



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 4.414/2014-AsJConst/SAJ/PGR

Mandado de injunção 4.733/DF (agravo regimental)

Relator: Ministro **Ricardo Lewandowski**
Impetrante: Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais,
Travestis e Transexuais (ABGLT)
Impetrado: Congresso Nacional

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

O mandado de injunção, na linha da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, presta-se a estabelecer profícuo e permanente diálogo institucional nos casos de omissão normativa.

Extrai-se do texto constitucional dever de proteção penal adequada aos direitos fundamentais (Constituição da República, art. 5º, XLI e XLII). Em que pese à existência de projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, sua tramitação por mais de uma década sem deliberação frustra a força normativa da Constituição.

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

Parecer pelo conhecimento e provimento do agravo regimental.

I. RELATÓRIO

Trata-se de agravo tirado de decisão monocrática em mandado de injunção coletivo que fora interposto para “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*”, em face da injustificada omissão do Congresso Nacional em editar a legislação pertinente.

O pedido não foi conhecido pelo eminente Ministro Relator em 23 de outubro de 2013, sob o fundamento de que *não há em jogo direito subjetivo especificamente consagrado na Carta Magna cuja fruição esteja sendo obstada pela ausência de regulamentação legal*.

Acolheu-se parecer da Procuradoria-Geral da República, de 9 de agosto de 2013, pelo não conhecimento do mandado de injunção, com extinção do feito sem julgamento do mérito. Alegou que existe o projeto de lei da Câmara dos Deputados 122/2006, já aprovado nessa Casa e em discussão no Senado Federal, o que impediria o Supremo Tribunal Federal de interferir no processo legislativo, *salvo hipóteses de existência de danos concretos de grave reparação*. Alegou também que já existem “no ordenamento jurídico normas penais que tipificam os delitos de homicídio, lesões corporais e contra a honra, não havendo prejuízo concreto que justifique o cabimento do presente *mandamus* e a necessidade de o Supremo Tribunal Federal regulamentar provisoriamente o tema”.

Considerou que a discriminação ou o preconceito contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais configuram modalidade de racismo, nos termos da Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (art. 20), e que “a insatisfação com o conteúdo normativo em vigor não é motivo suficiente para o cabimento” do mandado de injunção. Alegou ainda reserva absoluta de lei em matéria penal (*princípio da reserva legal*), sendo a competência legislativa exclusiva do Congresso Nacional (Constituição da República, art. 22, I).

O Senado Federal sustentou falta de interesse de agir e inadequação da via eleita, bem como improcedência, com base no princípio da reserva legal. Também a Câmara dos Deputados se pronunciou contrariamente. O entendimento da Advocacia-Geral da União foi pela extinção do processo sem julgamento do mérito. Houve ainda manifestação, como *amicus curiæ*, da ASSOCIAÇÃO EDUARDO BANKS, já depois de interposto este agravo regimental, no sentido do não provimento do recurso e pela denegação total do mandado de injunção.

II. PROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL

Deve ser conhecido o agravo regimental e aberta a oportunidade para que o Plenário do Supremo Tribunal Federal possa pronunciar-se detidamente sobre a complexa pretensão deduzida.

Quanto ao cabimento do mandado de injunção, a jurisprudência da Suprema Corte tem conferido espectro variado e de amplo al-

cance ao instituto, que cobre desde decisões de mero aviso ao legislador até regulamentação da situação.

No que tange ao mérito da questão, a homofobia e a transfobia constituem gravíssima violação de direitos fundamentais, a reclamar urgente e enfática resposta por parte do Direito Penal. Nessa justa medida, não cabe impedir o exame colegiado de questão de fundamento constitucional e com enorme relevância e atualidade social.

O agravo regimental merece ser provido. Existe clara ausência de norma regulamentadora que inviabiliza o exercício da liberdade constitucional de orientação sexual e de identidade de gênero, bem como da liberdade de expressão, sem as quais fica indelevelmente comprometido o livre desenvolvimento da personalidade, em atentado insuportável à dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado democrático de Direito em que se erige a República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição).

A discriminação e o preconceito contra lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis e transexuais atinge especialmente determinadas pessoas e grupos, o que macula o princípio da *igualdade*, e acarreta situação especial de grave vulnerabilidade física, psíquica e social, em violação ao direito à *segurança*, importantes prerrogativas da cidadania. Aduza-se componente democrático, dado pelo paradigma do pluralismo, que – segundo ÁLVARO RICARDO SOUZA CRUZ – “tem por pressuposto a admissão de respeito e proteção a projetos

de vida distintos daqueles considerados como padrão pela maioria da sociedade”¹.

AS POSSIBILIDADES DO MANDADO DE INJUNÇÃO

O mandado de injunção, trazido como novidade pela Constituição brasileira de 1988 (art. 5º, LXXI) e recebido com certa perplexidade, veio a revelar-se instrumento de múltiplas possibilidades. Desde (i) uma primeira jurisprudência tímida – que o equiparava, quanto aos efeitos, à ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CR, art. 103, § 2º), para autorizar apenas a comunicação da mora legislativa ou a assinação de prazo para regulamentação do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional –, passando (ii) pela fixação de prazo até ao Poder Legislativo para que se desincumbisse da edição da norma e chegando (iii) à própria regulamentação da situação, o Supremo Tribunal Federal soube fazer do mandado de injunção ferramenta de concretização constitucional.

Serve ele para estabelecer profícuo **diálogo institucional entre os poderes**. O Supremo Tribunal Federal traduz demandas sociais que se articulam judicialmente, enquanto o Congresso Nacional eventualmente enfrenta demandas semelhantes que se articulam politicamente. A contribuição do Poder Judiciário ao processo de construção normativa, nos casos de omissões inconstitucionais, pode

1 *O direito à diferença*: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 71.

ser percebida pelo Legislativo, que responde de acordo com a lógica própria do parlamento. Possibilita-se desse modo firme disposição para o *diálogo institucional* entre os poderes. Vejam-se exemplos dessa interlocução: a criação de municípios (MI 1.818/DF²), a greve no serviço público (MI 670/ES, 708/DF e 712/PA³), a aposentadoria do servidor público que exerceu trabalho sob condições especiais (MI 795/DF⁴), o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (MI 943/DF e MI 1.010/DF⁵).

Apesar da evolução jurisprudencial do mandado de injunção, mercê de atuação criativa do Supremo Tribunal Federal, as diversas possibilidades de provimento judicial não se excluem. Continua acessível e oportuna, a depender do contexto, a mera injunção (aviso de mora ao Congresso), com ou sem assinação de prazo, em que se verifica a técnica de controle de constitucionalidade do apelo ao legislador (inspirado na *Appellentscheidung* da prática alemã), reconhecendo-se que ainda cabe a este a avaliação no que respeita à oportunidade da edição da norma regulamentadora faltante. Tal alcance “reduzido” do mandado de injunção está compreendido no pedido articulado pela ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS (ABGLT), a qual requer, subsidiariamente:

2 Relatora Ministra ELLEN GRACIE, 16/11/2009 (Constituição da República, art. 18, § 4º).

3 Relator Ministro GILMAR MENDES, nos dois primeiros, e Ministro EROS GRAU, no terceiro, 25/10/2007 (CR, art. 37, VII).

4 Relatora Ministra CÂRMEN LÚCIA, 15/4/2009 (CR, art. 40, § 4º, III).

5 Relator Ministro GILMAR MENDES, 6/2/2013 (CR, art. 7º, XXI).

[...] seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia, [...] determinando-se que ele aprove *legislação criminal que puna, de forma específica, especialmente (mas não exclusivamente) a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de “praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação”, por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa [...]*.

Esse pedido mínimo pode ser acolhido pelo Supremo Tribunal Federal. O eminente relator deste mandado de injunção reconheceu expressamente, na decisão de não conhecimento, que existe hoje *legítimo e bem articulado movimento em prol de legislação criminal ainda mais rigorosa no tocante à punição de condutas homofóbicas*, ou seja, **a parca legislação penal em vigor não mais dá conta da discriminação e do preconceito referentes à orientação sexual e à identidade de gênero**. Nesse ponto, mostra-se evidente o desacerto na decisão monocrática de precoce extinção da ação sem julgamento de mérito.

É patente a excessiva duração do processo legislativo da proposta de criminalização da homofobia e transfobia: desde o Projeto de Lei 5.003/2001, aprovado originariamente na Câmara dos Deputados e que se convolou no Projeto de Lei 122/2006 do Senado Federal, **somam-se aproximadamente treze anos de trâmite legislativo!** É sobremodo importante que o Supremo Tribunal Federal intervenha para acelerar o processo de produção normativa e conferir concretização aos comandos constitucionais de punição de *qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais* (art. 5º, XLI) e da *prática do racismo como crime inafiançável e im-*

prescritível, sujeito à pena de reclusão (art. 5º, XLII), que geram claramente um dever de legislar específico. Para tanto, cabe a *fixação de prazo razoável para ulatimação do processo legislativo* – que a associação autora sugere que seja de um ano.

Encontra-se definitivamente superado o entendimento (referido no anterior parecer da Procuradoria-Geral da República e na decisão monocrática de extinção) de que a existência de proposta legislativa em discussão no Congresso Nacional constitui óbice ao mandado de injunção. Colha-se o exemplo do emblemático caso da falta de regulamentação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu suspender o julgamento da ação, tendo em vista iminente aprovação de projeto de lei – em mais um episódio de pleno respeito ao Poder Legislativo, mas igualmente de *interferência construtiva* do Poder Judiciário –, sendo que a edição da Lei 12.506, de 11 de outubro de 2011, não prejudicou os mandados de injunção que haviam sido impetrados e que foram deferidos, com efeitos retroativos,⁶

Em sentido mais avançado, porém ainda contido, será possível acolher o pedido de *aplicação da Lei 7.716/1989 (Lei de Racismo) para 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*. Tal pedido repousa na

6 MI 943/DF, MI 1.010/DF, MI 1.074/DF e MI 1.090/DF, entre outros. Veja-se ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2014, p. 222-223.

técnica de interpretação conforme a Constituição, em que o Supremo Tribunal Federal poderá adotar decisão de perfil moderadamente aditivo a partir da legislação existente. Ao tempo em que se respeita a vontade manifesta do Poder Legislativo, externada em lei vigente por ele criada, concede-se interpretação extensiva, sintonizada à realidade social.

A propósito, está expresso na redação do art. 10 da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999 (sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental) que o Tribunal pode, no momento da decisão, fixar “as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”, regime que é perfeitamente cabível aos processos decisórios em questões de constitucionalidade de modo geral. Essa Corte tem adotado decisões intermédias (manipulativas), nas quais interpreta textos legislativos e confere maior ou menor extensão à literalidade, de que são exemplos significativos, no âmbito civil, a contemplação das uniões homoafetivas no art. 1.723 do Código Civil (ADI 4.277/DF, relator Ministro AYRES BRITTO, julgada em 5 de maio de 2011)⁷ e, na órbita criminal, a exclusão, do art. 287 do Código Penal (apologia de crime ou criminoso), de “qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e even-

⁷ A ementa afirma que a interpretação conforme a Constituição destina-se a “excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família”.

tos públicos” (ADPF 187/DF, relator Ministro CELSO DE MELLO, julgada em 15 de junho de 2011).

Essa possibilidade não escapou ao parecer anterior da Procuradoria-Geral da República, o qual, embora opinasse pelo não conhecimento da impetração, nesse ponto se pronunciou implicitamente por seu cabimento e procedência:

O vocábulo *raça* descrito no art. 20 da Lei nº 7.716/1989, portanto, deve ser interpretado levando em consideração os valores sociais, éticos, morais e os costumes existentes na sociedade e não o seu mero sentido literal, conforme sustenta a impetrante.

[...]

Sendo assim, é evidente que o disposto no art. 20 da Lei 7.716/1989 aplica-se a todo e qualquer tipo de discriminação ou preconceito, inclusive contra os homossexuais.

[...]

O entendimento acima exposto foi sustentado no Inquérito nº 3.590, de relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO, que está aguardando a deliberação do Plenário do Supremo Tribunal Federal acerca do recebimento da denúncia pela prática do delito tipificado no art. 20 da Lei nº 7.716/1989 por membro da Câmara dos Deputados.

Por fim, pode ser acolhido o pedido maior do mandado de injunção, para que *o próprio Supremo Tribunal Federal proceda à regulamentação dos dispositivos constitucionais invocados como carentes de interposição legislativa*, enquanto não sobrevier edição de lei específica pelo Congresso Nacional. A possibilidade de construção normativa no controle de constitucionalidade é reconhecida no quadro atual da jurisdição constitucional e expressamente oferecida na Constituição brasileira por meio do mandado de injunção. Haverá a

maior extensão possível aos efeitos do instituto, no sentido do que se convencionou designar por posição concretista geral.

Importará então adotar parâmetros para a atuação normativa concretizadora do Supremo Tribunal Federal. Seria o caso, por exemplo, de utilizar desde logo **o conteúdo do Projeto de Lei 122/2006 ou dos dispositivos do Projeto de Código Penal do Senado** (que prevê, no art. 487, o racismo e os crimes resultantes de preconceito e discriminação, “quando praticado por motivo de discriminação ou preconceito de gênero, raça, cor, etnia, identidade ou orientação sexual, religião, procedência regional ou nacional ou por outro motivo assemelhado, indicativo de ódio ou intolerância”, com pena de prisão de um a cinco anos).

Não merece acolhida, no entanto, o pedido de indenização em favor de vítimas de homofobia e transfobia, com base em suposta responsabilidade civil do Estado brasileiro por omissão em criminalizar as condutas concernentes. Há objeções de forma e de fundo. O mandado de injunção encerra finalidade constitucional específica: a viabilização do direito constitucional obstado por falta de norma regulamentadora. Tende a provimento de cunho constitutivo ou mandamental, não de decisão condenatória. Além disso, o pedido de mandado de injunção via de regra não comporta indenização, a menos que fosse essa a maneira de concretizar o direito constitucional obstado por omissão, o que não é o caso.

Com relação à matéria de fundo, não se pode atribuir ao Estado responsabilidade genérica pela violência social, a não ser

quando se consiga estabelecer responsabilização específica por déficit inaceitável de segurança (e que poderá acarretar até mesmo responsabilidade internacional). Se assim fosse, tal responsabilidade haveria de existir para todas as hipóteses ainda não tuteladas por norma penal, o que acarretaria alargamento desmedido. Mesmo quando já estabelecida a tutela penal, existem episódios de descumprimento da norma, pois a violência não consegue ser completamente erradicada, sem que daí nasça dever genérico de ressarcimento. Opina-se, portanto, pelo indeferimento do mandado de injunção com vistas à *responsabilidade civil do Estado brasileiro a indenizar as pessoas vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia*.

O DEVER ESPECÍFICO DE CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

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 dos 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-se à lei a respectiva disciplina, mas não é menos verdade que se estabeleceu dever específico de legislar para proteger tal valor constitucional. A

esse propósito, calha a afirmação de LUIZ CARLOS DOS SANTOS GONÇALVES:

O reconhecimento dos deveres de proteção penal aos direitos fundamentais faz o bem jurídico funcionar como limite mínimo, aquém do qual não se podem situar as sanções penais, sob o risco de proteger insuficientemente aqueles direitos.⁸

O texto constitucional, que se refere claramente à punição e ao tratamento penal, não se satisfaz com “legislação não criminal punitiva [que] não tem se mostrado apta a coibir a homofobia e a transfobia”, como aduz a ABGLT.

Razões de equivalência constitucional, ancoradas no princípio da igualdade, impõem a criminalização da discriminação e do preconceito contra cidadãos e cidadãs lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, pois a repressão penal da discriminação e do preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional já é prevista pela legislação criminal brasileira (Lei 7.716/1989) e não há justificativa para tratamento jurídico diverso, sob pena de intolerável *hierarquização de opressões*. No elegante dizer do Ministro ROBERTO BARROSO: “É preciso avançar no processo civilizatório”.⁹

A determinação de editar normas penais para combater a homofobia e a transfobia é um **compromisso internacional**. Citem-se alguns documentos pertinentes:

8 GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 67.

9 O direito de amar e de ser feliz. In: FERRAZ, Carolina Valença *et alii* (coord.). *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva; IDP, 2013, p. 28.

- Resolução 17/19 da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre “Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero” (14 de junho de 2011), que prevê, no item 2, o estabelecimento de *diálogo construtivo, fundamentado e transparente sobre a questão das leis e práticas discriminatórias e atos de violência contra as pessoas por motivo de sua orientação sexual e identidade de gênero*.
- Resolução AG/RES-2435 (XXXVIII-0/08) da Organização dos Estados Americanos (OEA) sobre “Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero” (3 de junho de 2008), semelhante à anteriormente referida.
- Recomendação CM/Rec(2010)5 do Comitê de Ministros aos Estados-Membros da União Europeia sobre medidas para o combate à discriminação devido a orientação sexual ou da identidade de gênero (31 de março de 2010), que exorta os Governos a assegurar *que as vítimas de discriminação estejam cientes da existência e tenham acesso aos meios jurídicos eficazes disponibilizados pelas autoridades nacionais competentes e que as medidas adotadas para o combate à discriminação prevejam, se for caso, sanções para as infrações, assim como a atribuição de compensação adequada às vítimas de discriminação*.
- Resolução do Parlamento Europeu sobre a homofobia na Europa (Estrasburgo, 16 de janeiro de 2006), cujo item 9 *exorta urgentemente a Comissão a considerar o recurso a sanções penais em caso de violação das diretivas baseadas no artigo 13 do tratado* (que versa sobre o combate a toda discriminação, inclusive por orientação sexual).¹⁰
- Princípios de Yogyakarta (Indonésia, 2006), enunciados pelo painel internacional de especialistas em legislação internacional de direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero – expressamente referidos pelo Ministro CELSO DE MELLO em voto na ADI 4.277/DF –, entre os quais figura o direito à segurança pessoal, independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero, com

¹⁰ LANG, Jack; BORRILLO, Daniel. *Homosexuels: quels droits?* Paris: Dalloz, 2007, p. 81-89.

o respectivo dever de os Estados tomarem *todas as medidas legislativas necessárias para impor penalidades criminais adequadas a violência, ameaças de violência, incitação à violência e assédio associado, por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer pessoa ou grupo de pessoas em todas as esferas da vida, inclusive a familiar.*

Indica a associação autora diversos países no mundo que já têm leis de incriminação da homofobia e da transfobia ou que a consideram como fator de agravamento de delitos: Andorra, Bélgica, Canadá, Croácia, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, França, Grécia, Holanda, Lituânia, Luxemburgo, Portugal, Reino Unido, Romênia e Suécia.

No plano interno, existe **compromisso oficial do governo brasileiro**, exteriorizado no Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH), desde sua segunda versão (Decreto 4.229, de 13 de maio de 2002 – anexo, item 116: “Propor o aperfeiçoamento da legislação penal no que se refere à discriminação e à violência motivadas por orientação sexual”) até a atual (Decreto 7.037, de 21 de dezembro de 2009).

As normas criminais existentes, que punem de forma genérica o homicídio, as lesões corporais e a injúria, são notoriamente insuficientes para prevenir e reprimir atos de homofobia e transfobia, os quais se qualificam pelo desprezo oriundo do preconceito. Segundo afirmado na petição inicial, os *crimes de ódio são socialmente mais graves do que crimes praticados sem motivação de ódio contra as vítimas por conta do alto grau de intolerância*. Por outro lado, a Constituição (no art. 5º, XLI e XLII) e a legislação criminal brasileira (na Lei 7.716/1989) reconhecem expli-

citamente que o preconceito e a discriminação são fatores de justificacão para resposta penal específica.

A *proteção insuficiente* é notória hipótese caracterizadora de inconstitucionalidade por omissão. Trata-se da versão “negativa” da proporcionalidade, conforme esclarece PAULO GILBERTO C. LEIVAS:

A proibição da não suficiência exige que o legislador [e também o administrador], se está obrigado a uma ação, não deixe de alcançar limites mínimos. O Estado, portanto, é limitado de um lado, por meio dos limites superiores da proibição do excesso, e de outro, por meio de limites inferiores da proibição da não suficiência.¹¹

O importante argumento da reserva absoluta de lei (princípio da legalidade estrita) em matéria penal precisa ser interpretado à luz da supremacia da Constituição, das determinacões específicas de legislar para proteger a dignidade, do controle de constitucionalidade, da previsão de mecanismos processuais talhados para o enfrentamento da omissão inconstitucional (tais como o mandado de injunção e a açã direta de inconstitucionalidade por omissã) e do papel do Supremo Tribunal Federal na concretizacão constitucional, que geram reconfiguracão desse princípio. Importa, antes de tudo, a efetiva regulamentacão do valor constitucional desprotegido, ainda que de modo provisório e por intermédio da jurisdicão constitucional. Será entã **regulamentacão autorizada** pela Constituição, com o que restará atendido o princípio da legalidade. Será **regulamentacão excepcional**

11 *Tèoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 76.

e **supletiva**, com o que se respeitará o princípio da divisão funcional do poder e a primazia da conformação pelo Poder Legislativo.

A ausência de resposta jurídica eficaz ao comando constitucional de combate à discriminação e ao preconceito contra lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis e transexuais é intolerável num quadro social estereotipado em que centenas de pessoas LGBT são mortas a cada ano primariamente por causa de sua orientação sexual!¹²

ENGAJAMENTO DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA
NO COMBATE À DISCRIMINAÇÃO E AO PRECONCEITO
POR ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO

A atuação institucional do Ministério Público e do Poder Judiciário (sem olvidar a Advocacia e a Defensoria Pública) tem dado mostras corajosas de afirmação dos direitos das minorias homossexuais e transexuais, desde o reconhecimento de direitos previdenciários até a aceitação franca das uniões homoafetivas na ADI 4.277/DF – promovida pelo Procurador-Geral da República –, como *a coroação de toda uma trajetória de lutas e conquistas judiciais* (PAULO R. I. VECCHIATTI).¹³ Nesse cenário, merece ser citado o re-

12 Levantamento da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República para o ano de 2012 estimou a ocorrência de 310 homicídios ligados à intolerância em face da orientação sexual da vítima (*Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano de 2012*, p. 39; disponível em < <http://bit.ly/violhomo2012> > ou < <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012> >; acesso em 25 jul. 2014). Esse número é muito provavelmente subdimensionado, pelas dificuldades associadas à subnotificação e à identificação da homofobia ou transfobia como móvel da infração.

13 O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (coord.).

cente parecer na ADPF 291/DF,¹⁴ sobre a prática de atos libidinosos em lugar sujeito à administração militar (art. 235 do Código Penal Militar), em que a Procuradoria-Geral da República reforça seu discurso contrário à discriminação ao pronunciar-se pela aplicação da norma “de maneira absolutamente independente da orientação sexual de seus protagonistas”.

As funções essenciais à Justiça engajaram-se firmemente no combate ao preconceito e à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, ficaram conhecidas na sociedade brasileira como defensoras dos direitos fundamentais a eles associados e não devem agora esmorecer nem se mostrar pusilânimes diante da impostergável criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas. Sendo assim, a procedência do mandado de injunção é de rigor, como forma de avanço institucional no reconhecimento das pessoas LGBT e contra a opressão delas, denunciada por DANIEL SARMENTO:

O reconhecimento social envolve a valorização das identidades individuais e coletivas. E a desvalorização social das características típicas e do modo de vida dos integrantes de determinados grupos, como os homossexuais, tende a gerar nos seus membros conflitos psíquicos sérios, infligindo dor, angústia e crise na sua própria identidade.¹⁵

Manual do direito homoafetivo. São Paulo: Saraiva; IDP, 2013, p. 153.

14 Relator Ministro ROBERTO BARROSO.

15 *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 146.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26/DF

Tramita no Supremo Tribunal Federal a ADO 26/DF com objeto semelhante, proposta pelo PARTIDO POPULAR SOCIALISTA (PPS), sob relatoria do Ministro CELSO DE MELLO. Com a extensão que pode tomar a decisão do mandado de injunção, este e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão convergem quanto ao objeto. Sem que seja caso de abordar, por ora, semelhanças e distinções dos institutos, importa destacar é que o tema do preconceito e da discriminação contra lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis e transexuais **está em pauta e não pode ser evitado**. É preciso que a sociedade e a comunidade jurídica brasileira obtenham resposta jurídica satisfatória e urgente, em termos penais, ante a determinação constitucional expressa de criminalização da homofobia e da transfobia.

III. CONCLUSÃO

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do agravo, para que se conheça do mandado de injunção e se defira em parte o pedido, para o efeito de considerar a homofobia e a transfobia como crime de racismo e determinar a aplicação do art. 20 da Lei 7.716/1989 ou, subsidiariamente, determinar aplicação dos dispositivos do Projeto de Lei 122/2006 ou do Pro-

jeto de Código Penal do Senado, até que o Congresso Nacional edite legislação específica.

Brasília (DF), 25 de julho de 2014.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República

RJMB/WS/WCR/TVM-Par.PGR/WS/1.819/2014