?), a Lei 7.716/89 (peça 59). (grifei)

Após assim proceder , mediante preciso relatório que bem sintetizou a controvérsia suscitada nesta causa, a douta Procuradoria-Geral da República , em fundamentada manifestação da lavra do eminente Chefe da Instituição, opinou pelo conhecimento parcial da presente ação direta e , nessa extensão , pronunciou-se sobre o mérito deste litígio constitucional, formulando parecer assim ementado :

'CONSTITUCIONAL . ART. 5º , XLI e XLII , DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA . CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA . NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS A VÍTIMAS DE HOMOFOBIA . MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA . CONFIGURAÇÃO DE RACISMO . LEI 7.716/1989 . CONCEITO DE RAÇA . INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO . MORA LEGISLATIVA . FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O CONGRESSO NACIONAL LEGISLAR .

1. A ação direta de constitucionalidade por omissão possui natureza eminentemente objetiva, sendo inadmissível pedido de condenação do Estado em indenizar vítimas de homofobia e transfobia, em virtude de descumprimento do dever de legislar.

2. Deve conferir-se interpretação conforme a Constituição ao

ADO 26 / DF

conceito de raça previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). Não se trata de analogia in malam partem.

3. O mandado de criminalização contido no art. 5º, XLII, da Constituição da República, abrange a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas.

4. Caso não se entenda que a Lei 7.716/1989 tipifica práticas homofóbicas, está em mora constitucional o Congresso Nacional, por inobservância do art. 5º, XLI e XLII, da CR. Fixação de prazo para o Legislativo sanar a omissão legislativa.

5. Existência de projetos de lei em curso no Congresso Nacional não afasta configuração de mora legislativa, ante período excessivamente longo de tramitação, a frustrar a força normativa da Constituição e a consubstanciar inércia deliberandi.

6. 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.

7. Parecer pelo conhecimento parcial da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, no mérito, pela procedência do pedido na parte conhecida. (grifei)

Este é o relatório, de cujo texto a Secretaria remeterá cópia a todos os Senhores Ministros deste Egrégio Tribunal (Lei nº 9.868/99, art. 9º, caput; RISTF, art. 172)."

2. O Partido Popular Socialista/PPS sustenta haver determinação constitucional de legislar criminalmente a obrigar o legislador a criminalizar a homofobia e a transfobia, tendo em vista que:

- a) a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo;*
- b) a homofobia e a transfobia inequivocadamente enquadram-se no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais;*
- c) considerado o princípio da proporcionalidade em sua vertente de*

ADO 26 / DF

proibição de proteção deficiente, tem-se ser necessária a criminalização específica;

d) na acepção da proibição de proteção deficiente, o princípio da proporcionalidade demanda a atuação estatal por instituto de direito penal, para proteção de bens jurídicos como consequência da adoção do paradigma do estado de direito;

e) o Congresso Nacional recusou-se até a votar o projeto de lei que visa cumprir aquela exigência de criminalização.

f) todas as formas de homofobia e transfobia devem ser punidas com o mesmo rigor aplicado atualmente pela legislação que pune, sob pena de hierarquização de opressões;

g) há inconstitucionalidade por proibição de proteção deficiente (implícito ao art. 5º, LIV, da CF/88), caracterizando-se a mora inconstitucional do Congresso Nacional;

h) reconhecida a mora inconstitucional do Congresso Nacional neste caso, é possível e procedente o pedido cumulativo que o Supremo Tribunal Federal fixe prazo razoável para a elaboração da legislação criminalizadora;

i) deverá ser, ainda, fixada a responsabilidade civil do Estado brasileiro a indenizar as pessoas vítimas de homofobia e transfobia enquanto tais condutas não forem criminalizadas de forma eficiente pelo legislador.

3. O Senado Federal manifestou-se pela "*improcedência da presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão, resguardando-se a legalidade penal, a separação de poderes e a independência do Poder Legislativo, confirmando-se sua competência jurídico-política*".

4. A Câmara dos Deputados informa que, "*em 23 de novembro de 2006, aprovou o Projeto de Lei nº 5.003, de 2001, que 'determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas', enviado em seguida à análise do Senado Federal*".

ADO 26 / DF

Cabimento da ação

5. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é cabível nos casos em que, havendo dever constitucional de legislar, não o tenha feito o órgão competente, no caso, o Congresso Nacional.

Na lição de J. J. Gomes Canotilho “*a omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autónomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de acção, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional. As omissões legislativas inconstitucionais derivam desde logo do não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adopção de medidas legislativas concretizadoras da constituição*” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1033-1034).

Para Jorge Miranda, “*por omissão entende-se a falta de medidas legislativas necessárias, falta esta que pode ser total ou parcial. A violação da Constituição, na verdade, provém umas vezes da completa inércia do legislador e outras vezes da sua deficiente actividade, competindo ao órgão de fiscalização pronunciar-se sobre a adequação da norma legal à norma constitucional. (...) A inconstitucionalidade por omissão não surge apenas por carência de medidas legislativas, surge também por deficiência delas*” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora. Tomo II, 1988. p. 406-409).

Na espécie, o quadro relatado pelo Ministro Relator demonstra a definição constitucional daquele dever de legislar e, ainda, o cenário sócio-político decorrente do descumprimento daquela determinação, três décadas depois do início de vigência da Constituição do Brasil.

ADO 26 / DF

7. Na linha dos precedentes deste Supremo Tribunal Federal é de se anotar que a existência de projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional sobre determinado tema não obsta o pleito de controle da omissão legislativa, o que põe em risco princípios essenciais à ordem constitucional. Nesse sentido, por exemplo:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição.

2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão constitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A inércia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal.

4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mera em

ADO 26 / DF

que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.” (ADO 3682, Relator Ministro Gilmar Mendes, Pleno, DJe 6.9.2007).

*“A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em *um facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare* resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público” (Medica Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.439/DF, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 30.5.2003.*

A ação objetiva – seja enfatizado – não comporta nem busca juízo de condenação pecuniária, ainda que constatada a omissão legislativa, como realçado pela Procuradoria-Geral da República.

9. Conheço parcialmente da ação, excetuado o pedido de

ADO 26 / DF

responsabilização civil do Estado pela deficiência na criminalização de práticas homotransfóbicas.

Mérito

10. Os direitos fundamentais à vida e à liberdade, em seus múltiplos aspectos, declarados e garantidos pelo art. 5º da Constituição da República, são inerentes à condição humana, sendo autoaplicáveis e, nessa condição, independendo de regulamentação para seu pleno exercício.

Entretanto, o caso agora examinado ostenta pleito de reconhecimento de omissão para tipificação penal obrigatória ao legislador de prática que afronte os direitos fundamentais à dignidade humana, à igualdade, à liberdade de opção sexual e ao respeito à condição de ser de cada pessoa humana.

11. Daí a alegação do autor que, além de articular não apenas a necessidade de máxima efetivação dos direitos fundamentais, também expõe necessidade de tutela criminal legal pelo Estado brasileiro.

O autor relata o cruel cenário de insegurança física e psíquica a que submetidos cidadãos com orientação sexual diversa que não corresponda aos tidos como politicamente corretos por parcela da sociedade, ficando aquelas pessoas à margem da proteção estatal, cuja omissão há de ser atribuída – na concepção do autor – ao Poder Legislativo. Para o autor, a omissão aqui questionada não é menos histórica que a odiosa perseguição e violência a subjugar lésbicas, gays e transgêneros¹ no Brasil e no mundo.

1 “Transgêneros, termo ‘guarda chuva’ que, na lição de Suiama, incorporando definições de várias fontes, pretende abranger todas as identidades e práticas que cruzam, cortam, movem-se entre, ou de qualquer forma desafiam as fronteiras socialmente contribuídas entre sexo e gênero, incluindo transexuais em processo de transição ou já submetidos a procedimentos de transgenitalização, transexuais que optam por não se submeter a procedimentos de reconstrução genital, travestir, cross dressers masculinos e femininos e demais pessoas cuja expressão de gênero conflita com o sexo anatômico.

ADO 26 / DF

12. A situação é de inegável gravidade, havendo um movimento social que conduz a quadros mais e mais obscurantista e agressivos aos direitos humanos. Como asseverado pelo Ministro Edson Fachin no julgamento do Recurso Extraordinário n. 670.422, no qual este Supremo Tribunal assentou, com repercussão geral, a constitucionalidade da alteração de gênero no registro civil de transexual sem a necessidade de cirurgia de redesignação de sexo:

"O Brasil é o país que mais mata pessoas trans no mundo. O Projeto de Monitoramento de Assassinatos Trans (Trans Murder Monitoring - TMM - Project) aponta que, em termos absolutos, entre janeiro de 2008 e dezembro de 2014, entre os países em que esses dados foram produzidos, o Brasil foi aquele com o maior número absoluto de assassinatos de pessoas trans (689 homicídios). Corresponde, pois, a 51% dos 1.356 casos desse tipo de homicídio registrados na América Latina.

14. No mesmo sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização de Estados Americanos (OEA) registrou o Brasil como o país com o maior número de mortes violentas de pessoas

Em suma, são indivíduos nos quais a identidade de gênero não apresenta congruência com seu sexo biológico, observada na maioria dos indivíduos.

Progressivamente as identidades transgêneras têm se tornado mais sutis, complexas, muitas vezes incompatíveis com as divisões binárias e estereotipadas de gênero, desafiando dessa maneira soluções propostas baseadas na patologização das transgressões de gênero, o que resulta na necessidade de estratégias amplas para incluir todas estas possibilidades.

Dentre os transgêneros, os transexuais, os travestis são definidos pela prática médica.

Nesse sentido, a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, em seu item F64.0, sob o Título Transtornos da identidade sexual, define o Transexualismo como 'um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado'. Por sua vez, o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução 1.955/10 autoriza as cirurgias de transgenitalização como tratamento nos casos de transexualismo e o define como o desconforto com o sexo anatômico natural, com o desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto" (DIAS, Rodrigo Bernardes. Estado, sexo e direito. São Paulo. SRS Editora; ed. 2015, p. 331-332).

ADO 26 / DF

trans no continente, no período de janeiro de 2013 a março de 2014. Com uma diferença de 100 casos para o segundo colocado, o país registrou 140 assassinatos".

(...)

À luz da narratividade constitucional, do direito constitucional positivo e da triste realidade a que se submetem não apenas as mulheres transexuais, mas também os homens transexuais, afigura-se imprescindível adentrar o debate exercitando alteridade e empatia, à luz da solidariedade que constitui um dos princípios fundamentais de nossa República (art. 3º, I, CRFB).

(...)

A Constituição em seu art. 5º, caput, estabelece a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, ao passo que em seus incisos se podem ver assegurados a: i) igualdade entre homens e mulheres (inciso I), bem como ii) a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X).

Como já consignei, tais dispositivos não podem ser lidos de forma distanciada da cláusula de tutela geral da personalidade fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, mote da repersonalização do Direito Privado. Isso porque "os direitos de personalidade não têm por fundamento o dado abstrato da personalidade jurídica, mas, sim, a personalidade como dado inerente ao sujeito concreto" (FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Princípio da Dignidade Humana (no Direito Civil). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Orgs.). Dicionário de Princípios Jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.p. 314).

(...)

Como recentemente frisado pelo Min. Gilmar Mendes neste Plenário, as cláusulas constitucionais, à luz do próprio princípio da maior eficácia aos direitos fundamentais, se veem robustecidas em sua especificidade, à luz do direito internacional, o que inclusive dá concretude à compreensão há muito afirmada em sede doutrinária de sua universalidade.

ADO 26 / DF

Assim, a igualdade entre homem e mulher, à luz do postulado maior da não discriminação, necessariamente dialoga, entre outros, com o disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigos 2º, 1, e 26), abaixo transcritos:

"ARTIGO 2º

1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

ARTIGO 26

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação"

Dessa forma, o dispositivo necessariamente abarca, as mulheres e os homens transexuais. É necessário, ainda nessa toada, perquirir pela noção de identidade de gênero a fim de se poder compreender a questão em sua plenitude.

Nesse sentido, extremamente elucidativa a Introdução aos Princípios de Yogyakarta, documento apresentado no Conselho de Direitos Humanos da ONU que versa justamente sobre a aplicação da legislação internacional sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

Nele se consigna logo de partida em seu preâmbulo que identidade de gênero:

"(...) como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios

ADO 26 / DF

médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismo”.

13. No plano interno, o Programa Nacional de Direitos Humanos, instituído pelo Decreto n. 4.229/2002 (PNDH-2) e que delineava as propostas de ações governamentais para sua defesa e promoção, foi revogado pelo Decreto n. 7.037/2009 (PNDH-3), tendo sido excluída a previsão específica, constante do decreto anterior, do “*aperfeiçoamento da legislação penal no que se refere à discriminação e à violência motivadas por orientação sexual*”.

Nos termos do novo anexo do PNDH-3, passou-se a ter mera previsão de “*criação de redes de proteção dos Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (LGBT), principalmente a partir do apoio à implementação de Centros de Referência em Direitos Humanos de Prevenção e Combate à Homofobia e de núcleos de pesquisa e promoção da cidadania daquele segmento em universidades públicas*

Essas ações, a toda evidência, indicam não apenas omissão, mas ato comissivo do Poder Público, a bloquear a tutela pretendida, deixando em desvalia jurídica direitos fundamentais e inalienáveis da cidadania e da dignidade humana. Essa omissão não é observada quanto a outras espécie de crimes de ódio, como enfatizado por Alexandre Magno Fernandes Moreira:

“Mesmo sem a denominação formal, pode-se dizer que já existem alguns crimes de ódio na legislação brasileira. Exemplos desses crimes são o genocídio (Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956) e injúria qualificada pelo racismo (Código Penal – CP, art. 140, §3º). O primeiro exemplo pode ser classificado como crime de ódio puro, uma vez que previsto em tipo penal específico. O segundo, por sua vez, pode ser classificado como crime de ódio impuro ou misto, uma vez que consiste em uma qualificadora de um tipo penal que, em si, não constitui crime de ódio. Também é possível conceber-se o crime de ódio impróprio, que, à semelhança do crime de ódio impuro ou misto, consiste em uma qualificadora ou causa de aumento de pena de um

ADO 26 / DF

*tipo penal que em si não é crime de ódio. O traço distintivo é a possibilidade dessa qualificadora ou causa de aumento de pena albergar outros crimes que não sejam de ódio. É o caso do homicídio qualificado por motivo torpe (CP, art. 121, §2º, inc. I).21 Finalmente, todo crime pode ser considerado como crime de ódio em determinadas situações, uma vez que o CP prevê a agravante genérica do motivo torpe (art. 61, inc. II, a).22 Quanto aos discursos de ódio, já existe incriminação na própria Lei nº 7.716, de 1989: é o tipo penal relativo à prática, incitação ou indução à discriminação ou preconceito (art. 20)." (MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *O papel do Direito Penal no combate à discriminação: reflexões sobre a última versão do PLC n. 122.* Revista brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, ano 15, n. 58, p. 57-58).*

Nessa linha, por exemplo, a declaração de constitucionalidade da Lei Maria da Penha (Lei Nacional n. 11.340/06), por este Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.424 e na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 19, apresenta a seguinte orientação:

"o art. 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coibam a violência no âmbito das relações familiares".

Naquela assentada, enfatizei a necessidade de constante implementação de políticas afirmativas para a máxima efetivação do princípio constitucional da igualdade, impondo o constitucionalismo contemporâneo a adoção de leis e práticas públicas que levem em conta a condição dos sujeitos a ela destinados, em especial aqueles historicamente desguarnecidos de proteção:

"Tenho absoluta convicção ou convencimento, pelo menos, de que um homem branco, médio, ocidental, jamais poderá escrever ou pensar a igualdade ou a desigualdade como uma de nós, porque o preconceito passa pelo e no olhar.

ADO 26 / DF

(...)

Onde houver, enquanto houver, uma mulher sofrendo violência neste momento, em qualquer lugar deste Planeta, eu me sinto violentada. Enquanto houver situações de violência, temos de ter o tratamento para fazer leis como essa, que são políticas afirmativas, que fazem com que a gente supere - não para garantir a igualdade de uma de nós: juízas, advogadas, senadoras, deputadas, servidoras públicas -, mas a igualdade, a dinâmica da igualdade, para que a gente um dia possa não precisar provar que nós precisamos estar aqui porque, sendo mulher, tanto não seria o "normal". E digo isso, porque alguém acha que, às vezes, uma juíza deste Tribunal não sofre preconceito. Mentira! Sofre! Não sofre igual a todas as mulheres, outras sofrem mais do que eu. Mas, sofrem. Há os que acham que isto aqui não é lugar de mulher, como uma vez me disse uma determinada pessoa sem saber que eu era uma dessas: "Mas, também, lá agora tem até mulher.

(...)

Isto, só nós que sofremos o preconceito - porque o preconceito é um sofrimento -, somente nós podemos saber, porque passa pelo olhar, porque hoje não se deixa claro por conta de algo que é "essa coisa horrorosa do politicamente correto" discriminar mulher. Não é que não discriminam. Não manifestam a discriminação. Por isso é que a violência, até física, dentro de um quarto, dentro de uma sala, dentro de casa, aniquilou gerações e gerações de mulheres. E, por isto, é que nesta ação, quando alguém ainda questiona - porque mesmo sobrevindo a lei chamada Maria da Penha, que é a lei, não dos Penha, não do casal, mas da Dona Maria, da mulher, diz respeito à vida de todas as mulheres -, quando vem a lei nessas condições, significa, para nós, um alerta: singelamente, que a luta continua. Como toda a luta pelos direitos humanos continua.

Lembro-me, também, Senhor Presidente, que o primeiro júri ao qual assisti como estudante, em 75, o advogado de defesa do réu, que tinha matado a mulher, terminou citando um grande compositor brasileiro, de uma época em que era comum se aceitar, como defesa da honra, matar a mulher. Citando esse grande compositor brasileiro dizia o advogado ao final: "Ele não fez nada demais: "toda paixão é funesta, paixão sem sangue não presta"". Portanto, tinha sido um

ADO 26 / DF

gesto de amor matar a mulher. Isto continuou pela década de 70, pela década de 80, e a semana passada, infelizmente, no meu Estado, de novo, repetiu-se o mesmo crime, exatamente a demonstrar que esta é uma forma de viver lutando para que a gente adquira direitos. A luta pelos direitos é isso mesmo.

Cresci ouvindo frases de efeito, que eram frases de brincadeira, que eram frases - muitas vezes, ditas num tom jocoso, que é uma das formas de desmoralizar os direitos - de grandes até pensadores, de grandes escritores, que: 'Toda mulher gosta de apanhar; não, todas não, só as normais. Ele pode não saber porque está batendo, mas ela sabe porque está apanhando.'

Chegava-se numa delegacia e a mulher era olhada com desconfiança, quanto fosse a vítima. Por que se criou a delegacia da mulher? Porque, quando dizia, como já escutei, delegado dizendo: 'Bateu? Mas a mulher era dele? Então, nada a ser feito.' Por isso, a dificuldade até de uma mulher, como nos casos de crimes sexuais, ter acesso aos órgãos de controle.

Escutei: 'Fulana, ah não, fulano bate, mas ele tem mulher-bife, quanto mais bate melhor fica'. Cansei de escutar isso e continuo escutando. E essas são situações que nos desmoralizam, que nos violentam no dia a dia. E isto passa para uma outra geração, esta violência haverá de continuar. Por isso a Lei Maria da Penha trata não apenas da mulher, mas também dos filhos que vêem essa violência e reproduzem esses modelos. Esta violência vai para a praça pública, depois vai para o país, e depois geram as guerras. É assim que funciona a sociedade, em que a paz, realmente, não é buscada, porque nem sempre é conveniente para os que com ela nada ganham.

Também escutei hoje aqui da Tribuna, tantas vezes usada de uma maneira tão própria, que isso acontece nas relações afetivas, e ficava dentro de casa. Lamento discordar, até mesmo da que era propícia a um discurso que seria contra nós. Quando há violência, não há nada de relação de afetividade; é relação de poder, é briga por poder, é saber quem manda. E mulher não manda e não pode mandar. Queremos viver bem com os homens até, porque a gente gosta de homem. Não queremos viver sem eles; queremos viver bem, queremos conviver. Não queremos contracenar nem sermos violentas.

ADO 26 / DF

E esse modelo todo, a meu ver, faz com que ainda hoje - portanto, 9 de fevereiro de 2012 -, a mulher foi e continua sendo sempre grandemente sinônimo de sofrimento, sinônimo de dor, sinônimo de uma luta desigualada. Enfim, a dor de viver faz parte, a dor de sofrer pelo fato de alguém achar que é melhor e pode mandar até o limite da violência física, para não dizer da psíquica - que o Ministro Marco Aurélio, na outra ação, acentuou -, isso aniquila a família inteira, aniquila o filho, aniquila todo mundo. É realmente, a meu ver, gravíssimo.

E foi exatamente isso que gerou toda a luta internacional pelos direitos, com essa diferenciação, para que se tenha a igualação e a conquista exatamente dessa lei, com essas criações de juizados, com a indicação de que é preciso que haja preferências nesses julgamentos, porque a demora faz com que a sensação, no seio familiar, no seio da comunidade, de que isto vai ficar impune permaneça. Queremos ter companheiros, não queremos ter carrascos; não queremos viver com medo, porque o medo é muito ruim. E o medo aniquila a tal ponto que gera a vergonha. Mulheres envergonhadas pelo fato de não conseguirem sair dessas situações.

Por isso mesmo é que historicamente no Brasil a mulher não podia ler, porque era relação de poder, não era de afeto; não podia votar, porque não era nem gente, que dirá cidadã! E que dirá depois querer mesmo ser juíza! Não podia!

Isto tudo - como eu disse - vai contra o que é o constitucionalismo contemporâneo, que, no processo de igualação, funciona para superar a indiferença às diferenças. Não é possível continuar fazendo políticas, e ditas políticas públicas, como se não tivesse de especificar a condição do sujeito. Por isso que, tanto neste como no caso anteriormente julgado por nós e nos habeas, essa especificação da condição do sujeito criou uma diferença para que, mesmo aquele homem que sofra a violência - e a doutora Grace fez menção a isso -, não seja tocado aqui, porque o próprio Código Penal já fala no artigo 61 nesta situação. Acontece que o Direito se encaminha para especificar o sujeito e as condições do sujeito.

Por tudo, Senhor Presidente, não quis deixar de fazer essas observações - que vão na linha exatamente do que o Ministro Marco

ADO 26 / DF

Aurélio, mais de uma vez, tem, tanto em casos específicos quanto na ação anterior, reafirmado - do que representa para a sociedade, não apenas para nós mulheres, para toda uma sociedade, uma sociedade que se quer diferente, para ter direitos efetivos não de dignidade da mulher, mas para romper as indignidades, que de todas as formas são tantas vezes cometidas, que esta lei, nesses três artigos específicos, mais naqueles que já examinamos antes, tem uma importância fundamental para uma sociedade que tem a maioria hoje, como é a sociedade brasileira, composta de mulheres, mas de respeito integral ao que põe a Constituição brasileira, especificamente no seu artigo 5º. A igualdade - como o Ministro Marco Aurélio acentuou - é tratar com desigualdade aqueles que se desigualam e que, no nosso caso, não é que não nos desigualamos, fomos desigualadas por condições sociais e de estruturas de poder que nos massacraram séculos a fio." (voto por mim proferido na ADC n. 19, Relator Ministro Marco Aurélio, Pleno, DJe 29.4.2014).

14. Coerente com aquela orientação se teve a alteração do art. 121 do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/40), instituindo o “feminicídio”, a qualificar o homicídio praticado “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”:

Art. 121. Matar alguém

(...)

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

(...)

Feminicídio (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

(Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

(...)

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

I - violência doméstica e familiar; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

ADO 26 / DF

(Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)"

15. No caso agora apreciado, põe-se em discussão omissão legislativa penal protetiva das minorias homo e transexuais (e suas derivações), para garantia de manutenção de marco civilizatório que impeça crimes de ódio praticados contra as pessoas.

16. Iniciada em 2006, na Câmara dos Deputados, com a tramitação do Projeto de Lei nº 122 (PL 5.003 de 2001, na origem), o debate não prosperou em sede legislativa, tendo sido arquivado desde 2014, não sobrevindo novas discussões sobre a matéria nem se comprovando práticas político-legislativas levadas a efeito para garantir o provimento daquela omissão.

Daí a alegação do autor de ser a conduta do Congresso Nacional negligente e desidiosa na tutela de direitos fundamentais indisponíveis para os quais é constitucionalmente obrigado a proteger.

Direitos fundamentais e mandado de criminalização.

17. O art. 3º, inc. IV, da Constituição da República declara ser objetivo fundamental da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Tem-se, pois, no sistema constitucional brasileiro vigente a proibição de atuar o Estado para permitir, tolerar ou deixar de cumprir o seu papel de impedir qualquer forma de discriminação, a ele impondo adotar as providências legais e administrativas necessárias a punir quem transgredir a ordem jurídica no ponto específico.

18. Embora o art. 5º, inc. XXXIX, defina ser o cuidado matéria reservado à legislação específica, assentando não haver "*crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*", a Constituição

ADO 26 / DF

define, em seu inc. XLII, a prática do racismo como “*crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*”.

Anota, por exemplo, Luciano Feldens², que o constituinte originário incorporou normas tendentes a assegurar a tutela penal de direitos e valores nela consagrados a refletir a explícita aceitação e positivação, “*de deveres de proteção com feição jurídico-penal*”, no que denominou “*mandado de criminalização*”.

“A ideia de uma dever de proteção como decorrência dos direitos fundamentais foi adotada por um grande número de países que se libertaram de todos os tipos de regimes autoritários dentro e fora da Europa, no último quarto de século XX. Nesses casos, ou o dever de proteção foi explicitamente incorporado ao texto das Constituições ou as recém instituídas cortes constitucionais o extraíram de suas declarações de direitos (Grimm, 2007:164).

De fato, foi o que ocorreu no Brasil. Como anota Nilo Batista, no seio da Assembleia Nacional Constituinte, dois grupos políticos antagônicos propunham obrigações constitucionais de criminalização. Um deles, pela esquerda, sensibilizado pelo preconceito e pelas discriminações raciais estranhadas na formação social brasileira, bem como pelas nefastas consequências do período ditatorial, especialmente no que concerne à perseguição de dissidentes políticos do regime, propunha a penalização, sob condições mais rigorosas, do racismo, da tortura e da ‘quartelada’. Por outro lado, adviria da direita uma reação tendente a submeter ao mesmo microssistema penal a luta revolucionária (então compreendida como ‘terrorismo’), o tráfico de entorpecentes e alguns crimes especialmente graves, tendo-se otpado, para designá-los, pela expressão, ‘crimes hediondos’ (Batista, 200:344).

DIANTE DESSE PANORAMA POLÍTICO, EDIFICARAM-SE OS INCISOS XLII, XLIII E XLIV DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO” (FELDENS, Luciano, Art. 5º, inc. XLII In: CANOTILHO, J.J. Gomes, et al (Coords.) Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina: 2018. p. 420).

2 FELDENS, Luciano, Art. 5º, inc. XLII In: CANOTILHO, J.J. Gomes, et al (Coords.) Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina: 2018. p. 418

ADO 26 / DF

Aquelas normas retratariam “genuína opção político-constitucional no sentido de que sejam criminalizadas determinadas condutas cujo desvalor é de imediato reconhecido pela Constituição (v.g. A imposição da criminalização do tráfico ilícito de entorpecentes e dos atentados ao meio ambiente), exteriorizando-se como produtor do que se poderia designar política criminal constitucional”.

19. Daí os denominados deveres de prestação normativa em matéria penal, decorrentes da instrumentalização contemporânea dos direitos fundamentais como valores objetivos, postos na base do ordenamento jurídico. A atuação para a tutela penal como mandamento constitucional põe-se no fundamento dos deveres estatais de proteção:

“Uma das formulações contemporâneas mais significativas no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais consiste em que, ao contrário do que propugnava o modelo liberal clássico, os direitos fundamentais não têm sua eficácia restringida a uma dimensão negativa, de direitos subjetivos individuais. Paralelamente, ostentam aptidão para funcionar como elementos objetivos fundamentais da comunidade, operando como valores objetivos que orientam por inteiro o ordenamento jurídico (Sarlet, 2006:165), e reclamando, dentro da lógica do Estado Social, prestações positivas destinadas a sua proteção. Enquanto tal, a dimensão objetiva interfere na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, neste caso atribuindo-lhe um reforço de efetividade (Mendes, G. F.; Coelho, I. M.; Branco, P. G.; 2007-257).

Os deveres (*mandados*) de tutela penal são expressão, no campo jurídico-penal, da teoria dos deveres estatais de proteção; configuram-se, assim, como uma projeção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Anotam-se, dentre outros, os seguintes dispositivos: art. 5º, incisos XLII (prática do racismo), XLIII (tortura, terrorismo, tráfico de entorpecentes e crimes considerados hediondos) e XLIV (ação de grupos armados contra o Estado democrático), art. 225, § 3º (tutela do meio ambiente) e art. 227, § 4º (proteção especial à criança e ao adolescente).

Centra-se o objeto do mandado constitucional, em princípio, sobre uma obrigação de caráter positivo, para que o legislador penal

ADO 26 / DF

*edifique a norma incriminadora, ou, quando esta já existe, em uma obrigação negativa, no sentido de que se lhe é vedado retirar, para aquém do mínimo de tutela constitucionalmente exigido, a proteção já existente (eficácia paralisante). É sob tal contexto que o mandado constitucional ‘sobreprotege’ o bem jurídico tutelado pela norma penal, garantido não apenas a legitimidade, mas a própria necessidade constitucional de uma proteção normativa de índole jurídico-penal. Ainda assim, o mandado constitucional não define os precisos termos da conduta incriminada, menos ainda estabelece-lhe sanção. Seu conteúdo se traduz em um comando genérico, com reduzido grau de especificidade, de tutela penal a determinado bem, valor ou interesse constitucional. A construção da conduta delituosa exige a atuação mediadora do legislador (princípio constitucional da legalidade penal), importando esclarecer que da Constituição não são diretamente deduzíveis ilícitos penais” (FELDENS, Luciano, Art. 5º, inc. XLII In: CANOTILHO, J.J. Gomes, et al (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina: 2018. p. 420).*

E:

“O mandado de criminalização veicula, portanto, uma relação de natureza impositiva que tem como destinatário o legislador, a este competindo a criação de um abrigo normativo, de caráter jurídico-penal, estabelecendo os termos e os limites dessa tutela, a qual, se por uma lado não pode situar-se além do constitucionalmente permitido (proibição do excesso), tampouco se pode estabelecer aquém do constitucionalmente exigido (proibição de proteção deficiente)”³.

20. De tudo se extrai o que alega o autor no sentido de que as práticas homotransfóbicas poder-se-iam equiparar a práticas racistas (gênero da mesma espécie), tipificadas como crime desde a Constituição da República. Esse quadro demonstraria, no dizer do autor, a necessidade de proteção suficiente dos direitos fundamentais de uma minoria, até que editada lei específica, conferindo efetividade àquela tutela penal constitucional.

3 Op. cit. p. 420.

ADO 26 / DF

Não obstante estranhas à compreensão vulgar do termo “racismo”, enraizada no preconceito fundado na cor da pele, a tese esposada na inicial ressoa na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal.

Decisão do STF no Habeas Corpus n. 82.424. Leading case.
Homofobia como prática racista

21. No julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.424 (caso Siegfried Ellwanger), este Supremo Tribunal Federal firmou a definição jurídico-constitucional de racismo ao analisar a alegação de sua prática por autor de livro no qual veiculada “*apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica*”.

Ao enfrentar a tese de que os judeus não constituiriam raça propriamente dita, pelo que contra eles não poderia haver discriminação capaz de ensejar a incidência do tipo penal-constitucional, definiu-se:

- a) inexistência do conceito científico de raça humana: “*com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais*”;
- b) racismo como um “*conceito político-social*” gerador de preconceito segregacionista, fundado em premissa criminosa de superioridade de um agrupamento humano sobre outro;
- c) a definição jurídico-constitucional de racismo advém da “*interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma*”;
- c) a prática do racismo é “*atentatório dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social*”, sendo, por isso, inconciliável com os

ADO 26 / DF

padrões éticos e morais definidos pela Constituição da República de 1988 e por tratados e acordos multilaterais subscritos pelo Brasil;

d) as discriminações raciais compreendem “*as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, “negrofobia”, “islamafobia” e o anti-semitismo*”.

22. Relator daquele *Habeas Corpus*, o Ministro Moreira Alves formou com voto vencido ao interpretar restritivamente a palavra racismo, que não abrigaria “*toda e qualquer forma de preconceito ou de discriminação*”, sem o condão de torná-las, por exemplo, imprescritíveis:

“Além de o crime de racismo, como previsto no artigo 5º, XLII, não abarcar toda e qualquer forma de preconceito ou de discriminação, porquanto, por mais amplo que seja o sentido de “racismo”, não abrange ele, evidentemente, por exemplo, a discriminação ou o preconceito quanto à idade ou ao sexo, deve essa expressão ser interpretada estritamente, porque a imprescritibilidade nele prevista não alcança sequer os crimes considerados constitucionalmente hediondos, como a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, aos quais o inciso XLIII do mencionado artigo 5º apenas determina que a lei os considerará inafiançáveis e insusceptíveis de graça ou anistia.

O elemento histórico - que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele - converge para dar a “racismo” o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra.” (voto vencido do Relator, Ministro Moreira Alves, HC 82.424)

Para tanto, firmou-se na compreensão antropológica estrita do significado da palavra raça, reservado à categoria de grupos humanos assinalados por diferentes características físicas, hereditariamente transmissíveis:

ADO 26 / DF

"Embora entre antropólogos, no decorrer dos tempos, tenha havido divergência sobre a conceituação de raça, especialmente quando utilizado o termo para finalidades políticas como ocorreu com o nazismo e o mito do arianismo, essas divergências modernamente, se existentes, se reduziram a ponto de NICOLA ABBAGNANO ("Diccionario de Filosofia", trad. Galletti, ps. 977/978, Fondo de Cultura Económica, México, 1993) acentuar:

"O conceito de raça é hoje unanimemente considerado pelos antropólogos como um expediente classificatório apto para subministrar o esquema zoológico dentro do qual podem ser situados os diferentes grupos do gênero humano. Portanto, a palavra deve ficar reservada somente aos grupos humanos assinalados por diferentes características físicas que podem ser transmitidas por herança. Tais características são principalmente: a cor da pele, a estatura, a forma da cabeça e do rosto, a cor e a qualidade dos cabelos, a cor e a forma dos olhos, a forma do nariz e a estrutura do corpo. Tradicional e convencionalmente se distinguem três grandes raças, que são a branca, a amarela e a negra, ou seja, a caucasiana, a mongólica e a negróide. Portanto, os grupos nacionais, religiosos, geográficos, lingüísticos e culturais não podem ser denominados 'raças' sob nenhum conceito e não constituem raça nem os italianos, nem os alemães, nem os ingleses, nem o foram os romanos ou os gregos, etc. Não existe nenhuma raça 'ariana' ou 'nórdica'.".

23. Prevaleceu, contudo, definição mais ampla, afeita ao conceito etnológico de raça, firmado a partir do voto condutor do Ministro Maurício Corrêa como *"coletividade de indivíduos que se diferencia por sua especificidade sociocultural, refletida principalmente na língua, religião e costumes; grupo étnico, como por exemplo a raça judia"*.

Racismo foi tomado como fenômeno ideológico, internacionalmente reconhecido e combatido, estruturado na discriminação de um grupo populacional física ou culturalmente identificável, por isso submetido a racialização (sua categorização como "raça"), perversamente orientada por valoração negativa, de inferiorização:

ADO 26 / DF

"A sociologia moderna identifica o racismo como tendência cultural, decorrente de construções ideológicas e programas políticos visando à dominação de uma parcela da sociedade sobre outra. Para George Fredrickson dá-se o racismo quando as diferenças étnicas e culturais são consideradas imutáveis, indeléveis, atuando na prática das instituições com base nessas diferenças, gerando a pretensão de impor uma ordem racial.

*O dicionário de Sociologia da Universidade de Oxford procura explicar o fenômeno tendo como pressupostos três conceitos: **racialismo**, que é o 'tratamento desigual de um grupo populacional baseado apenas em sua possessão de traços físicos e outras características socialmente definidas como denotando uma raça particular' - **racismo**, 'um sistema determinista de crenças que sustenta o racialismo, ligando tais características a traços físicos ou psicológicos baseados em valoração negativa'; e **racialização**, 'o processo social pelo qual um grupo social é categorizado como "raça". Sem dúvida, é o que fez o nazismo ao racializar o povo judeu e os alemães arianos, com o objetivo de promover o racialismo em relação aos primeiros. Isso não é outra coisa senão a prática de racismo.*

(...)

A Resolução 623 da Assembleia Geral da ONU, de dezembro de 1998, insta os países a cooperar com a Comissão de Direitos Humanos no exame de todas as formas contemporâneas de racismo, como a xenofobia, negrofobia, anti-semitismo e outras formas correlatas de intolerância racial (item 17 da Resolução). Como se vê, o anti-semitismo como sinônimo de exteriorização do racismo tem respaldo no Direito Internacional Público" (voto condutor do Ministro Maurício Corrêa no HC 82.424, grifos nos original).

24. Racismo é crime contra a humanidade. Daí sua imprescritibilidade (art. 5º, inc. XLII, da Constituição), não sujeito ao esquecimento, posta como dever de avocar atuação vigilante do Poder Público nos aspectos preventivo e repressivo, determinando-se educação cívica e humanista das futuras gerações para evitar sua manutenção:

"No item 58 da chamada Declaração de Durban consignou-se

ADO 26 / DF

que ‘o holocausto jamais deverá ser esquecido’. No item 61 destaca-se a preocupação com o aumento do anti-semitismo e da islamofobia, como de resto outros ‘movimentos raciais e violentos baseados no racismo e em ideias discriminatórias contra as comunidades judia, muçulmana e árabe. O item 86 dispõe sobre a necessidade de que essas ideias baseadas na superioridade ou no ódio racial devem ser declaradas como delitos puníveis pela lei, como institui a Convenção Internacional para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial’ (voto condutor do Ministro Maurício Corrêa no HC 82.424).

Ampliou-se a definição legal para além de sua dimensão étnica, a focalizar os movimentos odiosos contra grupos populacionais racializados segundo uma perversão de suposta supremacia física e/ou cultural de outro agrupamento humano.

Pratica racismo aquele que, sob essas premissas sociológicas e jurídicas, promove, fomenta ou instrumentaliza a supremacia racial ideológica, ultrajando não apenas pressupostos genômicos elementares, mas, e principalmente, a dignidade da pessoa humana.

Como observado sobre o tema no voto do Ministro Ayres Britto:

“Se o Código Político Republicano fala de preconceito de raça e ainda separa esse preconceito daquele referente a cor, então parece lógico inferir que racismo não é preconceito de cor, mas de raça. Unicamente de raça.

57. Acontece que esse tipo semanticamente restritivo de interpretação conduz ao paradoxo de negar a um só tempo:

I - a história mesma do Brasil, toda ela tão discriminadora dos negros que chegou ao cúmulo de fazer da escravidão desses nossos irmãos um instituto jurídico. E que perdurou do início do segundo século do descobrimento do País até a redentora data de 13 de maio de 1888 (daí porque a última lei federal sobre o racismo, a de nº 9.459/97, é datada de 13 de maio);

II - as particularidades do processo constituinte de discussão dos

ADO 26 / DF

temas afinal positivados na Constituição cidadã de 1988, sabido que toda a regração atinente ao racismo se deu por inspiração do Movimento Negro e específica proposta dos deputados federais Carlos Alberto Caó e Benedita da Silva, ambos de pele negra (conforme, aliás, noticiado nos lúcidos votos dos ministros Moreira Alves e Maurício Corrêa). O mesmo deputado Carlos Alberto Caó, ajunte-se, que tomara a exitosa iniciativa da própria lei 7.716/89;

III - a linguagem popular de ontem e de hoje, aqui nesta nossa "Terra de Santa Cruz", que tem o racismo como palavra imediata e preponderantemente significativa de preconceito de cor, e cor negra, enfatize-se.

58. É isto mesmo. Excluir a negritude do raio de aplicabilidade do comando constitucional vedatório do racismo é pensar e sentir a partir de uma realidade que não é a brasileira. Certamente não. É não ter ouvido falar sequer do citado livro “Casa Grande e Senzala”, do sociólogo Gilberto Freyre; ou de poemas como “Vozes d’África”, do vate Castro Alves; ou de ensaios como “O Povo Brasileiro”, do antropólogo Darcy Ribeiro, páginas de cuja leitura ainda escorrem o sangue, o suor e as lágrimas de uma gente que, tão-somente pelo azeviche da sua pele, era tratada como coisa. Pior ainda, era tratada como se fosse fera, bicho, animal. “Alimária do universo” ou “pasto universal”, como escrito no poema castrense “Vozes D’África”. E de cujo incomparável drama fala e chora e freme e urra de dor e de indignação o monumental poema “O Navio Negreiro”, do mesmo vate sublime da Bahia, como se lê destes versos que ainda ecoam no tribunal das nossas consciências:

(...)

59. Numa frase, o racismo de que trata a Constituição não é excludente da realidade dos negros. Não pode ser. É termo exigente de um tipo histórico-cultural de interpretação que atenta para a mais viva história do povo, da geografia, das instituições e dos costumes do Brasil.

E que, se desprezado, terminaria por liberar o crime de discriminação contra ela, a negritude, daqueles dois mencionados fatores de inibição: a inafiançabilidade e a imprescritibilidade. É, enfim, desconsiderar o que realisticamente ensinou Darcy Ribeiro,

ADO 26 / DF

com estas palavras: “A característica distintiva do racismo brasileiro é que ele não incide sobre a origem racial das pessoas, mas sobre a cor da pele” (em “O Povo Brasileiro”, editora Companhia das Letras, p. 225).

60. Urge reconhecer, porém, que é também da tradição brasileira falar-se de raça para além da referência aos negros. Embora com bem menor constância e crueldade (ou até, por vezes, de forma elogiosa), a palavra é usada como signo distintivo de outros segmentos humanos, ora na sua virginal condição de “nativos” (situação dos índios), ora tidos como apátridas (caso dos ciganos), ora procedentes de um outro Estadonação.

Donde nos soar como familiares as expressões “colônia alemã” do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina, “colônia italiana” e “colônia japonesa” de São Paulo, “colônia espanhola” da Bahia e assim avante.

61. É nesse contexto brasileiro de multiracialidade para além da cor da pele (ou seja, não apenas em função da negritude) que os ciganos, por exemplo, têm experimentado o gosto amargo da discriminação; pois o seu atávico nomadismo tem servido de escuso pretexto para serem tachados de cabalistas, endogâmicos, desprofissionalizados e pouco afeitos a regras mínimas de higiene corporal e coisas assim despremorosas. Modo social de ver que também estigmatiza os nossos índios, não raras vezes injustamente citados como indolentes, vulneráveis a doenças endêmicas e epidemias, indisciplinados para o trabalho e pouco dispostos a permutar suas primitivas crenças politeístas pela doutrina monoteísta e cristã da Igreja católica apostólica romana.

62. Um último fundamento em prol dessa abrangência dísplice do termo “racismo” está em que o nosso Legislador Constituinte laborou num período em que mais fortemente permaneciam na ciência dos doutos e no imaginário popular duas tristemente célebres ignomínias mundiais: a) o apartheid que se abatia sobre a população negra da África do Sul; b) a sistemática perseguição genocida que o nazismo empreendera contra o povo judeu que habitava os territórios sob ocupação alemã, no curso da Segunda Grande Conflagração. ...

ADO 26 / DF

64. *Se no inciso IV do seu art. 3º a Constituição de 1988 distinguiu entre o preconceito de raça e o preconceito de cor, foi para falar de raça no restrito sentido de grupo ou segmento humano de características histórico-culturais próprias. Inconfundíveis com a de qualquer outro.*

Mas identificados, todos eles, por uma cor não-negra de pele; isto é, pela cor da pele sem tonalidade negra.

65. *Agora, se a Carta de Outubro já não voltou a falar de "raça", preferindo grafar apenas o termo "racismo" (inciso VIII do art. 4º e inciso XLII do art. 5º), já não foi para separar as duas modalidades de preconceito. Foi para unificá-las. Para dizer, em suma, que a prática do racismo é crime em mais de um sentido. Crime contra os indivíduos de cor negra, tanto quanto crime contra os indivíduos pertencentes a um grupamento humano que se personalize por características histórico culturais inconfundíveis com as de qualquer outro segmento."*

25. Naquele caso líder, este Supremo Tribunal Federal afastou-se da invocação dos direitos constitucionais da liberdade de pensamento e expressão (art. 5º, inc. IV) para justificar, incitar e promover a opressão. Para a justificação da escravidão e da desumanização do outro:

"40. Não se fale, porém, que esse modo mais à solta de interpretação padece do defeito de solapar a base significativa de duas espécies constitucionais de liberdade: a liberdade de manifestar o pensamento (inciso IV do art. 5º, sob esta conhecidíssima dicção: "É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato") e a de expressar a atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (inciso IX do mesmo art. 5º, vocalizado por esta forma: "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença"). Assim não se argumente porquanto ilusório é esse temor de ver privados de espaço de incidência os dois estelares modelos de autonomia de vontade. Como passo a demonstrar, de imediato.

(...)

42. Deveras, o que a Lei das Leis garante a cada ser humano é um espaço apriorístico de movimentação: o uso da respectiva

ADO 26 / DF

autonomia de vontade para exteriorização do pensamento (vedado tão-somente o anonimato) e da atividade artística, estética, científica e de comunicação.

O abuso e o agravo são questões que somente a posteriori se colocam. E para combatê-los é que a Lei Republicana prevê dois específicos dispositivos: a) o inciso V do art. 5º, segundo o qual “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”; b) o inciso X do mesmo art. 5º, a saber: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

43. Agravo e abuso passam a ser ventilados, portanto, já no plano da reação de outrem; sendo que o agravo suscita o exercício de um direito de resposta que nem depende de processo de apuração de transbordamento da originária autonomia de vontade. O abuso, no entanto, pressupõe a constatação processual do transbordamento daquela primitiva autonomia de vontade. Um transbordamento que só é transbordamento por violar uma outra e alheia autonomia de vontade, também juridicamente prezada. Mas a premissa da Constituição é uma só: não é pela possibilidade de agravo a terceiros, ou de uso invasor da liberdade alheia, que se vai coibir a primitiva liberdade de expressão (que se define, assim, como liberdade absoluta, nesse plano da incontrolabilidade da sua apriorística manifestação. Sendo que esse fraseado em si – “liberdade de expressão”- alcança as duas tipologias de liberdade: a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de ação no quadripartite domínio intelectual, científico, artístico e de comunicação.

(...)

46. Não que o sujeito pego em abusividade fique, a partir daí, proibido de reexercitar sua liberdade de pensamento ou de manifestação intelectual, artística, científica, ou de comunicação. Não! A abusividade se questiona e se afere é caso-a-caso ou a cada nova manifestação de autonomia do primeiro tipo de vontade. Reiniciando-se o ciclo de reclamação, apuração, constatação e apenamento do abuso, acaso empiricamente repetido.

Porque somente assim é que se conciliam o direito de uso, de

ADO 26 / DF

uma banda, e o direito de não sofrer abuso, de outra. É rematar: como não se pode afastar aquela premissa constitucional de que não é pela possibilidade do abuso que se vai coibir o uso, o direito de não voltar a sofrer abuso se resolve mesmo é pela repetição do sancionamento do infrator reincidente (pois, ainda que ele se encontre em regime de aprisionamento ou custódia estatal, ainda assim permanece titular do direito à liberdade de expressão).

(...)

49. Três comportamentos, todavia, são especialmente normados como excludentes da abusividade. Comportamentos ditados por imperativos de consciência e que são, pela ordem com que a Lei Maior a eles se referiu: a crença religiosa, a convicção filosófica e a convicção política. Matéria que também faz parte da altissonante nominata dos direitos e garantias individuais, a saber: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção política ou filosófica, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação social alternativa, fixada em lei” (inciso VIII do art. 5º). Logo, de fora a parte essa ressalva que se lê na parte final do dispositivo, a liberdade de expressão ganha um decidido reforço constitucional. Desde que utilizada, evidente, numa das três explicitadas esferas da mais íntima subjetividade humana: a crença religiosa, a convicção filosófica e a mundividência ou cosmovisão política.

50. É bom repetir: com essas três excludentes de abusividade no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e das sempre lembradas atividades artística, científica, literária e de comunicação, a Constituição homenageou três aspectos fundamentais da ontologia humana: o anseio de infinito (que é a busca da religação da criatura ao Criador), a inata curiosidade pela produção de um tipo tão especulativo quanto universalizante do saber (núcleo duro de toda investigação filosófica) e, finalmente, a formulação de doutrinas e teorias que tenham na estruturação e funcionalização otimizadas dos Estados e dos Governos o seu específico objeto (fórmula simplificada de compreensão da Política enquanto Ciência e enquanto arte de governar). Mas com este acréscimo de idéia: a convicção política de que trata o Código dos Códigos é aquela que materializa o fundamento

ADO 26 / DF

republicano-federativo de nome “pluralismo político” (inciso V do art. 1º). De conseguinte, atividade que ora se contém no fechado conteúdo programático de uma determinada agremiação partidária, ora se exprime numa concepção estritamente pessoal do modo optimum de estruturação e funcionalização da pólis (espaço ideal de materialização das primárias relações entre governados e governantes e ainda entre os próprios Estados e Governos soberanos)” (voto-vista do Ministro Ayres Britto, no HC 82.424)

A inviolabilidade da liberdade de crença e consciência (art. 5º, inc. VI), constitucionalmente assegurada, não se fragilizam porque não se conjuga nem compatibiliza com a violação dos direitos à liberdade, à vida e à dignidade do outro, daquele que se apresente com convicções de consciência diversas.

26. No que se refere ao preconceito histórico e aos crimes de ódio, amargado pelos homossexuais e transexuais, em todos os povos e nações, agita-se a sanha de ideologias persecutórias fundada nos elementos configuradores do racismo.

Pela significação “homo” e “transexualidade”, consideradas doenças mentais (homo e transexualismo) até pouquíssimo tempo atrás⁴, abre-se

⁴ “Está consolidado no meio científico que ser LGBT é manifestação natural da sexualidade humana, tão saudável como ser heterossexual: desde 1973 a homossexualidade foi retirada da classificação de patologias da Associação Americana de Psiquiatria; em 1975 a Associação Americana de Psicologia adotou a mesma postura; no Brasil, em 1985, o Conselho Federal de Psicologia e o Conselho Federal de Medicina deixaram de considerar a homossexualidade um desvio sexual; e, em 1999, por meio da Resolução nº 01/1999, o Conselho Federal de Psicologia estabeleceu regras para a atuação dos psicólogos em relação às questões de orientação sexual, declarando expressamente que a “homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão” e proibiu os psicólogos de colaborarem com eventos e serviços que proponham tratamento e/ou cura da homossexualidade; em 17 de maio de 1990, a Assembleia-geral da Organização Mundial de Saúde (OMS) retirou a homossexualidade da Classificação Internacional de Doenças (CID)” (BALESTRO, Gabriela Soares; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. *Minorias sexuais e homofobia no direito*

ADO 26 / DF

espaço para se promover, há tempos, divisão entre pessoas, insuflando humilhação e violência contra algumas pessoas. Conduziu-se a uma cisão entre heteros e homossexuais, inferiorizante para esses últimos, a eles atribuindo características físicas, psicológicas, tantas vezes e até nos dias atuais, levadas às agruras da dissecação científica.

O cenário teve inegável conotação segregacionista, aguçada em tempos de violência institucionalizada como, por exemplo, nos movimentos nazi-fascistas do séc. XX. Na chaga histórica e superlativa do holocausto, igualmente sangraram judeus, negros, ciganos e também homossexuais. Nesse sentido, o impressionante registro de Daniel Borrillo:

"Em uma crônica terrificante, um sobrevivente de campo de concentração, Heinz Heger (1981), relata como ele próprio e outros deportados homossexuais eram obrigados, pelos integrantes da SS (Schutztafel – organização altamente disciplinada, encarregada da proteção pessoal de Hitler), a copular com prostitutas. Todavia, esses procedimentos terapêuticos não produziram os resultados pretendidos, e a consequência dessa constatação de fracasso foi tão brutal quanto a solução proposta: diante da impossibilidade de se curar os homossexuais, foi necessário castrá-los para privá-los, daí em diante, de qualquer prazer. [...] No editorial de 4 de março de 1937, o semanário da SS – Das Schwarze Korps – denuncia a existência de dois milhões de homossexuais e preconiza, ardente mente, seu extermínio. Todavia, os criminosos nazistas não tinham aguardado essa proposta para desencadear a perseguição de gays e lésbicas: desde 1936, eles foram enviados em massa para os campos de concentração; aliás, foi mínimo o número de sobreviventes. Se existe a estimativa de que 15.000 homossexuais tenham sido vítimas desses campos, de

brasileiro: breves delineamentos constitucionais. Revista Videres. Dourados: MS, v. 10, n. 19, jan.jun, 2018, p. 151).

Já a transexualidade deixou a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID) apenas em junho deste ano (18.6.2018), passando a integrar a nomenclatura "condições relacionadas à saúde sexual", classificada como "incongruência de gênero".

ADO 26 / DF

acordo com F. Rector (1981), parece razoável considerar que, no mínimo, 500.000 homossexuais tenham sido mortos nas prisões, nas execuções sumárias, por suicídio ou por ocasião de tratamentos experimentais. [...] As pessoas que traziam o triângulo cor-de-rosa¹⁰⁷ nos campos de concentração nunca chegaram a ser reconhecidas como vítimas do racismo e, por conseguinte, não receberam qualquer indenização: a base legal de sua perseguição – o artigo 175 do Código Penal Imperial Alemão – subsistiu até 1969.” (BORRILLO, Daniel. Homofobia. História e crítica de um preconceito, Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira, 1a Edição, Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2000, p. 83 e 85-56).

27. Como anotado pelo Ministro Maurício Corrêa, citando Norberto Bobbio, o flagelo nazista avançou não apenas sobre grupos étnicos (judeus e ciganos) mas sobre outras minorias consideradas indesejadas ao culto ariano, como sobre os homossexuais, ainda que da própria etnia alemã:

“Para Norberto Bobbio, a Alemanha de Hitler foi um ‘estado racial no mais pleno sentido da palavra, pois a pureza da raça devia ser preservada era da prática nazista não apenas o extermínio de grupos étnicos, como os judeus, mas também indivíduos inferiores física ou psiquicamente da própria raça, como os doentes terminais, os prejudicados psíquicos, os velhos não mais auto-suficientes” (voto condutor do Ministro Maurício Corrêa no HC 82.424).

Assim, a prática do racismo, nos termos em que constitucionalmente definida e interpretada por este Supremo Tribunal Federal, impõe a observância de componentes específicos, para se superar a tragédia histórica de submissão, opressão, perseguição de grupo de humanos não respeitados em sua dignidade.

28. O traço histórico de perseguição das comunidades homo e transexuais, conduzida por uma ideologia supremacista, impõem a subsunção da homotransfobia ao gênero racismo, na linha do que decidido por este Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* n. 82.424.

ADO 26 / DF

29. As disposições do inc. XLII do art. 5º, segundo o qual a “prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão”, não de aproveitar a Lei n. 7.716/1989, agregando-se os elementos penais de tipificação e punição dos crimes de ódio, resultantes de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, nos quais se há de inserir aqueles decorrentes de orientação sexual até que lei específica sobrevenha.

Proteção constitucional deficiente

30. Passadas três décadas da promulgação da Constituição da República, a proteção constitucional exigida desde seu preâmbulo, perpassando os arts. 3º, inc. IV e, em especial, o art. 5º. XLI, não se efetivou relativamente aos homo e transsexuais. O quadro de agressão, violência e homicídio demonstram a imprescindibilidade de se adotar providência estatal para impedir, dificultar ou estagnar o quadro de agressões que se multiplicam contra aqueles grupos e a inaceitabilidade de se manter aquela omissão (quando não condescendência) sem se impor atuação estatal eficiente.

31. Em 1993, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha concluiu sobre a proibição da proteção deficiente⁵ (déficit ou proibição da

5 “Carlos Bernal Pulidos, que estuda a matéria e a discussão em Espanha baseia-se no que já fora dito na Alemanha, atentando para ausência dogmática para o tema, sendo para os espanhóis o reverso da proibição do excesso.

Gabriel Doménech Pascualsé que traz estudo sobre o justo equilíbrio, explicitando o princípio da proporcionalidade nos direitos de proteção e expondo que o Estado só excepcionalmente pode limitar proteção aos súditos, e sempre que a medida tiver por critérios a utilidade, for necessária e ponderada. Fala-se da transitoriedade da proteção do direito fundamental de acordo com as circunstâncias do momento histórico, podendo o que hoje é considerada uma justa proteção, tornar-se no futuro insuficiente.

Entre nós, brasileiros, já há estudo sobre o tema, com textos sobre o assunto, destacando-se Ingo Sarlet e Lenio Streck no exame da matéria. Há uma preocupação em se estabelecer a suficiência dogmática da matéria, mas sempre no decorrer dos trabalhos, chega-se sempre ao lugar comum de colocar o princípio da proibição do défice em contraponto com o princípio da proibição do excesso.

ADO 26 / DF

insuficiência, do defeito ou princípio da infraproteção) ao decidir, em *leading case*⁶ sobre a lei penal do aborto. Afirmou-se, ainda, que o Estado alemão deveria estabelecer a proibição e a criminalização do aborto (exceto nos casos de risco de morte ou dano à gestante), por imperativo constitucional de uma abrangente proteção à vida, dado o elevado grau hierárquico da vida do nascituro.

Lenio Streck' discorre sobre a matéria expondo que pode haver inconstitucionalidade tanto por excesso, com desproporção entre fins e meios, quanto por infraproteção, quando o Estado não sanciona penal ou administrativamente os bens jurídicos. Sarlet caminha no mesmo lastro e diz que << [...] no sentido de que aquilo que corresponde ao máximo exigível em termos de aplicação do critério da necessidade no plano da proibição de excesso, equivale ao mínimo exigível reclamado pela proibição da insuficiência>>.

Em Portugal o Professor Gomes Canotilho, em 2001, escreveu algo sobre o tema, mas foi o Professor Jorge Reis Novais, quem mais se debruçou sobre o assunto, quando de seu doutoramento, estabelecendo a suficiência dogmática do princípio. Para o professor Reis Novais ao se analisar a insuficiência registra-se apenas a razoabilidade e a dignidade da pessoa humana, aplicando-se o princípio nos deveres de proteção e efetivação dos direitos fundamentais que recaiam sobre a administração, com a omissão atuando enquanto causa autônoma de restrição do direito fundamental em causa.” (PINHEIRO, Gleydson Gleber de Lima in: SOUSA, José Péricles Pereira (Org). Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Estudos em homenagem a Jorge Reis Novais. Ed. Arraes. p. 130).

6 “*Em 1974, houve reforma no direito penal alemão, e novamente foi criminalizado o aborto, legalizando-se a interrupção da gravidez té o décimo terceiro dia diretamente pela gestante ou com ajuda médica até doze semanas desde a concepção, o que, em 1992, passou a também contar com a necessidade de um parecer de Órgão governamental, isso com a reunificação da Alemanha. Passados esses prazos de interrupção sem qualquer motivação, o abortamento clínico só seria possível para evitar problemas de saúde na gestante ou com comprovação de deficiência insanável na criança, nestes casos desde que antes das vinte e duas semanas. Houve, assim, proposta de controle abstrato de constitucionalidade por membros da Câmara Federal e por alguns governos estaduais, o que levou o Tribunal Constitucional Alemão a entender a norma nula, sob o argumento de que mesmo a vida no ventre materno é bem jurídico, sob a proteção estatais. Contrapunha-se, neste caso, o direito à vida do nascituro e o direito de autodeterminação da restante, entendendo o Tribunal Constitucional que o direito do nascituro não poderia ser relativizado temporalmente, e assim o legislador ordinário não poderia contrariar a Constituição quando esta protege a vida. Restou após o julgamento apenas a*

ADO 26 / DF

Neste Supremo Tribunal Federal⁷, aponta-se como *leading case*, na matéria, o julgamento do Recurso Extraordinário n. 418.376, Redator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa. Naquele precedente decidiu-se pela aplicação de lei posterior aos fatos delituosos, em favor da proteção de criança de nove anos, vítima de estupro:

*"PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ESTUPRO.
POSTERIOR CONVIVÊNCIA ENTRE AUTOR E VÍTIMA.
EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM BASE NO ART. 107, VII,*

possibilidade de se interromper a gravidez quando houvesse perigo de vida ou de dano grave para a gestante.

O julgamento é o primeiro a falar em um dever de proteção abrangente por parte do Estado. Diz também que quanto mais elevado o grau hierárquico do bem jurídico em questão, dentro da ordem jurídica, maior deverá ser a proteção concedida pelo Estado a tal bem em combate a ações ilícitas de particulares. Na ponderação exercida entre o direito da mãe ao desenvolvimento de sua personalidade autodeterminação de seu corpo em contraponto com o direito à vida intrauterina, esta prevaleceu, à vista da proteção da dignidade da pessoa humana. Assim, o Estado fica autorizado a interferir no direito da restante para preservar a vida. Como se vê, observaram-se os dois valores em causa e houve ponderação constitucional." (PINHEIRO, Gleydson Gleber de Lima in: SOUSA, José Péricles Pereira (Org). Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Estudos em homenagem a Jorge Reis Novais. Ed. Arraes. p. 129)

7 De se destacar, inicialmente, o julgamento do Recurso Extraordinário n. 436.996, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, pelo qual se decidiu impor ao Poder Público o dever jurídico de oferecer atendimento em creche e pré-escola a crianças de até seis anos de idade. Nas palavras do Ministro decano:

"É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inérvia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO), o Supremo Tribunal Federal:

"DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inérvia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

ADO 26 / DF

DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA, NO CASO CONCRETO. ABSOLUTA INCAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO DA VÍTIMA. RECURSO DESPROVIDO. *O crime foi praticado contra criança de nove anos de idade, absolutamente incapaz de se autodeterminar e de expressar vontade livre e autônoma. Portanto, inviável a extinção da punibilidade em razão do posterior convívio da vítima - a menor impúbere violentada - com o autor do estupro. Convívio que não pode ser caracterizado como união estável, nem mesmo para os fins do art. 226, § 3º, da Constituição Republicana, que não protege a relação marital de uma criança com seu opressor, sendo clara a inexistência de um consentimento válido, neste caso. Solução que vai ao encontro da inovação legislativa promovida pela Lei nº 11.106/2005 - embora esta seja inaplicável ao caso por ser lei posterior aos fatos -, mas que dela prescinde, pois não considera validamente existente a relação marital exigida pelo art. 107, VII, do Código Penal. Recurso extraordinário conhecido, mas desprovido.*" (RE 418376, Relator Ministro Marco Aurélio, redator para o acórdão Ministro Joaquim Barbosa, Pleno, DJ 23.3.2007)

Nos fundamentos do voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, naquele julgamento, foi, expressamente, abordada a proibição de insuficiência no campo jurídico-penal:

"Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

(...) A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)" (RE 410715 AgR, Segunda Turma, DJ 3.2.2006)

ADO 26 / DF

apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. Nesse sentido, ensina o Professor Lênio Streck:

*'Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.' (Streck, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, março/2005, p.180)*

No mesmo sentido, o Professor Ingo Sarlet:

'A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de

ADO 26 / DF

exemplos a serem explorados.'(Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 107.)

E continua o Professor Ingo Sarlet:

'A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo)."(Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 132.)

Dessa forma, para além da costumeira compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (já fartamente explorada pela doutrina e jurisprudência pátrias), há uma outra faceta desse princípio, a qual abrange uma série de situações, dentre as quais é possível destacar a dos presentes autos.

Conferir à situação dos presentes autos o status de união estável, equiparável a casamento, para fins de extinção da punibilidade (nos termos do art. 107, VII, do Código Penal) não seria consentâneo com o princípio da proporcionalidade no que toca à proibição de proteção insuficiente.

Isso porque todos os Poderes do Estado, dentre os quais evidentemente está o Poder Judiciário, estão vinculados e obrigados a proteger a dignidade das pessoas, sendo este mais um motivo para acompanhar a divergência inaugurada pelo Min. Joaquim Barbosa." (voto-vista do Ministro Gilmar Mendes no RE 418376, Relator Ministro Marco Aurélio, redator para o acórdão Ministro Joaquim Barbosa, Pleno, DJ 23.3.2007).

32. A omissão constitucional, observada na espécie, mais que tolera, fomenta os denominados crimes de ódio, denominados nas

ADO 26 / DF

palavras de Alexandre Magno Fernandes Moreira⁸ como “hate crimes e de bias-motivated crimes, no mundo anglo-saxão” assim qualificados como “aqueles em que o agressor escolhe sua vítima em razão de esta pertencer a determinado grupo social, que tem características em comum, por exemplo, raça, religião, sexo, língua, aparência física ou orientação sexual. Um subgrupo relevante dos crimes de ódio são os discursos de ódio (denominados de hate speech, no mundo anglo-saxão), por meio dos quais se dissemina o preconceito e a discriminação a um grupo de pessoas”.

Como notório, o Brasil ostenta o triste lugar de campeão em assassinatos de homossexuais e transexuais pela sua condição pessoal: mata-se pelo que é, não por algo que se fez ou se teve.

Registre-se, por exemplo, como exemplo da necessidade do presente julgamento, o terrível linchamento público sofrido por Dandara dos Santos⁹, documentado e publicado para conhecimento de todos.

Martirizada por ser “travesti”, foi atacada por populares com chutes, pauladas, transportada em um carrinho de mão a um terreno baldio em que foi executada a tiros. Um dentre quantas centenas de crimes brutais de ódio, que torturam e ceifam a vida de filhos, de pais, de mães, de brasileiros e brasileiras, abandonados pelo Estado em sua condição

8 MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. O papel do Direito Penal no combate à discriminação: reflexões sobre a última versão do PLC n. 122. Revista brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, ano 15, n. 58, p. 57.

9 “Júlio César Braga da Costa foi condenado a 16 anos de reclusão em julgamento realizado nesta terça-feira (23), no Fórum Clóvis Beviláqua, em Fortaleza. Ele é o sexto acusado pela morte da travesti Dandara dos Santos, que ocorreu em 15 de fevereiro de 2017.

O júri decidiu pela culpa de Júlio César por homicídio triplamente qualificado, por motivo torpe, meio cruel e recurso que impossibilitou a defesa da vítima. Foram acolhidas todas as qualificadoras impostas pela denúncia feita pelo Ministério Público. Ele foi absolvido pelo crime de corrupção de menores”. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2018/10/23/sexta-acusado-pela-morte-da-travesti-dandara-dos-santos-recebe-pena-de-16-anos-de-prisao.ghtml>> Acesso em 24.10.2009.)

ADO 26 / DF

humana:

"Consoante Roger Raupp Rios 'o Brasil é conhecido como um dos países em que há o maior número de assassinatos por orientação sexual [...] de que a cada dois dias uma pessoa é assassinada no Brasil em função de sua orientação sexual, informação absolutamente avassaladora". Em sentido similar:

'Mas a homofobia no Brasil também mata: um homossexual a cada três dias é morto de forma violenta em razão de sua sexualidade. Isso coloca o Brasil no topo dos mais homofóbicos do mundo. Dia 01/07 completa uma semana do assassinato bárbaro de Alexandre Ivo, um adolescente de 14 anos morto com pauladas e enforcamento em São Gonçalo – RJ por skinheads – grupo que prega a "fobia" contra gays, negros, nordestinos, etc. O jovem voltava para casa. Enquanto isso o Congresso brasileiro tem em mãos desde 2006 um Projeto de Lei que inclui os homossexuais entre os protegidos contra o crime de racismo e discriminação, impondo penas mais severas que as hoje existentes, mas, mais do que isso, reconhecendo ser este um problema, uma questão que deve merecer tratamento específico por parte do Estado. Ao que tudo indica, entretanto, nossos parlamentares não estão muito interessados em aprovar o PL este ano – ou, quiçá, em qualquer época, inclusive porque setores religiosos são contra o projeto, argumentando que a liberdade religiosa seria limitada, o que não nos parece fazer sentido, pois, um discurso que seja estritamente religioso pode/deve ser protegido pela Constituição; entretanto, se alguém em nome de Deus (?) promove bullying, discurso de ódio, tais atitudes/manifestações sempre foram ilícitas. Nesse sentido reconhecer a homofobia como um problema e criminalizar práticas discriminatórias quanto à orientação sexual é uma via extremamente fecunda para o funcionamento da própria democracia que deve ser constituída pela adesão dos princípios da liberdade e da igualdade, sendo base para uma cidadania democrática.'

A ausência de efetiva proteção à dignidade dessas minorias e de normas repressoras dos movimentos de ódio, atribuídos a atos omissivos do Poder Público, tendem e incorporar cenas dessa barbárie a inaceitáveis rotinas brasileiras.

ADO 26 / DF

33. Além do que posto no sistema constitucional brasileiro, também a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 1969), internalizada pelo Brasil, prevê a necessidade de dupla normatividade na efetivação dos direitos das minorias: “*dever de respeitar e garantir os direitos ‘sem discriminação’ (art. 1.1) e direito à ‘igual proteção da lei’ (art. 24); a primeira referente ao dever estatal de observar os direitos convencionais em face dos seus cidadãos, a segunda relativa à proteção desigual da lei interna, ou à aplicação dela aos respectivos nacionais (CORTE, *Atala e filhas vs Chile*, 2012, p. 28-29)*”¹⁰.

Nesse panorama, a alegação de possível suficiência da legislação penal ordinária (dos crimes contra a vida, honra, liberdade sexual) é insuficiente, se não também perversa.

Por ignorar, e com isso, ainda que indiretamente, anuir com a ciranda de morte provocada a homo e transsexuais; por tolerar e fazer vista grossa às condutas que há séculos execra e assassina essas minorias, impulsionando-as com falsos e doentes moralismos ou, o que é pior, ao argumento tenebroso e equivocado de uma suposta igualdade jurídica, que sob o aspecto material, é-lhes diuturnamente sonegada¹¹, o Estado erra, omite-se e descumpre a Constituição do Brasil quando deixa de atuar para por fim ou dificultar as práticas ilegítimas e penalmente gravosas àquelas pessoas:

10 RIOS, Roger Raupp; RESADORI, Alice Hertzog; LEIVAS, Paulo Gilverto Cogo; SCHAFER, Gilberto. *O sistema interamericano de Direitos Humanos e a discriminação contra pessoas LGBTTI: panorama, potencialidade e limites*. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, vol. 8, n. 2. 2017, p. 1568.

11 Cumpre registrar, todavia, o pronunciamento deste Supremo Tribunal Federal que, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, em 5.5.2011, reconheceu a constitucionalidade da união estável para casais do mesmo sexo. Precedentes em que dada interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

ADO 26 / DF

"Dentre os diversos aspectos envolvidos na compreensão da realidade discriminatória vivida por pessoas LGBTTI, alguns aspectos sobressaem das manifestações da CIDH e da Corte. Em especial, destacamos a percepção da intensidade e do caráter difuso da discriminação sofrida e dos riscos do familismo, ou seja, da tendência a subordinar o reconhecimento de direitos sexuais à adaptação a padrões familiares e conjugais institucionalizados pela heterossexualidade compulsória, como obstáculo ao reconhecimento de direitos.

Com relação à homofobia, os órgãos do SIDH a identificam como tradicional (CORTE, Atala e filhas vs Chile, 2012, p. 44), histórica e estrutural (CORTE, Atala e filhas vs Chile, 2012, p. 34), a ponto de, em intersecção com a discriminação por HIV/AIDS, tornar homossexuais mais vulneráveis inclusive à tortura como castigo (CORTE, Atala e filhas vs Chile, 2012, p. 34), criando verdadeira situação de marginalização e exclusão (CIDH, Marín vs Peru, 2014, p. 09). Em contextos de frágil laicidade, a discriminação contra pessoas LGBTTI agrava-se particularmente (CIDH, Pavez vs Chile, 2015, p. 05). Digno de nota é a referência da Corte às pessoas LGBTTI como ‘minorias sexuais’ (CORTE, Atala e filhas vs Chile, 2012, p. 34).

Já diante do familialismo, a Corte fornece importantes respostas, assentando que a intolerância de certas sociedades diante de critérios proibidos de discriminação não pode justificar a perpetuação de tratamentos discriminatórios (CORTE, Atala e filhas vs Chile, 2012, p. 41-42), nem a alegação abstrata e incomprovada concretamente do ‘interesse superior da criança’ pode servir de pretexto para restringir direitos humanos sem discriminação por orientação sexual (CORTE, Atala e filhas vs Chile, 2012, p. 39), inexistindo evidências que apontem para o comprometimento ou afetação dos papéis de gênero e da orientação sexual de crianças cuidadas por homossexuais (CORTE, Atala e filhas vs Chile, 2012, p. 42-46). Tudo concluindo para um conceito de família além do modelo matrimonial tradicional (CORTE, Atala e filhas vs Chile, 2012, p. 49)19.

Assim como a afirmação do conteúdo jurídico dos direitos humanos LGBTTI pode aprofundar-se (como ocorre com o conceito jurídico e os critérios proibidos de discriminação), da mesma forma a

ADO 26 / DF

percepção da homofobia. Com efeito, ao atribuir à discriminação homofóbica o caráter tradicional, histórico e estrutural, nela vislumbrando causa de exclusão social e até mesmo de incitação à tortura, os órgãos do SIDH podem avançar para a crítica mais contundente da heteronormatividade e para a denúncia do heterossexismo presente nas Américas.” (CORTE, Atala e filhas vs Chile, 2012, p. 34).” RIOS, Roger Raupp; RESADORI, Alice Hertzog; LEIVAS, Paulo Gilverto Cogo; SCHAFER, Gilberto. O sistema interamericano de Direitos Humanos e a discriminação contra pessoas LGBTTI: panorama, potencialidade e limites. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, vol. 8, n. 2. 2017, p. 1568.

34. A Constituição da República repudia qualquer forma de discriminação e impõe ao legislador ordinário agir para refrear toda prática que dê sequência aos processos históricos de perseguição e degradação humanas contra os homo e transsexuais.

Das múltiplas disposições constitucionais relativas à determinação de proteção penal de combate ao racismo, à tortura, aos crimes hediondos, entre outros, é dever desse Supremo Tribunal Federal, guardião intransigente da Constituição, exercer o seu mister, instado como o foi no presente processo.

Em obra específica sobre os direitos fundamentais e a proibição da proteção deficiente, Alexandre de Moreira Van Der Broocke acentua:

“Por óbvio que não se pode considerar a sociedade com simples soma de indivíduos, ainda que, em tempos de modernidade líquida, como apontado por Zygmunt Bauman, seja exatamente para isso que a humanidade esteja caminhando. A sociedade é algo mais, maior que a soma de todos e cada um, o que a faz merecedora de atenção e, consequentemente, de proteção. Todavia, dita circunstância em nada altera o fato de que sua existência somente se justifica na medida em que sirva de propósito de estabelecer os meios necessários à coexistência dos seus componentes, a dizer, dos seres humanos que, sem a sociedade e as regras de convivência, viveriam em constante

ADO 26 / DF

estado de guerra.

Aliás, é justamente na coexistência que Zaffaroni e Pierangeli depositam o fundamento da segurança jurídica que se busca atingir com o Direito Penal: ‘o asseguramento das existências simultâneas (coexistência) se cumpre com a introdução de uma ordem coativa que impeça a guerra de todos contra todos (guerra civil), otrnando mais ou menos previsível a conduta alheia, no sentido de que cada um saiba que se próximo se absterá de condutas que afetem entes que se consideram necessários para que o homem se realize em coexistência, que é a única forma em que pode autorrealizar-se. Estes entes são bens jurídicos ou direitos’.

Percebe-se então que a segurança que se obtém da utilização do Direito Penal como ferramenta legal de proteção de direitos fundamentais não é um fim em si mesma. Ela serve a um propósito, a dizer, garantir a convivência, a vida em sociedade, é a única forma pela qual o ser humano é capaz de realizar-se enquanto tal.

Não se pode negligenciar o fato de que sem sociedade, sem coexistência, o conceito de ser humano se esvazia de sentido, já que sem as interações cotidianas entre indivíduos, o homem não passa de um animal que vive segundo comandam seus instintos. É a convivência, a capacidade de interagir a despeito dos impulsos instintivos, que faz do homem um sujeito do conhecimento” (BROOCKE, Alexandre Moreira Van Der. *Direitos fundamentais e proibição da proteção deficiente*. Curitiba: CRV. 2016. p 79).

35. Pelo exposto, voto no sentido de conhecer parcialmente da presente ação para, na parte conhecida, julgar procedente o pedido, no sentido de declarar a omissão legislativa constitucional, subssumindo as práticas homotransfóbicas à tipificação prevista na Lei 7.716/1989, até a superveniência de lei específica.

13/06/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Vogal): Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ajuizada pelo Partido Popular Socialista – PPS contra o Congresso Nacional, em que se busca

“[...] obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) decorrência da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88)” (documento eletrônico 2, p. 1).

Postula-se na impetração, essencialmente:

(i) o reconhecimento de que “a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo” ou, subsidiariamente, que sejam entendidas como “discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais”;

(ii) a declaração, com fundamento nos incisos XLI e XLII e LIV do art. 5º da Constituição Federal, de mora constitucional do Congresso Nacional no alegado dever de editar legislação criminal que puna, de forma específica, a homofobia e a transfobia, “especialmente (mas não

ADO 26 / DF

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”;

(iii) o reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso Nacional, fixando-se prazo razoável para a elaboração da referida legislação criminalizadora, no prazo máximo de um ano;

(iv) cumulativamente, caso “ultrapassado o prazo razoável fixado por esta Suprema Corte para a elaboração de referida legislação criminal, ou caso a Corte entenda desnecessária a fixação de prazo para tanto [...] que esta Suprema Corte aplique a corrente concretista geral do mandado de injunção”, superando a exigência de lei formal aprovada pelo Congresso;

(v) fixe a responsabilidade civil do Estado Brasileiro a indenizar as pessoas vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia, inclusive quanto a fatos pretéritos ao reconhecimento da mora legislativa ou, subsidiariamente, relativamente aos fatos ocorridos desde tal reconhecimento.

Solicitadas informações, o Presidente do Senado Federal defendeu a improcedência dos pedidos, porque já existe tipificação penal apta a tutelar os bens jurídicos em questão (crimes contra a honra, homicídio, lesão corporal, dentre outros), e porque seria mais apropriada “a discussão sobre a eficácia do Estado em aplicar a lei do que a discussão acerca da eficácia estatal em fazer leis penais” (documento eletrônico 31). Mais recentemente, em nova manifestação (documento eletrônico 124), o Presidente do Senado invocou o “acalorado e avançado debate democrático quanto à criminalização da homofobia, especialmente após o advento do Projeto de Lei do Senado Federal nº 515 de 2017”, bem como “a constatação de que não é a jurisdição constitucional a via mais adequada para solucionar a controvérsia em atenção ao princípio da

ADO 26 / DF

separação e da harmonia dos Poderes”, para pleitear o indeferimento da inicial ou, sucessivamente, a improcedência total da ação.

O Presidente da Câmara dos Deputados, em suas informações, reafirmou a posição da Casa ao aprovar o Projeto de Lei 5.003/2001, que “determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas” (documento eletrônico 32).

A Procuradoria-Geral da República apresentou manifestação assim ementada:

“CONSTITUCIONAL. ART. 5º, XLI e XLII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS A VÍTIMAS DE HOMOFOBIA. MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA. CONFIGURAÇÃO DE RACISMO. LEI 7.716/1989. CONCEITO DE RAÇA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. MORA LEGISLATIVA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O CONGRESSO NACIONAL LEGISLAR.

1. A ação direta de constitucionalidade por omissão possui natureza eminentemente objetiva, sendo inadmissível pedido de condenação do Estado em indenizar vítimas de homofobia e transfobia, em virtude de descumprimento do dever de legislar.

2. Deve conferir-se interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). Não se trata de analogia in malam partem.

3. O mandado de criminalização contido no art. 5º, XLII, da Constituição da República, abrange a criminalização de

ADO 26 / DF

condutas homofóbicas e transfóbicas.

4. Caso não se entenda que a Lei 7.716/1989 tipifica práticas homofóbicas, está em mora constitucional o Congresso Nacional, por inobservância do art. 5º, XLI e XLII, da CR. Fixação de prazo para o Legislativo sanar a omissão legislativa.

5. Existência de projetos de lei em curso no Congresso Nacional não afasta configuração de mora legislativa, ante período excessivamente longo de tramitação, a frustrar a força normativa da Constituição e a consubstanciar *inertia deliberandi*.

6. 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.

7. Parecer pelo conhecimento parcial da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, no mérito, pela procedência do pedido na parte conhecida" (documento eletrônico 61).

É o relatório. Decido.

Bem analisados os autos, por relevante, ressalto que, como já afirmei em outras ocasiões,¹ a demanda por reconhecimento é, contemporaneamente, componente essencial do conceito jurídico e filosófico do princípio da igualdade. Nesse diapasão, igualdade como reconhecimento é uma das principais reivindicações de grupos minoritários e de direitos humanos em todo o mundo.

Nancy Fraser, uma das notáveis pensadoras que se dedica ao estudo desse tema, destaca que a demanda por justiça social prestigia, cada vez mais, a política do reconhecimento, visando "contribuir para um mundo amigo da diferença, onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito".²

1 ADI 4275, Rel. Min. Marco Aurélio.

2 FRASER, Nancy. *Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção*

ADO 26 / DF

Essa renomada autora chama atenção para o fato de que o pensamento progressista da atualidade não deixou, e nem poderia deixar, de ocupar-se com a demanda de redistribuição, voltada à redução real ou material das desigualdades.

Entretanto, reconhece-se, cada vez mais, que a mudança no simbólico – a transformação cultural – também é fundamental para redução das desigualdades reais. No domínio do simbólico, as vítimas da injustiça social não são as “classes” identificadas pelos marxistas, que se definem pelas relações de produção, mas os “grupos de *status*” weberianos que, nas relações de reconhecimento, distinguem-se pela menor estima social de que gozam. Nesse diapasão, “o não-reconhecimento não é simplesmente uma questão de atitudes preconceituosas que resultam em danos psicológicos, mas uma questão de padrões institucionalizados de valor cultural que impedem a igual participação na vida social”.³

Outro importante pensador que se dedicou à teoria do reconhecimento foi Axel Honneth, para quem a “luta por reconhecimento’ tem de ser entendida como um quadro interpretativo crítico de processos de evolução social”,⁴ tendo por justificação uma concepção formal de eticidade, que garanta aos sujeitos a proteção de suas condições de autorrealização e que tem por fim universal possibilitar aos indivíduos uma vida feliz. Os padrões de reconhecimento são relevantes na medida em que estão interligados à autorrelação positiva:

“O nexo existente entre a experiência de reconhecimento e a relação consigo próprio resulta da estrutura intersubjetiva da

Integrada de Justiça. In: D. Sarmento; D. Ikawa; F. Piovesan (Orgs.); Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 167.

³ Idem. p.179.

⁴ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais.* 2. ed., 2. reimpr. São Paulo: Ed. 34, 2015. p. 269.

ADO 26 / DF

identidade pessoal: os indivíduos se constituem como pessoas unicamente porque, da perspectiva dos outros que assentem ou encorajam, aprendem a se referir a si mesmos como seres a que cabem determinadas propriedades ou capacidades. A extensão dessas propriedades e, por conseguinte, o grau de autorrealização positiva crescem com cada nova forma de reconhecimento, a qual o indivíduo pode referir a si mesmo como sujeito: desse modo, está inscrita na experiência do amor a possibilidade da autoconfiança, na experiência do reconhecimento jurídico, a do autorrespeito e, por fim, na experiência da solidariedade, a da autoestima".⁵

Realmente, não há espaço para dúvida quanto à importância do reconhecimento para a autoestima, para a autoconfiança, para a autorrealização e para a felicidade. Aliás, relembro que, no âmbito jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de sublinhar, em importante julgado (Ag. Reg. no RE 477.554-MG, Rel. Min. Celso de Mello), que o direito à busca da felicidade é "verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana".

Nesse mesmo julgamento, foram invocados os "Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero", conhecidos como "Princípios de Yogyakarta", que têm plena incidência no presente caso.

Ideais de gênero e papéis a ele associados são, como bem observam Joanna Noronha e Adriana Vidal de Oliveira, construídos culturalmente e situados historicamente.⁶ Para as autoras, desde a célebre frase de Simone de Beauvoir – "não se nasce mulher, torna-se mulher" –, tem-se criticado a construção de estereótipos de gênero que limitam e condicionam a

⁵ Idem. p. 272.

⁶ VIDAL DE OLIVEIRA, Adriana. NORONHA, Joanna Vieira. Afinal, o que é "mulher"? E quem foi que disse?. *Revista Direito e Práxis*. 2016; 7 (15).

ADO 26 / DF

subjetividade das pessoas. Posteriormente, sublinham as autoras, coube a Judith Butler ampliar a lente de leitura crítica à formação cultural do que é apropriado a cada gênero ao próprio binarismo que caracterizava, até então, o discurso feminista: a construção é sempre cultural e discursiva, atendendo a interesses sociais e políticos.

Direitos relativos à orientação sexual e à identidade de gênero são reconhecidos, hoje, nacional e internacionalmente, como essenciais para a dignidade e humanidade da pessoa humana, integrando o núcleo dos direitos à igualdade e à não-discriminação. Os referidos Princípios de Yogyakarta voltam-se a tutelar o indivíduo diante da violência, do assédio, da discriminação, da exclusão, da estigmatização e do preconceito dirigidos contra pessoas em todas as partes do mundo por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Esses grupos, por serem minoritários e, não raro, vítimas de preconceito e violência, demandam especial proteção do Estado. Nesse sentido, a criminalização de condutas discriminatórias não é só um passo importante, mas também obrigatório, eis que a Constituição contém claro mandado de criminalização neste sentido: conforme o art. 5º, XLI, “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

O referido artigo foi expressamente reconhecido pela 2ª Turma desta Casa, como mandado de criminalização no *Habeas Corpus* 104.410/RS, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em cuja ementa constou:

“A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas

ADO 26 / DF

como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente”.

A omissão parlamentar em cumprir o mandado de criminalização, nos casos de que ora se trata, pode ser compreendida como um fenômeno que, mais do que jurídico, é político: como explica Ran Hirschl, com a ascensão do conceito de supremacia constitucional em todo o mundo, os tribunais tornaram-se instituições sensíveis aos reclamos de grupos sistematicamente excluídos da esfera política, contando com o apoio – explícito ou implícito – dos atores políticos, os quais, ao transferir sua responsabilidade para as instituições judiciais, evitam sua responsabilização política por decisões impopulares.⁷

Efetivamente, os atores políticos têm ciência de que são mais facilmente responsabilizados, perante seus eleitores, por suas ações do que pelas respectivas omissões.⁸ Nesse sentido, a judicialização pode contribuir para a inserção de determinados temas na agenda política. Os grupos sistematicamente excluídos de direitos têm, outrossim, mais facilidade para alcançar seus objetivos estratégicos por meio do Poder Judiciário, cujo acesso é mais simples e menos custoso do que o acesso ao Legislativo e ao Executivo.⁹

7 HIRSCHL, Ran. O Novo Constitucionalismo e a Judicialização da Política Pura no Mundo. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. *Revista de Direito Administrativo* 251, nº 0 (13 de março de 2013). p 139–78.

8 REFOSCO, Helena Campos. *Ação Coletiva e Democratização do Acesso à Justiça*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 174.

9 GALANTER, Marc. “Why the ‘Haves’ Come out Ahead: Speculations on the Limits

ADO 26 / DF

Reputo importante notar que os Poderes constituídos têm uma dívida histórica, em termos de desigualdade de gênero, com os diversos grupos oprimidos. Como bem pontuam Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Chiavelli Facenda Falavigno e Jéssica da Mara, a desigualdade de gênero no Brasil é caracterizada pela violência, que se materializa, por exemplo, na violência doméstica contra a mulher, no vertiginoso encarceramento feminino da última década – em prisões nas quais não se enxergam as necessidades daqueles que não se enquadram no conceito de homem heterossexual cisgênero – e na violência trans e homofóbica, a partir de cujas manifestações desenvolvem-se relações assimétricas de poder baseadas no gênero.¹⁰

Ana Gabriela Braga e Victor Siqueira Serra enfatizam que o Direito, tanto como sistema jurídico quanto campo de produção de conhecimento, tem sido pressionado a reinventar-se e a se reorganizar-se para atender às demandas dos grupos oprimidos. Para explicitar a dificuldade dessa adaptação, eles conduziram um estudo de caso relativo a acórdãos julgando crimes que envolvem travestis e revelaram, a meu ver, a dívida que os sistemas jurídico e político – e sobretudo o sistema criminal – têm para com esses grupos oprimidos, que são acolhidos, em tal sistema, como representação de loucura, agressividade, imoralidade.¹¹

Segundo Jorge Leite Júnior, Foucault demonstrou que circunstâncias políticas e epistemológicas levaram à construção de dois sexos, com características e psique diversas, em torno dos quais estabeleceu-se um

of Legal Change", *Law & Society Review* 9, no 1 (1974).

- 10 MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. FALAVIGNO, Chiavello Facenda. MATA, Jéssica da. *Questões de Gênero: uma abordagem sob a ótica das ciências criminais*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 13.
- 11 BRAGA, Ana Gabriela; SERRA, Victor Siqueira. *O fantasma do macho no corpo travesti: violência, reconhecimento e poder jurídico*. In: MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. FALAVIGNO, Chiavello Facenda. MATA, Jéssica da. *Questões de Gênero: uma abordagem sob a ótica das ciências criminais*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 86.

ADO 26 / DF

sistema de crenças que distingue o sadio e o patológico, em constante reorganização. Nesse processo, surge o discurso de “defesa da sociedade” - uma “luta cotidiana e mesquinha por justificar, legitimar e legalizar formas de controle social que privilegiem determinados grupos em relação a outros”.¹² Corpos ambíguos contrariam essa “ordem”, razão pelas quais se lhes nega a devida legitimidade, o que gera uma série de opressões e injustiças.

A pesquisa de Ana Gabriela Braga e Victor Siqueira Serra ilustra bem essa dinâmica. Destaco os seguintes achados:

(i) nenhum dos julgados selecionados pelos pesquisadores trata a travesti no feminino, mas sim no masculino, inclusive utilizando o nome de registro, a despeito dos pleitos desse grupo em sentido diverso, gerando um controle político sobre quem pode se dizer mulher;

(ii) o Tribunal muitas vezes confunde identidade de gênero e orientação sexual, reforçando estereótipos e a desumanização do sujeito de direitos;

(iii) a travestilidade é vista aprioristicamente como sinônimo de prostituição, violência, periculosidade, agressividade, gerando, no funcionamento da máquina criminal, profecias que se autocumprem, por desacreditarem a fala desse grupo e legitimarem investigações seletivas. Um exemplo seria a insistência em caracterizar como crime de roubo ou de lesões corporais condutas que, acaso se investigassem as versões das travestis, poderiam ser enquadradas em exercício arbitrário das próprias razões. Infelizmente, as versões das travestis muitas vezes nem chegam a ser investigadas.

E assim concluem os autores:

“A travesti tem sua palavra silenciada e ignorada em

12 LEITE JR, Jorge. *Nossos corpos também mudam: sexo, gênero e a invenção das categorias ‘travesti’ e ‘transexual’ no discurso científico*. 2008. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 213.

ADO 26 / DF

detrimento do peso dos testemunhos policiais e da palavra da vítima no processo de convencimento do juízo. Não por acaso, o mesmo peso não é dado à palavra de mulheres vítimas de violência sexual e de gênero. É a abjeção que faz com que travestis ocupem lugares precários no sistema produtivo – o trabalho sexual sem regulamentação, permeado por violência e exploração – e, quando capturadas pelo sistema de justiça criminal, sejam deslegitimadas e criminalizadas exatamente por ocuparem esses espaços”.¹³

A respeito das violências a que são vítimas as travestis, Drauzio Varella recentemente publicou um artigo na Folha de S.Paulo, em que afirmou:

“O preconceito contra as travestis é tão arraigado que basta colocarem os pés na rua para serem consideradas marginais. ‘Travesti é assim: se ainda não fez, vai fazer’, disse um delegado certa vez.

Ninguém as defende da arbitrariedade policial nem das agressões dos celerados que as espancam pelo simples fato de existirem. Muitas se suicidam ou perdem a vida nas mãos desses psicopatas com transtornos sexuais.

[...]

Quando perguntei onde sentiam mais segurança e eram mais respeitadas, na cadeia ou na rua, responderam: ‘Na cadeia’. Nenhuma discordou”.¹⁴

Faço esse relato para realçar como a engrenagem jurídica tem se mostrado instrumental na construção de dinâmicas opressoras de grupos sistematicamente privados de direitos, bem como para ressaltar a

13 BRAGA, Ana Gabriela; SERRA, Victor Siqueira. *O fantasma do macho no corpo travesti: violência, reconhecimento e poder jurídico*. In: MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. FALAVIGNO, Chiavello Facenda. MATA, Jéssica da. Questões de Gênero: uma abordagem sob a ótica das ciências criminais. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018. p. 111.

14 VARELLA, Drauzio. Travestis. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/columnas/drauziovarella/2019/02/travestis.shtml>. Acesso em 19 de fevereiro de 2019.

ADO 26 / DF

urgência de se inverter diametralmente essa tendência. Para tanto, punir criminalmente a homofobia e a transfobia é simbólico, e é, segundo penso, apenas um primeiro passo.

Reconheço que a lei pode muito, mas não pode tudo. Estamos aqui a tratar da necessidade de mudanças culturais complexas, que, acaso vinguem, serão incorporadas ao repertório jurídico e policial paulatinamente. Essa reflexão, porém, não diminui a importância de que esse primeiro passo seja dado.

Cabe aqui um paralelo com a criminalização específica da violência contra a mulher. Debora Diniz e Sinara Gumieri relatam que os homens morrem mais do que as mulheres como vítimas da violência, mas as mulheres morrem de um jeito que só elas morrem – de feminicídio, um crime que é fruto da discriminação e do desrespeito pela mulher. A tipificação do feminicídio foi, por isso, uma vitória legislativa importante, ao construir “um crime com nome próprio”, que designa especificamente esse “escândalo de violência” e que poderá, espera-se, puni-lo com maior precisão.¹⁵ Para elas, a Lei Maria da Penha é vista como “um instrumento de aprendizado civilizatório diante da realidade sociológica da violência de gênero e da negação histórica de acesso à justiça para mulheres”.¹⁶

A Constituição, ao estabelecer o mandado de criminalização do art. 5, XLI, confiou no uso simbólico do Direito Penal para afirmar o valor da vida das pessoas que contrariam a heteronormatividade e a cisgenderidade, bem como na eficácia punitiva maior oriunda dessa especificidade. A Câmara baixa cumpriu seu papel constitucional e aprovou o Projeto de Lei 5003/2001, que, ao ser remetido ao Senado, recebeu o número 122/2006. Entretanto, a Câmara Alta, como bem relatou

15 DINIZ, Debora; GUMIERI, Sinara. Violência do gênero no Brasil: ambiguidades da política criminal. In: MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. FALAVIGNO, Chiavello Facenda. MATA, Jéssica da. Questões de Gênero: uma abordagem sob a ótica das ciências criminais. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 196/197.

16 Idem, p. 200.

ADO 26 / DF

o Ministro Celso de Mello, vem se omitindo na análise do Projeto de Lei 122/2006. Essa omissão contraria frontalmente a Constituição. Assim, entendo estar configurada mora legislativa constitucional na criminalização específica da homofobia e da transfobia.

Efetivamente, tais grupos sociais minoritários vêm sofrendo as mais diversas formas de preconceito, conforme noticiado frequentemente pela imprensa e comprovado pelos escassos repositórios de dados oficiais sobre este tema, como os constantes do “Relatório Sobre Violência Homofóbica no Brasil: ano de 2012”, elaborado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, que abrangem apenas violações relatadas e revelam a gravidade e a amplitude dos atos discriminatórios praticados contra a população LGBT.

A par de o direito à igualdade e à não discriminação serem princípios fundamentais dos direitos humanos, consagrados na Constituição e nas leis brasileiras, bem como na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos tratados internacionais de direitos humanos, os organismos de tratados de direitos humanos da ONU confirmam, periodicamente, que é proibida - sob a ótica do direito internacional dos direitos humanos - a discriminação relativa à orientação sexual ou à identidade de gênero. Há inúmeras decisões e orientações gerais neste sentido, emitidas, dentre outros órgãos, pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, pelo Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, pelo Comitê sobre os Direitos da Criança, pelo Comitê contra a Tortura e pelo Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, valendo menção específica à Resolução 17/19 das Nações Unidas sobre “Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero” (14 de junho de 2011) e Resolução AG/RES-2435 (XXXVIII-0/08) da Organização dos Estados Americanos (OEA) sobre “Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero” (3 de junho de 2008).

ADO 26 / DF

A prática deste tipo de violência, reconheça-se, não é exclusiva do Brasil. No relatório “Nascidos Livres e Iguais: Orientação Sexual e Identidade de Gênero no Regime Internacional de Direitos Humanos”, das Nações Unidas, consta que:

“Indivíduos LGBT estão mais expostos ao risco de serem alvos de violência nas mãos de atores privados. A violência homofóbica e transfóbica tem sido registrada em todas as regiões. Tal violência pode ser física (incluindo assassinatos, espancamentos, sequestros, agressões sexuais e estupros) ou psicológica (incluindo ameaças, coerção e privação arbitrária de liberdade). Estes ataques constituem uma forma de violência baseada no gênero, impulsionados por um desejo de punir aqueles vistos como violadores das normas de gênero”.

Aliás, justamente porque esse preconceito existe em outros países, alguns já se adiantaram e criminalizaram formas específicas de homofobia e transfobia. Esse é o caso, exemplificativamente, dos Estados Unidos, onde o *Hate Crimes Prevention Act* encontrou apoio até mesmo da American Civil Liberties Union (ACLU), após anos de oposição ao projeto, por entender que sua redação foi cuidadosa a ponto de garantir a liberdade de expressão e de crença. Já para a maioria dos ativistas de direitos LGBT, a importância dessa lei é simbólica.¹⁷

Libby Adler posiciona-se sobre a referida lei afirmando que, ao adicionar as categorias de orientação sexual e identidade de gênero para crimes de ódio, a lei transmite a mensagem da inaceitabilidade da violência contra esses grupos, voltando-se claramente à mudança cultural. A incorporação dessa proteção em leis penais modifica o *status* dos grupos minoritários, tornando-os legalmente protegidos.¹⁸ Segundo ela, a tutela legal também é igualmente desejável por meio de leis

17 Adler, Libby. *Gay Priori: A Queer Critical Legal Studies Approach to Law Reform*. Duke University Press, 2018. p. 122.

18 Idem. p. 123.

ADO 26 / DF

contrárias à intimidação sistemática (*Bullying*), que também podem legitimar importantes demandas por reconhecimento, sobretudo relacionadas a questões de gênero.

No Brasil, como visto, os números da violência de gênero impressionam. Uma forma de resumir a violência homofóbica e transfóbica é perquirir sobre a expectativa de vida da pessoa trans. Do sítio eletrônico do Senado Federal extraio essa informação: apenas 35 anos, metade da média nacional.¹⁹

Segundo Carlos Roberto Siqueira Castro, “445 LGBT+ morreram no Brasil em 2017, vítimas da homotransfobia, sendo 387 assassinatos e 58 suicídios. A cada 19 horas, um LGBT é brutalmente assassinado ou se suicida vítima da ‘LGBTfobia’. Matam-se mais homossexuais no Brasil do que nos 13 países onde vigora pena de morte contra os LGBTs”²⁰. Inevitável concluir que são mortes fruto do preconceito e da intolerância.

Muito poderia ser feito para proteger esses grupos minoritários, e a criminalização de condutas seria um passo importante. Parece-me inconteste que se deve reconhecer a mora legislativa neste sentido. Entretanto, a par de reconhecer a mora legislativa, pouco pode esta Corte fazer, não é viável invocar os precedentes concretistas firmados nos Mandados de Injunção – MIs 670, 708 e 712 por conta de uma distinção fundamental a incidir neste caso: este processo diz respeito à matéria penal, sujeita à reserva legal absoluta.

Não obstante a repugnância que provocam as condutas

19 BORTONI, Larissa. “Expectativa de vida de transexuais é de 35 anos, metade da média nacional”. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional>. Acesso em 12 fev. 2019.

20 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Tipificação criminal da homofobia é urgente. *O Globo*. 19 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/artigo-tipificacao-criminal-da-homofobia-urgente-23462712>. Acesso em 25 de fevereiro de 2019.

ADO 26 / DF

preconceituosas de qualquer tipo, é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha. Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta.

Em acórdão unânime da Primeira Turma desta Casa, no Inquérito 3.590/DF, em que se analisou o recebimento de denúncia contra o deputado federal Marco Antônio Feliciano em razão da suposta prática do crime previsto no art. 20 da Lei 7.716/1989, extraio do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio:

“Procede a defesa no que articula a atipicidade. Ter-se-ia discriminação em virtude da opção sexual. Ocorre que o artigo 20 da Lei 7.716/89 versa a discriminação ou o preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não contemplando a decorrente da opção sexual do cidadão ou da cidadã. O ditame constitucional é claro: não há crime sem anterior lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º. Ante esse fato, deixo de receber a denúncia, fazendo-o com base no inciso III do artigo 386 do Código de Processo Penal, a revelar que, não constituindo o fato infração penal, dá-se a absolvição do réu, o que, nesta fase, sugere a simples ausência de instauração da ação penal”.

A ementa do julgado foi a seguinte:

“TIPO PENAL DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO ARTIGO 20 DA LEI N° 7.716/89 ALCANCE.

O disposto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89 tipifica o crime de discriminação ou preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não alcançando a decorrente de opção sexual”.

ADO 26 / DF

Em importante precedente a respeito do tema da reserva legal (RHC 121.835 Agr/PE, Rel. Min. Celso de Mello), a Segunda Turma desta Corte teve oportunidade de afirmar que:

“Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. Doutrina. Precedentes (STF)”.

A Corte rechaçou a possibilidade de criminalização de condutas por meio de tratados internacionais, como é o caso da Convenção de Palermo, reafirmando a indispensabilidade da existência de lei, em sentido estrito, para que seja viável a punição penal de determinada conduta.

Dentre os relevantes argumentos daquele julgado, que bem traduz a importância do princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal no campo da tipicidade penal, destaco a reiteração da jurisprudência no sentido de que somente se admite a lei interna como fonte formal e direta de regras de direito penal, em decorrência do disposto no art. 5º, XXXIX, da Constituição, no art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos e do art. 15 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Assim, a Corte, amparando-se em escólio doutrinário, asseverou que:

“[...] no âmbito do Direito Penal incriminador, o que vale é o princípio da reserva legal, ou seja, só o Parlamento,

ADO 26 / DF

exclusivamente, pode aprovar crimes e penas. Dentre as garantias que emanam do princípio da legalidade, acham-se a reserva legal (só o Parlamento pode legislar sobre o Direito Penal incriminador) e a anterioridade ('lex populi' e 'lex praevia', respectivamente). Lei não aprovada pelo Parlamento não é válida (...)." (LUIZ FLÁVIO GOMES /VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, 'Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos', vol. 4/122, 2008, RT).

A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos.

Ante o exposto, voto no sentido de que, parcialmente conhecida, seja parcialmente provida esta ação, de maneira a reconhecer a mora legislativa, dando-se ciência ao Congresso Nacional para a adoção das providências necessárias.

13/06/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, o ministro Ricardo Lewandowski, percebi assim, não fixa prazo para Poder diverso atuar, já que a Constituição Federal o prevê quando o ato omissivo é da Administração, é do setor administrativo, não de outro Poder.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - São percepções diversas. Eu, por exemplo, tenho entendimento de que o mandado de injunção tem de resultar numa providência concreta e não só apenas concitar o Parlamento a legislar.

13/06/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (Relator): Gostaria de fazer apenas uma pequena observação, Senhor Presidente.

Desejo cumprimentar o brilhante voto proferido pelo eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, notadamente no ponto em que, apoiando-se em suas considerações introdutórias, delineia um quadro realmente importante a propósito do *estado de vulnerabilidade – e da necessidade* de ampla proteção – dos integrantes do grupo LGBTI+.

Quero destacar, no entanto, Senhor Presidente, que não sustento em meu voto a possibilidade (que seria absolutamente inconstitucional) de criação de tipos penais mediante provimento jurisdicional, considerado o que dispõe o art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição, que estabelece, em tema de direito penal, **reserva absoluta** de lei em sentido formal.

De outro lado, Senhor Presidente, o meu voto, como Relator, também não admite aplicação analógica “*in malam partem*” de normas de direito penal, na linha do que adverte o magistério doutrinário (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “Leis Penais e Processuais Penais Comentadas”, p. 305, item n. 8, 5ª ed., RT, v.g.) e acentua a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (HC 97.261/RS, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – RHC 95.782/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, v.g.).

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu apenas digo que não me animei atravessar esse Rubicon jurisdicional.

13/06/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

V O T O

1. A relevância da omissão constitucional impugnada

De início, cabe destacar que a questão constitucional de que tratam a presente Ação Direta por Omissão 26/DF e o presente Mandado de Injunção 4.733/DF é da mais alta relevância para o sistema de proteção de direitos fundamentais que se estrutura a partir da ordem constitucional brasileira.

As pretensões autorais se baseiam na tese de que a inércia do Congresso Nacional em estabelecer os tipos penais da homofobia e da transfobia seria constitucional por (i) violar mandado expresso de criminalização previsto no art. 5º, XLII, da CF/88; (ii) por descumprir o dever de elaboração de legislação criminal que puna o racismo e, igualmente, o racismo homofóbico e transfóbico.

O pedido imediato das ações é de que sejam adotadas sentenças de perfil aditivo com o intuito de criminalizarem-se as ofensas (individuais e coletivas), os homicídios, as agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima. Tal criminalização seria feita em igual medida à punição constante da Lei 7.716/1989 (Lei Antirracismo).

Veicula-se aqui imputação grave que de fato merece cuidadosa análise por parte do Supremo Tribunal Federal. Cuida-se da alegação de que a mora legislativa impugnada tem contribuído para a exposição e sujeição de homossexuais, transgêneros e outras minorias a um quadro reiterado de violações de direitos individuais. Tais violações se concretizariam de múltiplas formas, desde atos de ameaça e ofensas que atingem a honra e a dignidade até atos de violência física que atentam diretamente contra a vida.

Resta claro, portanto, que está em jogo a verificação do cumprimento

ADO 26 / DF

de um dever de proteção constitucional (*Schutzwflicht*) que visa a tutelar garantias individuais da mais absoluta centralidade para a ordem democrática.

A orientação sexual e a identidade de gênero constituem elementos essenciais da personalidade humana. Não há maiores dificuldades em se entender que as escolhas tomadas nesses campos concretizam a capacidade de autodeterminação do indivíduo. Em essência, cuida-se de decisões tomadas pelos indivíduos no exercício da liberdade de projetar sua própria vida e de aspirar à busca da felicidade.

A doutrina nacional não se tem ocupado – como deveria – de um dispositivo que consta do Direito Comparado – talvez sua matriz moderna esteja na Lei Fundamental de Bonn –, que fala sobre o **direito de autodesenvolvimento** (*Selbstentfaltungsrecht*), quer dizer, o livre desenvolvimento da personalidade (*die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*), desde que não viole direitos de outrem e não se choque contra a ordem constitucional ou os costumes (Art. 2 I GG - *Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt*).

É claro que isso não nos impede de identificar esse direito em nosso sistema, a partir, sobretudo, do direito de liberdade e em concordância com outros princípios e garantias constitucionais. Nesse sentido, é possível destacar, dentre outros: os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV); a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, *caput*); a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); bem como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do

ADO 26 / DF

regime constitucional e dos princípios adotados ou incorporados mediante tratados internacionais (art. 5º, §2º).

A orientação sexual e a identidade de gênero devem ser consideradas manifestações do exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida em face de manifestações de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação.

A proteção constitucional da autodeterminação de gênero deve ser concebida dentro do quadro de significados de uma Constituição Democrática Pluralista, que, nas palavras de Peter Häberle, assume um **"Compromisso de Possibilidade"**, isto é, assume uma proposta de soluções e de coexistências possíveis sem se curvar à imposição da força política de cima para baixo (HÄBERLE, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Königstein: Athenäum, 1980, p. 5). Nesse contexto, como observa ainda Häberle, os direitos fundamentais acabam por representar importante **meio de alternativas e de opções**, fazendo que, com eles, seja possível um **pluralismo democrático** (HÄBERLE, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Königstein: Athenäum, 1980, p. 6).

A relação entre a democracia pluralista e a existência de uma ordem constitucional atenta à preservação da autodeterminação humana por parte dos mais distintos grupos sociais é abordada ainda por Gustavo Zagrebelsky, ao destacar que:

"As sociedades pluralistas atuais - isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de

ADO 26 / DF

*possibilidade da mesma". (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil: ley, derechos y justicia*. Trad. Marina Gercón. Madrid: Trotta, 1995, pág. 13.)*

Essa digressão é necessária para que fique claro que, a rigor, a pretensão que se formula no sentido de combate à homofobia e à transfobia tem base nos direitos fundamentais, na proteção de direitos de minorias, a partir da própria ideia do direito de liberdade.

2. A caracterização da mora legislativa apta a ensejar o controle abstrato da omissão constitucional

Nas demandas ora analisadas, impugna-se a suposta inação do Congresso Nacional, que teria quedado omisso em estabelecer a criminalização de atos discriminatórios que atentam contra a dignidade humana. A constatação de que se está diante de uma inação congressual apta a viabilizar a atuação deste Tribunal é, portanto, imprescindível ao deslinde das ações em tela.

Ainda que aqui se investigue a ação do legislador no campo de políticas criminais, percebe-se que a não tipificação dos crimes de homofobia e transfobia, além de expor grupos minoritários a situações graves de violência social, suscita um desvio dos comandos constitucionais que firmam a reprovabilidade de condutas discriminatórias. Daí a configuração de uma justa causa legitimadora da intervenção do Poder Judiciário.

O Congresso Nacional tem buscado, ao longo das últimas três décadas, estabelecer medidas de combate aos atos de homofobia e transfobia, inclusive por meio de medidas de caráter penal. Contudo, embora não se trate de uma indiferença absoluta em relação ao tema, fica claro que a tramitação dos projetos de lei que teriam o condão de colmatar a lacuna legislativa impugnada tem sido tumultuada por todos os gêneros de embargos típicos do processo legislativo.

Importante ilustração da atuação errática e tumultuada do

ADO 26 / DF

Parlamento resta clara no histórico de tramitação do Projeto de Lei 5.000/2001, proposto originalmente pela Deputada Federal Iara Bernadi, em 7.8.2001, que tinha por finalidade prever “os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero”. O projeto chegou a ser aprovado na Câmara dos Deputados em 23.11.2016 e foi posteriormente encaminhado ao Senado Federal, onde foi autuado como Projeto da Câmara 122/2006.

Ocorre que 8 (oito) anos após a aprovação do PL na Câmara, o projeto foi objeto de arquivamento automático pelo Senado Federal ante o fim da 54^a legislatura parlamentar. O PL 122/2006 conseguiu ser novamente reavivado com o Requerimento 46/2011, subscrito por Senadores nos termos do Regimento Interno da Casa Legislativa, o qual foi aprovado pelo Plenário da Casa em 9.2.2011, determinando-se o retorno da proposta às Comissões Temáticas.

No entanto, por meio de uma manobra de parte dos congressistas que deixavam clara sua oposição às medidas de criminalização, aprovou-se o Requerimento 1.443/2013, do Senador Eduardo Lopes, que determinou a anexação do projeto ao Projeto de Lei do Novo Código Penal brasileiro (PL do Senado 236/2012). O retardamento tributário dessa anexação foi recebido pela comunidade LGBT como uma verdadeira capitulação da proposição legislativa.

Além da ilustrativa tramitação errática do PL 122/2016, outras propostas legislativas da mais alta relevância para a proteção dos direitos das minorias LGBT também encontram dificuldades de tramitação no Congresso Nacional.

O Projeto de Lei 5002/2013, de autoria do então Deputado Paulão (PT-AL), apresentado em 25.9.2013, que estabelecia “a notificação compulsória, no território nacional, no caso de violência contra transexuais, travestis, lésbicas, bissexuais e gays que forem atendidos em serviços de saúde públicos ou privados”, foi um dos que restou frustrado. O art. 1º, § 1º, do projeto trazia uma redação interessante ao prever que os atos de violência que seriam objeto de notificação compulsória poderiam se configurar a partir de “qualquer ação ou conduta, baseada no ódio e/ou na intolerância, que

ADO 26 / DF

cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico aos transexuais, travestis, lésbicas, bissexuais e gays, tanto no âmbito público como no privado”.

O PL 5002/2013, porém, sequer chegou a ser votado no Plenário da Câmara. Em 31.1.2019, a proposição foi arquivada pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Casa.

Aqui, convém destacar que a mera apreciação da omissão legislativa por este Tribunal, por si só, parece ter impulsionado o Parlamento a abandonar o estado de absoluta inércia na regulamentação da matéria.

Somente no início do ano de 2019, em datas posteriores ao início do julgamento da presente ação pelo Plenário, proposições legislativas sobre o tema foram desarquivadas por deliberações das respectivas Casas Legislativas ou foram apreciadas pelas Comissões Temáticas do Congresso Nacional.

Quanto às propostas legislativas desarquivadas, destacam-se (i) o Projeto de Lei 9.8032/2014, que amplia a proteção de que trata a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha) às pessoas transexuais e transgêneros; (ii) o Projeto de Lei 336/2015, que institui o chamado Estatuto das Famílias do Século XXI; e (iii) o Projeto de Lei 7.292/2017, que altera o art. 121 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o LGBTcídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio; e o art. 1º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o LGBTcídio no rol dos crimes hediondos. Esses projetos de lei, reitere-se, foram desarquivados pela Mesa Diretora da Câmara nas datas de 21.2.2019 e 22.2.2019, poucos dias após o início da apreciação desta ADO pelo Plenário.

A reação legislativa mais evidente à atuação do STF na apreciação do presente feito parece ter-se dado com a aprovação, pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, do Projeto de Lei 672/2019, de autoria do Senador Wewerton (PDT/MA), e do Projeto de Lei 191/2017, de autoria do Senador Jorge Viana (PT/AC).

A primeira proposta realiza uma alteração na própria Lei

ADO 26 / DF

Antirracismo (Lei 7.716/1989), para incluir no tipo penal a criminalização de discriminação ou preconceito de orientação sexual e/ou identidade de gênero. Já a segunda veicula alteração da Lei Maria da Penha, para assegurar à mulher as oportunidades e facilidades para viver sem violência, independentemente de sua identidade de gênero, ou seja, estende os direitos a mulheres transgênero e transsexuais.

Os avanços das referidas propostas legislativas sem dúvida representam um passo importante no sentido de se garantir a eficácia plena dos princípios constitucionais que estão em jogo nesta ação. Todavia, a mera tramitação de proposições legislativas não modifica, em si, o estado de insuficiência da proteção que se pretende tutelar nesta demanda. Ressalto que é absolutamente imprevisível o destino das proposições legislativas examinadas, motivo pelo qual elas não se mostram aptas a suprir a proteção das minorias que se almeja tutelar no presente feito.

Relembro que a jurisprudência desta Corte admite o controle de omissões normativas inconstitucionais do Poder Público mesmo quando já instaurado processo legislativo, desde que contatado estado de mora histórico e sistemático. Nesse sentido, registro o julgamento da ADI 3.682, de minha relatoria, sobre a questão do desmembramento de municípios.

Ressalto ainda que o caso em tela parece contribuir positivamente para a construção de uma teoria de diálogos institucionais entre os Poderes. Isso porque a reação legislativa deflagrada a partir do início da apreciação desta ação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal não fustiga, mas, na realidade, apenas avalia a relevância da atuação desta Corte Constitucional na colmatação de omissões legislativas.

Nesse ponto, é importante, mais uma vez, ressaltar que a configuração de situações de omissões inconstitucionais – ainda que parciais – é passível de impugnação judicial justamente porque, nesses casos, a inérgia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos deformadores da Constituição.

Entendo estarmos diante de uma inação congressual que apresenta o mesmo nível de gravidade, ou até maior, do que o verificado em

ADO 26 / DF

outras omissões inconstitucionais que têm historicamente demandado a atuação aditiva do Supremo Tribunal Federal. Assim, considerando a seriedade das ofensas sistematicamente dirigidas às esferas jurídicas das minorias que pleiteiam a proteção desta Corte, entendo que não há como afastar o cabimento da presente demanda.

3. A proteção insuficiente do direito das minorias LGBT ante o descumprimento de mandados de criminalização

Uma vez configurada a mora legislativa apta a suscitar o ingresso no controle de omissões inconstitucionais, faz-se necessário aprofundar o exame do seu parâmetro de controle constitucional.

A controvérsia em exame projeta-se sobre o reconhecimento do dever de proteção constitucional (*Schutpflicht*) garantido a minorias no exercício da sua capacidade de autodeterminar sua orientação sexual e sua identidade de gênero. *In casu*, essa proteção é buscada pela concretização de um mandado constitucional de criminalização que abrange toda e qualquer forma de ato discriminatório que se mostre incompatível com o princípio da igualdade e da liberdade.

A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas disposições, é possível identificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista bens e valores envolvidos.

Em verdade, tais disposições traduzem uma outra dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de sua feição objetiva na ordem constitucional. Tal concepção legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – *Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutpflicht des Staats*).

ADO 26 / DF

Nesse sentido, os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*).

A forma como o dever de proteção de direitos fundamentais deve ser satisfeita constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais que dispõem de alguma liberdade de conformação. Quando da fixação de mandados de criminalização, o texto constitucional impõe ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A ideia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, inclusive para tutelar situações de deficiência da proteção criminalizante.

Como adverte Bernhard Schlink, a tutela insuficiente não se configura apenas quando o Estado não faz nada para atingir dado objetivo para o qual deva envidar esforços, mas também quando os instrumentos de tutela existentes não se afiguram aptos a garantir o exercício de direitos e liberdades individuais. O referido autor assevera que:

“A conceituação de uma conduta estatal como insuficiente (*untermässig*), porque ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito (*unverhältnismässig im engeren Sinn*)” (*Der Grundsatz der Verhältnissmässigkeit*, p. 462-463).

A respeito do caráter vinculante da proibição da proteção insuficiente veiculada em mandados de criminalização, considero

ADO 26 / DF

oportuno rememorar algumas das considerações que fiz quando do julgamento da ADI 3.112/DF (estatuto do desarmamento). Naquela oportunidade, destaquei os deveres do Estado de proteção e de tutela em face da necessidade de preservação da integridade de direitos e de liberdades fundamentais de grupos vulneráveis. Na ocasião, destaquei que:

“A Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo catálogo de mandatos de criminalização expressos de que se tem notícia.

Ao lado dessa ideia de mandatos de criminalização expressos, convém observar que configura prática corriqueira na ordem jurídica a concretização de deveres de proteção mediante a criminalização de condutas.

Outras vezes cogita-se mesmo de mandatos de criminalização implícitos, tendo em vista uma ordem de valores estabelecida pela Constituição. Assim, levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbot*), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional-penal adequado.

Em muitos casos, a eleição da forma penal pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma chamar de discrição legislativa, tendo em vista desenvolvimentos históricos, circunstâncias específicas ou opções ligadas a um certo experimentalismo institucional. A ordem constitucional confere ao legislador margens de ação para decidir sobre quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. É certo, por outro lado, que a atuação do legislador sempre estará limitada pelo princípio da proporcionalidade.

(...) Na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a utilização do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente pode ser encontrada na segunda decisão sobre o aborto (BverfGE 88, 203, 1993). O *Bundesverfassungsgericht* assim se pronunciou:

ADO 26 / DF

'O Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que levem a alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – a uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência). (...) É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...). Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis'.

(...) Se é certo, por um lado, que a Constituição confere ao legislador uma margem discricionária para a avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico penal, e, por outro, que a mesma Constituição também impõe ao legislador os limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade, é possível concluir pela viabilidade da fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa. O Tribunal está incumbido de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais".

Resta claro que a mora legislativa discutida consubstancia inegável insuficiência na proteção constitucional que determina a criminalização da discriminação atentatória à dignidade humana, seja em função estrita do conceito de raça, seja enquanto desdobramento de posturas homofóbicas e transfóbicas.

O contexto fático subjacente à presente demanda sugere que as violações às garantias individuais dos grupos de vulnerabilidade LGBT, de fato, estão a demandar uma ação imediata da Corte Constitucional.

ADO 26 / DF

Durante a tramitação dos presentes feitos (ADO e MI), a participação de entidades representantes da sociedade civil – sobretudo aquelas habilitadas na forma de *amici curiae* – expandiu a compreensão deste Tribunal sobre o quadro atual de extrema vulnerabilidade a que estão expostos os grupos LGBT no Brasil.

As informações trazidas ao conhecimento da Corte dão conta de um estado reiterado de exposição de minorias a atos odiosos rotineiramente praticados, sem que haja uma resposta efetiva do Estado no sentido de resguardar as esferas jurídicas individuais violadas.

Nesse sentido, as informações colhidas do Relatório “Violência LGBTFóbicas no Brasil”, produzido pelo Ministério dos Direitos Humanos em 2018, indicam um cenário de abusos cotidianos dos mais variados tipos contra essa população no Brasil. Os dados compilados do Disque Direitos Humanos - Disque 100 demonstram que, apenas em 2016, foram reportados ao total 4.783 casos de denúncias e violações.

A conclusão do estudo é categórica em afirmar que os dados do Disque 100 apresentados permitem concluir que “*a LGBTfobia no Brasil é estrutural, operando de forma a desqualificar as expressões de sexualidade divergentes do padrão heteronormativo, atingindo a população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais em diferentes faixas etárias e nos mais diversos locais, desde a rua até o nível família*”. (BRASIL. Violência LGBTFóbicas no Brasil: dados da violência, 2018, p. 75).

Ainda com base nos dados do Disque 100 de 2016, é possível observar a clara existência de um grupo de vulnerabilidade que apresenta características cumulativas com as de outros grupos minoritários que sofrem discriminação no Brasil.

O mencionado relatório do MDH diagnosticou que 39,9% das vítimas dos atos de homofobia são negras ou pardas, o que sugere que o racismo talvez possa fortalecer a homofobia. Como pontuado no Relatório, fica evidente que, no cenário nacional, “*as discriminações se sobrepõem, fazendo-se presente o racismo, a discriminação social, contra pessoas com deficiência, religiosa, geracional, etc*”. (BRASIL, 2016, p. 25).

Sem dúvida, é alarmante o estado de perigo vivido pelos membros

ADO 26 / DF

das comunidades LGBT no Brasil. A entidade “Grupo Gay da Bahia – GGB”, admitida como *amicus curiae* no presente feito, trouxe aos presentes autos relatórios que demonstram de forma clara a gravidade do número de incidentes de transfobia e homofobia que resultaram em assassinatos. De acordo com a entidade GGB, no ano de 2017, a quantidade de homicídios cometidos em razão de orientação sexual chegou a 445 mortes, número 30% maior do que o diagnosticado no ano anterior. Do total, 56% desses crimes acontecem em espaço público, o que ressalta ainda mais a crueldade social desse tipo de delito.

Esses dados afastam qualquer dúvida acerca da relevância da atuação desta Suprema Corte diante da omissão legislativa ora impugnada.

A realidade fática demonstra ostensivamente que a ausência da criminalização de atos de homofobia e transfobia acaba contribuindo para restrições indevidas de direitos fundamentais e para um quadro generalizado de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero.

Por isso, é importante deixar claro que o presente caso não trata simplesmente da falta de uma disciplina legislativa que permita o desenvolvimento de dada política pública. Nós estamos a falar, realmente, do reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos.

4. Do mandado constitucional de criminalização de toda e qualquer forma de discriminação

Os mandados constitucionais de criminalização ao racismo e a todas as formas de discriminação não se restringem a demandar uma formulação de políticas públicas voltadas a essa finalidade; consagram verdadeiros postulados do reconhecimento do direito de minorias, de direitos básicos de liberdade e igualdade.

Tais direitos dizem respeito à liberdade de orientação sexual, de desenvolvimento da personalidade e de reconhecimento da união

ADO 26 / DF

homoafetiva como relação jurídica legítima, e exigem um correspondente dever de proteção do Estado, por intermédio de um modelo mínimo de proteção institucional, como meio de se evitar uma caracterização continuada de discriminação.

O art. 5º, inciso XLI, da Constituição é expresso ao determinar que “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”. Essa garantia e o próprio conteúdo do direito de liberdade de autodesenvolvimento se revelam fundamentos jurídicos adequados e suficientes ao combate à homofobia. No mesmo sentido, o art. 5º, XLII, do mesmo dispositivo, firma que “*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*”.

A concretização desse mandado de criminalização constitucional foi buscada na tipificação prevista na Lei 7.716/1989, que se invoca na presente ADO e no presente MI como parâmetro para colmatação da lacuna normativa impugnada, apto a fixar a justa medida da punição de atos de homofobia e transfobia.

A partir de uma leitura constitucional da Lei Antirracismo, o que se observa é que o legislador ordinário não logrou concretizar *in totum* o mandado de criminalização. A colmatação da lacuna normativa buscada visa justamente ao saneamento de uma omissão parcial, tendo em vista que o legislador efetivou uma cláusula integral de proteção social em face de práticas discriminatórias de todo gênero, o que poderia ser diretamente extraído do art. 5º, XLI, da Constituição.

Impende ressaltar que o entendimento de que o art. 5º, XLI, da Constituição consagrou uma cláusula de proteção integral aplicável não apenas a situações estritas de discriminação por raça mas sim a toda e qualquer forma de desigualdade humana encontra respaldo tanto na evolução legislativa subjacente à edição da Lei 7.716/1989 quanto na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Do ponto de vista da evolução legislativa, observa-se que originalmente o núcleo do tipo penal contemplado no art. 1º da Lei 7.716/1989 afigurava-se circunscrito a preconceitos de raça e de cor. Tal dispositivo, no entanto, foi paulatinamente ampliado para outras formas

ADO 26 / DF

de discriminação que se afiguram igualmente incompatíveis com o princípio da igualdade.

A ampliação da proteção criminal no referido diploma se deu principalmente (*i*) com a edição da Lei 9.459/1997, que alterou o supracitado art. 1º, firmando a reprovabilidade da discriminação resultante de etnia, religião ou procedência nacional; e (*ii*) com a inclusão do art. 20 no diploma normativo a partir da edição da Lei 8.081/1990, posteriormente alterado também pela Lei 9.459/1997, que consagrou a reprovabilidade de atos de indução à discriminação.

Já do ponto de vista da interpretação constitucional da Lei Antirracismo, a jurisprudência deste Tribunal corrobora que o sentido constitucional atribuído à norma clama por uma ampliação progressiva da proteção criminal em direção à repreensão de toda e qualquer forma de discriminação, seja ela baseada em cor, raça, etnia ou orientações individuais das mais diversas.

Essa interpretação pode ser extraída com clareza do histórico julgamento do *Habeas Corpus* 82.424/RS (o chamado Caso Ellwanger). O voto do relator, Ministro Maurício Correa, consignou expressamente que “*limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria natureza e prevalência dos direitos humanos*” (HC 82.424, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, redator para acórdão Min. Maurício Corrêa, DJ 19.3.2004).

No mesmo precedente, merece relevo ainda o voto proferido pelo Ministro Nelson Jobim, que, com clareza, ressaltou que a proteção ampla contra toda e qualquer forma de discriminação, inclusive contra os homossexuais, permeou os debates da Assembleia Constituinte, *in verbis*:

“[...] 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. [...] Cicularam dentro da Assembleia Constituinte todas as minorias que poderiam ser objeto de racismo. Nunca se

ADO 26 / DF

pretendeu, com o debate, restringir ao negro. Não há necessidade de trazer esse debate, porque a Assembleia 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". (grifou-se) (STF, HC 82.424-2/RS, voto do Ministro Nelson Jobim, p. 2-4).

Relembro que a noção de "raça", que insiste em dividir e classificar os seres humanos em "categorias", resulta de um processo político-social que, ao longo da história, originou o racismo, a discriminação e o preconceito segregacionista. Como explica Joaze Bernardino, "*a categoria raça é uma construção sociológica, que por esse motivo sofrerá variações de acordo com a realidade histórica em que ela for utilizada*" (BERNARDINO, Joaze. Levando a raça a sério: ação afirmativa e correto reconhecimento. In: *Levando a raça a sério: ação afirmativa e universidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p. 19-20).

É preciso enfatizar também que, no Brasil, o problema do preconceito vem associado a diversos fatores – além da raça, em sentido estrito –, dentre os quais se sobressai a posição ou o *status* cultural, social e econômico do indivíduo, sua origem étnica e sua orientação sexual ou sua identidade de gênero. Nesse contexto, não se pode emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica, devendo-se levar em consideração as diversas acepções a que o termo se submete, incluindo aí a sociológica e também a antropológica.

Em meu voto, no já referido caso Ellwanger, ponderei que a discussão sobre a configuração de judeus como raça perdia sentido na medida em que quem discrimina o está fazendo como uma raça, promovendo e incitando a segregação. Assim, parece-me mais relevante o conceito antropológico do que o científico. Nesse sentido, a existência de diversas raças decorre de concepção histórica, política e social, sendo ela considerada na aplicação do Direito. Assim, entendi, naquela ocasião, que o antisemitismo constitui forma de racismo e, em consequência, crime imprescritível, seja porque o conceito de raça não pode ser resumido à

ADO 26 / DF

semelhança de meras características físicas, seja porque tal movimento vê os judeus como uma raça, ainda que esta concepção seja sob a ótica social e política.

Diante dessas considerações, não vejo como se possa atribuir ao texto constitucional significado restrito, isto é, no sentido segundo o qual o conceito jurídico de racismo se divorcia dos conceitos histórico, sociológico e cultural. O que a nossa Constituição visa a coibir é a discriminação inferiorizante, a qual ela repudia com a alcunha de “racismo”.

Ainda que não fosse patente esse movimento ampliativo da abrangência criminalizante das fórmulas discriminatórias, nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal também tem reconhecido de forma clara que o direito fundamental à liberdade demanda a proteção das múltiplas opções de orientação sexual e de identidade de gênero. A postura do Tribunal em precedentes históricos tem sido justamente avessa à tese de escusabilidade da deficiência de proteção por conta da inação do Poder Legislativo nessa matéria.

Como já amplamente referenciado pelos demais votos que me antecederam, a afirmação da liberdade de orientação sexual por este Tribunal restou cristalizada no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, ambas de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, quando se conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 226, § 3º, do texto constitucional, o qual limitava o reconhecimento da União Homoafetiva a casais heterossexuais.

No julgamento da multicitada ADPF 132, destaquei que, além de políticas públicas contra eventual tratamento indigno sofrido por homossexual, o Estado deve adotar ações para criar legislação própria que promova a dignidade da pessoa humana, sem nenhuma discriminação por orientação sexual. Ressalto nesse sentido o seguinte trecho do voto de minha lavra:

“A meu ver, se não fosse possível resolver a controvérsia aqui posta à luz da aplicação direta da disposição citada, do artigo 226, § 3º, poderíamos, sem dúvida, encaminhar a solução

ADO 26 / DF

de reconhecimento da constitucionalidade da união homoafetiva a partir da aplicação do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção, em concordância com outros princípios e garantias constitucionais que destaquei na fundamentação deste voto, a saber: os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV); a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, caput); a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); bem como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios por ela adotados ou incorporados por tratados internacionais (art. 5º, §2º)". (ADPF 132, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe 14.10.2011)

Convém ainda recapitular um dos fundamentos que invoquei quando do julgamento daquele caso. Na ADPF 132, considerei pertinente a invocação do "pensamento do possível" (*Möglichkeitsdenken*), baseado na obra de Peter Häberle. Entendo que o pensamento do autor nesse particular configura expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta (Häberle, P. Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken, in: *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein/TS, 1980, p. 9).

Conforme destaquei, "uma teoria constitucional das alternativas" pode converter-se numa "teoria constitucional da tolerância" (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6). Daí perceber-se também que "*alternativa enquanto pensamento possível afigura-se relevante, especialmente no evento interpretativo: na escolha do método, tal como verificado na*

ADO 26 / DF

controvérsia sobre a tópica enquanto força produtiva de interpretação". (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 7).

Em breve síntese, o *pensamento do possível* prescreve que, diante de um texto constitucional aberto, que exige novas aplicações, por vezes, nós nos encontramos diante dessas situações de lacunas, às vezes, de lacunas de caráter axiológico. Assim, se por acaso não pudermos aplicar a norma tal como ela está posta, poderíamos fazê-lo numa perspectiva estritamente ampliativa, aplicando-a naquilo que coubesse, naquilo que fosse possível.

Entendo que o mesmo raciocínio pode ser plenamente aplicado à presente discussão, de modo a se declarar possível que a norma endereçada à tipificação da discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, seja utilizada, de forma mais ampla, para se criminalizar a homofobia e a transfobia.

A postura aditiva e concretizada desta Corte Constitucional nesse sentido faz-se absolutamente necessária ante a debilidade das políticas criminais que tem permitido a perpetração de violações do dever constitucional de proteção consubstanciado no art. 5º, XLI, da Constituição.

Por isso, a meu ver, afigura-se compatível com o texto constitucional a solução interpretativa do art. 20 da Lei 7.716/1989, que já criminaliza a prática, indução ou incitação da "discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional", para que tal norma também seja utilizada com a finalidade de cumprir integralmente o dever de proteção capitulado no art. 5º, XLI, da Constituição, estendendo-se a tipificação a atos de homofobia e transfobia.

5. Atuação concretizadora da jurisdição constitucional em face da lacuna normativa impugnada

Uma vez configurada a mora legislativa apta a suscitar o ingresso no controle de omissões inconstitucionais, outra questão que subjaz à presente demanda diz respeito à possibilidade de este Tribunal colmatar

ADO 26 / DF

tal lacuna adotando técnicas de perfil aditivo e concretizador das suas sentenças.

Nesse ponto, convém afastar as alegações que têm sido trazidas no sentido de que a declaração da tipificação penal dos atos de homofobia e transfobia estaria fora do alcance deste Tribunal.

A esse respeito, considero oportuno destacar, mais uma vez, que o constituinte de 1988 emprestou significado ímpar ao controle de constitucionalidade da omissão com a instituição dos processos de mandado de injunção e da ação direta de constitucionalidade por omissão. A adoção do mandado de injunção e do processo de controle abstrato da omissão deu ensejo a intensas controvérsias na doutrina. O conteúdo, o significado e a amplitude das decisões proferidas nesses processos vêm sendo analisados de forma diferenciada pela doutrina e jurisprudência.

À época da inauguração do controle abstrato de omissões inconstitucionais, alguns nomes da literatura jurídica sustentavam que, como as regras constantes do preceito constitucional que instituiu o mandado de injunção não se afiguravam suficientes para possibilitar a sua aplicação, ficava sua utilização condicionada à promulgação das regras processuais regulamentadoras (Manoel Antonio Teixeira Filho, *Mandado de injunção e direitos sociais*, LTr, n. 53, 1989, p. 323). Outros doutrinadores afirmam que, sendo o mandado de injunção instrumento dirigido contra omissão impeditiva do exercício de direitos constitucionalmente assegurados, competiria ao juiz proferir decisão que contivesse regra concreta destinada a possibilitar o exercício do direito subjetivo em questão (José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 450-452). Uma variante dessa corrente acentua que a decisão judicial há de conter uma regra geral, aplicável não apenas à questão submetida ao Tribunal, mas também aos demais casos semelhantes (J. Calmon de Passos, *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, "habeas data"*, Constituição e processo, Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 123). Segundo essa última concepção, o constituinte teria dotado o Tribunal, excepcionalmente, do poder de

ADO 26 / DF

editar normas abstratas, de modo que essa atividade judicial apresentaria fortes semelhanças com a atividade legislativa (J. J. Calmon de Passos, *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, "habeas data", Constituição e processo*, cit., p. 123.).

Uma corrente diversa entendia que o mandado de injunção serviria, tão somente, a aferir a existência de omissão que impede o exercício de um direito constitucionalmente assegurado (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 321-322.). A pronúncia de sentença de conteúdo normativo revelar-se-ia, por isso, inadmissível (Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança*, 29. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 277; Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. 385-386).

A expectativa criada com a adoção desse instituto no ordenamento constitucional brasileiro levou à propositura de inúmeras ações de mandado de injunção perante o Supremo Tribunal Federal. Sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a jurisprudência do STF construída ao longo das últimas três décadas afastou-se da orientação inicialmente perfilhada no MI 107 (Rel. Min. Moreira Alves) de que o provimento jurisdicional buscado pela via do mandado de injunção limitar-se-ia à declaração da mora legislativa.

No Mandado de Injunção 283, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o Tribunal, pela primeira vez, estipulou prazo para que fosse colmatada a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados. No Mandado de Injunção 232, de relatoria do Ministro Moreira Alves, o Tribunal reconheceu que, passados seis meses sem que o Congresso Nacional editasse a lei referida no art. 195, § 7º, da Constituição Federal, o requerente passaria a gozar a imunidade requerida.

As decisões proferidas nesses casos já sinalizam para uma nova compreensão do instituto e a admissão de uma solução “normativa” para a decisão judicial. A definitiva viragem desse entendimento deu-se com a conhecida evolução da jurisprudência sobre o direito de greve dos

ADO 26 / DF

servidores públicos civis. Sobretudo no julgamento dos Mandados de Injunção MI 670, 708 e 712, o STF passou a reconhecer a necessidade de se adotar uma solução normativa e concretizadora para colmatar as omissões constitucionais.

Em especial no voto de minha relatoria, no MI 670, entendi que, no caso do direito de greve dos servidores públicos, afigura-se-ia inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício desse direito (CF, art. 9º, *caput*, c/c o art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua (CF, art. 9º, § 1º), de outro. Evidentemente, não se outorga ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição ou não da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderia ter adotado um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderá deixar de reconhecer o direito previamente definido na Constituição.

A partir da experiência do direito alemão sobre a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade (tendo em vista especialmente as omissões legislativas parciais), e das sentenças aditivas no direito italiano, considerou-se que, no caso do direito de greve dos servidores públicos civis, estar-se-ia diante de hipótese em que há omissão constitucional que reclama uma solução diferenciada.

A partir sobretudo das decisões acima referidas, o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, se se utilizar a denominação do direito italiano. Essa posição mostra-se aderente aos ensinamentos doutrinários de Augusto Martin de La Vega, que destaca a relevância do uso de sentenças manipulativas na jurisdição constitucional:

“Partiendo de que cada sistema de justicia constitucional tiende a configurarse como un modelo particular en función de sus relaciones con el ordenamiento constitucional en el que opera, es difícil entender la proliferación de las sentencias manipulativas sin tener en cuenta la combinación de tres factores determinantes en el caso italiano: la existencia de una Constitución con una fuerte carga programática y

ADO 26 / DF

'avocada' a un desarrollo progresivo, la continuidad básica de un ordenamiento legal con fuertes resquicios no sólo protoliberales sino incluso autoritarios, y la simultánea ineeficacia del Parlamento para dar una respuesta en el tiempo socialmente requerido tanto a las demandas de actuación de la Constitución, como a la necesaria adecuación del preexistente ordenamiento legal al orden constitucional" (Augusto Martín de La Vega, La sentencia constitucional en Italia, Madrid: 2003, p. 229-230).

Cabe ainda ressaltar que, acolhendo tais razões e atenta à jurisprudência do Supremo Tribunal, a Lei 13.300, de 2016, regulamentou, legislativamente, a ação constitucional do mandado de injunção, dando uma solução ao dissídio entre jurisprudência e doutrina em torno da possibilidade de adoção de sentenças de perfil aditivo.

O diploma legal dispõe, em seu art. 9º, que a decisão proferida no mandado de injunção, em regra, "terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora". O § 1º do mesmo artigo, contudo, prevê que "poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da impetracão".

Assim, entendo que é absolutamente compatível com o ordenamento constitucional brasileiro a adoção de sentenças de perfil concretizador e aditivo, seja com fundamento na jurisprudência constitucional desta Corte, seja com arrimo na própria Lei 13.300, de 2016, que regulamentou o mandado de injunção.

Na situação posta em análise, a falta de um modelo institucional que abrigue a concretização dos crimes da homofobia e da transfobia acaba contribuindo para o quadro de restrições sistemáticas a direitos individuais em um contexto generalizado de discriminação. Como já destaquei, não é difícil dizer que o próprio Estado, nesse ambiente, se estamos a falar de direitos fundamentais, tem um dever de proteção correspondente a esse direito ou aos direitos aqui elencados.

Assim, considero extravagante, dado o nosso sistema constitucional de proteção de direitos, dizer-se que melhor seria o Congresso

ADO 26 / DF

encaminhar esse tema, especialmente diante da já discutida atuação errática do Parlamento na regulamentação do assunto.

Não há dúvidas de que a conjuntura que se tem no Brasil, como já foi aqui descrito, é de inércia, de dificuldades e de não decisão por razões políticas várias. Esse cenário inevitavelmente impõe a necessidade de este Tribunal Constitucional agir de forma concretizadora, sanando omissão inconstitucional que implica violação direta a garantias individuais. E, por isso mesmo, restam rechaçadas as críticas de um suposto ativismo.

De todo modo, convém tecer algumas considerações sobre o tema.

6. Sobre ativismo e concretização de direitos fundamentais

Já em meados da década de 1980, Mauro Capelletti chamava atenção para as consequências do desenvolvimento do *welfare state*, fenômeno que agigantou as funções estatais e, por óbvio, trouxe consigo efeitos colaterais que se revelam basicamente na hipertrofia das funções legislativa e executiva, tendo em vista o acréscimo do viés prestacional do Estado. Diante desse fenômeno, quanto ao papel do Judiciário, o autor arrola duas possibilidades:

“A dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas do gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o *terceiro* gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o levianesco administrador”. (Mauro Capelletti, *Juízes legisladores?*, p. 46-47)

Quanto à segunda alternativa, o autor destaca que “os tribunais ordinários – o ‘ramo menos perigoso’, segundo a célebre definição de Alexander

ADO 26 / DF

Hamilton – passaram com audácia a aceitar a tarefa de ultrapassar o papel tradicional de decidir conflitos de natureza essencialmente privada". E complementa:

"Todos os juízes, e não apenas alguns daqueles novos juízes especiais (ou ‘quase-judiciais’), tornaram-se, dessa maneira, os controladores não só da atividade (civil e penal) dos cidadãos, como também dos ‘poderes políticos’, nada obstante o enorme crescimento destes no estado moderno, e talvez justamente em virtude desse crescimento”.

Neste sentido, antes que se possa falar, criticamente, em ativismo, é preciso compreender o papel do Judiciário num contexto histórico de hipertrofia dos demais poderes e, mais, num cenário de desconfiança e de falhas na concretização de direitos fundamentais, principalmente de minorias que pouco ou nenhum acesso têm à arena de decisão política.

A propósito, John Hart Ely reconhece a possibilidade de uma postura ativa do Judiciário com vistas a facilitar a representação política de minorias. E aplica a mesma lógica à proteção de minorias. Aduz:

"Vimos como diversos direitos não mencionados na Constituição devem receber proteção constitucional em razão do seu papel em manter abertos os canais de mudança política. Uma análise similar parece ser aplicável à proteção das minorias". (John Hart Ely, *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*, tradução livre, p. 172)

Aproveito o contexto norte-americano, no qual a obra de Ely se insere, para destacar o paradigmático caso *Brown vs. Board of Education*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América declarou a inconstitucionalidade da segregação racial de crianças em escolas públicas. A decisão tornou-se um marco histórico do movimento pelos direitos civis e superou precedente da própria Corte que reconhecia como legítima a máxima “*separate but equal*”. Trata-se de uma postura ativa

ADO 26 / DF

(mas não ativista) no sentido da consagração de direitos fundamentais de minorias em um cenário de violação sistêmico.

De fato, não há como negar que a ausência de tipo penal específico para a homofobia tem sido óbice à fruição de direitos básicos de pessoas em razão de sua orientação sexual.

Enfim, e aqui faço nova remissão aos números da violência motivada por homofobia, valho-me da proporcionalidade e da jurisprudência da Corte, nomeadamente no que se refere ao histórico de concretização de direitos fundamentais no plano judicial, para reconhecer a aplicabilidade da Lei 7.716/1989 às condutas discriminatórias relacionadas à homofobia e à transfobia, enquanto não sobrevier legislação específica sobre a matéria.

7. Dispositivo

Por todo o exposto, acolho integralmente o voto do relator, julgando procedente a presente ação, a fim de que :

(i) seja declarada a inconstitucionalidade da inércia do Congresso Nacional em cumprir o mandado de criminalização consubstanciado no art. 5º, incisos XLI e XLII, da Constituição, ante a ausência de norma penal que criminalize atos de discriminação de homofobia e transfobia e que se faz necessária para o cumprimento do dever de proteção constitucional assegurado às minorias LGBT;

(ii) seja cientificado o Congresso Nacional, para os fins e efeitos da configuração da mora legislativa a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, "caput", da Lei 9.868/1999;

(iii) seja dada interpretação conforme à Constituição aos tipos penais previstos na Lei 7.716/1989 (Lei Antirracismo), a fim de que sejam consideradas crimes todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente as ofensas individuais e coletivas, as ameaças, as agressões e as discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero,

ADO 26 / DF

real ou suposta, da vítima. Os efeitos da interpretação conforme à Constituição devem perdurar a partir da data de conclusão do presente julgamento até que sobrevenha lei autônoma a ser editada pelo Congresso Nacional que regulamente a matéria.

É como voto.

13/06/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mediante a ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26, relator ministro Celso de Mello, e o mandado de injunção nº 4.733, relator ministro Edson Fachin, o Partido Popular Socialista – PPS e a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT requerem, a partir da pretensão de ter-se reconhecido o enquadramento da homofobia e da transfobia “no conceito ontológico-constitucional de racismo” constante do artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, “seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia”, fixando-lhe prazo razoável para a aprovação da correspondente legislação criminalizadora. Pedem, considerada desnecessária a fixação de lapso temporal ou transcorrido este com a persistência da “inéria inconstitucional do Parlamento”, a tipificação das ações comissivas ou omissivas indicadas na peça primeira “como crimes específicos por decisão desta Suprema Corte, superando-se a exigência da legalidade estrita parlamentar”. Sucessivamente, buscam a aplicação, enquanto verificada a ausência de norma específica, da Lei nº 7.716/1986, na qual tipificadas condutas resultantes de “discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” às condutas motivadas pela “orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima”. Alfim, postulam a condenação do Estado brasileiro à obrigação de “indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia” ante a demora tida por incompatível com a Lei Maior.

Trazidos ao Plenário para julgamento conjunto, anoto encerrarem ambos os processos matéria sensível a envolver valores constitucionais de importância maior.

Surge inadmissível a persistência, no Brasil, de grave quadro de discriminação, observada a violência diuturnamente dirigida a

ADO 26 / DF

homossexuais e transgêneros, de todo incompatível com a tradição de tolerância do povo brasileiro no tocante, por exemplo, à diversidade cultural e religiosa.

O Direito sofre influência dessa realidade, a qual deve se ajustar e, a um só tempo, conformá-la, encetando relação de reciprocidade, apesar de assimétrica, a depender da matéria e dos valores versados.

Em sede jurisprudencial, o Supremo, na condição de guarda último da Constituição Federal, não tem falhado no âmbito do reconhecimento das diversas orientações sexuais e identidades de gênero, envidando esforços à concretização da proteção às minorias e aos grupos socialmente vulneráveis, sempre atento aos limites de atuação impostos pelo texto constitucional.

Quando da análise conjunta da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277 e da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132, ambas da relatoria do ministro Carlos Ayres Britto, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 10 de outubro de 2011, este Tribunal constituiu marco histórico ao reconhecer a união estável homoafetiva como entidade familiar, propiciando tratamento igualitário em respeito e consideração a milhares de pessoas antes postas à margem do sistema jurídico, subordinadas ao regime da sociedade de fato.

Mais recentemente, ao examinar a ação direta de nº 4.275, de minha relatoria, e o recurso extraordinário nº 670.422, relator ministro Dias Toffoli, submetido à sistemática da repercussão geral – Tema nº 761 –, encerrados, respectivamente, em 1º de março e 15 de agosto de 2018, o Plenário reconheceu aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente de cirurgia de redesignação de sexo ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de nome e sexo diretamente no registro civil, mediante simples manifestação de vontade da pessoa que pretenda expressar a identidade de gênero.

Conforme fiz ver na oportunidade, a dignidade da pessoa humana, princípio desprezado em tempos tão estranhos, deve prevalecer para assentar-se o direito do ser humano de buscar a integridade e apresentar-

ADO 26 / DF

se à sociedade como de fato se enxerga:

[...]

Surge relevante a autonomia da vontade, na vivência desimpedida do autodescobrimento, condição de plenitude do ser humano. É dever do Poder Público, no Estado Democrático de Direito, promover a convivência pacífica com o outro, na seara do pluralismo, sem admitir o crivo da maioria sobre escolhas exclusivamente morais, sobretudo quando decorrem de inafastáveis circunstâncias próprias à constituição somática da pessoa.

Ao lado da estruturação do poder político, o constituinte de 1988 deu especial ênfase à disciplina dos direitos fundamentais, todos gravitando em torno da dignidade da pessoa humana. Tem-se projeto político de resgate imediato da democracia, de transformação social a médio e longo prazos e, principalmente, de afirmação permanente da liberdade e da igualdade. Há muito por fazer. Assegurar direitos é tarefa permanente. Tornar a Constituição Federal um corpo vivo, projeto institucional e democrático ininterrupto.

Na forma do artigo 102, cabeça, da Constituição Federal, incumbe ao Tribunal zelar para que o principal documento normativo do Estado não seja esvaziado por conduta omissiva ou comissiva dos agentes públicos, em especial dos agentes políticos e órgãos de estatura constitucional, como é o caso dos ocupantes dos poderes Executivo e Legislativo. Na quadra vivida, encontra-se superado, finalmente, o ciclo de atraso que perpassou o constitucionalismo brasileiro, marcado por Constituições semânticas – na célebre classificação ontológica das constituições elaborada por Karl Loewenstein (*"Teoría de la Constitución"*, 1976, p. 170) –, inobservadas, sem maiores reservas ou constrangimentos, pelos mandatários de turno.

Exatamente para evitar essa situação, e ciente dos percalços experimentados em passado não tão distante, o constituinte de 1988 procurou fornecer instrumentos processuais voltados à obtenção da

ADO 26 / DF

efetividade – ou eficácia social, para utilizar a expressão de José Afonso da Silva (“A aplicabilidade das normas constitucionais”, 2008, p. 65) – das normas jurídicas presentes na Carta da República. Mencione-se, com destaque, as figuras do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tomada de empréstimo ao artigo 283 da Carta portuguesa de 1976 – artigos 5º, inciso LXXI, e 103, § 2º.

A razão é singela: o constitucionalismo entendido como expressão de princípios de natureza política, dirigido unicamente ao próprio Estado e aos agentes públicos, incapaz de gerar direitos subjetivos, não é mais compatível com as expectativas sociais depositadas no texto constitucional e na jurisdição que lhe guarda.

A inoperância do texto constitucional é situação a ser combatida, ante o apelo do cidadão em tal sentido e a prova da mora injustificável por parte do legislador ou do Chefe do Executivo. Não é admissível transformar a Lei Maior em um “sino sem badalo”, na dicção do professor José Carlos Barbosa Moreira, sob pena de ter-se o prejuízo à força normativa do texto constitucional e a perda de legitimidade do Judiciário.

Conforme ressaltado pelo ministro Celso de Mello no julgamento da medida cautelar na ação direta de nº 1.458, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 20 de setembro de 1996, há de buscar-se a concretude, a eficácia maior, dos ditames constitucionais. Com a propriedade decorrente da formação profissional e humanística possuída, Sua Excelência fez ver:

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

[...]

ADO 26 / DF

É preciso proclamar que as Constituições consubstanciam ordens normativas cuja eficácia, autoridade e valor não podem ser afetados ou inibidos pela voluntária inação ou por ação insuficiente das instituições estatais. Não se pode tolerar que os órgãos do Poder Público, descumprindo, por inércia e omissão, o dever de emanação normativa que lhes foi imposto, infrinjam, com esse comportamento negativo, a própria autoridade da Constituição e efetuam, em consequência, o conteúdo eficacial dos preceitos que compõem a estrutura normativa da Lei Maior.

A interpretação constitucional levada a cabo quando verificada omissão inconstitucional tem-se mostrado especialmente necessária para o sucesso dos propósitos basilares da Constituição Federal: revela-se tanto completa quanto complexa, tão fiel ao texto como criativa. Atento a tamanha amplitude de possibilidades hermenêuticas, este Tribunal tem estado à altura da tarefa a si confiada mediante a adoção de interpretação construtiva a revelar normas jurídicas implícitas aos marcos textuais da Lei Maior, fornecendo nova carga semântica ao postulado da harmonia entre os poderes.

É tempo de voltar-se o olhar para a realidade. Relatório denominado “Mortes Violentas de LGBT+ no Brasil”, elaborado pelo Grupo Gay da Bahia – GGB sob a coordenação do professor Luiz Mott, demonstrou a ocorrência, apenas no ano de 2018, de 320 homicídios e 100 suicídios de homossexuais, bissexuais e transgêneros no território nacional, alcândo o Brasil à condição de campeão mundial de crimes contra as minorias sexuais, contabilizando uma morte violenta a cada 20 horas. Dados obtidos junto à Secretaria Especial dos Direitos Humanos, do Governo Federal, dão conta da formalização, apenas no ano de 2017, de 1.720 denúncias por discriminação por orientação sexual – número sabidamente inferior ao das ocorrências efetivamente havidas.

Tendo em vista os números apresentados, indicadores de cenário de barbárie incompatível com os avanços civilizatórios obtidos nas últimas décadas, surge imperativo o reconhecimento seja da importância da atuação combativa dos grupos admitidos nos processos em referência,

ADO 26 / DF

seja da proteção insuficiente fornecida aos integrantes desse grupo vulnerável pelo Estado brasileiro, responsável por promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação – inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal.

Entre as inúmeras promessas de igualdade e fraternidade inseridas na Carta a que Ulysses Guimarães chamou de Cidadã, inauguradora de nova quadra republicana, inclusive e especialmente no tratamento diferenciado conferido aos direitos fundamentais, destaca-se, no que interessa ao caso, comando contido no inciso XLI do artigo 5º, segundo o qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Não é dado interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se manifestações discriminatórias constitucionalmente vedadas.

Longe, porém, de potencializar a forma em detrimento do conteúdo, afastando-se a entrega da prestação jurisdicional devida em matéria constitucional tão revelante, cumpre – por dever de coerência – atentar para a organicidade do Direito, em especial do instrumental, cujas regras possuem razões de ser racionalmente justificadas.

Considerados os pedidos lançados nas peças primeiras, cumpre indagar a propriedade da formalização tanto do mandado de injunção quanto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão para alcançar-se o provimento judicial na extensão pretendida pelos autores nos processos sob análise – reflexão necessária, intimamente relacionada à própria delimitação do alcance da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo.

Desde a primeira metade da década de 1990, o Supremo tem assentado o cabimento da impetração de mandado de injunção coletivo, não obstante, ao contrário do ocorrido com relação ao mandado de segurança, o constituinte não o tenha previsto expressamente na redação do inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, segundo a qual “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma

ADO 26 / DF

regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

Representativa é a conclusão alcançada, pelo Pleno, quando do julgamento do mandado de injunção nº 472, relator ministro Celso de Mello, ocorrido na sessão de 6 de setembro de 1995. Eis a síntese do acórdão:

MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO -
IMPETRAÇÃO DEDUZIDA POR CONFEDERAÇÃO
SINDICAL - POSSIBILIDADE - NATUREZA JURÍDICA DO
WRIT INJUNCIONAL - TAXA DE JUROS REAIS (CF, ART. 192,
§ 3º) - OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL - FIXAÇÃO
DE PRAZO PARA LEGISLAR - DESCABIMENTO, NO CASO -
WRIT DEFERIDO. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO -
ADMISSIBILIDADE. Entidades sindicais dispõem de
legitimidade ativa para a impetração do mandado de injunção
coletivo, que constitui instrumento de atuação processual
destinado a viabilizar, em favor dos integrantes das categorias
que essas instituições representam, o exercício de liberdades,
prerrogativas e direitos assegurados pelo ordenamento
constitucional. Precedentes sobre a admissibilidade do
mandado de injunção coletivo: MI 20, Rel. Min. CELSO DE
MELLO; MI 342, Rel. Min. MOREIRA ALVES, e MI 361, Rel. p/
o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE.

Com a edição da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, o instituto do mandado de injunção coletivo foi expressamente disciplinado, ficando consignado que "os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria" – artigo 12 –, razão pela qual "a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante" – artigo 13.

Conforme decidido pelo Supremo na apreciação do mandado de

ADO 26 / DF

injunção nº 624, relator ministro Menezes de Direito, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 28 de março de 2008, cuja petição inicial apontava suposta omissão legislativa concernente à “falta de norma tipificando crime de responsabilidade dos Magistrados”, o cabimento da impetração condiciona-se à “falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direito subjetivo do impetrante” – circunstância não verificada naquele caso, levando, via de consequência, ao reconhecimento da inadequação da via eleita. A propósito, vale transcrever trecho pertinente do voto proferido por Sua Excelência, o saudoso ministro Menezes de Direito:

[...]

Entendo que, de fato, não há falar em mandado de injunção diante da impetração feita. O impetrante não sustenta nenhum direito seu que estaria sendo vedado pela falta de norma regulamentadora, ou seja, a omissão não está tornando inviável 'o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania', como estipulado no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal. Ainda que se pudesse conceber que o enquadramento dos Magistrados estaduais em crimes de responsabilidade estaria incluído entre os direitos do cidadão, isto é, seria prerrogativa inerente à cidadania, não me parece admissível o mandado de injunção quando a falta de norma regulamentadora esteja fora do alcance do direito subjetivo do impetrante. Não há nenhuma demonstração efetiva de que a falta da norma apontada na inicial esteja impedindo o impetrante de exercer direito subjetivo seu. Na realidade, com a impetração o que o impetrante quer, concretamente, é corrigir pela via do mandado de injunção a constitucionalidade por omissão, em tese, que, por via reflexa, poderia alcançar esse direito de cidadania pretendido com o feito sob julgamento.

Firme nessa premissa, o cabimento do mandado de injunção não prescinde da demonstração da existência de direito subjetivo de

ADO 26 / DF

determinada coletividade – homossexuais, transgêneros e demais integrantes desse grupo vulnerável – cujo exercício estaria inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora a versar “a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima”.

Descabe, a partir da garantia à igualdade – artigo 5º, cabeça, da Constituição Federal –, assentar-se, num primeiro passo, a existência de direito público subjetivo à criminalização da conduta de outrem para, num segundo, vislumbrar-se ausência de norma a regulamentar o exercício de tal direito. A ressaltar essa óptica, observem ser da titularidade do Estado, e não dos particulares, o poder-dever de punir.

Surge a inadequação da via eleita. A mesma conclusão, em parte, é própria à ação direta formalizada, por meio da qual se busca – a par do reconhecimento da aludida mora legislativa, pretensão, em tese, compatível com o manejo do instrumento processual – determinação no sentido de fixar-se prazo para a aprovação da legislação criminalizadora e, “superando-se a exigência da legalidade estrita parlamentar”, a tipificação das ações comissivas ou omissivas indicadas na peça primeira “como crimes específicos por decisão desta Suprema Corte” mediante a observância de preceitos contidos na Lei nº 7.716/1986, a versar “discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

Cuidam-se de providências de todo incompatíveis com a natureza declaratória da ação direta de constitucionalidade por omissão. Reconhecer parcialmente a impropriedade da ação, na extensão postulada pelos autores, confunde-se com a própria delimitação do alcance da atuação do Supremo ante a relação com os demais Poderes, no que cede perante o reconhecimento de princípio ínsito a todo e qualquer Estado de Direito que se pretenda democrático: o da reserva de lei em matéria penal.

O ditame constitucional é claro: não há crime sem anterior lei que o

ADO 26 / DF

defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º –, princípio a partir do qual construído todo o arcabouço constitucional em matéria penal, do qual derivam garantias seculares como a “proibição à analogia; a utilização do direito consuetudinário para fundamentar ou agravar a pena; a vedação à retroatividade; e a vedação de leis penais e penas de conteúdo indeterminado” (ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General, Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*, 1997, p. 140).

Tem-se, observem, salvaguarda linear a alcançar, sem distinção, todos os membros das sociedades democráticas – inclusive aqueles que, não sem legítima razão, reclamam junto ao Judiciário reforço à proteção tida por insuficiente em razão de aludida inércia legislativa.

Não vivêssemos tempos tão estranhos, o pleito soaria extravagante. A estrita legalidade, no que direciona à ortodoxia na interpretação da Constituição Federal em matéria penal, não viabiliza ao Tribunal, em desconformidade com expressa e clara restrição contida na Lei Maior, esvaziar o sentido literal do texto, mediante a complementação de tipos penais. Ao versar a discriminação ou o preconceito considerada “a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional”, a Lei nº 7.716/1989 não contempla a decorrente da orientação sexual do cidadão ou da cidadã.

Não conduz à conclusão diversa o assentado pelo Pleno no julgamento do *habeas corpus* nº 82.424, redator do acórdão ministro Maurício Corrêa, publicado no Diário da Justiça de 19 de março de 2004. Na ocasião, decidiu-se que a definição jurídica do “racismo” – expressamente alçado, pelo constituinte, à condição de “crime inafiançável e imprescritível”, na forma do inciso XLII do artigo 5º – deve levar em conta “circunstâncias históricas, políticas e sociais” ante o abandono do ultrapassado e oitocentista conceito pseudo-científico de “raça”.

Descabe, para o fim de tipificar determinada conduta, o enquadramento da homofobia e da transfobia “no conceito ontológico-constitucional de racismo”. O reconhecimento da taxatividade dos preceitos – os quais não podem ser tomados como meramente

ADO 26 / DF

exemplificativos e desprovidos de significado preciso – rechaça a ampliação do conteúdo proibitivo dos tipos versados na Lei nº 7.716/1989 a partir de eventual identidade considerados os pressupostos justificadores da criminalização, sob pena de ter-se o esvaziamento dos núcleos existentes nos preceitos incriminadores (raça, cor, etnia, religião e procedência nacional) – os quais, repita-se, apenas comportam operação exegética estrita, vinculada aos limites do texto. (ROXIN, Claus. *Politica Criminal y Sistema del Derecho Penal*, 2002. p. 58).

Do contrário, ter-se-á usurpada a competência do Congresso Nacional para legislar sobre Direito Penal – artigo 22, inciso I, da Constituição Federal – cujo caráter privativo afasta até mesmo a edição, pelo Presidente da República, de medida provisória a dispor sobre a matéria – artigo 62, 1º, da Lei Maior.

Há mais: operada a transmutação dos delitos previstos na legislação de regência em crimes com descrições típicas indeterminadas mediante interpretação judicial, a delimitação do alcance do tipo penal não mais estará vinculada à lei em sentido estrito, mas, antes, ao subjetivismo dos magistrados no exercício das funções ínsitas ao Estado-Juiz – em prejuízo da tão almejada segurança jurídica, ausente prévia delimitação das condutas alcançadas pelo texto legal.

A ressaltar essa óptica, quando do julgamento do inquérito nº 3.590, de minha relatoria, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 12 de setembro de 2014, a Primeira Turma assentou, a uma só voz, a impropriedade de estender-se a interpretação dos elementos dos tipos penais contidos na Lei nº 7.716/1989 de modo a alcançarem a discriminação ou preconceito decorrente de orientação sexual. Eis a síntese do decidido:

**TIPO PENAL – DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO –
ARTIGO 20 DA LEI Nº 7.716/89 – ALCANCE.** O disposto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89 tipifica o crime de discriminação ou preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não alcançando a decorrente de opção sexual.

ADO 26 / DF

A controvérsia resolve-se no plano da lógica. De duas, uma: ou se declara eventual “mora constitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia” ou se reconhece o enquadramento da homofobia e da transfobia “no conceito ontológico-constitucional de racismo”, identificando-as como núcleos já contidos nos tipos penais versados na Lei nº 7.716/1989.

Em 19 de agosto de 2007, em artigo intitulado “A igualdade é colorida”, publicado no jornal “Folha de São Paulo”, destaquei o preconceito vivido por gays, lésbicas e transgêneros, revelado pelo altíssimo índice de homicídios em virtude da orientação sexual e, fato ainda mais grave, pelo tratamento dispensado pelo Estado a esse grupo vulnerável, como se fossem cidadãos de segunda categoria, para, ao fim, indagar: “se a discriminação racial e de gênero já são crimes, por que não a homofobia?”. Transcrevo os trechos pertinentes:

São 18 milhões de cidadãos considerados de segunda categoria: pagam impostos, votam, sujeitam-se a normas legais mas ainda assim são vítimas preferenciais de preconceitos, discriminações, insultos e chacotas, sem que lei específica a isso coíba. Em se tratando de homofobia, o Brasil ocupa o primeiro lugar, com mais de cem homicídios anuais cujas vítimas foram trucidadas apenas por serem homossexuais.

Números tão significativos acabam ignorados pelo poder público porque a sociedade brasileira não reconhece as relações homoafetivas como geradoras de direito.

Se os legisladores agarram-se a padrões conservadores, o dia-a-dia cria o fato, obrigando as instituições a acordarem.

[...]

Se, no âmbito federal, as mudanças vêm a fôrceps, as legislações municipais e estaduais mostram-se mais adequadas às transformações sociais. Desde 1999, vige, em Salvador, a Lei nº 5.275/97, que proíbe a discriminação homofóbica.

Aguarda ainda apreciação pelo Senado o Projeto de Lei nº 5.003/2001, que enquadra a homofobia como crime, já aprovado

ADO 26 / DF

na Câmara, onde tramita também projeto que proíbe os planos de saúde de limitar a inscrição de dependentes no caso de parcerias homossexuais.

[...]

É fato: nos últimos anos, alguns tabus foram por água abaixo, como a concepção de que homossexuais não poderiam adotar, pois criança precisaria de pai e mãe heterossexuais para ter identidade sexual. Desde 1984, quando retirada a homossexualidade do rol das doenças, esse argumento deixou de respaldar práticas abusivas, como tratamentos psiquiátricos, intimidações religiosas, ameaças policiais etc. A melhor notícia parece ser a censura social: hoje em dia é politicamente incorreto defender qualquer causa que se mostre preconceituosa. Se a discriminação racial e de gênero já são crimes, por que não a homofobia?

Daí vislumbrar na redação conferida ao inciso XLI da Constituição Federal espécie de “mandado de criminalização” a vincular o legislador ordinário é passo demasiadamente largo, considerados o caráter programático da norma e a relativa amplitude semântica do texto. O Direito é uma ciência, possuindo expressões e vocábulos com sentido próprio, descabendo equiparar a forma verbal “punirá” – gênero – à “criminalizará” – espécie –, presente a possibilidade de ter-se, observado o comando constitucional, a instituição de sanções estranhas ao campo penal.

Eventual opção pela criminalização de condutas motivadas pela “orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima” há de se dar na esfera própria, em outra parte da Praça dos Três Poderes que não o Plenário do Supremo, não podendo, possível omissão, ser suplantada por exegese extensiva da legislação em vigor. Ausente imposição, no âmbito criminal, de ordem ao legislador, reconhecer eventual omissão do Congresso Nacional não merece apoteose.

Percebam a independência e a harmonia dos Poderes da República – Legislativo, Executivo e Judiciário, e nessa ordem estão no artigo 2º da Lei das leis –, a pressupor que cada qual atue na área que lhe é reservada

ADO 26 / DF

constitucionalmente. Cumpre observar a tríplice reserva institucional, sob pena de não se alcançar patamar civilizatório aceitável.

As diversas orientações sexuais, enquanto fenômenos associados à natureza humana, não têm causa conhecida, mas o preconceito e a intolerância têm filiação cristalina: são filhos do medo e pais da covardia, parafraseando inspirada letra de Chico Buarque de Holanda. Respeitada a liberdade legiferante franqueada ao legislador ordinário – que, no âmbito do Direito Penal, assume foros de exclusividade frente aos demais poderes –, espera-se que a sinalização deste Tribunal no sentido da necessária proteção às minorias e aos grupos socialmente vulneráveis contribua para a formação de uma cultura livre de todo e qualquer preconceito e discriminação, preservados os princípios da separação dos Poderes e da reserva legal.

Ante os limites impostos ao exercício, pelo Supremo, da jurisdição constitucional, divirjo dos Relatores para inadmitir o mandado de injunção e, admitindo em parte a ação direta, julgar, nessa extensão, improcedente o pleito, deixando de reconhecer omissão legislativa quanto à criminalização específica da homofobia e da transfobia.

13/06/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Votarei de maneira bastante sintética. E, mais uma vez, cumprimento os eminentes Relatores, Ministro **Celso de Mello** e Ministro **Luiz Edson Fachin** pelos brilhantíssimos votos que proferiram em sessões anteriores, como também cumprimento outros colegas que votaram.

Todos os votos proferidos, mesmo aqueles com divergência apresentada quanto à conclusão, reconhecem o repúdio à discriminação, o repúdio ao ódio, o repúdio ao preconceito e o repúdio à violência por razões de orientação sexual.

Nós estamos aqui a dar efetividade ao art. 3º, IV, da Constituição:

"Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

Isso faz parte do pacto fundante da sociedade brasileira, Pacto este promulgado em 5 de outubro de 1988, há mais de trinta anos.

Vou pedir vênia à maioria, que proferiu doutíssimos votos, para acompanhar o voto hoje proferido pelo Ministro **Ricardo Lewandowski**.

13/06/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

**PROPOSTA
(formulação de teses)**

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator): Submeto, Senhor Presidente, **ao exame** deste Egrégio Plenário, as seguintes propostas de tese fundadas no resultado do presente julgamento:

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “*in fine*”);

2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva

ADO 26 / DF

liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;

3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

É o que proponho.

13/06/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

| | |
|-----------------------|---|
| RELATOR | : MIN. CELSO DE MELLO |
| REQTE.(S) | : PARTIDO POPULAR SOCIALISTA |
| ADV.(A/S) | : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI |
| INTDO.(A/S) | : CONGRESSO NACIONAL |
| INTDO.(A/S) | : PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL |
| PROC.(A/S)(ES) | : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO |
| ADV.(A/S) | : JOSÉ ALEXANDRE LIMA GAZINEO |
| ADV.(A/S) | : FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA |
| ADV.(A/S) | : EDVALDO FERNANDES DA SILVA |
| AM. CURIAE. | : GRUPO GAY DA BAHIA - GGB |
| ADV.(A/S) | : THIAGO GOMES VIANA |
| AM. CURIAE. | : ASSOCIAÇÃO DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT |
| AM. CURIAE. | : GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL - GADVS |
| ADV.(A/S) | : ALEXANDRE GUSTAVO DE MELO FRANCO BAHIA |
| AM. CURIAE. | : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JURISTAS EVANGÉLICOS - ANAJURE |
| ADV.(A/S) | : JOSE JULIO DOS REIS E OUTRO(A/S) |
| AM. CURIAE. | : FRENTE PARLAMENTAR "MISTA" DA FAMÍLIA E APOIO À VIDA |
| ADV.(A/S) | : WALTER DE PAULA E SILVA E OUTRO(A/S) |
| AM. CURIAE. | : GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS |
| ADV.(A/S) | : ANANDA HADAH RODRIGUES PUCHTA E OUTRO(A/S) |
| AM. CURIAE. | : CONVENÇÃO BRASILEIRA DAS IGREJAS EVANGÉLICAS IRMÃOS MENONITAS - COBIM |
| ADV.(A/S) | : RAFAEL FERREIRA DE CASTRO E OUTRO(A/S) |
| AM. CURIAE. | : PARTIDO SOCIALISTA DOS TRABALHADORES UNIFICADO - PSTU |
| ADV.(A/S) | : ALBERTO ALBIERO JUNIOR |
| AM. CURIAE. | : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA |

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 562 de 566

ADO 26 / DF

| | |
|-----------------------|---|
| ADV.(A/S) | : VICTOR MENDONÇA NEIVA |
| ADV.(A/S) | : MARIANA KREIMER CAETANO MELUCCI |
| ADV.(A/S) | : BRUNA FLÁVIA FARIA BRAGA |
| AM. CURIAE. | : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSSEXUAIS - ANTRA |
| ADV.(A/S) | : IGOR LUIS PEREIRA E SILVA E OUTRO(A/S) |
| AM. CURIAE. | : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL |
| PROC.(A/S)(ES) | : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL |

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

O Supremo Tribunal Federal, em seis sessões, enfrentou este tema de tamanha importância com tristeza. Bom seria que não houvesse a necessidade de enfrentá-lo em pleno século XXI, no ano de 2019.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 563 de 566

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

REQTE. (S) : PARTIDO POPULAR SOCIALISTA

ADV. (A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (242668/SP)

INTDO. (A/S) : CONGRESSO NACIONAL

INTDO. (A/S) : PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL

PROC. (A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

ADV. (A/S) : JOSÉ ALEXANDRE LIMA GAZINEO (8710/BA)

ADV. (A/S) : FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA (40645/BA, 31546/DF)

ADV. (A/S) : EDVALDO FERNANDES DA SILVA (19233/DF, 94500/MG)

AM. CURIAE. : GRUPO GAY DA BAHIA - GGB

ADV. (A/S) : THIAGO GOMES VIANA (0010642/MA)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT

AM. CURIAE. : GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL - GADVS

ADV. (A/S) : ALEXANDRE GUSTAVO DE MELO FRANCO BAHIA (83920/MG)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JURISTAS EVANGÉLICOS - ANAJURE

ADV. (A/S) : JOSE JULIO DOS REIS (22057/DF) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : FRENTE PARLAMENTAR "MISTA" DA FAMÍLIA E APOIO À VIDA

ADV. (A/S) : WALTER DE PAULA E SILVA (10625/GO) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS

ADV. (A/S) : ANANDA HADAH RODRIGUES PUCHTA (0080651/PR) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : CONVENÇÃO BRASILEIRA DAS IGREJAS EVANGÉLICAS IRMÃOS MENONITAS - COBIM

ADV. (A/S) : RAFAEL FERREIRA DE CASTRO (29387/DF) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : PARTIDO SOCIALISTA DOS TRABALHADORES UNIFICADO - PSTU

ADV. (A/S) : ALBERTO ALBIERO JUNIOR (238781A/SP)

AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA

ADV. (A/S) : VICTOR MENDONÇA NEIVA (15682/DF)

ADV. (A/S) : MARIANA KREIMER CAETANO MELUCCI (0025557/DF)

ADV. (A/S) : BRUNA FLÁVIA FARIA BRAGA (138870/MG)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSSEXUAIS - ANTRA

ADV. (A/S) : IGOR LUIS PEREIRA E SILVA (153396/RJ, 153396/RJ) E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

PROC. (A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente, o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti; pela Advocacia-

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 564 de 566

Geral da União, o Ministro André Luiz de Almeida Mendonça, Advogado-Geral da União; pelo Presidente do Senado Federal, o Dr. Fernando César de Souza Cunha, Advogado-Geral do Senado Federal; pelo *amicus curiae* Grupo Gay da Bahia - GGB, o Dr. Thiago Gomes Viana; pelo *amicus curiae* Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual - GADVS, o Dr. Alexandre Gustavo de Melo Franco Bahia; pelo *amicus curiae* Associação Nacional de Juristas Evangélicos - ANAJURE, o Dr. Luigi Mateus Braga; pelo *amicus curiae* Frente Parlamentar "Mista" da Família e Apoio à Vida, o Dr. Walter de Paula e Silva e o Dr. Cícero Gomes Lage; pelo *amicus curiae* Grupo Dignidade - pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, a Dra. Ananda Hadah Rodrigues Puchta; pelo *amicus curiae* Associação Nacional de Travestis e Transsexuais - ANTRA, a Dra. Maria Eduarda Aguiar da Silva; e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Luciano Mariz Maia, Vice-Procurador-Geral da República. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux. Presidiu o julgamento o Ministro Celso de Mello. Plenário, 13.2.2019.

Decisão: Após o início da leitura do voto do Ministro Celso de Mello (Relator), reconhecendo inadmissível a formulação de pretensão reparatória em sede de controle normativo abstrato, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 14.2.2019.

Decisão: Após o voto do Ministro Celso de Mello (Relator), que conhecia, em parte, da ação direta de constitucionalidade por omissão para, nessa extensão, julgá-la procedente, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 20.2.2019.

Decisão: Após os votos dos Ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Roberto Barroso, que acompanhavam o Relator, no sentido de conhecer, em parte, da ação direta de constitucionalidade por omissão para, nessa extensão, julgá-la procedente, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 21.2.2019.

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, decidiu pelo prosseguimento do julgamento, nos termos do voto do Ministro Celso de Mello (Relator), vencidos os Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli (Presidente). Na sequência, após os votos dos Ministros Rosa Weber e Luiz Fux, que acompanhavam o Relator, conhecendo, em parte, da ação direta de constitucionalidade por omissão para, nessa extensão, julgá-la procedente, o julgamento foi suspenso. Plenário, 23.05.2019.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de constitucionalidade por omissão. Por maioria e

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 565 de 566

nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea "d" somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, "in fine"); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 566 de 566

assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu a tese proposta. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese, os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes. Plenário, 13.06.2019.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármem Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário