

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

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

ADO 26 / DF

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E
TRANSSEXUAIS - ANTRA
ADV.(A/S) : IGOR LUIS PEREIRA E SILVA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO
FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, proposta pelo PARTIDO POPULAR SOCIALISTA - PPS, para o fim de obter a *criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) decorrência da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88).*

Narra a peça inicial que *a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo, na medida em que racismo é toda ideologia que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro (e a homofobia e a transfobia implicam necessariamente na inferiorização da população LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras que se identificam com o próprio gênero).* Acrescenta que *a homofobia e a transfobia inequivocamente se enquadram no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, donde enquadradas, nesta hipótese subsidiária (caso não se as entenda como espécies do gênero racismo), no disposto no art. 5º, inc. XLI, da CF/88, que, no presente caso, impõe a elaboração de legislação criminal que puna tais condutas.*

Argumenta ainda que *considerado o princípio da proporcionalidade em sua vertente da proibição de proteção deficiente, tem-se que é necessária a*

ADO 26 / DF

criminalização específica das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima porque o atual quadro de violência e discriminação contra a população LGBT tem tornado faticamente inviável o exercício dos direitos fundamentais à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero das pessoas LGBT em razão do alto grau de violência e discriminação contra elas perpetradas na atualidade, donde inviabilizado, inclusive, o direito fundamental à segurança desta população.

Entende que todas as formas de homofobia e transfobia devem ser punidas com o mesmo rigor aplicado atualmente pela Lei de Racismo, sob pena de hierarquização de opressões, decorrente da punição mais severa de determinada opressão relativamente a outra.

Esclarece que tal superação da exigência de legalidade estrita parlamentar para que o STF efetive a criminalização específica da homofobia e da transfobia é juridicamente possível pela ausência de proibição normativa a tanto e, ainda, se faz necessária no atual contexto brasileiro na medida em que nosso Parlamento lamentavelmente nega a supremacia constitucional ao se recusarem a elaborar referida legislação criminal.

Tece considerações sobre a fixação do dever estatal de indenizar vítimas de homofobia e transfobia enquanto tais condutas não forem criminalizadas.

Pede, ao final, que:

(a) seja reconhecido que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo, de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar o racismo constata do art. 5º, inc. XLII, da CF/88, já que elas inferiorizam pessoas LGBR relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras ou, subsidiariamente, reconhecê-las como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar constante do art. 5º, inc. XLI, da CF/88;

(b) seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e transfobia;

ADO 26 / DF

(c) cumulativamente, seja fixado prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima;

(d) caso transcorra o prazo fixado pela Suprema Corte, seja efetivamente tipificada a homofobia e a transfobia como crime específico e fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia.

A Procuradoria-Geral da República, por sua vez, opinou pelo conhecimento parcial da ação direta e, no mérito, pela procedência do pedido.

O parecer ministerial foi assim ementado:

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

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

2. Deve conferir-se interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a

ADO 26 / DF

população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). Não se trata de analogia *in malam partem*.

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

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

5. Existência de projetos de lei em curso no Congresso Nacional não afasta configuração de mora legislativa, ante período excessivamente longo de tramitação, a frustrar a força normativa da Constituição e a consubstanciar *inertia deliberandi*.

6. A ausência de tutela judicial concernente à criminalização da homofobia e da transfobia mantém o estado atual de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional.

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

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela improcedência dos pedidos, afirmando não existir omissão inconstitucional atribuível ao Congresso Nacional no que diz respeito à ausência de criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia.

Em seu detalhado e erudito voto, o Decano de nossa SUPREMA CORTE, Ministro CELSO DE MELLO, julgou procedente a presente ação, com eficácia geral e efeito vinculante, para:

(a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos

ADO 26 / DF

integrantes do grupo LGBT;

(b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União;

(c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, “caput”, da Lei nº 9.868/99;

(d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e

(e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento.

É a síntese do essencial.

1) CABIMENTO DA ADO.

No tocante ao cabimento da presente ADO, nos mesmos termos do

ADO 26 / DF

eminente Ministro Relator, CELSO DE MELLO, somente não conheço do pedido de responsabilização civil do Estado, pois, em sede de jurisdição constitucional concentrada, essa formulação, a partir da análise de pedidos condenatórios por danos morais e materiais derivados de situações individuais e específicas, é inviável, por afastar-se da tutela objetiva da ordem constitucional, que não permite a discussão de interesses individuais, como já pacificado nesta CORTE:

“A solução de situações jurídicas concretas ou individuais não se coaduna com a natureza do processo objetivo de controle de constitucionalidade. Precedentes. Agravo a que se nega provimento. ” (ADI 4.620-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe de 1º/8/2012).

“AGRAVO REGIMENTAL. REVISÃO GERAL ANUAL DE VENCIMENTOS. OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. DEVER DE INDENIZAR. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. Não sendo possível, pela via do controle abstrato, obrigar o ente público a tomar providências legislativas necessárias para prover omissão declarada inconstitucional – na espécie, o encaminhamento de projeto de lei de revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos –, com mais razão não poderia fazê-lo o Poder Judiciário, por via oblíqua, no controle concreto de constitucionalidade, deferindo pedido de indenização para recompor perdas salariais em face da inflação. ” (RE 510467 AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 02/03/2007, DJ 30-03-2007).

"eventuais lesados em seus direitos subjetivos por consequências advindas da vigência de norma revogada ou exaurida devem buscar a reparação em ação própria, uma vez que o controle concentrado não tem por escopo a satisfação de direitos subjetivos individuais ou coletivos." (ADI 4147, decisão monocrática do Min. LUIZ FUX, DJe 3/8/2018).

2) ESTADO DE MORA CONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADES CONSTITUCIONAIS DE COLMATAÇÃO.

Novidade em nosso direito constitucional, o § 2º do artigo 103 da Constituição de 1988 estabelece que *“Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”*.

As normas constitucionais que permitem o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão não decorrem de todas as espécies de omissões do Poder Público, mas tão só em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e caráter impositivo e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade. Portanto, sempre haverá a necessidade de lacunas na estrutura normativa, que necessitem ser colmatadas por leis, atos normativos ou comandos administrativos. O que se pretende é preencher as lacunas inconstitucionais, para que as normas constitucionais obtenham eficácia plena.

O controle abstrato de inconstitucionalidade por omissão prevê, ainda, a existência de um segundo pressuposto. O cabimento da ADO exige uma relação conflituosa entre a Constituição Federal e a atuação do Poder Público (Legislativo ou Executivo), ou seja, o autor da ação deve indicar ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL a efetiva contradição entre a determinação de mandamento constitucional expresso na exigência de uma conduta positiva do Poder Público e sua inércia total ou parcial, caracterizada pela conduta negativa, caracterizadora da *“omissão”* (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 23, nº 89, p. 49, jan./mar. 1986; DIRCEO TORRECILLAS RAMOS. *O controle de constitucionalidade por via de ação*. São Paulo: Angelotti, 1992. p. 100. SIMONE ANDRÉA BARCELOS

ADO 26 / DF

COUTINHO. Um caso de omissão inconstitucional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo: Centro de Estudos, nº 51/52, p. 143, jan./dez. 1999; Paulo Eduardo GARRIDO MODESTO. Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, nº12, p. 173, jul./set. 1995; Adhemar Ferreira MACIEL. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 26, nº101, p. 115, jan./mar. 1989; Mônica de MELO. Assédio sexual: um caso de inconstitucionalidade por omissão. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 36, nº 143, p. 85, jul./set. 1999; João Alfredo MUSSOLINO DE FREITAS. Supremacia da Constituição: ofensa ao princípio e estado democrático de direito, devido à não regulamentação de dispositivos constitucionais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº16, p. 207, jul./set. 1996; Nelson SALDANHA. O Estado contemporâneo e a ideia de “omissão” constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, nº1, p. 255, out./dez. 1992).

O cabimento da ADO está vinculado diretamente à omissão do Poder Público em atender expressa determinação constitucional de atuação do Poder Público, com a finalidade de garantir a aplicabilidade e eficácia da norma constitucional. Exatamente, nessa *conduta negativa* consiste a inconstitucionalidade.

A incompatibilidade entre a *conduta positiva* exigida pela constituição e a *conduta negativa* do Poder Público omissa configura-se na chamada *inconstitucionalidade por omissão*. Note-se que esta omissão poderá ser *absoluta* (total) ou *relativa* (parcial), como afirma GILMAR MENDES, pois “a total ausência de normas, como também a omissão parcial, na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório de dever constitucional de legislar” (*Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 289).

Como destacado por esta SUPREMA CORTE:

ADO 26 / DF

“Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facer* ou *non praestare*, resultara a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando nenhuma providência é adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...) A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental” (RTJ 162/877, Rel. Min. Celso de Mello).

Exatamente, para combater essa omissão, denominada doutrinariamente de *síndrome de inefetividade*, por acarretar a inaplicabilidade de algumas normas constitucionais, a Constituição Federal trouxe-nos a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cuja finalidade destacada por CANOTILHO é “começar a destruir o ‘rochedo de bronze’ da incensurabilidade do silêncio” do Poder Estatal responsável por dar plena efetividade às normas constitucionais (As garantias do cidadão na justiça. coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 367).

A detalhada e bem fundamentada petição inicial aponta a existência dessa incompatibilidade entre a *conduta positiva* exigida pela Constituição, em seu artigo 5º, XLI (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”); e a *conduta negativa* do Poder Legislativo, em tese, omissa, ao não punir atos atentatórios à orientação sexual e à identidade de gênero, com a edição de lei penal incriminadora.

Segundo o autor, o texto constitucional *obriga* o Poder Legislativo a

ADO 26 / DF

emitir um comando normativo incriminador e este se quedou inerte.

Expressamente, a petição inicial alega:

“Com efeito, é inegável que todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) *das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima* constitui uma **discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais**, pois: (i) viola o **direito fundamental à liberdade**, pois implica negação à população LGBT de realizar atos que não prejudicam terceiros e que não são proibidos pela lei; (ii) viola o **direito fundamental à igualdade**, pois não há fundamento lógico-racional que justifique a discriminação [negativa] da população LGBT relativamente a heterossexuais não-transgêneros.

Ademais, é inegável que a situação de violência existente contra a população LGBT na atualidade viola o seu **direito fundamental à segurança** e demonstra como o Estado Brasileiro **não** está ofertando uma **proteção eficiente** à mesma, donde desrespeitado direito fundamental da população LGBT pela ausência de lei específica criminalizadora da homofobia e da transfobia.

Assim, subsidiariamente, caso se entenda que a homofobia e a transfobia não constituiriam espécies do gênero *racismo*, com o que não se concordará, **requer-se** seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional em criminalizar todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) *as ofensas (individuais e coletivas), os homicídios, as agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima* por conta da ordem constitucional de punir criminalmente constante do art. 5º, inc. XLI, da CF/88, por se caracterizarem como *discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais*”.

O autor da presente ação, portanto, requer a declaração de inconstitucionalidade por omissão, com a conseqüente introdução do

ADO 26 / DF

Congresso Nacional em *mora inconstitucional*, por ter-se mantido inerte na criminalização específica da homofobia e transfobia, conforme exigência do artigo 5º, inciso LXI (“*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”), da Constituição Federal. Pleiteia, ainda, que seja fixado prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora e, em caso de manutenção da inércia estatal, que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL tipifique as condutas criminosas, “*superando-se a exigência de legalidade estrita parlamentar*”.

A constatação de efetiva omissão constitucional do Poder Legislativo depende da análise de duas questões sucessivas:

(a) incidência do inciso XLI do art. 5º da CF nas condutas discriminatórias praticadas em razão de orientação sexual ou identidade de gênero (homofobia e transfobia);

(b) obrigatoriedade de edição de norma penal incriminadora específica para tipificar as condutas de homofobia e transfobia e, conseqüentemente, sanar o estado de *mora inconstitucional*.

A primeira questão – *incidência do inciso XLI do art. 5º da CF nas condutas discriminatórias praticadas em razão de orientação sexual ou identidade de gênero (homofobia e transfobia)* – me parece incontestada, pois a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação por conta da orientação sexual ou identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa configuram ostensiva e flagrante “*discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”.

A peça inicial aponta efetivamente a existência de discriminação atentatória, narrando que:

“os atos de ofensas (físicas e verbais), homicídios, ameaças e discriminações praticados contra pessoas LGBT em nosso país têm motivação inequivocamente racista, pois se tratam de atos violentos, constrangedores, intimidatórios e/ou vexatórios realizados unicamente

ADO 26 / DF

pelo fato de as pessoas LGBT terem uma orientação sexual não-heterossexual/heteroafetiva e uma identidade de gênero transgênera, ou seja, por não serem heterossexuais e/ou por terem uma identidade de gênero não-coincidente com o gênero socialmente atribuído a seu sexo biológico. Afinal, tais atos violentos, constrangedores, intimidatórios e/ou vexatórios são motivados única e exclusivamente pelo fato das pessoas LGBT serem LGBT, ou seja, unicamente por sua orientação sexual e/ou por sua identidade de gênero, nenhum motivo mais. O horrendo “estupro corretivo”, manifestação típica de lesbofobia, cometido contra mulheres lésbicas com o intuito de “mostrar a elas o que estão perdendo” (sic...); as nefastas agressões contra gays e bissexuais, inclusive cometidas por pais a seus filhos, para “que se tornem homens” (sic...); as nefastas agressões e assassinatos cometidos contra travestis e transexuais pelo simples fato de se identificarem com o gênero oposto ao socialmente atribuído ao seu sexo biológico e, assim, adequarem seu corpo a sua identidade de gênero; tais horrendas, nefastas e absurdas condutas demonstram o caráter tipicamente racista do heterossexismo social e/ou da homofobia e da transfobia na atualidade...”.

Nos tópicos “8” e “9” do voto do eminente Ministro Relator, CELSO DE MELLO, foram feitas completas “considerações em torno dos registros históricos e das práticas sociais contemporâneas que revelam o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório que tem sido dispensado à vivência homoerótica em nosso País” e apontada a “violência contra integrantes da comunidade LGBT ou ‘a banalidade do mal homofóbico e transfóbico’”. Relembro alguns tópicos:

- a) **Aumento** de 30%, em 2017 **em relação** ao ano anterior, dos homicídios **contra** o grupo LGBT, **atingindo** o número de 445 mortes no período;
- b) **56% dos assassinatos** ocorrem em via pública;
- c) **das 445 vítimas** referidas, **194** (43,65%), **eram gays, 191 (42,9%) trans, 43 (9,7%) lésbicas, 5 (1,%) bissexuais e 12 (2,7%) heterossexuais**, estes incluídos porque foram mortos em circunstâncias que revelam condutas homofóbicas dos

agressores, *v.g.* **em defesa** de gays amigos/parentes;

d) **o número de transgêneros mortos entre 2016 e 2017 demonstra que o Brasil** é o primeiro colocado no “*ranking*” mundial, tal como referido pelo Relatório Mundial da Transgender Europe, organização que registra dados relacionados ao tema;

e) **jovens que são rejeitados** por sua família têm alto índice de tentativa de suicídios (8,4 vezes mais);

f) **foram registrados**, até outubro, no ano de 2018, 347 homicídios de pessoas LGBT no país.

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

i) *“Ele tem ódio de homossexuais’, diz delegado sobre homicídio em Agudos”* (<http://g1.globo.com>);

ii) *“Cabeleireiro é apedrejado até a morte na Zona Norte de Natal, diz polícia”* (<http://g1.globo.com>)

iii) *“Homem que tirou foto antes de esquartejar admite ódio por gays”* (<http://g1.globo.com>)

iv) *“Agricultor é morto a facadas pelo filho na Zona da Mata de PE – Rapaz de 20 anos não aceitava que o pai fosse homossexual”* (<http://g1.globo.com>)

v) *“Menino teve fígado dilacerado pelo pai, que não admitia que criança gostasse de lavar louça – Alex, de 8 anos, era espancado repetidas vezes para aprender a ‘andar como homem’”* (<https://oglobo.globo.com>)

vi) *“Homem é suspeito de tentar estuprar filha lésbica para fazê-la ‘virar mulher’”* (<http://g1.globo.com>)

vii) *“Vai virar mulher de verdade: lésbicas são vítimas de*

estupro coletivo" (<http://g1.globo.com>)

viii) *"Turista gay é espancado por grupo em SP e post viraliza: 'não foi minha escolha'"* (<http://g1.globo.com>)

ix) *"Polícia investiga homicídio de travesti que foi espancada até a morte em CE"* (<http://g1.globo.com>)

x) *"Jovem gay é morto a facadas próximo a parque em São Paulo"* (<https://oglobo.globo.com>)

xi) *"Corpo queimado em canavial é de rapaz morto pela mãe por ser gay"* (www.em.com.br)

xii) *"Morre transexual que foi esfaqueada no centro de Aracaju"* (<https://oglobo.globo.com>)

xiii) *"Nunca tinha passado por isso", diz lésbica agredida em lanchonete de SP"* (<http://g1.globo.com>)

Inegável, portanto, que a prática homofóbica e transfóbica representa inaceitável, gravíssima e odiosa *discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*.

Em relação à segunda questão – *obrigatoriedade de edição de norma penal incriminadora específica para tipificar as condutas de homofobia e transfobia e, conseqüentemente, sanar o estado de mora inconstitucional* –, verificamos posicionamentos antagônicos nas diversas manifestações dos autos, tanto em relação à existência de omissão, quanto no tocante à *obrigatoriedade de colmatação da previsão constitucional com a obrigatória edição de norma penal incriminadora*.

O autor defende não só a existência de inércia legislativa, a caracterizar omissão inconstitucional, nos termos do inciso XLI do art. 5º da CF; mas também a necessidade de edição de norma penal específica, que, efetivamente, puna *qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, relacionada à homofobia ou transfobia*, uma vez que a legislação atual é esparsa e insuficiente (*"proteção insuficiente"*).

Narra a peça inicial que:

"a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo, na medida em que racismo é toda ideologia que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro (e a

ADO 26 / DF

*homofobia e a transfobia implicam necessariamente na inferiorização da população LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras que se identificam com o próprio gênero)”.
(...)*

“a homofobia e a transfobia inequivocamente se enquadram no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, donde enquadradas, nesta hipótese subsidiária (caso não se as entenda como espécies do gênero racismo), no disposto no art. 5º, inc. XLI, da CF/88, que, no presente caso, impõe a elaboração de legislação criminal que puna tais condutas”.
(...)

“considerado o princípio da proporcionalidade em sua vertente da proibição de proteção deficiente, tem-se que é necessária a criminalização específica das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima porque o atual quadro de violência e discriminação contra a população LGBT tem tornado faticamente inviável o exercício dos direitos fundamentais à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero das pessoas LGBT em razão do alto grau de violência e discriminação contra elas perpetradas na atualidade, donde inviabilizado, inclusive, o direito fundamental à segurança desta população... tal superação da exigência de legalidade estrita parlamentar para que o STF efetive a criminalização específica da homofobia e da transfobia é juridicamente possível pela ausência de proibição normativa a tanto e, ainda, se faz necessária no atual contexto brasileiro na medida em que nosso Parlamento lamentavelmente nega a supremacia constitucional ao se recusarem a elaborar referida legislação criminal”.

O posicionamento do autor é reforçado pela manifestação de diversos *amici curiae*, que apontam a omissão legislativa e a imediata necessidade de edição de lei penal que tipifique as condutas homofóbicas e transfóbicas.

O Grupo Dignidade pela cidadania de gays, lésbicas e transgêneros, em sua manifestação, entende que:

ADO 26 / DF

“Tal questão se mostra ainda mais evidente visto que a postura do Estado em relação às violências causadas por opressões culturais, como o racismo e o machismo, de forma geral, é a criminalização, como se vê na criminalização do racismo e do feminicídio. Um tratamento diferenciado apenas para LGBTI seria evidente afronta à isonomia. Enquadra-se, portanto, o dever de combate à homofobia e transfobia na ordem constitucional de legislar criminalmente, disposta no artigo 5º, inc. LVII da CF/88, bem como na ordem constitucional de punir criminalmente do artigo 5º, inc. LVI da CF/88, caracterizando-se assim a mora do Congresso Nacional na criminalização específica dessas formas de violência”.

Por sua vez, a ANTRA – Associação Nacional dos Travestis e Transexuais, argumenta que:

“ A violência contra a população LGBT é gravíssima. Nós somos um país ainda muito pouco inclusivo e plural. Os dados de monitoramento das políticas públicas nos ajudam a entender essa realidade, que precisa ser combatida para a construção de um Brasil mais democrático e humano. Segundo o Relatório Final da 3ª Conferência Nacional de Políticas Públicas de Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBT (BRASIL, 2016, p. 16), 2.964 violações aos direitos LGBT ocorreram só no ano de 2015. Esse número é muito maior na realidade, pois o Estado não toma conhecimento de muitas violências homofóbicas — é o fenômeno da subnotificação. Infelizmente, a violência LGBT ainda é banalizada no país”.

O GADVS – Grupo de Advogados pela diversidade sexual, afirma que:

“a não previsão legal da punição da homofobia no Brasil constitui uma violação direta dos ordenamentos constitucional e convencional, não podendo o País alegar em sua defesa questões como reserva legal ou silêncio eloquente, uma vez que há um comando não apenas objetivo/direto, mas também urgente quanto ao tratamento da questão da homofobia nos Estados Americanos”.

O Grupo Gay da Bahia, por fim, acrescenta que:

“Constituição Cidadã é clara quando preceitua que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a “cidadania”, a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, incs. II e III) e tem como objetivo “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, bem como “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, incs. I e IV). O Estado Democrático de Direito só se concretiza e mostra sua força quanto mais se respeitam e se possibilita o exercício dos direitos básicos, a convivência pacífica em sociedade”.

Por sua vez, o Senado Federal defende a constitucionalidade de sua conduta, uma vez que não existiria mandamento constitucional expreso e obrigatório no sentido de específica criminalização das condutas homofóbicas e transfóbicas; e, conseqüentemente, as medidas legislativas, atualmente, existentes – dentro da legítima opção do legislador – afastariam eventuais lacunas legislativas, e, portanto, a própria omissão inconstitucional.

Em sua manifestação, o Senado da República afirma que:

“parece incontroverso que atos de homofobia e transfobia caracterizam violação à segurança e à liberdade individuais, que estão expressamente consagrados no catálogo de direitos fundamentais da Carta Magna (art. 5º, caput). Igualmente incontroverso que tais atos, sem exceção, encontram reprimenda penal, ou seja, já existe tipificação penal destinada a tutelar os bens jurídicos penais em discussão (crimes contra a honra, lesão corporal, ameaça, homicídio, etc.).

(...)

“descabe invocar o inciso XLI do art. 5º da CR/88, pois o dispositivo exige apenas que haja punição prevista em lei para atos atentatórios aos direitos e às liberdades fundamentais – o que já existe – mas não prevê a criminalização específica”.

(...)

ADO 26 / DF

“o Poder Legislativo exerceu e exerce, no tema em questão, seu dever no Estado Democrático de Direito. Ambas as Casas Legislativas da União apreciaram e apreciam a matéria e, inclusive, aprofundaram a discussão, inclusive com a participação popular. Assim, nota-se que os motivos do não atendimento imediato do pleito de criminalização, que parte da premissa equivocada que a Constituição determinaria, não pode ser imputado ao Congresso Nacional, não sendo, em homenagem à harmonia e independência dos poderes, caso de uma medida de declaração de omissão constitucional”.

Outros diversos *amici curiae* adotaram o mesmo posicionamento:

Entende a COBIM – Convenção das Igrejas Evangélicas Meonitas, que:

“não cabe ao Poder Judiciário, nem ao próprio Supremo Tribunal Federal, invadir a competência legislativa exclusiva do Congresso Nacional, como é no caso das legislações penais (...) Sendo assim, temos como juridicamente impossíveis os pedidos deduzidos na inicial, ante a impossibilidade do Supremo Tribunal Federal funcionar como legislador positivo, situação que, caso ocorra, ferirá de morte o princípio da separação dos poderes e seria salutar o reconhecimento da preliminar ora invocada ante a inviabilidade jurídica dos pedidos deduzidos na inicial”.

A Frente Parlamentar da Família e Apoio à Vida, em sua manifestação, afirma que:

“Nesse conjunto de ideias, é de se concluir que, havendo, na matéria, reserva de parlamento, nem mesmo é dado ao Órgão de Cúpula do Poder Judiciário se imiscuir, conquanto por sentença meramente exortativa, no juízo de oportunidade e conveniência do legislador penal, qualificado por ampla discricionariedade política. A criação de tipo penal, com efeito, não pode ser, num regime democrático, sugerida pelo Poder Judiciário, ou influenciada ainda que por decisão de cunho declaratório, sobretudo se nela fixada prazo para o desempenho da atividade monogenética”.

ADO 26 / DF

A Associação Nacional de Juristas evangélicos, em suas alegações, aponta que:

“não há comando constitucional de criminalização específica da homofobia e transfobia. Assim, não há que se falar em inconstitucionalidade por omissão, muito menos da possibilidade de criminalização por provimento jurisdicional, pois, reitere-se, essa decisão cabe exclusivamente ao legislador infraconstitucional”.

Da mesma maneira, a AGU defendeu a inexistência de comando constitucional específico de criminalização de todas as condutas discriminatórias e atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais, inclusive em relação a todas as formas de homofobia e transfobia, concluindo pela inexistência de mora congressual:

“No caso dos autos, entretanto, não existe qualquer comando constitucional expresso que exija tipificação criminal específica para a homofobia e transfobia. Não há que se falar, portanto, em obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público; desse modo, ainda que, em tese, a criminalização possa ser tida como legítima, ela não é obrigatória.

Daí se infere que o requerente não pretende assegurar o exercício de um direito previsto na Constituição, mas objetiva, em verdade, um regramento específico, uma tipicidade especial para condutas de homofobia e transfobia. Ocorre que os direitos garantidos pela Constituição Federal referem-se apenas à necessidade de punição de todas as formas de discriminação e racismo (fim) e não à legislação específica de um tipo especial de conduta (meio) ”.

Em que pese a excelência dos diversos posicionamentos, na presente hipótese, flagrante a insuficiência protetiva aos direitos e liberdades fundamentais contra qualquer tipo de discriminação homofóbica e transfóbica.

As práticas homofóbicas e transfóbicas constituem terrível histórico

ADO 26 / DF

em nosso país, com constante e determinado padrão de acentuado desrespeito cruel ao rol de direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT, caracterizando a necessidade de efetivação da proteção constitucional prevista no inciso XLI do artigo 5º, com a devida edição legislativa para *“punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais relacionados à orientação sexual e identidade de gênero”*.

A existência de poucas e esparsas políticas públicas e, principalmente, legislações estaduais para combater as práticas homofóbicas e transfóbicas não afasta a omissão constitucional, em face da exigência de proteção legal satisfatória contra atentados discriminatórios aos direitos e liberdades fundamentais praticados em virtude de orientação sexual e identidade de gênero.

Em que pese a complexidade do tema, trata-se de uma constatação objetiva, por meio da análise dos componentes internacionais mínimos e obrigatórios exigidos para a salvaguarda igualitária dos direitos e liberdades fundamentais, em virtude de orientação sexual e identidade de gênero, conforme destacado na *“Introdução aos Princípios de Yogyakarta”*, editado sob a coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos, em novembro de 2006:

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. A orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso.

Muitos avanços já foram conseguidos no sentido de assegurar que as pessoas de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e respeito a que todas as pessoas têm direito. Atualmente, muitos Estados possuem leis e constituições que garantem os direitos de igualdade e não-discriminação, sem distinção por motivo de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

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

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

O sistema internacional deu passos significativos na direção da igualdade entre os gêneros e na proteção contra a violência na sociedade, comunidade e família. Além disso, importantes mecanismos de direitos humanos das Nações Unidas têm afirmado a obrigação dos Estados de assegurar a todas as pessoas proteção eficaz contra discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero. Entretanto, a resposta internacional às violações de direitos humanos com base na orientação sexual e identidade de gênero tem sido fragmentada e inconsistente.

Para enfrentar essas deficiências, é necessária uma compreensão consistente do regime abrangente da legislação internacional de direitos humanos e sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero. É crítico fazer um exame detalhado e clarificar as obrigações dos Estados perante as atuais leis internacionais de direitos humanos, para promover e proteger todos os direitos humanos de todas as

ADO 26 / DF

pessoas, na base da igualdade e sem discriminação”.

Da mesma maneira, a Organização das Nações Unidas editou o documento “Nascidos Livres e Iguais – Orientação sexual e identidade de Gênero no Regime Internacional de Direitos Humanos” (*Born Free and Equal – Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law*), que aponta os “CINCO PRINCIPAIS TÓPICOS” para efetivação da proteção legal aos direitos e liberdades fundamentais em virtude de orientação sexual e identidade de gênero:

1. Proteger as pessoas da violência homofóbica e transfóbica. Incluir a orientação sexual e a identidade de gênero como características protegidas por leis criminais contra o ódio. Estabelecer sistemas efetivos para registrar e relatar atos de violência motivados pelo ódio. Assegurar investigação efetiva, instauração de processo contra os perpetradores e reparação das vítimas de tal violência. Leis e políticas de asilo devem reconhecer que a perseguição de alguém com base em sua orientação sexual ou identidade de gênero pode ser um motivo válido para um pedido de asilo.

2. Prevenir a tortura e o tratamento cruel, desumano e degradante às pessoas LGBT em detenção através da proibição e punição de tais atos, garantindo que as vítimas sejam socorridas. Investigar todos os atos de maus tratos por agentes do Estado e levar os responsáveis à justiça. Prover treinamento apropriado aos funcionários responsáveis pela aplicação da lei e garantir um controle eficaz dos locais de detenção.

3. Revogar leis que criminalizam a homossexualidade, incluindo todas as leis que proíbem a conduta sexual privada entre adultos do mesmo sexo. Assegurar que não sejam presos ou detidos em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero, e não sejam submetidos a exames físicos degradantes e desnecessários com a finalidade de determinar sua orientação sexual.

ADO 26 / DF

4. Proibir a discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero. Promulgar leis abrangentes que incluam a orientação sexual e identidade de gênero como motivos proibidos para discriminação. Em especial, assegurar o acesso não discriminatório a serviços básicos, inclusive nos contextos de emprego e assistência médica. Prover educação e treinamento para prevenir a discriminação e estigmatização de pessoas intersexo e LGBT.

5. Proteger as liberdades de expressão, de associação e de reunião pacífica para as pessoas intersexo e LBGT. Qualquer limitação destes direitos deve ser compatível com o direito internacional e não deve ser discriminatória. Proteger indivíduos que exercitam seus direitos de liberdade de expressão, de associação e de reunião dos atos de violência e intimidação por grupos privados.

No mesmo sentido, a alínea “i” do Parecer Consultivo OC-24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretar o Pacto de São José da Costa Rica em relação à presente matéria, exige amplo sistema legal protetivo:

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

O cotejo entre o consenso internacional sobre as medidas necessárias para a efetiva proteção contra condutas homofóbicas e transfóbicas e a legislação nacional demonstra a existência de significativa omissão constitucional do Poder Legislativo, em efetivar a devida proteção legal aos direitos e liberdades fundamentais de toda a comunidade LGBT,

ADO 26 / DF

inclusive por meio de produção legislativa punitiva contra qualquer tipo de discriminação, nos termos exigidos pelo inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal.

Não me parece, portanto, existir qualquer dúvida da existência de omissão, caracterizadora do estado de mora constitucional.

Constatada a omissão constitucional do legislador, no tocante ao inciso XLI do artigo 5º do texto constitucional, há necessidade da definição do caráter de seu conteúdo, para que, efetivamente, possa ser realizada sua colmatação.

Em outras palavras, esta CORTE deve definir se o dispositivo constitucional é genérico, permitindo ao Congresso Nacional a opção entre editar legislação administrativa, civil ou penal; ou todas; ou, se, efetivamente, existe um comando constitucional determinante para, independentemente de normas de outras espécies, a edição de lei penal incriminadora, que concretize punições das condutas homofóbicas e transfóbicas.

Salienta-se a posição tópica do inciso XLI, como indicadora da presença de uma verdadeira determinação constitucional para a edição de lei penal, pois faz parte do núcleo penal e processual penal do artigo 5º, protetivo ao direito de liberdade, que se inicia no inciso XXXVII (não haverá júízo ou tribunal de exceção) e prossegue até o inciso LXVIII (consagração do habeas corpus); mesmo que não exclusivamente penal em alguns dispositivos.

Nesse sentido, manifestou-se a Procuradoria-Geral da República:

“A necessária criminalização da homofobia e da transfobia não foi deixada à discricionariedade política do legislador pela Constituição da República de 1988, a qual dispôs expressamente a respeito da punição de qualquer discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais, no art. 5º, XLI, e, logo em seguida, determinou tratamento penal específico para a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão (art. 5º, XLII). É verdade que, em ambos os dispositivos, atribui à lei a respectiva

ADO 26 / DF

disciplina, mas não é menos verdade que a Constituição estabeleceu dever específico de legislar para proteger tal valor constitucional”.

Entretanto, mais importante que a própria localização do referido inciso XLI, no rol dos direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, saliento que a interpretação lógica e teleológica de diversos dispositivos constitucionais protetivos de direitos e liberdades fundamentais de importantes grupos historicamente vulneráveis e discriminados comprova a existência de verdadeiro padrão protetivo de implementação legislativa na atuação do próprio Congresso Nacional.

Em todos os comandos constitucionais obrigatórios dirigidos ao legislador, para punição a diversas formas de desrespeito de direitos e liberdades fundamentais, o Congresso Nacional, ao colmatar as lacunas constitucionais, entendeu necessária a edição de leis penais.

REPITO. O próprio Congresso Nacional estabeleceu um verdadeiro padrão protetivo de implementação legislativa para a colmatação dos comandos constitucionais protetivos de direitos e garantias fundamentais de diversos e tradicionais grupos vulneráveis.

A Lei 7.716/89 estabeleceu, em observância aos incisos XLII, do artigo 5º da CF, os tipos penais referentes a discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Assim, também, ocorreu em relação à implementação de medidas protetivas aos direitos e garantias fundamentais das crianças e adolescentes, dos idosos, das pessoas com deficiência e dos consumidores. A omissão legislativa, com o consequente estado de mora constitucional, persiste, tão somente, em relação às necessárias medidas normativas punitivas quanto às condutas discriminatórias por orientação sexual e identidade de gênero.

Ao disciplinar legislativamente a proteção integral à criança e ao adolescente, nos termos do *caput* do art. 227 da Constituição Federal, o Congresso Nacional editou o “*Estatuto da Criança e do Adolescente*” (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990), dispondo, expressamente, em seu Título VII, Capítulo I, sobre crimes praticados contra a criança e o adolescente,

ADO 26 / DF

por ação ou omissão, sem prejuízo do disposto na legislação penal. Foram criados, inicialmente, 17 (dezessete) tipos penais, acrescido de 1 (uma) infração penal pela Lei nº 9.975/2000. Alguns desses tipos penais foram aperfeiçoados pela Lei nº 11.829/2008, que, ainda, criou outros 5 (cinco) tipos penais; assim como a Lei nº 12.015/09, que acrescentou mais um ao rol de infrações penais destinadas àqueles que desrespeitam os direitos e liberdades das crianças e adolescentes.

Da mesma maneira, ao disciplinar o § 4º do artigo 227 (*“A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”*), o Congresso Nacional editou normas penais presentes na Lei nº 11.826/2008, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente, para *“aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet”*.

Não foi diferente a atuação do Congresso Nacional ao editar a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, para estabelecer normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas com deficiência, e sua efetiva integração social, nos termos do § 2º do artigo 227 (*“A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência”*). Além de medidas administrativas e civis, a lei criou crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa para condutas atentatórias aos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

O Poder Legislativo atuou de igual maneira para garantir a plena efetividade do § 8º do artigo 226 (*“O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”*), resultando na edição da Lei 11.340/2006, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, estabelecendo que *“configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”*.

ADO 26 / DF

O mesmo padrão protetivo de implementação legislativa foi seguido quando o Congresso Nacional editou a necessária legislação para efetivar a proteção constitucional aos consumidores e colmatar a exigência do inciso XXXII do artigo 5º (“*o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*”). Ao editar o Código de Defesa do Consumidor, o Congresso Nacional entendeu que a plena defesa do consumidor, exigida constitucionalmente, somente estaria satisfatoriamente regulamentada com a previsão de medidas administrativas, civis e tipos penais específicos.

O artigo 1º da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, prescreve que “o presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal, e art. 48 de suas Disposições Transitórias”, para, na sequência, disciplinar as sanções administrativas (Título I, capítulo VII) e as infrações penais (Título II), com a previsão de 13 (treze) tipos penais específicos contra as relações de consumo, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais.

Nos 30 (trinta) anos de vigência da Constituição Federal, o padrão protetivo de implementação legislativa adotado pelo Congresso Nacional, ao editar as leis necessárias para efetivar a proteção dos direitos e liberdades fundamentais de grupos tradicionalmente vulneráveis, sempre se pautou pela necessidade de, além de normas administrativas e civis, incluir a criação de tipos penais específicos.

Não há, portanto, qualquer razão constitucional ou lógica para que, em semelhante hipótese de exigência constitucional de edição legislativa para *punição de* qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero, se ignore a necessidade de edição de tipos penais; repita-se, padrão protetivo de implementação legislativa dos direitos e garantias fundamentais de diversos grupos vulneráveis adotado pelo próprio Congresso Nacional nesses últimos 30 (trinta) anos.

Declaro, portanto, nos termos do § 2º do artigo 103 da Constituição Federal, a inconstitucionalidade por omissão do Senado Federal, por

ADO 26 / DF

ausência de edição de lei penal incriminadora que torne efetiva a previsão constitucional do inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal, caracterizando-se, conseqüentemente, o estado de mora inconstitucional.

No tocante à colmatação da omissão constitucional, os pedidos constantes na petição inicial podem ser divididos em dois grupos:

(a) Reconhecimento da homofobia e da transfobia no *“conceito ontológico-constitucional de racismo, de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar o racismo constata do art. 5º, inc. XLII, da CF/88, já que elas inferiorizam pessoas LGBR relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras”*;

(b) Reconhecimento da *“homofobia e da transfobia como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar constante do art. 5º, inc. XLI, da CF/88”*, com conseqüente, declaração de *“mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e transfobia”* e fixação de *“prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima”*. Pleiteia-se, ainda, que *“caso transcorra o prazo fixado pela Suprema Corte, seja efetivamente tipificada a homofobia e a transfobia como crime específico e fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia”*.

A complexidade da presente hipótese para colmatação do estado de mora constitucional reside, principalmente, na absoluta necessidade de compatibilização da atuação do *Poder Legislativo* (que representa o princípio democrático da maioria) com o exercício da *Justiça constitucional* (que representa a garantia do Estado de Direito) em defesa dos direitos e garantias fundamentais consagrados constitucionalmente (Michel TROPER. *Justice Constitutionnelle et démocratie. Revue Française de Droit*

ADO 26 / DF

Constitutionnel. Paris: Presses Universitaires de France, 1990. p. 31; Christian STARCK. La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p.73; KONRAD HESSE. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. p. 376).

A premissa básica do Estado Constitucional é a existência de complementaridade entre Democracia e Estado de Direito, pois, enquanto a Democracia consubstancia-se no governo da maioria, baseado na soberania popular, o Estado de direito consagra a supremacia das normas constitucionais, editadas pelo poder constituinte originário, o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional do Poder Estatal, não só para proteção da maioria, mas também, e basicamente, dos direitos da minoria (LAWRENCE BAUM. *A Suprema Corte americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. 12-13; JEAN RIVERO. A modo de síntese. In: Vários autores. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 666 ss; François Luchaire. *Le conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1980. p. 19 ss; PIERRE BOM. La légitimité du conseil constitutionnel français. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 143 SS; Joseph M. BESSETTE. Democracia deliberativa: o princípio da maioria no governo republicano. In: Vários autores. *A constituição norte-americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986. p. 305 ss; Robert A., GOLDWIN, William SCHAMBRA. A. (Orgs.). *A constituição norte-americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986. p. 305; Augusto CERRI. *Corso di giustizia costituzionale*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1997. p. 17).

Não há dúvidas de que o Legislativo, por meio de seus representantes eleitos, é a própria dimensão essencial da Democracia, a quem compete a edição de normas de caráter geral e obrigatório para toda a sociedade (JOSÉ DE SOUZA BRITTO. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 39 e ss.).

ADO 26 / DF

Da mesma maneira, não há dúvidas ser necessário que, assim como os demais poderes constituídos, o Legislativo observe os estritos comandos constitucionais, atuando “*em conformidade com o que manda o Poder constituinte*” (Goffredo TELLES JUNIOR. *A Constituição, a assembleia constituinte e o congresso nacional*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 51), evitando que suas ações e omissões entrem em conflito com a Constituição, sob pena de que não serão válidas (Thomas COOLEY. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 142 ss; J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 102 ss e 782 ss; José Celso MELLO FILHO. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 14; Nelson SALDANHA. *O poder constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 74; Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO. *O poder constituinte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 15; Aricê Moacir Amaral SANTOS. *O poder constituinte*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980 p. 16 ss), pois, como ensina BERNARD SCHWARTZ, há:

“uma verdadeira hierarquia de legisladores dentro do Estado. No ápice encontra-se a Assembleia Constituinte, à qual só o povo delegou a autoridade de criar o instrumento orgânico que rege o Estado. Os dispositivos da Constituição aprovados por ela constituem a lei suprema do país” (*Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 26).

O exercício da jurisdição constitucional baseia-se na necessidade de respeito absoluto à Constituição Federal, havendo, na evolução das Democracias modernas, a imprescindível necessidade de proteger a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, em especial das minorias, pois, como recorda JORGE MIRANDA,

“o irrestrito domínio da maioria poderia vulnerar o conteúdo essencial daqueles direitos, tal como o princípio da liberdade poderia recusar qualquer decisão política sobre a sua

ADO 26 / DF

modulação” (Nos dez anos de funcionamento do tribunal constitucional. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 95).

O fundamento básico da legitimidade material de atuação desta SUPREMA CORTE, nos moldes do § 2º do artigo 103 da Constituição Federal, está na necessidade de consagração e efetivação de um rol de princípios constitucionais básicos e direitos fundamentais tendentes a limitar e controlar os abusos de poder do próprio Estado, por ação ou omissão, a consagração dos direitos e liberdades fundamentais e dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado contemporâneo, pois, nos Estados onde o respeito à efetividade dos direitos humanos fundamentais não for prioridade, a verdadeira Democracia inexistente, como ensinado por NORBERTO BOBBIO:

“sem respeito às liberdades civis, a participação do povo no poder político é um engano, e sem essa participação popular no poder estatal, as liberdades civis têm poucas probabilidades de durar” (*Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós, 1993. p. 117).

O exercício da jurisdição constitucional por esta SUPREMA CORTE, portanto, tem como ponto fundamental a defesa dos valores constitucionais básicos, afirmados livremente pelo povo em Assembleia Nacional Constituinte, em especial, a defesa dos direitos e garantias fundamentais de todos, de maneira igualitária e sem quaisquer discriminações entre grupos majoritários e minoritários, pois, conforme importante advertência feita por WALTER BERNS, ao comentar os princípios fundadores da Constituição norte-americana:

“a regra da maioria só pode ser justificada se os homens são iguais e eles só são iguais na posse de direitos. Uma política de igualdade, portanto, precisa ser uma política preocupada com direitos. Consequentemente, a regra da maioria, só é legítima se na prática a maioria respeita os direitos da minoria”

ADO 26 / DF

(A Constituição assegura esses direitos? In: Vários autores. *A constituição norte-americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986. p. 285).

Sob essa perspectiva de proteção igualitária e sem discriminações de todos os sujeitos de direitos e garantias fundamentais, acentua-se a necessidade de conjugarem-se e compatibilizarem-se as ideias de *Democracia*, que se manifesta basicamente pela forma representativa, por meio dos Parlamentos, e de *Estado de Direito*, que se manifesta pela consagração da supremacia constitucional e o respeito aos direitos fundamentais, tornando-se, portanto, clara a legitimidade da Justiça constitucional e a necessidade de existência de seus órgãos, dotados de plena independência e que possam instrumentalizar a proteção dos preceitos e direitos constitucionais fundamentais (MAURO CAPPELLETTI. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: Vários autores. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984 p. 606; Manuel Aragón REYES. *El juez ordinario entre legalidade y constitucionalidad*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 1997. p. 16-19; JEAN RIVERO. A modo de síntesis. In: Vários autores. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 667 ss; RENÉ DAVID. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 54).

Na presente hipótese, a perpetuidade do desrespeito à Constituição Federal é flagrante e específica, pois não se atingiu a igualdade na posse e proteção de direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT – inclusive, em relação aos demais grupos vulneráveis expressamente mencionados no texto constitucional, como anteriormente detalhado – havendo clara ausência de proteção legislativa efetiva em face de graves e reiteradas condutas homofóbicas e transfóbicas.

Ora, a questão essencial sobre a possibilidade de o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL colmatar, ainda que provisoriamente, a lacuna constitucional referente ao inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal exige uma interpretação que compatibilize a representação popular

ADO 26 / DF

(Poder Legislativo), enquanto direito da maioria, e a efetiva defesa dos princípios constitucionais e direitos fundamentais, inclusive das minorias, devendo pautar-se pela indagação sobre as tarefas e os objetivos básicos de uma Constituição Federal, que entre outros, podem ser destacados o de justiça, equidade, equilíbrio de interesses, resultados satisfatórios, razoabilidade, praticabilidade e segurança jurídica (PETER HÄBERLE. *Hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997. p. 11 ss).

Há, portanto, necessidade de direcionarmos as regras hermenêuticas para garantir a plena aplicabilidade e efetividade dos direitos humanos fundamentais perante o governo da maioria, inclusive compatibilizando-se as lições de FERDINAND LASSALE e KONRAD HESSE, no sentido de que uma Constituição tem caráter informador de todo o ordenamento jurídico, e se em sua gênese é “a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação” (*A essência da constituição: o que é uma constituição?* 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995. p. 37), após sua edição, “graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social” (*A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. p. 24).

Portanto, as previsões constitucionais, e em especial os direitos humanos fundamentais e os princípios fundamentais da República, não são meros enunciados teóricos desprovidos de coercibilidade jurídica. Muito pelo contrário, uma Constituição possui supremacia incondicional em relação a todo o ordenamento jurídico e força normativa inquestionável, e suas previsões devem servir de princípios informadores obrigatórios na atuação do *poder público*, no âmbito de todos os Poderes de Estado.

Somente com o pleno respeito aos princípios e objetivos básicos da Constituição e aos Direitos Fundamentais, poderemos almejar a conquista da verdadeira *liberdade*, projeto maior de um Estado Democrático de Direito, no exato sentido que lhe empresta a definição de ROSCOE POUND, para quem liberdade consiste:

“na reserva, para o indivíduo, de certas expectativas fundamentais razoáveis que entendem com a vida na sociedade civilizada e liberação em relação ao exercício arbitrário e

ADO 26 / DF

desarrazoado do poder e da autoridade por parte daqueles que são nomeados ou escolhidos em sociedade politicamente organizada com o objetivo de ajustar relações e ordenar a conduta e se tornam, dessa maneira, capazes de aplicar a força dessa sociedade aos indivíduos” (*Liberdades e garantias constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976. p. 5).

Sem respeito a essas regras não haverá Estado de Direito, desaparecendo a liberdade e, conseqüentemente, a participação popular nos negócios políticos do Estado, quebrando-se o respeito ao princípio da soberania popular, que proclama todo o poder emanar do povo, com a consequência nefasta do fim da Democracia.

A legitimidade da Justiça constitucional consubstancia-se na necessidade de concretizar o efetivo respeito e a integral aplicação do texto constitucional, exigindo que o *poder público*, em todas as suas áreas, seja na distribuição da Justiça, seja na atuação do Congresso Nacional ou na gerência da *res pública*, pautado pelo respeito aos princípios, objetivos e direitos e garantias fundamentais consagrados em um texto constitucional, sob pena de flagrante inconstitucionalidade de suas condutas comissivas e omissivas e perda da própria legitimidade popular pelo ferimento ao Estado de Direito.

Em um sistema constitucional que preza pelo equilíbrio e harmonia entre os poderes constituídos, declarada a inconstitucionalidade por omissão do Congresso Nacional, por ausência de edição de lei penal incriminadora que torne efetiva a previsão constitucional do inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal, ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL não está constitucionalmente deferida a possibilidade de substituir-se ao Poder Legislativo, inovando no mundo jurídico com a criação de novo tipo penal, devendo cientificar o Congresso Nacional, nos termos do artigo 103, § 2º, da Constituição Federal c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/1999, para que cesse o estado de mora constitucional, com a edição de lei penal concretizadora do inciso XLI do artigo 5º da CF, para fins de criminalização das condutas homofóbicas e transfóbicas.

Da mesma maneira, entendo que a exigência constitucional de

ADO 26 / DF

equilíbrio e harmonia entre os poderes constituídos não permite que esta CORTE SUPREMA fixe prazo de atuação do CONGRESSO NACIONAL, no exercício de suas competências constitucionais, cujas prioridades políticas e conjunturais devem ser decididas *interna corporis*. Ressalte-se, ainda, não ser razoável a fixação de prazo impróprio, cujo eventual descumprimento não acarretará nenhuma consequência prática ou jurídica, no sentido de colmatação da omissão constitucional. O eventual descumprimento congressual do prazo fixado por essa Corte, somente estenderia a *síndrome de inefetividade* da norma protetiva do inciso XLI do artigo 5º da CF também à decisão judicial desta SUPREMA CORTE, que teria eficácia zero.

Os Poderes de Estado devem respeito recíproco às suas competências e responsabilidades. Assim como é missão constitucional do Congresso Nacional legislar, com absoluta independência; é dever constitucional do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL garantir e concretizar a máxima efetividade das normas constitucionais, em especial dos direitos e garantias fundamentais (OTTO BACHOF. *Jueces y constitución*. Madri: Civitas, 1987. p. 59. Reimpressão; FÁBIO KONDER COMPARATO. *Direito público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 12).

Portanto, constatado o estado de mora constitucional, deve esta CORTE SUPREMA, cientificar o Congresso Nacional, dentro de limites razoáveis de hermenêutica, exercer efetivamente a jurisdição constitucional, verificando a possibilidade de afastar o entendimento de atipicidade das diversas formas preconceituosas contidas em condutas homofóbicas e transfóbicas.

3) ESTADO DE MORA CONSTITUCIONAL: IMPOSSIBILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE COLMATAÇÃO POR CRIAÇÃO DE NOVO TIPO PENAL PELO PODER JUDICIÁRIO.

Apesar de constatado o estado de mora inconstitucional e a

ADO 26 / DF

obrigatoriedade constitucional de esta SUPREMA CORTE, no exercício de jurisdição constitucional, efetivar a ampla e igualitária proteção aos direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT, inviável uma das soluções pleiteadas pelo autor, no sentido de colmatação da omissão com a criação de novo tipo penal pelo Poder Judiciário.

Nos termos do inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal, “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. A norma constitucional contém dois princípios:

princípio da reserva legal: não há crime sem lei que o defina;
não há pena sem cominação legal;

princípio da anterioridade: não há crime sem lei anterior que o defina; não há pena sem prévia cominação legal.

Os princípios da reserva legal e da anterioridade, no âmbito penal (*nullum crimen, nulla poena sine proevia lege*), exigem a existência de lei formal devidamente elaborada pelo Poder Legislativo, por meio das regras de processo legislativo constitucional (*lex scripta*), que a lei seja anterior ao fato sancionado (*lex proevia*) e que a lei descreva especificamente um fato determinado (*lex certa*), pois, como destacado por ANÍBAL BRUNO:

“O princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que fixa em limites precisos as zonas do lícito e do ilícito, reduzindo o poder do juiz à aplicação da lei, é uma conquista liberal penosamente adquirida e que importa conservar” (*Direito Penal – Parte Geral*, tomo 1º, Forense, 3ª. Ed., 1967, pp. 209-211).

Essa previsão é tradicional nas Constituições que caracterizam os Estados de Direito, e foi consagrada pelo art. 8º da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26/8/1789, com a seguinte redação:

“A lei apenas deve estabelecer penas estritas e evidentemente

ADO 26 / DF

necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.”

No exercício jurisdicional, está vedada ao juiz a possibilidade de converter-se em legislador, criando novas figuras típicas ou novas sanções, como bem definido por nossa SUPREMA CORTE:

“A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 – RTJ 143/57 – RTJ 146/461-462 – RTJ 153/765, v. g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes” (STF – Pleno – MS 22.690-1/CE – Rel. Min. CELSO DE MELLO, *Diário da Justiça*, Seção I, 7 dez. 2006, p. 36).

Como bem destacado por BENTO DE FARIA,

“a necessidade da lei penal positiva e publicada é uma das máximas fundamentais do direito social, uma das bases da liberdade

ADO 26 / DF

política e civil” (Código Penal Brasileiro Comentado, vol. I, ed. Record, 1958, pp. 78/79).

Esses princípios, portanto, afastam a possibilidade de colmatação da omissão constitucional por meio de criação de novo tipo penal pelo Poder Judiciário, pois configuram garantia essencial de um Estado de Direito, assegurando que a regulamentação da amplitude do exercício do direito sancionador do Estado, e conseqüentemente da liberdade do indivíduo, depende, exclusivamente, da prévia manifestação de vontade dos representantes populares, detentores de mandatos eletivos, diretamente eleitos pelo povo, conforme o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal (RENÉ ARIEL DOTTI. As bases constitucionais do Direito Penal democrático. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 22, nº 88, p. 21, out./dez. 1985; FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO. Sistema criminal brasileiro. *Justitia – Órgão do Ministério Público de São Paulo*, nº 112, p. 123; CARLOS VICO MAÑAS, Carlos. *Tipicidade e princípio da insignificância*. 1993. Dissertação (Mestrado) – Fadusp, São Paulo).

Essas mesmas exigências constitucionais impedem a utilização de aplicação analógica *in peius* das normas penais como fonte criadora de infrações penais e respectivas sanções. Dessa forma, o princípio da reserva legal não permite a condenação por analogia ou por considerações de conveniência social, como já decidido pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

“Não pode o julgador, por analogia, estabelecer sanção sem previsão legal, ainda que para beneficiar o réu, ao argumento de que o legislador deveria ter disciplinado a situação de outra forma. (STF – HC 92.626, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25/3/2008, Primeira Turma, *DJE*, de 2/5/2008). **No mesmo sentido:** HC 95.398, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 4/8/2009, Primeira Turma, *DJE*, de 4/9/2009.)

4) ESTADO DE MORA CONSTITUCIONAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME E POSSIBILIDADE DE COLMATAÇÃO.

A impossibilidade de colmatação da omissão constitucional por meio de criação de novo tipo penal pelo Poder Judiciário e a vedação de utilização de aplicação analógica *in peius* das normas penais como fonte criadora de infrações penais e respectivas sanções não se confundem com o legítimo exercício hermenêutico desta SUPREMA CORTE, em sede de jurisdição constitucional, absolutamente necessário, na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, especialmente no sentido de “investigar e coordenar por modo sistemático” (VICENTE RÁO. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 542. v. 2), “estabelecendo normas que não se contém estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente”, como salientado pelo mestre MIGUEL REALE, ao concluir que o ato de julgar “não se reduz a uma atitude passiva diante dos textos legais” (*Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 168).

No âmbito da Jurisdição Constitucional, a função hermenêutica da SUPREMA CORTE permite a utilização da denominada *interpretação conforme a Constituição*, que será possível para adequar e compatibilizar o significado da lei aos exatos comandos constitucionais, quando a norma apresentar vários significados, uns compatíveis com as normas constitucionais e outros não, ou, no dizer de CANOTILHO, “a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um *espaço de decisão* (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 230).

A finalidade maior dessa técnica é compatibilizar o ordenamento jurídico com o texto constitucional, concretizando sua interpretação com os valores nele consagrados, tendo esta SUPREMA CORTE admitido várias possibilidades de sua utilização (Pleno, ADI 3.046-9/SP, Rel. Min.

ADO 26 / DF

SEPÚLVEDA PERTENCE; Pleno – Adin 1.344-1/ES – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 abr. 1996, p. 12.212; Pleno – Adin 1.719-9 – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 fev. 1998, capa; Pleno – Adin 1.150-2/RS – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, 17 abr. 1998, capa; Pleno – Adin 1.719-9 – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 fev. 1998, capa; Adin 1.510-9/SC – medida liminar – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 fev. 1997; Pleno – Adin 1.600-8/UF – medida liminar – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 fev. 1998, p. 2).

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente maior *conformidade com as normas constitucionais*.

Em termos interpretativos, portanto, os Princípios Fundamentais da República e seus objetivos, bem como da plena efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais, sempre devem ter precedência, de maneira a concretizar a real força normativa da Constituição, por meio de sua unidade e máxima efetividade. A supremacia absoluta das normas constitucionais e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da República obrigam o intérprete, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função interpretativa, a aplicar não só *a norma mais favorável à proteção aos Direitos Humanos*, mas, também, a eleger em seu processo hermenêutico, a interpretação que lhe garanta a maior e mais ampla proteção (RAUL MACHADO HORTA, *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 239-240; INGO WOLFGANG SARLET. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso no direito constitucional brasileiro. *Revista de*

ADO 26 / DF

Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, 14, nº 57, out./dez. 2006; VITAL MOREIRA. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. P. 136; JORGE MIRANDA. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. 4 t. t. II, p. 228-229).

Os dispositivos penais da Lei 7.716/1989 devem ser interpretados em consonância com os fundamentos da República – *em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana* (CF, art. 1º, III) –, seus objetivos fundamentais – *entre eles, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (CF, art. 3º, I e IV) –, *o princípio da igualdade* (CF, art. 5º, caput e inciso I) e *a aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais* (CF, art. 5º, § 1º).

A análise desses dispositivos demonstra não haver qualquer diferenciação valorativa constitucional entre a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional e a discriminação ou preconceito em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero. O mandamento constitucional veda **quaisquer formas de discriminação** e determina a **punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais**, com a finalidade de proteção de grupos minoritários vulneráveis contra atos de segregação que inferiorizam seus membros, a partir de critérios “arbitrários e levianos”, componentes de um “discurso racializante superficial” (GUILHERME DE SOUZA NUCCI. *Leis penais e processuais comentadas*. São Paulo: RT, 2016, p. 305 e ss.; FABIANO AUGUSTO MARTINS SILVEIRA. *Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. P. 82 e ss.).

Na presente hipótese, conseqüentemente, está presente o necessário “*espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas*”, uma vez que a Lei 7.716/1989 deve ser interpretada em conformidade com o texto constitucional que, expressamente, veda não somente preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade; mas estende a proibição a **quaisquer outras formas de discriminação**, garantindo a igualdade de todos, independentemente de orientação sexual ou

ADO 26 / DF

identidade e gênero em busca de uma sociedade livre, justa e solidária, baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e efetivada pela aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, entre elas, os incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal.

Dessa maneira, é possível a utilização da interpretação conforme para garantir a supremacia incondicional do texto constitucional em relação a todo ordenamento jurídico e sua força normativa inquestionável, com a reafirmação de coercibilidade jurídica dos incisos XLI e XLII do artigo 5º da CF, e possibilidade de punição criminal de condutas discriminatórias e desrespeitosas aos direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT (*condutas homofóbicas e transfóbicas*).

Entendo necessário, da mesma maneira que o fez nosso ilustre decano, Ministro CELSO DE MELLO, apontar a compatibilização da presente interpretação conforme com a *liberdade religiosa consagrada constitucionalmente*, que não pode e não está sendo criminalizada pela presente interpretação.

Conforme salientei no julgamento da ADI 4.439 (ensino religioso), uma das premissas básicas para a análise da liberdade de expressão religiosa é entender a importância da interdependência e complementariedade das noções de Estado Laico e Liberdade de Crença e de Culto, sob a luz da *tolerância e diversidade de opiniões*.

A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de ideias e pensamentos – políticos, filosóficos, religiosos – e da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo. A mesma *tolerância* que esta CORTE consagrou em diversas oportunidades em relação à liberdade de manifestação de concepções políticas, ideológicas, de gênero, a partir da *diversidade de opiniões* sobre os mesmos fatos e fenômenos, tem total aplicabilidade em relação às manifestações

ADO 26 / DF

religiosas; independentemente de setores e grupos sociais entenderem que a maioria das crenças religiosas tem ideias conservadoras em relação a temas importantes às minorias.

A abrangência do preceito constitucional da *liberdade religiosa* é ampla, pois, sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, deuses ou entidades, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto, bem como o direito de duvidar, não acreditar ou professar nenhuma fé, consagrando, inclusive o dever do Estado de absoluto respeito aos agnósticos e ateus. Cada uma das crenças religiosas em seu núcleo imprescindível, formado por dogmas *de fé, protegidos integralmente pela liberdade de crença*, não sendo possível ao Estado exigir neutralidade de crenças e cultos.

A coerção à pessoa humana, de forma a constrangê-la a renunciar à sua fé, impedi-la de realizar seus cultos ou de livremente expressar suas opiniões religiosas, representa o desrespeito à diversidade democrática de ideias, filosofias e à própria diversidade espiritual, pois a proclamação constitucional da liberdade religiosa é a verdadeira consagração de maturidade do reconhecimento à liberdade de pensamento e livre manifestação de expressão, como salientado por THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI (*Princípios gerais de direito público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 253), garantindo-se a ideia fundamental de tolerância religiosa e a vedação a qualquer tipo de imposição estatal, seja uma censura prévia, seja uma genérica responsabilização criminal posterior.

A plena liberdade religiosa deve assegurar o respeito à diversidade dos dogmas e crenças, sem a hierarquização de interpretações bíblicas e religiosas de um ou mais grupos em detrimento dos demais, que vem acarretando tantos sofrimentos desde as cruzadas e guerras santas até os atos de terrorismo em nome da fé.

O respeito à fé alheia ou a ausência de qualquer crença religiosa é primordial para a garantia de segurança de nossa própria fé, pois a verdadeira liberdade religiosa consagra a pluralidade, como bem

ADO 26 / DF

lembrado por THOMAS MORE em sua grande obra, ao narrar que *“as religiões, na Utopia, variam não unicamente de uma província para outra, mas ainda dentro dos muros de cada cidade, estes adoram o Sol, aqueles divinizam a Lua ou outro qualquer planeta. Alguns veneram como Deus supremo um homem cuja glória e virtudes brilharam outrora de um vivo fulgor”*.

Assim, a Constituição Federal, ao consagrar a inviolabilidade de crença religiosa, está também assegurando plena proteção à liberdade de culto e às suas liturgias, inerentes à liberdade de expressão religiosa (FRANCESCO FINOCCHIARO, *Il fenomeno religioso. I rapporti trà Stato e Chiesa cattolica. I culti non cattolici. Manuale di diritto pubblico*. Bolonha: Il Molino, 1994. p. 943-964).

Insisto, um Estado *não consagra verdadeiramente a liberdade religiosa sem absoluto respeito aos seus dogmas, suas crenças, liturgias e cultos*. O direito fundamental à liberdade religiosa não exige do Estado concordância ou parceria com uma ou várias religiões; *exige, tão somente, respeito; impossibilitando-o de censurar manifestações, mutilar dogmas religiosos ou sancionar a livre manifestação de expressão religiosa*.

As diversas confissões religiosas defendem a ideia de diálogo com as demais crenças, porém sempre reafirmam o *dogma da fé como princípio básico de seu ensino religioso*; e tem a garantia constitucional de poderem livremente expressá-lo, inclusive por meio do ensino religioso. O Estado deve respeitar todas as confissões religiosas, bem como a ausência delas, e seus seguidores, mas sua legislação, suas condutas e políticas públicas, nem podem ser pautadas por quaisquer dogmas ou crenças religiosas ou por concessões benéficas e privilegiadas a determinada religião; nem podem proibir ou criminalizar suas crenças e cultos.

A neutralidade não existe no ensino religioso de qualquer confissão que se baseia, fundamentalmente, em dogmas de fé, protegidos integralmente pela liberdade de crença, conforme decisão do Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Federal Alemão, de 19 de outubro de 1971 (1 BvR 387/65. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Konrad Adenauer Stiftung. Coletânea original: Jürgen Schwabe).

ADO 26 / DF

O exercício da liberdade religiosa pressupõe o respeito estatal pela autonomia de autointerpretação de seus próprios dogmas e fundamentos pelas diversas organizações religiosas, como já decidiu, inclusive, o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 16 de outubro de 1968 (1 BvR 241/66), ao definir que o Estado, apesar de laico, estaria violando a liberdade religiosa de determinada confissão, se não respeitasse sua esfera de autoentendimento, apontando que:

“É certo que o Estado laico tenha, em princípio, que interpretar os conceitos constitucionais a partir de aspectos neutros, universais, válido abstratamente e não vinculados confessional ou ideologicamente. Porém, numa sociedade pluralista, onde a ordem jurídica pressupõe justamente o autoentendimento religioso e ideológico, como ocorre com a liberdade de culto, o Estado violaria a autonomia e autossuficiência das igrejas e organizações religiosas e filosóficas em sua própria esfera, garantidas pela *Grundgesetz*, se ele não considerasse, na interpretação do exercício da religião resultante de uma determinada confissão religiosa ou ideológica o seu respectivo autoentendimento” (*Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Konrad Adenauer Stiftung. Coletânea original: Jürgen Schwabe).

Aquele que pretende *professar* ou ter um *ensino religioso cristão*, obrigatoriamente, precisará ter acesso à *Bíblia*, cuja interpretação católica, luterana, calvinista, anglicana, pentecostal não é absolutamente idêntica; caso seja ESPÍRITA, também precisará extrair ensinamento do *Livro dos Espíritos e ao Evangelho Segundo o Espiritismo*, ambos de ALLAN KARDEC. Por outro lado, esses textos serão substituídos pelo estudo judaico do *Torá*; ou pela análise do *Corão* no islamismo. Se for adepto de uma das RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA, precisará estudar o culto aos orixás, o “jogo de búzios” ou “ifá”, caso adote o Candomblé; ou o estudo dos rituais dos espíritos de Caboclos, Pretos-Velhos, Baianos, Exus, Pombos Gira, caso adote a Umbanda.

Em todas essas hipóteses, a *neutralidade não existe, pois as*

ADO 26 / DF

manifestações, os ensinamentos e o aprendizado se baseiam, fundamentalmente, nos dogmas de fé, que não podem ser censurados, cerceados ou criminalizados, mesmo que conflitantes e, em alguns casos, até ofensivos a determinados grupos.

À *liberdade religiosa* se aplica integralmente o célebre ensinamento do Professor de Oxford, ISAIAH BERLIN, exposto em uma palestra em 1958, que fez uma dicotomia entre liberdade de expressão negativa e liberdade de expressão positiva, afirmando que a essência da liberdade de expressão negativa é a possibilidade de ofender, o que jamais se confunde com o discurso de ódio. DWORKIN, após citar a palestra, analisa a questão da liberdade de expressão, colocando que o ideal seria que as formas de expressão sempre fossem heroicas, mas defende a necessidade de proteção das manifestações de mau gosto, aquelas feitas inclusive erroneamente (*O Direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 345, 351 e ss).

Obviamente, a proteção constitucional à liberdade religiosa, assim como a liberdade de expressão, não admite o discurso de ódio, que abrange, inclusive, declarações que defendam ou incitem tratamento desumano, degradante e cruel; ou que incitem violência física ou psicológica contra grupos minoritários.

Por fim, o princípio da anterioridade deverá ser aplicado em relação à interpretação conforme dada à Lei de Racismo, por possuir efeitos vinculantes e *erga omnes* (ODONE SANGUINÉ. Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 31/2000, p. 144 – 169; RENÉ ARIEL DOTTI. A jurisprudência penal no tempo: a ultratividade e a irretroatividade do julgado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 121/2016; VINICIUS DE TOLEDO PIZA PELUSO. *Analogia e Direito Penal*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 118/2016, p. 159 – 184, Jan - Fev / 2016).

VOTO, para conceder interpretação conforme à Constituição, em face dos artigos 1º, III, 3º, I e IV; 5º, XLI, XLII e § 1º da Constituição

ADO 26 / DF

Federal, à Lei nº 7.716/89, no sentido da integral aplicação de seus tipos penais às condutas homofóbicas e transfóbicas, até que seja editada a lei penal específica pelo Congresso Nacional.

Da mesma maneira que o eminente Ministro relator, CELSO DE MELLO, afastou a retroatividade da presente interpretação conforme, que passa a ser aplicada com efeitos *erga omnes* e vinculantes a partir da publicação do julgamento.

EM CONCLUSÃO, acompanho o eminente Ministro relator, CELSO DE MELLO, no sentido de CONHECER PARCIALMENTE A PRESENTE AÇÃO, julgando-a PARCIALMENTE PROCEDENTE para:

1) DECLARAR, nos termos do § 2º, do artigo 103 da Constituição Federal, a inconstitucionalidade por omissão do CONGRESSO NACIONAL, por ausência de edição de lei penal incriminadora que torne efetiva a previsão constitucional do inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal, caracterizando-se, conseqüentemente, o estado de mora inconstitucional e determinando que seja cientificado para a colmatação do estado de mora constitucional.

2) VOTAR, para conceder interpretação conforme à Constituição, em face dos artigos 1º, III, 3º, I e IV; 5º, XLI, XLII e §1º, da Constituição Federal, à Lei nº 7.716/89, no sentido da integral aplicação de seus tipos penais às condutas homofóbicas e transfóbicas, até que seja editada a lei penal específica pelo Congresso Nacional.

Da mesma maneira que o eminente Ministro relator, CELSO DE MELLO, afastou a retroatividade da presente interpretação conforme, que passa a ser aplicada com efeitos *erga omnes* e vinculantes a partir da publicação do julgamento.