13/06/2019 **PLENÁRIO**

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	**: MIN. EDSON FACHIN**
IMPTE.(S)	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT
ADV.(A/S)	: PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI
IMPDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS
ADV.(A/S)	: RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF
AM. CURIAE.	: CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA - CFP
ADV.(A/S)	: VICTOR MENDONÇA NEIVA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA - IBDFAM
ADV.(A/S)	: MARIA BERENICE DIAS E OUTRO(A/S)

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO JULGADO PROCEDENTE.

1. 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.

2. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual.

3. 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 6036-FFAB-C322-1163 e senha 9FF2-772A-4614-73A7

4. 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.

5. A discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor.

6. Mandado de injunção julgado procedente, para (i) reconhecer a mora inconstitucional 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.

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 julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conhecer do mandado de injunção, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não admitia a via mandamental. Por maioria, julgou procedente o mandado de injunção para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/1989 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, nos termos do voto do Relator, vencidos, em menor extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente) e o Ministro Marco Aurélio, que julgava inadequada a via

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 6036-FFAB-C322-1163 e senha 9FF2-772A-4614-73A7

mandamental.

Brasília, 13 de junho de 2019.

Ministro **EDSON FACHIN**
Relator

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 6036-FFAB-C322-1163 e senha 9FF2-772A-4614-73A7

13/02/2019 **PLENÁRIO**

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1161-D5EC-ADE7-F02A e senha 9324-FE18-BCD8-124F

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	**: MIN. EDSON FACHIN**
IMPTE.(S)	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT
ADV.(A/S)	: PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI
IMPDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS
ADV.(A/S)	: RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF
AM. CURIAE.	: CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA - CFP
ADV.(A/S)	: VICTOR MENDONÇA NEIVA E OUTRO(A/S)

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de mandado de injunção impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT em face do Congresso Nacional a 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, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ ou identidade de gênero" (eDOC 4, p. 1).

Em suas razões a impetrante sustenta ser necessária a criminalização específica, "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" (eDOC 4, p. 2).

Invoca o princípio da proporcionalidade, para defender que a proibição de proteção deficiente "demanda pela atuação estatal por intermédio do Direito Penal" (eDOC 4, p. 3).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13867452.

Aduz haver obrigação constitucional de legislar para criminalizar a homofobia e transfobia, porquanto, em seu entender, "a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo", e elas se enquadrariam, ainda, no conceito de "discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais", consoante o disposto no art. 5º, XLI, da CRFB. Alega que a equiparação ao racismo é também devida para não se hierarquizar opressões, o que afrontaria o direito à igual proteção penal.

Ante o que entende ser a obrigação constitucional de legislar e não se verificando a elaboração de nenhuma norma com esse conteúdo por parte do Congresso, afirma haver mora inconstitucional, razão pela qual pugna para que o Supremo Tribunal Federal fixe um prazo razoável, sugerindo o de um ano no máximo, para a elaboração da legislação criminalizadora.

Em sendo ultrapassado o prazo, ou caso a Corte entenda desnecessária sua fixação, requer a impetrante que este Tribunal dê concretude ao texto constitucional para criminalizar condutas homofóbicas e transfóbicas, para incluir "a 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 Racisimo (Lei n. 7.716/89), 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" (eDOC 4, p. 85).

Requer, por fim, o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado brasileiro "a indenizar as pessoas vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia, enquanto tais condutas não forem criminalizadas de forma eficiente.

Em sede de informações, o Presidente da Câmara dos Deputados informou que tramita naquela Casa o Projeto de Lei n. 5003/2001, que dispõe sobre as sanções aplicáveis à conduta homofóbica. Afirma não ser

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13867452.

possível, em seu entender, "equiparar a ausência de lei que criminalize a homofobia ou a transfobia a uma omissão inconstitucional, muito menos afirmar que a criminalização dessas condutas decorre de uma exigência taxativa do texto constitucional", nem que eventual ausência de norma possa dar ensejo à responsabilidade do Estado (eDOC 14, p. 3-4).

A União, por sua vez, aduz que "não há qualquer comando constitucional que exija tipificação específica para a homofobia e transfobia" (eDOC 15, p. 2-3). Defende, ainda, que não é possível suprir eventual omissão em matéria penal por meio de decisão judicial.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não cabimento do mandado de injunção, em parecer assim ementado (eDOC 18):

> "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 cabimento do *writ*."

Em decisão monocrática, o e. Ministro Ricardo Lewandowski, então Relator, acolhendo o parecer da Procuradoria-Geral da República, não conheceu do mandado de injunção.

A impetrante interpôs agravo regimental, em face do qual novo parecer foi solicitado à Procuradoria-Geral da República.

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do agravo em parecer assim ementado (eDOC 40):

> "CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. HOMOFOBIA. PROTEÇÃO DEFICIENTE. MANDADO DE INJUNÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. CONHECIMENTO E PROVIMENTO.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13867452.

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

Em juízo de reconsideração, determinei o processamento do mandado de injunção.

Em nova a manifestação, a impetrante corroborou os argumentos aduzidos na inicial, fazendo referência à tramitação nesta Suprema Corte da ADO 26, cujo objeto é semelhante ao do presente mandado de injunção.

O Presidente do Senado Federal, por sua vez, alegou que "a pura e simples criminalização de condutas não tem se revelado abordagem adequada para expurgar a sociedade de seus demônios" (eDOC 76, p. 8). Afirmou, ainda, que "a proteção requerida já existe, ainda que imperfeita, no ordenamento jurídico. E há aperfeiçoamentos em processo de elaboração (eDOC 76, p. 14). Impugnou, por fim, a possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal venha a disciplinar a matéria, porquanto, em seu entender, haveria ofensa à separação dos poderes.

A União ratificou os termos de sua manifestação anterior. Sustenta que via processual escolhida é inadequada, porquanto não haveria direito constitucional a ser tutelado. Aduz inexistir omissão inconstitucional. Por essas razões, requereu o não conhecimento do mandado de injunção ou,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13867452.

no mérito, sua denegação.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela parcial procedência do pedido. O parecer tem a seguinte ementa (eDOC 82):

> CONSTITUCIONAL. ART. 5º, XLI e XLII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO DE VITIMAS DE HOMOFOBIA. NÃO CONHECIMENTO. MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO. CONFIGURACAO DE RACISMO. LEI 7.716/1989. CONCEITO DE RAÇA. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. MORA LEGISLATIVA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O CONGRESSO NACIONAL LEGISLAR.
>
> 1. Não se coaduna com o objeto e o rito de mandado de injunção pedido de condenação do estado a indenizar vitimas de homofobia e transfobia, em virtude de descumprimento do dever de legislar.
>
> 2. Deve conferir-se interpretação conforme a Constituição ao conceito de raca 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 Republica, abrange a criminalização de condutas homofóbicas e transfobicas.
>
> 4. Caso não se entenda que a Lei 7.716/1989 tipifica praticas homofóbicas, esta em mora inconstitucional o Congresso Nacional, por inobservância do art. 5o, XLI e XLII, da CR. Cabe fixação de prazo para o Legislativo sanar a omissão.
>
> 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 forca normativa da Constituição e a consubstanciar *inertia deliberandi.*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13867452.

> 6. A ausência de tutela judicial concernente a criminalização da homofobia e da transfobia mantem o estado atual de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional.
>
> 7. Parecer pelo conhecimento parcial do mandado de injunção e, no mérito, pela procedência do pedido na parte conhecida.

Foram admitidos como *amici curiae* o Conselho Federal de Psicologia e o Grupo Dignidade.

É, em síntese, o relatório.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13867452.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733
PROCED. : DISTRITO FEDERAL
RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
IMPTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT
ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (0242668/SP)
IMPDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS
ADV.(A/S) : RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF (0046088/PR)
AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA - CFP
ADV.(A/S) : VICTOR MENDONÇA NEIVA (15682/DF) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA - IBDFAM
ADV.(A/S) : MARIA BERENICE DIAS (74024/RS, 74024/RS) E OUTRO(A/S)

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela impetrante, o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti; pela Advocacia-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 Dignidade - pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, a Dra. Ananda Hadah Rodrigues Puchta; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito de Familia - IBDFAM, o Dr. Rodrigo da Cunha Pereira; 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, Cármen 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código C8DF-7004-2208-7A21 e senha A778-CC38-97C0-938E

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733
PROCED. : DISTRITO FEDERAL
RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
IMPTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT
ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (0242668/SP)
IMPDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS
ADV.(A/S) : RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF (0046088/PR)
AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA - CFP
ADV.(A/S) : VICTOR MENDONÇA NEIVA (15682/DF) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA - IBDFAM
ADV.(A/S) : MARIA BERENICE DIAS (74024/RS, 74024/RS) E OUTRO(A/S)

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela impetrante, o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti; pela Advocacia-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 Dignidade - pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, a Dra. Ananda Hadah Rodrigues Puchta; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito de Familia - IBDFAM, o Dr. Rodrigo da Cunha Pereira; 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: Apregoado para julgamento em conjunto com a ADO 26. Após o início da leitura do voto do Ministro Celso de Mello, Relator da citada ação, o julgamento da ADO e deste mandado de injunção 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, Cármen Lúcia, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Luiz Fux.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 834F-7BEE-47CB-139B e senha 2E3B-825F-E06E-C62A

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

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 834F-7BEE-47CB-139B e senha 2E3B-825F-E06E-C62A

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733
PROCED. : DISTRITO FEDERAL
RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
IMPTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT
ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (0242668/SP)
IMPDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS
ADV.(A/S) : RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF (0046088/PR)
AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA - CFP
ADV.(A/S) : VICTOR MENDONÇA NEIVA (15682/DF) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA - IBDFAM
ADV.(A/S) : MARIA BERENICE DIAS (74024/RS, 74024/RS) E OUTRO(A/S)

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela impetrante, o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti; pela Advocacia-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 Dignidade - pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, a Dra. Ananda Hadah Rodrigues Puchta; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito de Familia - IBDFAM, o Dr. Rodrigo da Cunha Pereira; 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: Apregoado para julgamento em conjunto com a ADO 26. Após o início da leitura do voto do Ministro Celso de Mello, Relator da citada ação, o julgamento da ADO e deste mandado de injunção foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 14.2.2019.

Decisão: Apregoado para julgamento em conjunto com a ADO 26. Após o voto do Ministro Celso de Mello, Relator da citada ação, o julgamento da ADO e deste mandado de injunção foi suspenso. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 20.2.2019.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 8A8C-5885-C788-EBA1 e senha 1171-B94F-968B-F97B

sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 8A8C-5885-C788-EBA1 e senha 1171-B94F-968B-F97B

21/02/2019 **PLENÁRIO**

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Senhor Presidente, cumprimento Vossa Excelência, os eminentes Pares, também os ilustres Advogados e Advogadas presentes, a Senhora Procuradora-Geral da República Doutora Raquel Dodge.

Senhor Presidente, com genuíno manifesto da razão e também do coração, principio por enaltecer o voto monumental e extraordinário que nosso Decano, eminente Ministro Celso de Mello, proferiu na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26. Sua excelência trouxe a este colegiado um aporte que certamente se inscreverá, na história dos anais deste Supremo Tribunal Federal, pela densidade do substancioso voto que traz à colação num tema que efetivamente merece essa atenção, zelo e cuidado. Senhor Ministro Celso de Mello, receba nossos sinceros e genuínos cumprimentos.

Também cumprimento, Senhor Presidente, a expressiva, sensível, e também merecedora de enaltecimento, sustentação oral que a Procuradoria-Geral da República aportou neste Colegiado. Senhora Procuradora-Geral da República - e faço em nome de Vossa Excelência -, evidenciando o papel extraordinário do Ministério Público, também na defesa dos interesses e direitos que dizem respeito ao que transcende não apenas à atividade da persecução criminal, mas alcança os direitos mais sensíveis da humanidade. Cumprimento as sustentações orais que foram levadas a efeito nesta tribuna.

E, em segundo lugar, apenas para explicitar, sou Relator do Mandado de Injunção, esse que Vossa Excelência vem de apregoar, 4.733. É sobre ele que vou me dedicar e, em seguida, eu me manifestarei na ADO 26, da relatoria do eminente Ministro Celso de Mello.

Este voto que trago à colação foi objeto de distribuição prévia a Vossas Excelências, uma vez que as razões, aqui declinadas, já derivam de um conjunto de percepções sobre esta matéria e outras conexas que me

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 85DE-57AC-EF1F-B38E e senha 00BC-7C9D-F996-E919

permitiram fazer chegar às mãos de Vossas Excelências a proposta que trago de reflexão sobre o tema.

E, nele, principio dizendo que, preliminarmente, acento a plena cognoscibilidade do Mandado de Injunção. Entendo que a associação impetrante detém legitimidade para tanto, que a omissão imputada do parlamento se verifica e também compreendo que há direito subjetivo à legislação reclamada, que são requisitos que, segundo a jurisprudência desta Corte e o texto expresso da Constituição, autorizam o conhecimento para fins de apreciação, quanto ao mérito, deste Mandado de Injunção.

No que diz respeito à legitimidade, a associação proponente, a Associação de 14 de maio de 2004, veio a impetrar o mandado de injunção, tendo preenchido o requisito previsto no inciso III do artigo 12 da Lei 13.300/2016, parâmetro que deve ser utilizado como guia de interpretação, eis que o Mandado de Injunção foi aforado anteriormente, ou seja, em 10 de maio de 2012; e os objetivos sociais da impetrante estão alinhados ao pedido formulado.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 85DE-57AC-EF1F-B38E e senha 00BC-7C9D-F996-E919

21/02/2019 **PLENÁRIO**

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733 DISTRITO FEDERAL

V O T O

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 27 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 gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 9628-2F94-94B8-826E e senha 9945-584C-C371-F08E

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; o Relatório Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersex nas Américas da Comissão Interamericana da Direitos Humanos; o Relatório do Relator Especial para a Proteção contra a Violência e Discriminação Baseada na Orientação Sexual e Identidade de Gênero; 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 9628-2F94-94B8-826E e senha 9945-584C-C371-F08E

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 o presente mandado de injunção, para (i) reconhecer a mora inconstitucional 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 (RELATOR): Registro, preliminarmente, a plena cognoscibilidade do presente mandado de injunção. A Associação impetrante detém legitimidade, a omissão imputada é do Congresso Nacional e há direito subjetivo à legislação, requisitos que, segundo a jurisprudência dessa Corte, autorizam o conhecimento do *writ*.

A Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT, fundada em 14.05.2004, é legitimada para impetrar o mandado de injunção. Ela preenche o requisito previsto no art. 12, III, da Lei 13.300/2016, parâmetro que deve ser utilizado apenas como guia de interpretação, uma vez que o mandado de injunção foi ajuizado em 10.05.2012, e seus objetivos sociais estão alinhados ao pedido formulado, porquanto, nos termos do art. 3º de seu estatuto social, a ABGLT tem a finalidade de "ser um instrumento de expressão da luta pela conquista dos direitos humanos plenos das pessoas, independentemente de sua orientação afetivo-sexual, doravante aqui denominados gays, lésbicas e transgêneros".

Além disso, a omissão imputada é de competência do Congresso Nacional, nos termos do art. 22, I, da CRFB, razão pela qual é no âmbito deste Supremo Tribunal Federal que tem lugar a impetração (art. 102, I, "q", da CRFB).

No que tange ao objeto, é preciso advertir que, ao contrário do que consignou a Advocacia-Geral da União em sua manifestação, a existência

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 9628-2F94-94B8-826E e senha 9945-584C-C371-F08E

do direito subjetivo à legislação é evidente. Como se sabe, a jurisprudência deste Tribunal tem advertido que o cabimento do mandado injunção só pode ocorrer quando, simultaneamente à previsão do direito à legislação no próprio texto constitucional, houver a imposição do dever estatal de legislar. Nesse sentido, confira-se o que assentou o e. Ministro Celso de Mello, quando do julgamento do MI 642, DJ 14.08.2011 (grifos no original):

> "Como se sabe, o **writ** injuncional tem por função processual específica viabilizar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas, **diretamente outorgados pela própria Constituição da República** , em ordem a **impedir** que a inércia do legislador comum **frustre** a eficácia de situações subjetivas de vantagem reconhecidas **pelo texto constitucional** .
>
> Na verdade, o mandado de injunção busca **neutralizar** as conseqüências lesivas decorrentes da **ausência** de regulamentação normativa **de preceitos constitucionais** revestidos de eficácia limitada, cuja incidência - **necessária** ao exercício efetivo de determinados direitos neles **diretamente** fundados - **depende,** essencialmente, da **intervenção concretizadora** do legislador.
>
> **É preciso** ter presente, pois, que 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 normas legais. **Isso significa** , portanto, 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, consoante **adverte** o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (**MI 633-DF** , Rel. Min. CELSO DE MELLO).
>
> Desse modo, e 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 conseqüente

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 9628-2F94-94B8-826E e senha 9945-584C-C371-F08E

> 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 (**MI 463-MG** , Rel. Min. CELSO DE MELLO).
>
> Eventuais lacunas normativas **ou** imperfeições de conteúdo material, **constantes** de textos meramente legais **ou** de normas inscritas em tratados internacionais, **não** se revelam colmatáveis, **nem** suscetíveis de correção, por via injuncional, eis que - **como já enfatizado** - o mandado de injunção **somente** tem pertinência, **quando** destinado a suprir omissões estatais na regulamentação de cláusulas **exclusivamente** fundadas **na própria Constituição da República**."

In casu, é possível depreender o direito à legislação e o dever estatal de legislar do disposto no art. 5º, XLI, da CRFB, segundo o qual "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". A causa de pedir tem, portanto, assento na própria Constituição. Assim, ante a previsão constitucional expressa, sustentar que o direito não alcançaria a pretensão arguida seria matéria concernente ao mérito e não à preliminar. Sobre esse ponto, colho lição de João Francisco da Fonseca:

> "Como não há, no mandado de injunção espaço para demando do réu ou de terceiro interveniente, o objeto do processo consiste exclusivamente no pedido formulado pelo impetrante. É nele que reside a pretensão ao reconhecimento e à consequente realização do direito subjetivo constitucional cujo exercício restou inviabilizado por falta de norma regulamentadora."
>
> (FONSECA, João Francisco N. da. O processo do mandado de injunção. São Paulo: Saraiva, 2016, p.114)

Finalmente, ainda quanto ao cabimento do mandado de injunção, o

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 9628-2F94-94B8-826E e senha 9945-584C-C371-F08E

trâmite de projetos de lei que visem a solver a omissão apontada não obta o conhecimento do mandado. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o fato de que tramitam no Congresso Nacional projetos de lei sobre a matéria não serve para afastar o reconhecimento da omissão inconstitucional. Quando do julgamento da ADI 3.682, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Pleno, DJe 05.09.2007, assentou-se que "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".

Isso porque, ainda de acordo com as razões acolhidas no precedente, "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 por em risco a própria ordem constitucional".

É precisamente o caso dos autos.

As informações trazidas pelos *amici curiae* e pela própria impetrante dão conta de possíveis violações de seus direitos, inobstante a previsão constitucional garantir-lhes efetiva proteção, desde o texto original de 1988.

A imputação da mora legislativa é ainda mais grave caso se tenha em conta as recorrentes notícias de violações dos direitos das pessoas gays lésbicas, bissexuais, trans e intersex no Brasil. De acordo com o Relatório Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersex nas Américas, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil é o país onde mais ocorreram relatos de violência contra a população LGBTI:

> "Em termos quantitativos, o Estado brasileiro informou a Comissão Interamericana que houve 278 homicídios de pessoas LGBT em 2011 e 310 casos reportados em 2012, um aumento anual de 11.5%. Em 2013, a organização local "Grupo Gay da Bahia" (GGB) documentou ao menos 312 homicídios de homens gays, mulheres lésbicas e pessoas trans no seu relatório de 2013. Homens gays (59%) e mulheres trans (35%)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 9628-2F94-94B8-826E e senha 9945-584C-C371-F08E

> representam a maioria das vítimas".
>
> (OAS/Ser.L/V/II.rev.1/ Doc. 36, 12 de novembro de 2015, par. 124, tradução livre).

Do mesmo relatório, constam, ainda, advertência aos Estados Americanos contra a disseminação de discursos de ódio feitos por autoridades públicas:

> "(...) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu informações relativas ao uso de expressões estigmatizantes e intolerantes pelo Presidente da Comissão de Direitos Humanos da Câmara de Deputados do Brasil em 2013. De acordo com as informações recebidas, ele indicou publicamente que as pessoas LGBT "querem impor uma ditadura gay no país, a fim de expulsar Deus do Brasil" e que a "putrefação de sentimentos gays levam ao ódio, crime e rejeição"".
>
> (OAS/Ser.L/V/II.rev.1/ Doc. 36, 12 de novembro de 2015, par. 243, tradução livre).

Ainda mais preocupante, as pessoas que defendem os direitos das pessoas LGBTI também estão sob maiores riscos. Segundo o Relatório da Comissão Interamericana:

> "Em relação ao Brasil, a Comissão Interamericana de Direitos humanos foi informada, em 21.06.2009, do assassinato de Gabriel Herinque Furquim , um membro do Grupo Dignidade para a Defesa dos Direitos das Pessoas Gays e da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais e Trans, e, no dia 23.10.2010, do assassinato de Iranilson Nunes da Silva, um membro da organização Revida. Em junho de 2014, a Comissão foi informada que um grupo chamada "Irmandade Homofóbica" fez sérias ameaças aos defensores dos direitos LGBT no estado do Piauí, Brasil, por meio de panfletos, mensagens de texto, e por mensagens nas mídias sociais. A Comissão Interamericana enviou uma notificação ao Estado

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 9628-2F94-94B8-826E e senha 9945-584C-C371-F08E

> Brasileiro em 09.07.2014, em que requisita informação sobre as medidas tomadas para investigar as ameaças feitas à Marinalva de Santana Ribeiro, um defensora lésbica dos direitos das pessoas LGBT da organização Grupo Matizes de Teresina, Piauí. O Estado Brasileiro respondeu aos questionamento e fez notar as medidas adotadas para investigar as ameaças, assim como a inclusão de Santana Ribeiro no programa nacional de proteção ao defensores de direitos humanos, a fim de protegê-la contra as tentativas de violência e de lhe assegurar tratamento psicológico".
>
> (OAS/Ser.L/V/II.rev.1/ Doc. 36, 12 de novembro de 2015, par. 343, tradução livre).

Não fosse apenas o preconceito a que está submetida a população LGBTI, é preciso observar que, em um contexto em que perseveram desigualdades sociais e raciais, a exclusão social da comunidade LGBTI reforça a dinâmica de invisibilidade a que as pessoas pobres e negras estão sujeitas. Cite-se, sobre isso, uma vez mais, o relevantíssimo Relatório feito pela Comissão Interamericana:

> "No Brasil, um país com alta população de origem afro-descendente (…), os Afro-descendente estão especialmente vulneráveis à violência baseada no preconceito contra orientações sexuais não-normativas e contra identidade de gênero".
>
> (OAS/Ser.L/V/II.rev.1/ Doc. 36, 12 de novembro de 2015, par. 364, tradução livre).

Esse quadro de violações sistemáticas aos direitos das pessoas LGBTI é também reconhecido pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. No Relatório produzido pelo Relator Especial para a Proteção contra a Violência e Discriminação Baseada na Orientação Sexual e Identidade de Gênero, o Relator Victor Madriga-Borloz afirmou que:

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 9628-2F94-94B8-826E e senha 9945-584C-C371-F08E

> "A violência e discriminação com base na orientação sexual e na diversidade de gênero existe em todo mundo. O *expert* independente solicita que os Estados reconheçam a existência desse flagelo, sua dimensão e os desafios a ele relacionados, e exorta-os para que evitem negá-lo. As pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e de gênero não-conforme que são vítimas de crimes hediondos detalhados no presente relatório existem em todas as partes do mundo, em família e em comunidades em todos os lugares (…). A negação viola a dignidade das vítimas e é ofensiva à consciência global".
>
> (A/HRC/38/43, par. 86, tradução livre).

O quadro de violações, portanto, há muito está reconhecido, a impedir que se acolha a tese de se aguardar a apreciação pelo Congresso Nacional das omissões que se lhe imputam. Nenhuma instituição pode deixar de cumprir integralmente a Constituição.

Por essas razões, rejeito as preliminares relativas ao conhecimento da ação.

No mérito, é procedente o presente mandado de injunção, 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-

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 9628-2F94-94B8-826E e senha 9945-584C-C371-F08E

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 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 desigualação jurídica" e que

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 9628-2F94-94B8-826E e senha 9945-584C-C371-F08E

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 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 constituí-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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 9628-2F94-94B8-826E e senha 9945-584C-C371-F08E

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 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 neste mandado de injunção, 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 9628-2F94-94B8-826E e senha 9945-584C-C371-F08E

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 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 9628-2F94-94B8-826E e senha 9945-584C-C371-F08E

> 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.
>
> (…)
>
> 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)":

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 9628-2F94-94B8-826E e senha 9945-584C-C371-F08E

> "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 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,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 9628-2F94-94B8-826E e senha 9945-584C-C371-F08E

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:

> "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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 9628-2F94-94B8-826E e senha 9945-584C-C371-F08E

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 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."

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 9628-2F94-94B8-826E e senha 9945-584C-C371-F08E

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 como puníveis no papel. Ao contrário, leis penais e outras previsões legais que proíbam a discriminação racial devem ser efetivamente implementas 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 9628-2F94-94B8-826E e senha 9945-584C-C371-F08E

> 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).

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 9628-2F94-94B8-826E e senha 9945-584C-C371-F08E

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 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. Noutras palavras, há um mandado constitucional de criminalização e há mora legislativa em regulamentar o tema. O mandado de injunção é, pois, a garantia para a efetividade do direito protegido pelo mandado de criminalização.

Nos termos do art. 8º da Lei 13.300, o reconhecimento da mora

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 9628-2F94-94B8-826E e senha 9945-584C-C371-F08E

legislativa impõe o deferimento do mandado de injunção para "determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora".

É certo que, desde o julgamentos dos mandados de injunção 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 9628-2F94-94B8-826E e senha 9945-584C-C371-F08E

> omissão do Legislativo. 3.4. A mora legislativa em questão já foi, 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 9628-2F94-94B8-826E e senha 9945-584C-C371-F08E

indicar que a lacuna não decorre exclusivamente da falta de norma que 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 transgênera 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 9628-2F94-94B8-826E e senha 9945-584C-C371-F08E

aplicação direta ao caso em análise.

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 obrigativa 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 eminente 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 compreendo 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 9628-2F94-94B8-826E e senha 9945-584C-C371-F08E

personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o 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.

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 vier 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 injunção 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**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 9628-2F94-94B8-826E e senha 9945-584C-C371-F08E

> 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, julgo procedente o presente mandado de injunção, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar com efeitos prospectivos, 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 9628-2F94-94B8-826E e senha 9945-584C-C371-F08E

21/02/2019 **PLENÁRIO**

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733 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 inconstitucionalidade 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código C514-20AA-FEBA-A6FC e senha 9B60-3211-69BC-52A2

21/02/2019 **PLENÁRIO**

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733 DISTRITO FEDERAL

V O T O
(**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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4576-197C-65E2-A4B5 e senha 0D77-19D8-0598-0DF1

21/02/2019 **PLENÁRIO**

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733 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, compreende a mesma matéria de fundo. Mas como o Colegiado entender mais adequado, obviamente, acolherei, até porque eu já votei.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 614D-3334-5C4F-B4A8 e senha 8D5B-C4C4-18BD-AFD0

21/02/2019 **PLENÁRIO**

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 629A-800B-078E-C896 e senha 05F6-0BC0-0462-CF60

21/02/2019 **PLENÁRIO**

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Conheço, Senhor Presidente, **da presente** ação de mandado de injunção, **nos termos** *do primoroso voto* **que acaba de ser proferido** pelo eminente Ministro EDSON FACHIN, Relator da presente causa.

Quanto ao fundo da controvérsia suscitada **nesta** sede injuncional, **também julgo procedente** este mandado de injunção, **pronunciando-me**, *por igual*, **nos exatos e precisos termos** *do magnífico e substancioso voto* que vem de proferir o eminente Ministro Relator.

É o meu voto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 5055-F199-AAB3-B4B2 e senha 09A7-CD31-660B-0043

21/02/2019 **PLENÁRIO**

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733 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 observado no voto do Ministro Fachin - mas, hoje, inclusive, está

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BA67-09E4-E8A1-372E e senha 6B41-44BC-40BC-3B2C

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

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Trecho

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BA67-09E4-E8A1-372E e senha 6B41-44BC-40BC-3B2C

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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BA67-09E4-E8A1-372E e senha 6B41-44BC-40BC-3B2C

21/02/2019 **PLENÁRIO**

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733 DISTRITO FEDERAL

V O T O

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 em indenizar as vítimas da homofobia e da

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

transfobia.

2. A ação direta de inconstitucionalidade 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 inconstitucional do legislador na regulamentação do art. 5º, XLI e XLII, da Constituição.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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 abarcar a proibição de toda e qualquer forma de ideologia que pregue a inferiorização e estigmatização de grupos, a exemplo do que acontece com a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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 inconstitucional.

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 inconstitucionalidade 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 inconstitucional 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. O 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*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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 inconstitucionalidade 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 vítim*a". 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;
>
> (iii) existe ordem constitucional de legislar criminalmente

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

> 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 utilização dessa via processual. Afirmou que "é firme a jurisprudência

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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 inconstitucional 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 impossibilidade de se suprir alegada omissão inconstitucional em relação

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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 – PSTU; (vi) o Conselho Federal de Psicologia, Associação Nacional de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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 a respeito dos dados da violência homofóbica; (iii) a terceira de ordem

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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 "Violência LGBTFóbicas no Brasil: dados da violência" [6], divulgado em

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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 orientação sexual e/ou identidade de gênero das vítimas.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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 registar 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 vezes, passam como invisíveis na percepção da sociedade.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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, quando o Congresso não atua em situações em que havia um

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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 inconstitucional 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 autorização prévia para a publicação de biografias.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

> (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 nossos afetos.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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 convencional militou na crença de que o Estado moderno, a revolução

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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 vivem sob os mesmos dogmas e convicções.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

38. O acolhimento da pretensão dos autores pressupõe que se reconheça a existência de omissão inconstitucional. 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 inconstitucional 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 fundamentais, sem especificar textualmente se esse comando deve ser

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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 que apenas algumas dessas espécies de discriminação sejam condutas

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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 interpretar o sentido e o alcance do texto constitucional, manifestou-se de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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 abarcar 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". Registrou-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.

49. Concluo, assim, pela existência de omissão

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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 inócua uma fixação de prazo, nessas circunstâncias.

52. Por essa razão, acolho a manifestação do então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, encampada pelo relator, Ministro Celso de Mello, no sentido de atribuir

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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 de discriminação" (destaque acrescentado). O *caput* do art. 5º, CF, ao

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

consagrar 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 desigualação 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**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

> **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 uma interpretação evolutiva da Constituição, chegou-se a um nível em

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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**
> Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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

§ 2° 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 Direito deverá considerar que o crime foi praticado por motivo fútil ou

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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 inconstitucional, 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 que se considere caracterizado motivo fútil ou torpe sempre que a prática

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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 inconstitucionalidade 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 inconstitucional 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."

[2] Constituição: "Art. 5º

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

(...) 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 subnofiticação 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:
www.grupogaydabahia.files.wordpress.com/2019/01/relatório-

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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.redebrasilatual.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 foi responsável por estender o tratamento conferido pelas hate crime laws

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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 qualificadas (Artículo 170); discriminações no trabalho (Artículo 314) e

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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 Uruguaio 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.

[24] O Código Penal Peruano considera circunstância agravante o

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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 semelhantes às do caso sob análise. O julgamento envolvia a obrigação de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

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, fls. 30). Da leitura do acórdão guerreado, verifica-se que o crime foi

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

cometido por motivo torpe, pois teria sido cometido com "violência decorrente da intolerância decorrente da homofobia" (e-STJ, fls. 257).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 4AC5-7F9A-D7C0-E038 e senha BD55-81D0-911F-FF7F

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733
PROCED. : DISTRITO FEDERAL
RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
IMPTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT
ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (0242668/SP)
IMPDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS
ADV.(A/S) : RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF (0046088/PR)
AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA - CFP
ADV.(A/S) : VICTOR MENDONÇA NEIVA (15682/DF) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA - IBDFAM
ADV.(A/S) : MARIA BERENICE DIAS (74024/RS, 74024/RS) E OUTRO(A/S)

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela impetrante, o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti; pela Advocacia-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 Dignidade - pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, a Dra. Ananda Hadah Rodrigues Puchta; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito de Familia - IBDFAM, o Dr. Rodrigo da Cunha Pereira; 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: Apregoado para julgamento em conjunto com a ADO 26. Após o início da leitura do voto do Ministro Celso de Mello, Relator da citada ação, o julgamento da ADO e deste mandado de injunção foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 14.2.2019.

Decisão: Apregoado para julgamento em conjunto com a ADO 26. Após o voto do Ministro Celso de Mello, Relator da citada ação, o julgamento da ADO e deste mandado de injunção foi suspenso. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 20.2.2019.

Decisão: Após os votos dos Ministros Edson Fachin (Relator), Celso de Mello, Alexandre de Moraes e Roberto Barroso, que

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código CE88-E492-BA4E-647A e senha 3F70-8F83-67A3-CED1

julgavam procedente o mandado de injunção, 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, Cármen 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código CE88-E492-BA4E-647A e senha 3F70-8F83-67A3-CED1

23/05/2019 **PLENÁRIO**

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733 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, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello**, e o **Mandado de Injunção 4733, sob a 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*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

atualidade .

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 eminente 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

Anoto, em sentido diverso, em se tratando de questão controversa e 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,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

afirmar, como **direito objetivo**, a tipificação específica de determinadas 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 eminente decano bem evidencia a posição desta Corte a respeito.

Por outro lado, **n**ão se pode deixar de reconhecer que, em uma

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

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.

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 Cármen Lúcia, "*acertar, na diferença de cuidado jurídico, a igualação do direito à dignidade na vida*" (ROCHA, Cármen 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, § 1°, II – portadores de necessidades especiais físicas, sensoriais ou mentais; 230, § 1° – 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

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.

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 crimem 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

constituírem, os **judeus**, uma raça, não poderia o paciente, ao produzir e 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 antissemitismo, 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 antissemitas **equivaleriam** ao discrímen 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 eminente 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

lavrado:

> "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**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

XLII, da CF, e à luz da jurisprudência desta Casa consolidada 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 precipuamente a guarda da Constituição, por expressa disposição de seu art. 102, *caput*, como ainda há pouco lembrado pela eminente Ministra Cármen Lúcia.

7. Reconheço, pois, demonstrada a **omissão** do Poder Legislativo da União, e 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, 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 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.

8. **Ante o exposto**, **conheço em parte** da **ação direta de inconstitucionalidade por omissão**, na exata extensão em que o fez o eminente Ministro Relator Celso de Mello e, no mérito, quanto à 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 eminente Relator, Ministro Luiz Edson Fachin, nos limites por ele

É como voto.

TRANSCRIÇÃO DA DECLARAÇÃO DE VOTO NA ÍNTEGRA, nela abrangidos o Mandado de Injunção 4733, da relatoria do Min Edson

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

Fachin, e a ADO 26, da relatoria do Ministro Celso de 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

presente Mandado de Injunção é medida que incrementará a proteção 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 n° 5.003/01, aprovado em 2006 na Câmara de Deputados, que atualmente, tramita no Senado Federal sob o n° 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:

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

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

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

Tribunal Federal, superando a exigência de legalidade estrita, proceda à 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***

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

> ***relevante quando se conexiona com uma exigência 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*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

Constituição não se executa a si mesma: antes requer a ação legislativa, para lhe 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

Na espécie, servem-se os impetrantes da via injuncional para 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*".

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

Na dicção do permissivo constitucional, entendo que o cabimento da 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 onsolidou 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 eminente 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

> 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 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

05.3.1993), entendeu que "*no quadro constitucional brasileiro, constitui ofensa 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****;*"

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

Trata-se, como se vê, de expressos comandos de tutela protetiva dirigidos ao legislador.

5. Pedido de responsabilização civil do Estado e solidária 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

> entendimento de que, embora reconhecida a mora legislativa, 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

fragmentação das garantias institucionais e procedimentais sem as quais 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 – ínsita 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,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

afirmados na Constituição, que asseguram a própria continuidade da 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

São Paulo: Malheiros Editores, 2011)

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

> 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 Cármen Lúcia, "*acertar, na diferença de cuidado jurídico, a igualação do direito à dignidade na vida*" (ROCHA, Cármen 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

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, § 1°, II – portadores de necessidades especiais físicas, sensoriais ou mentais; 230, § 1° – 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 Cármen Lúcia e de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> "*O princípio jurídico da igualdade refaz-se na sociedade e rebaliza 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 desiguale 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 igualações*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

> *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, Cármen Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990, p. 39 e 41)

> "*(...) não é qualquer diferença, conquanto 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 diferençado. 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**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

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 desigualação 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

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 eminente 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

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 inerente 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 Clèmerson 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 extravasasse 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****'.*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

> *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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

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 **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 antissemitismo, 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 antissemitas **equivaleriam** ao discrímen 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*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

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,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

> 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

> 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 julgo-o **procedente**, também nos limites do belíssimo voto do eminente Relator Edson Fachin.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A713-526F-3427-9AC3 e senha 0CA8-83DD-390E-FE34

23/05/2019 **PLENÁRIO**

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733 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 e 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,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

acompanhada por parte de pessoas que rodeavam esse estabelecimento. Isso é homofobia! E assim o é porquanto o fato gerador do delito é a 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 sobremodo.

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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.

Trata-se de mandado de injunção coletivo, com pedido de medida cautelar, ajuizado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), com 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 parte impetrante sustenta que o atual quadro de violência e discriminação contra a população LGBT tem tornado faticamente inviável o exercício dos direitos fundamentais à livre orientação sexual, à livre identidade de gênero e à segurança desse grupo. Por tal razão, e tendo em vista o princípio da proporcionalidade em sua vertente da proibição de proteção deficiente, o mandado de injunção se mostraria medida judicial adequada para o exercício dessas prerrogativas, inerentes à cidadania das vítimas.

Acrescenta que a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo, posto serem discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, o que imporia que fossem punidas com o mesmo rigor, sob pena de hierarquizar as opressões via impunibilidade.

PREMISSA TEÓRICA:

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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.

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:

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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 em jogo.**

Tratando-se de mandado que pretende a criminalização da

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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: Juspodium, 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**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

política.

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).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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. *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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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. 5°, 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 Mandados de Injunção n° 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 inconstitucional.

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).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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 mandamental, 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 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).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

MÉRITO:

A omissão inconstitucional 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 omissão inconstitucional específica no tocante à *criminalização* sempre que, como no presente caso, essa a 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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 5°, 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*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

> *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,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

> afronta à Constituição. A afirmação de que o legislador não cumpriu, integralmente, dever constitucional de legislar contém implícita, uma censura da própria normação positiva" (MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo G. Gonet. *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. 7°, 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**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

> **igualdade, dos direitos do homem e das liberdades fundamentais nos domínios político, económico, social e cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública**.

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 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

> 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 prática da tortura e outros tratos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, a detenção provisória ou detenção arbitrarias 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 sexismo, 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).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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 desarrazoada 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 inconstitucional, é preciso confrontar o mandado constitucional de vedação à proteção insuficiente, no tocante 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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 mora 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, 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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 avilta 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 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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).

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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.

O presente mandado de injunção 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 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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 distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

> *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 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****.* (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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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 <u>não se criou, como não poderia, crime sem lei</u>. Reconhecer que os tipos penais de racismo, previstos

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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 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 mandamental, 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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 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, Cezar 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*.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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 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 ensaia* 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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 abarcar "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 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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, 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 nela contida.

Negada a plenitude lógica do sistema jurídico, a reintegração, via

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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, extraindo 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 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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 veda a retroatividade em prejuízo do réu.

Importante esclarecer, por fim, que o reconhecimento de que o 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*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

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 no presente mandado 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, acompanho o relator e voto pelo conhecimento da impetração e pela procedência do pedido.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código BD13-761D-69BF-9413 e senha 8270-BBB1-5585-4AB6

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733
PROCED. : DISTRITO FEDERAL
RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
IMPTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT
ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (0242668/SP)
IMPDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS
ADV.(A/S) : RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF (0046088/PR)
AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA - CFP
ADV.(A/S) : VICTOR MENDONÇA NEIVA (15682/DF) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA - IBDFAM
ADV.(A/S) : MARIA BERENICE DIAS (74024/RS, 74024/RS) E OUTRO(A/S)

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela impetrante, o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti; pela Advocacia-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 Dignidade - pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, a Dra. Ananda Hadah Rodrigues Puchta; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito de Familia - IBDFAM, o Dr. Rodrigo da Cunha Pereira; 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: Apregoado para julgamento em conjunto com a ADO 26. Após o início da leitura do voto do Ministro Celso de Mello, Relator da citada ação, o julgamento da ADO e deste mandado de injunção foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 14.2.2019.

Decisão: Apregoado para julgamento em conjunto com a ADO 26. Após o voto do Ministro Celso de Mello, Relator da citada ação, o julgamento da ADO e deste mandado de injunção foi suspenso. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 20.2.2019.

Decisão: Após os votos dos Ministros Edson Fachin (Relator), Celso de Mello, Alexandre de Moraes e Roberto Barroso, que

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código EC0B-99B0-8B95-4ED6 e senha 2764-30A9-6EFC-5CFD

julgavam procedente o mandado de injunção, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 21.2.2019.

Decisão: Após os votos dos Ministros Rosa Weber e Luiz Fux, que acompanhavam o Ministro Edson Fachin (Relator), julgando procedente o mandado de injunção, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 23.05.2019.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código EC0B-99B0-8B95-4ED6 e senha 2764-30A9-6EFC-5CFD

13/06/2019 **PLENÁRIO**

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 97F0-55B0-A0E3-8CB5 e senha BFDC-FE1C-07A8-A1CB

13/06/2019 **PLENÁRIO**

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733 DISTRITO FEDERAL

V O T O

A Senhora Ministra Cármen Lúcia:

1. Mandado de injunção, com requerimento de medida cautelar, impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros/ABGLT, com 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"*.

2. A Impetrante sustenta que:

a) o art. 5º, inc. LXXI, da Constituição da República de 1988 permite a impetração de mandado de injunção visando a criminalização específica de condutas quando esta situação seja necessária para o exercício das prerrogativas inerentes à cidadania das vítimas em questão;

b) considerado o princípio da proporcionalidade na vertente da proibição de proteção deficiente, tem-se ser necessária a criminalização específica de tais ofensas porque o atual quadro de violência e discriminação contra a população LGBT tem inviabilizado o exercício dos direitos fundamentais à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero das pessoas LGBT e mesmo o direito fundamental à segurança desta população;

c) haveria *"ordem constitucional"* a determinar a atuação do legislador para criminalizar a homofobia e a transfobia, tendo em vista que:

> c.1) a homofobia e a transfobia constituiriam espécies do gênero racismo, cuja prática estaria tipificada na própria Constituição (art. 5º, inc. XLII);

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

c.2) no julgamento do HC n. 82.424, este Supremo Tribunal Federal, embasado no "Projeto Genoma", proclamou a existência biológica de raça humana única.Concluiu-se que *"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, donde ser necessária uma Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo, mediante uma 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.3) homofobia e a transfobia inequivocadamente se enquadram no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais. Enquadram-se, assim, na situação subsidiária (caso não se as entenda como espécies do gênero racismo), no disposto no art. 5º, inc. XLI, da Constituição, que, no presente caso, impõe a elaboração de legislação criminal que puna tais ofensas;

c.4) todas as formas de homofobia e transfobia devem ser punidas com o mesmo rigor aplicado atualmente pela legislação específica sobre racismo, sob pena de hierarquização de opressões decorrente da punição mais severa de determinada opressão relativamente a outra.

d) ressalta o agravamento dos crimes e práticas homofóbicas e transfóbicas noticiados na atualidade, sem a necessária contrapartida protetiva do Estado:

"estamos vivendo em um contexto social no qual homofóbicos chegam ao ponto de explodir uma bomba ao final da Parada LGBT de São Paulo, em um típico atentado terrorista de motivação homofóbica, no qual um padrasto mata filho de 14 anos por não aceitar sua orientação sexual, no qual temos uma pessoa LGBT morta a cada dia e meio por sua mera orientação sexual, consoante relatórios do Grupo Gay da Bahia, sendo que até o Departamento de Estado dos Estados

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

> *Unidos reconhece a alta incidência da homofobia no Brasil com base nesses relatórios; estamos vivendo em um país no qual temos recorde de pessoas pedindo asilo no exterior pela homofobia generalizada de nosso país, no qual pai e filho abraçados são agredidos por confundidos com um casal homoafetivo ("não se pode nem abraçar o filho", disse o pai que teve a orelha decepada no ataque...), no qual jovem é agredido na Avenida Paulista/SP com uma lampadada por ter sido presumido como homossexual, no qual casais homoafetivos são agredidos e discriminados em estabelecimentos comerciais pelo simples fato de manifestarem seu afeto da mesma forma que fazem casais heteroafetivos... enfim, vivemos um contexto social no qual temos crimes praticados por motivação homofóbica/transfóbica ocorrendo rotineiramente sem que o Estado Brasileiro tome medidas efetivas para combate-los – medidas estas que, embora não se limitem, se iniciam pela criminalização específica da homofobia e da transfobia...".*

Pede *"seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia"* e *"fixado prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora"*.

Aduz, ainda, 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"* mediante a inclusão da criminalização específica *"na Lei de Racismo (Lei n.º 7.716/89), 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, subsidiariamente, efetivando a tipificação criminal específica de todas as formas de homofobia e transfobia *"da forma que esta Suprema Corte julgar mais pertinente/adequada em termos constitucionais"*.

Pede, ainda, *"seja fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia"*.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

3. Em 24.10.2013, o Relator originário desta ação, Ministro Ricardo Lewandowski, não conheceu da ação por entender manifesta a inviabilidade da via eleita pelo impetrante.

Afirmou haver projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional a tratar da matéria, o que inviabilizaria a presente impetração. Assentou, ainda, ser *"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"*.

4. Redistribuído o processo, nos termos do art. 38 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o novo Relator, Ministro Edson Fachin, em 15.6.2016, reconsiderou a negativa de seguimento da ação, para assentar *"o cabimento na hipótese de Mandado de Injunção, com alegado fundamento no art. 5º, LXXI da Constituição da República, para o efeito de examinar a denegação ou a concessão do provimento requerido caso demonstrada a possibilidade de suprimento judicial da lacuna apontada"*.

5. O Senado Federal manifestou-se *"pelo não cabimento do* writ *para nenhuma das pretensões veiculadas"*.

Aduz que *"caso se considere que a questão possa ser decidida no mérito, 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"*.

6. A Câmara dos Deputados afirmou não haver *"no caso, omissão inconstitucional ou óbice incontornável ao exercício dos direitos de liberdade e igualdade dos cidadãos LGBT em razão da ausência de tutela penal para condutas discriminatórias em desfavor desse grupo social"*. *Afirmou, ainda, que "tampouco há fundamento para a imposição de qualquer tipo de responsabilidade*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

civil em face do Estado".

7. Manifestou-se a União asseverando não existir, *"qualquer comando constitucional que exija tipificação específica para a homofobia e transfobia e, portanto, o mandado de injunção não é o meio adequado para a solução de tal questão"*.

Acrescentou *"a 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"*.

Afirmou não haver *"omissão nem lacuna normativa para a situação jurídica discutida no mandado de injunção, razão pela qual deve ser denegada a ordem requerida"*.

8. A Procuradoria-Geral da República inicialmente opinou pelo não cabimento do mandado de injunção, na linha do que decidido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, mas, em novo parecer, pronunciou-se pelo *"conhecimento parcial do mandado de injunção e, no mérito, pela procedência do pedido na parte conhecida"*:

> *"CONSTITUCIONAL. ART. 5º, XLI e XLII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO DE VÍTIMAS DE HOMOFOBIA. NÃO CONHECIMENTO. MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO. 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. Não se coaduna com o objeto e o rito de mandado de injunção pedido de condenação do estado a 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*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

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. Cabe fixação de prazo para o Legislativo sanar a omissão

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 do mandado de injunção e, no mérito, pela procedência do pedido na parte conhecida.

9. A Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT, fundada há catorze anos como *"um instrumento de expressão da luta pela conquista dos direitos humanos plenos das pessoas, independentemente de sua orientação afetivo-sexual, doravante aqui denominados gays, lésbicas e transgêneros"* (estatuto social, art. 3º), preenche os requisitos legais para a presente impetração, mesmo se considerada a nova legislação de regência, especialmente o disposto no inc. III do art. 12 da Lei n. 13.300/2016.

Funda-se a presente impetração no *"mandado constitucional de criminalização"* na *"proibição de proteção deficiente"* de direitos fundamentais, cuja legislação é de competência do Congresso Nacional nos termos do inc. I do art. 22 da Constituição da República, atraindo a competência deste Supremo Tribunal, prevista na al. *q* do inc. I seu art.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

102.

No julgamento do Mandado de Injunção n. 642, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, este Supremo Tribunal decidiu cabível a impetração quando estabelecida *"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 (MI 463-MG ,Rel. Min. CELSO DE MELLO)"* (MI n. 642, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 14.8.2001).

Na espécie, a Constituição, nos incs. XLI e XLII do art. 5º, estabelece que *"a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais"*, assentado que *"a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei"*.

Na linha dos precedentes deste Supremo Tribunal *"a par da necessidade de se caracterizar a mora legislativa, a intervenção judicial pressupõe uma cuidadosa ponderação entre os bens jurídicos em jogo"* (MI 6793 AgR, Relator Ministro Luiz Fux, Pleno), qualificados, na espécie, pelo relevo do direito à vida, liberdade e segurança de cidadãos historicamente deixados à margem da proteção estatal, sujeitos a toda espécie de crimes de ódio.

Assim, conheço da presente ação constitucional.

Analiso-a em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, n. 26, em que igualmente imputada omissão legislativa na regulamentação da matéria.

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,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

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 parcel 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 transgêneros[1] 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.*

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

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 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*

Saúde, em seu item F64.0, sob o Títlo 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 etar 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 gentais, 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).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

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.

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

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 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 especifica, constante do decreto anterior, do *"aperfeiçoamento da*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

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 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*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

> *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 coíbam 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.*
>
> *(...)*
>
> *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 igualação, a dinâmica da igualdade, para que a gente um dia*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

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 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

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, conquanto 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.

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,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

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 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

> *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*
> *§ 2° 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. (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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

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 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 Feldens[2], que o constituinte originário incorporou normas tendentes a assegurar a tutela penal de direitos e

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

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 grave,s tendo-se otpado, para designa-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).

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

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 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*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

> *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.

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

3 Op. cit. p. 420.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

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, 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"*;
>
> 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 *"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"*, sendo, por isso, inconciliável com os 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"*.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

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 insuscetíveis 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:

> *"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*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

> *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:

> *"A sociologia moderna identifica o racimo 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*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

> *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 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*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

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 n° 9.459/97, é datada de 13 de maio);

II - as particularidades do processo constituinte de discussão dos 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 7.7l6/89;

III - a linguagem popular de ontem e de hoje, aqui nesta nossa

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

"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, 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,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

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 multirracialidade 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 desprimorosas. 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 dúplice 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 apharteid 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. ...

64. Se no inciso IV do seu art. 3° 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

> *"raça", preferindo grafar apenas o termo "racismo" (inciso VIII do art. 4° e inciso XLII do art. 5°), 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. 5°, 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. 5°, 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 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. 5°, 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*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

mesmo art. 5°, 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 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).

(…)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

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. 5°). 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 republicano-federativo de nome "pluralismo político" (inciso V do art. 1°). 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 Minsitro Ayres Britto, no HC 82.424)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

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 atrás[4], abre-se espaço para se promover, há tempos, divisão entre pessoas, insuflando humilhação e violência contra algumas pessoas. Conduziu-se a uma cisão

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 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".

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

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 (Schutztaffel – organização altamente disciplinada, encarregada da proteção pessoal de Hitler), a copular com prostitutas. Todavia, esses procedimentos terapêuticos não produziram os resultados pretendidos, e a conseqüência 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, ardentemente, 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 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

> 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 preseguida 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.

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"*, hão 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

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 deficiente[5] (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 do 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.

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 Navais; quem mais se debruçou sobre o assunto, quando de seu doutoramento,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

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.

---

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, Gleydosn 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 gravideza 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 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

Neste Supremo Tribunal Federal[7], aponta-se como *leading case*, na matéria, o julgamento do Recuso 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,*

---

direito da restante para preservar a vida. Como se vê, observaram-se os dois valores em causa e houve ponderação constitucional." (PINHEIRO, Gleydosn 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 inércia 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 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 exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, 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-

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

> *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 n° 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 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*

---

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)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

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, marco/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 jurídicopenal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

> *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 inconstitucional, observada na espécie, mais que tolera, fomenta os denominados crimes de ódio, denominados nas palavras de Alexandre Magno Fernandes Moreira[8] 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*

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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

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 Santos[9], 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 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.*

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/sexto-acusado-pela-morte-da-travesti-dandara-dos-santos-recebe-pena-de-16-anos-de-prisao.ghtml> Acesso em 24.10.2009.)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

> *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.

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*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

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 sonegada[11], 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:

> *"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.*

---

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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

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 familismo, 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 papeis 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 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*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

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 d 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 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*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

> *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).

45. Pelo exposto, **voto no sentido de reconhecer a mora legislativa inconstitucional na regulamentação da matéria, enquadrar a homofobia e a transfobia como tipo penal definido na Lei n. 7.716/1989, até a superveniência de lei específica.**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 1720-2F1A-7967-2625 e senha 3294-5B2B-49DD-DE97

13/06/2019 **PLENÁRIO**

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Vogal): Trata-se de mandado de injunção coletivo, impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT 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) um pressuposto inerente à cidadania da população LGBT na atualidade".

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 do art. 5º da Constituição Federal, de mora inconstitucional do Congresso Nacional no alegado dever de editar legislação criminal que puna, de forma específica, a homofobia e a transfobia, "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".

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 3553-E41F-9618-F1A5 e senha C1BB-28AF-6C8F-53D7

Solicitadas informações, o Presidente do Senado Federal, valendo-se de peça elaborada pela Advocacia-Geral daquela Casa Legislativa, manifestou-se, primeiramente, pela denegação da ordem injuncional, "ante a falta de interesse de agir pela inadequação da via eleita, seja pela ausência do dever constitucional de legislar, seja pela ausência de mora legislativa (art. 267, VI, do CPC). Além disso, defendeu, no mérito, a improcedência dos pedidos, "por atentarem contra o princípio da reserva legal penal".

O Presidente da Câmara dos Deputados, em suas informações, manifestou-se pela inexistência "de omissão inconstitucional ou óbice incontornável ao exercício dos direitos de liberdade e igualdade dos cidadãos LGBT em razão da ausência de tutela penal para condutas discriminatórias em desfavor desse grupo social".

A União, em manifestação apresentada por sua Advocacia-Geral, sustentou, inicialmente, que o *mandamus*, por veicular, com base nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Magna, "pedido de tipificação, por meio de legislação específica, das condutas relacionadas à homofobia e à transfobia", não pretende assegurar o exercício de um direito concretamente consagrado na Constituição Federal, "mas objetiva um regramento específico, uma tipicidade especial para condutas de homofobia e transfobia".

Ressaltou que o direito fundamental invocado na impetração impõe ao Estado o dever de combater e punir todas as formas de discriminação e racismo, não se referindo, portanto, "à legislação específica de um tipo especial de conduta (meio)". Concluiu, assim, que "não há qualquer comando constitucional que exija tipificação específica para a homofobia e transfobia". Aduziu, por fim, a impossibilidade de suprir-se judicialmente suposta omissão legislativa na seara do direito penal, tendo em vista o princípio da reserva legal penal (art. 5º, XXXIX, da CF), tendo requerido, por fim, a extinção do feito sem resolução do mérito.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 3553-E41F-9618-F1A5 e senha C1BB-28AF-6C8F-53D7

A Procuradoria-Geral da República, em parecer subscrito pelo então Procurador-Geral Roberto Monteiro Gurgel Santos, opinou pelo não cabimento do mandado de injunção, "com a consequente extinção do feito sem julgamento do mérito".

A seguir, deixei de conhecer do mandado de injunção (documento eletrônico 19). Após a interposição de agravo regimental pelo requerente, o Ministro Edson Fachin reconsiderou tal decisão e, em novo parecer, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo parcial conhecimento e, no mérito, pela procedência do pedido na parte conhecida.

É o relatório. Decido.

Bem analisados os autos, reitero meu posicionamento inicial quanto ao não cabimento deste mandado de injunção, por entender que, para o cabimento do *writ* injuncional, é preciso detectar um direito subjetivo, concreto e especificamente consagrado na Constituição, que não esteja sendo usufruído por seus destinatários pela ausência de norma regulamentadora exigida por essa mesma Carta.

Aponto, nesse sentido, o acórdão prolatado no julgamento plenário do MI 624/MA, assim ementado:

> "Mandado de injunção. Falta de norma tipificando crime de responsabilidade dos Magistrados. Inadequação da via eleita.
>
> 1. **O mandado de injunção exige para sua impetração a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direito subjetivo do impetrante**.
>
> 2. Mandado de injunção não conhecido" (grifei).

Ainda preliminarmente, ressalto que, diante do julgamento, nesta

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 3553-E41F-9618-F1A5 e senha C1BB-28AF-6C8F-53D7

data, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello, o exame deste mandado de injunção está, *s.m.j.*, prejudicado. Segundo penso, a ADO é a sede constitucionalmente mais adequada para a análise sobre a omissão alegada.

No mérito, ressalto que 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".[1]

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

1 FRASER, Nancy. *Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada de Justiça.* In: D. Sarmento; D. Ikawa; F. Piovesan (Orgs.); Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 167.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 3553-E41F-9618-F1A5 e senha C1BB-28AF-6C8F-53D7

preconceituosas que resultam em danos psicológicos, mas uma questão de padrões institucionalizados de valor cultural que impedem a igual participação na vida social".[2]

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",[3] 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 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".[4]

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

2 Idem. p.179.

3 HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais.* 2. ed., 2. reimpr. São Paulo: Ed. 34, 2015. p. 269.

4 Idem. p. 272.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 3553-E41F-9618-F1A5 e senha C1BB-28AF-6C8F-53D7

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.[5] 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 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

5 VIDAL DE OLIVEIRA, Adriana. NORONHA, Joanna Vieira. Afinal, o que é "mulher"? E quem foi que disse?. *Revista Direito e Práxis*. 2016; 7 (15).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 3553-E41F-9618-F1A5 e senha C1BB-28AF-6C8F-53D7

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 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".

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 –

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 3553-E41F-9618-F1A5 e senha C1BB-28AF-6C8F-53D7

explícito ou implícito – dos atores políticos, os quais, ao transferir sua responsabilidade para as instituições judiciais, evitam sua responsabilização política por decisões impopulares.[6]

Efetivamente, os atores políticos têm ciência de que são mais facilmente responsabilizados, perante seus eleitores, por suas ações do que pelas respectivas omissões.[7] 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.[8]

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.[9]

---

6 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.

7 REFOSCO, Helena Campos. *Ação Coletiva e Democratização do Acesso à Justiça*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 174.

8 GALANTER, Marc. "Why the 'Haves' Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", *Law & Society Review* 9, no 1 (1974).

9 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 3553-E41F-9618-F1A5 e senha C1BB-28AF-6C8F-53D7

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.[10]

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 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".[11] 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

---

10 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.

11 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 3553-E41F-9618-F1A5 e senha C1BB-28AF-6C8F-53D7

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 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".[12]

A respeito das violências a que são vítimas as travestis, Drauzio

12 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 3553-E41F-9618-F1A5 e senha C1BB-28AF-6C8F-53D7

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".[13]

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 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

13 VARELLA, Drauzio. Travestis. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/colunas/drauziovarella/2019/02/travestis.shtml . Acesso em 19 de fevereiro de 2019.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 3553-E41F-9618-F1A5 e senha C1BB-28AF-6C8F-53D7

mulheres morrem de um jeito que só elas morrem – de feminicídio, um crime que é fruto da discriminação e do menosprezo 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.[14] 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".[15]

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 cisgeneridade, 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 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 inconstitucional 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.

---

14 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.

15 Idem, p. 200.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 3553-E41F-9618-F1A5 e senha C1BB-28AF-6C8F-53D7

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).

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."

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 3553-E41F-9618-F1A5 e senha C1BB-28AF-6C8F-53D7

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.[16]

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.[17] Segundo ela, a tutela legal também é igualmente desejável por meio de leis 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.[18]

---

16 Adler, Libby. Gay Priori: A Queer Critical Legal Studies Approach to Law Reform. Duke University Press, 2018. p. 122.

17 Idem. p. 123.

18 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 3553-E41F-9618-F1A5 e senha C1BB-28AF-6C8F-53D7

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".[19] Inevitável concluir que são mortes fruto do preconceito e da intolerância.

Muito poderia ser feito para proteger esses grupos minoritários, e a maior 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 preconceituosas de qualquer tipo, é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal. 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

19 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 3553-E41F-9618-F1A5 e senha C1BB-28AF-6C8F-53D7

> 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 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".

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)".

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 3553-E41F-9618-F1A5 e senha C1BB-28AF-6C8F-53D7

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, 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.

Isso posto, voto no sentido que não seja conhecido o presente

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 3553-E41F-9618-F1A5 e senha C1BB-28AF-6C8F-53D7

mandado de injunção e que, acaso conhecido, seja julgado prejudicado. Superadas as preliminares, voto para que seja provido o *writ*, de maneira a reconhecer a mora legislativa, dando-se ciência ao Congresso Nacional para a adoção das providências necessárias.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 3553-E41F-9618-F1A5 e senha C1BB-28AF-6C8F-53D7

13/06/2019 **PLENÁRIO**

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 63B5-22F0-8347-56CC e senha EC24-1438-9662-E3E8

13/06/2019 **PLENÁRIO**

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733 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 LEWANDOWSCKI, **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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 8D2D-E81A-6916-0E11 e senha B56B-33ED-D9C4-3009

13/06/2019 **PLENÁRIO**

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733 DISTRITO FEDERAL

V O T O

1. A relevância da omissão inconstitucional 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 inconstitucional 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 de um dever de proteção constitucional (*Schutzpflicht*) que visa a tutelar

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B1DB-D336-CA0B-1419 e senha 74AE-C7F4-F45C-E4B0

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 regime constitucional e dos princípios adotados ou incorporados

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B1DB-D336-CA0B-1419 e senha 74AE-C7F4-F45C-E4B0

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 possibilidade da mesma*". (ZAGREBELSKY, Gustavo. ***El derecho***

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B1DB-D336-CA0B-1419 e senha 74AE-C7F4-F45C-E4B0

> ***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 embaraços típicos do processo legislativo.

Importante ilustração da atuação errática e tumultuada do Parlamento resta clara no histórico de tramitação do Projeto de Lei

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B1DB-D336-CA0B-1419 e senha 74AE-C7F4-F45C-E4B0

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 54ª 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 minoriais 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 cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico aos transexuais,*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B1DB-D336-CA0B-1419 e senha 74AE-C7F4-F45C-E4B0

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 Antirracismo (Lei 7.716/1989), para incluir no tipo penal a criminalização

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B1DB-D336-CA0B-1419 e senha 74AE-C7F4-F45C-E4B0

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 minorais 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 avaliza 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 inércia 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 outras omissões inconstitucionais que têm historicamente demandado a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B1DB-D336-CA0B-1419 e senha 74AE-C7F4-F45C-E4B0

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 *(Schutzpflicht)* 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 (*Schutzpflicht des Staats*).

Nesse sentido, os direitos fundamentais não podem ser considerados

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B1DB-D336-CA0B-1419 e senha 74AE-C7F4-F45C-E4B0

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 oportuno rememorar algumas das considerações que fiz quando do

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B1DB-D336-CA0B-1419 e senha 74AE-C7F4-F45C-E4B0

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:
>
> *'O Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B1DB-D336-CA0B-1419 e senha 74AE-C7F4-F45C-E4B0

> *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.

Durante a tramitação dos presentes feitos (ADO e MI), a participação

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B1DB-D336-CA0B-1419 e senha 74AE-C7F4-F45C-E4B0

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 das comunidades LGBT no Brasil. A entidade "Grupo Gay da Bahia –

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B1DB-D336-CA0B-1419 e senha 74AE-C7F4-F45C-E4B0

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 homoafetiva como relação jurídica legítima, e exigem um correspondente

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B1DB-D336-CA0B-1419 e senha 74AE-C7F4-F45C-E4B0

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 desigualação 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 de discriminação que se afiguram igualmente incompatíveis com o

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B1DB-D336-CA0B-1419 e senha 74AE-C7F4-F45C-E4B0

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 homosexuais e tivemos a oportunidade de discutir isso. [...] **Cicularam dentro da Assembleia Constituinte todas as minorias que poderiam ser objeto de racismo**. Nunca se pretendeu, com o debate, restringir ao negro. Não há

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B1DB-D336-CA0B-1419 e senha 74AE-C7F4-F45C-E4B0

> 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 antissemitismo constitui forma de racismo e, em consequência, crime imprescritível, seja porque o conceito de raça não pode ser resumido à semelhança de meras características físicas, seja porque tal movimento vê

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B1DB-D336-CA0B-1419 e senha 74AE-C7F4-F45C-E4B0

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 de reconhecimento da constitucionalidade da união

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B1DB-D336-CA0B-1419 e senha 74AE-C7F4-F45C-E4B0

> 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 controvérsia sobre a tópica enquanto força produtiva de interpretação*".

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B1DB-D336-CA0B-1419 e senha 74AE-C7F4-F45C-E4B0

(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 tal lacuna adotando técnicas de perfil aditivo e concretizador das suas

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B1DB-D336-CA0B-1419 e senha 74AE-C7F4-F45C-E4B0

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 inconstitucionalidade 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 editar normas abstratas, de modo que essa atividade judicial apresentaria

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B1DB-D336-CA0B-1419 e senha 74AE-C7F4-F45C-E4B0

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 servidores públicos civis. Sobretudo no julgamento dos Mandados de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B1DB-D336-CA0B-1419 e senha 74AE-C7F4-F45C-E4B0

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 inconstitucionais.

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 'avocada' a un desarrollo progresivo, la continuidad básica de un*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B1DB-D336-CA0B-1419 e senha 74AE-C7F4-F45C-E4B0

> *ordenamiento legal con fuertes resquicios no sólo protoliberales sino incluso autoritarios, y la simultánea ineficacia 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 impetração*".

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 correspectivo 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 encaminhar esse tema, especialmente diante da já discutida atuação

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B1DB-D336-CA0B-1419 e senha 74AE-C7F4-F45C-E4B0

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 leviatanesco 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 Hamilton – passaram com audácia a aceitar a tarefa de ultrapassar o papel*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B1DB-D336-CA0B-1419 e senha 74AE-C7F4-F45C-E4B0

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 (mas não ativista) no sentido da consagração de direitos fundamentais de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B1DB-D336-CA0B-1419 e senha 74AE-C7F4-F45C-E4B0

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, real ou suposta, da vítima. Os efeitos da interpretação conforme

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B1DB-D336-CA0B-1419 e senha 74AE-C7F4-F45C-E4B0

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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código B1DB-D336-CA0B-1419 e senha 74AE-C7F4-F45C-E4B0

13/06/2019 **PLENÁRIO**

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733 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 "inércia 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 homossexuais e transgêneros, de todo incompatível com a tradição de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 0CBE-00AC-F5A4-8C13 e senha 4A63-CDBC-AE3E-AF3E

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 prenome 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-se à sociedade como de fato se enxerga:

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 0CBE-00AC-F5A4-8C13 e senha 4A63-CDBC-AE3E-AF3E

> […]
>
> 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 efetividade – ou eficácia social, para utilizar a expressão de José Afonso da Silva (“A aplicabilidade das normas constitucionais”, 2008, p. 65) – das

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 0CBE-00AC-F5A4-8C13 e senha 4A63-CDBC-AE3E-AF3E

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.
>
> […]
>
> É preciso proclamar que as Constituições consubstanciam ordens normativas cuja eficácia, autoridade e valor não podem

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 0CBE-00AC-F5A4-8C13 e senha 4A63-CDBC-AE3E-AF3E

> 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 efetuem, em conseqüência, 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, alçando 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, seja da proteção insuficiente fornecida aos integrantes desse grupo vulnerável pelo Estado brasileiro, responsável por promover o bem de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 0CBE-00AC-F5A4-8C13 e senha 4A63-CDBC-AE3E-AF3E

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 regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 0CBE-00AC-F5A4-8C13 e senha 4A63-CDBC-AE3E-AF3E

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 injunção nº 624, relator ministro Menezes de Direito, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 28 de março de 2008, cuja petição inicial

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 0CBE-00AC-F5A4-8C13 e senha 4A63-CDBC-AE3E-AF3E

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 inconstitucionalidade 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 determinada coletividade – homossexuais, transgêneros e demais integrantes desse grupo vulnerável – cujo exercício estaria inviabilizado

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 0CBE-00AC-F5A4-8C13 e senha 4A63-CDBC-AE3E-AF3E

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 inconstitucionalidade 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 defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º –, princípio a partir do qual construído todo o arcabouço constitucional

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 0CBE-00AC-F5A4-8C13 e senha 4A63-CDBC-AE3E-AF3E

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 exemplificativos e desprovidos de significado preciso – rechaça a ampliação do conteúdo proibitivo dos tipos versados na Lei nº 7.716/1989

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 0CBE-00AC-F5A4-8C13 e senha 4A63-CDBC-AE3E-AF3E

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.

A controvérsia resolve-se no plano da lógica. De duas, uma: ou se

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 0CBE-00AC-F5A4-8C13 e senha 4A63-CDBC-AE3E-AF3E

declara eventual "mora inconstitucional 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 fórceps, 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 na Câmara, onde tramita também projeto que proíbe os planos de saúde de limitar a inscrição de dependentes no caso de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 0CBE-00AC-F5A4-8C13 e senha 4A63-CDBC-AE3E-AF3E

> 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 constitucionalmente. Cumpre observar a tríplice reserva institucional, sob pena de não se alcançar patamar civilizatório aceitável.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 0CBE-00AC-F5A4-8C13 e senha 4A63-CDBC-AE3E-AF3E

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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 0CBE-00AC-F5A4-8C13 e senha 4A63-CDBC-AE3E-AF3E

13/06/2019 **PLENÁRIO**

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733 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**.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 9B8A-AC05-8807-7C7E e senha 25C2-12E8-8CD4-0D0C

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733
PROCED. : DISTRITO FEDERAL
RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
IMPTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT
ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (0242668/SP)
IMPDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS
ADV.(A/S) : RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF (0046088/PR)
AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA - CFP
ADV.(A/S) : VICTOR MENDONÇA NEIVA (15682/DF) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA - IBDFAM
ADV.(A/S) : MARIA BERENICE DIAS (74024/RS, 74024/RS) E OUTRO(A/S)

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela impetrante, o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti; pela Advocacia-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 Dignidade - pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, a Dra. Ananda Hadah Rodrigues Puchta; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito de Familia - IBDFAM, o Dr. Rodrigo da Cunha Pereira; 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: Apregoado para julgamento em conjunto com a ADO 26. Após o início da leitura do voto do Ministro Celso de Mello, Relator da citada ação, o julgamento da ADO e deste mandado de injunção foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 14.2.2019.

Decisão: Apregoado para julgamento em conjunto com a ADO 26. Após o voto do Ministro Celso de Mello, Relator da citada ação, o julgamento da ADO e deste mandado de injunção foi suspenso. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 20.2.2019.

Decisão: Após os votos dos Ministros Edson Fachin (Relator), Celso de Mello, Alexandre de Moraes e Roberto Barroso, que

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código E40C-4CD3-6373-7934 e senha 1BA8-417B-7E14-70E1

julgavam procedente o mandado de injunção, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 21.2.2019.

Decisão: Após os votos dos Ministros Rosa Weber e Luiz Fux, que acompanhavam o Ministro Edson Fachin (Relator), julgando procedente o mandado de injunção, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 23.05.2019.

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não admitia a via mandamental. Por maioria, julgou procedente o mandado de injunção para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei nº 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, nos termos do voto do Relator, vencidos, em menor extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente) e o Ministro Marco Aurélio, que julgava inadequada a via mandamental. 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, Cármen 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código E40C-4CD3-6373-7934 e senha 1BA8-417B-7E14-70E1