

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

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

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

VOTO

Julgamento conjunto da ADO 26 e MI 4733

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), com vistas a *“obter a criminalização específica de 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”*. Como fundamentos, aponta a ordem constitucional de criminalizar (mandado de criminalização) relativa ao racismo (art. 5º, XLII) e às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), bem como o princípio da proporcionalidade na aceção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88).

Ao final, requer, em resumo:

“- seja reconhecido que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo (STF, HC 82.424 RS), de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar o racismo, constante do art. 5º, XLII, da CF/88, já que inferiorizam pessoas LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras (que se identificam com o gênero socialmente atribuído a elas);

- ou, subsidiariamente, que a homofobia e a transfobia sejam reconhecidas como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, de sorte a enquadrá-las na ordem

constitucional de criminalizar constante do art. 5º, XLI, da CF/88, especialmente porque a não criminalização de tais condutas constitui, no atual contexto social brasileiro, uma proteção deficiente do Estado Brasileiro que faticamente restringe tais direitos fundamentais da população LGBT, a caracterizar inconstitucionalidade por afronta ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente;

- seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional a fim de operar a criminalização específica da homofobia e da transfobia, a saber, a criminalização específica de 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;

- seja fixado prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora de 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”.

Observa-se, assim, que o pleito da presente ação é o controle de constitucionalidade de omissões do Poder Público no que diz respeito à criminalização da homofobia/transfobia.

É o relatório.

1. A relevância da omissão inconstitucional impugnada

De início, cabe destacar que a questão constitucional de que trata a presente demanda é da mais alta relevância para o sistema de proteção de direitos fundamentais que se estrutura a partir da ordem constitucional

ADO 26 / DF

brasileira.

A pretensão autoral se baseia na tese de que a inércia do Congresso Nacional em estabelecer os tipos penais da homofobia e da transfobia seria inconstitucional por (i) violar mandado expresso de criminalização previsto no art. 5º, XLII, da CF/88; (ii) por descumprir o dever de elaboração de legislação criminal que puna o racismo e, igualmente, o racismo homofóbico e transfóbico.

O pedido imediato da ação é que seja adotada sentença de perfil aditivo com o intuito de criminalizarem-se as ofensas (individuais e coletivas), os homicídios, as agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima. Tal criminalização seria feita em igual medida à punição constante da Lei 7.716/1989 (Lei Antirracismo).

A pretensão autoral veicula imputação grave que de fato merece cuidadosa análise por parte do Supremo Tribunal Federal. Trata-se da alegação de que a mora legislativa impugnada tem contribuído para a exposição e sujeição de homossexuais, transgêneros e outras minorias a um quadro reiterado de violações de direitos individuais. Tais violações se concretizariam de múltiplas formas, desde atos de ameaça e ofensas que atingem a honra e a dignidade até atos de violência física que atentam diretamente contra a vida.

Resta claro, portanto, que está em jogo na presente demanda a verificação do cumprimento de um dever de proteção constitucional (*Schutzpflicht*) que visa a tutelar garantias individuais da mais absoluta centralidade para a ordem democrática.

A orientação sexual e a identidade de gênero constituem elementos essenciais da personalidade humana. Não há maiores dificuldades em se entender que as escolhas tomadas nesses campos concretizam a capacidade de autodeterminação do indivíduo. Em essência, cuida-se de decisões tomadas pelos indivíduos no exercício da liberdade de projetar sua própria vida e de aspirar à busca da felicidade.

A doutrina nacional não se tem ocupado – como deveria – de um dispositivo que consta do Direito Comparado – talvez sua matriz

moderna esteja na Lei Fundamental de Bonn –, que fala sobre o **direito de autodesenvolvimento** (*Selbstentfaltungsrecht*), quer dizer, o livre desenvolvimento da personalidade (*die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*), desde que não viole direitos de outrem e não se choque contra a ordem constitucional ou os costumes (Art. 2 I GG - *Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt*).

É claro que isso não nos impede de identificar esse direito em nosso sistema, a partir, sobretudo, do direito de liberdade e em concordância com outros princípios e garantias constitucionais. Nesse sentido, é possível destacar, dentre outros: os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV); a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, *caput*); a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); bem como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios adotados ou incorporados mediante tratados internacionais (art. 5º, §2º).

A orientação sexual e a identidade de gênero devem ser consideradas como manifestações do exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação.

A proteção constitucional da autodeterminação de gênero deve ser concebida dentro do quadro de significados de uma Constituição Democrática Pluralista, que, nas palavras de Peter Häberle, assume um *“Compromisso de Possibilidade”*, isto é, assume uma proposta de

soluções e de coexistências possíveis sem se curvar à imposição da força política de cima para baixo (HÄBERLE, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Königstein: Athenäum, 1980, p. 5). Nesse contexto, como observa ainda Haberle, os direitos fundamentais acabam por representar importante **meio de alternativas e de opções**, fazendo que, com eles, seja possível um **pluralismo democrático** (HÄBERLE, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Königstein: Athenäum, 1980, p. 6).

A relação entre a democracia pluralista e a existência de uma ordem constitucional atenta à preservação da autodeterminação humana por parte dos mais distintos grupos sociais é destacada ainda por Gustavo Zagrebelsky, ao destacar que:

“As sociedades pluralistas atuais - isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, *conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma*”. (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil: ley, derechos y justicia*. Trad. Marina Gercón. Madrid: Trotta, 1995, pág. 13.)

Essa digressão é necessária para que fique claro que, a rigor, a pretensão que se formula no sentido de combate à homofobia e à transfobia tem base nos direitos fundamentais, na proteção de direitos de minorias, a partir da própria ideia do direito de liberdade.

2. A caracterização da mora legislativa apta a ensejar o controle abstrato da omissão constitucional

ADO 26 / DF

A pretensão autoral nesta ADO impugna a suposta inação do Congresso Nacional, que teria quedado omissa em estabelecer a criminalização de atos discriminatórios que atentam contra a dignidade humana, notadamente em relação às comunidades LGBT, mesmo após passados mais de trinta anos da promulgação da Constituição Federal de 1988.

O dever jurídico de legislar sobre o tema decorreria, como afirmado, de normas constitucionais que expressamente determinam ao Parlamento a punição de atos de discriminação, de acordo com a imposição legislante contida no art. 5º, XLI e XLII, da Carta Maior.

A constatação de que se está diante de uma inação congressual apta a viabilizar o controle abstrato de constitucionalidade por omissão é, portanto, imprescindível ao deslinde desta demanda. É a partir desse reconhecimento que se abre a possibilidade de colmatação de tal lacuna pela via judicial, respeitados os limites jurisdicionais.

Ainda que aqui se investigue a ação do legislador no campo de políticas criminais, percebe-se que a não tipificação dos crimes de homofobia e transfobia, além de expor grupos minoritários a situações graves de violência social, suscita um desvio dos comandos constitucionais que firmam a reprovabilidade de condutas discriminatórias. Daí a configuração de uma justa causa legitimadora da intervenção do Poder Judiciário.

O Congresso Nacional tem buscado ao longo das últimas três décadas estabelecer medidas de combate aos atos de homofobia e transfobia, inclusive por meio de medidas de caráter penal. Contudo, embora não se trate de uma indiferença absoluta em relação ao tema, fica claro que a tramitação dos projetos de lei que teriam o condão de colmatar a lacuna legislativa impugnada tem sido tumultuada por todos os gêneros de embaraços típicos do processo legislativo.

Importante ilustração da atuação errática e tumultuada do Parlamento resta clara no histórico de tramitação do Projeto de Lei 5.000/2001, proposto originalmente pela Deputada Federal Iara Bernadi,

ADO 26 / DF

em 7.8.2001, que tinha por finalidade prever “os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero”. O projeto chegou a ser aprovado na Câmara dos Deputados em 23.11.2016 e foi posteriormente encaminhado ao Senado Federal, onde foi autuado como Projeto da Câmara 122/2006.

Ocorre que 8 (oito) anos após a aprovação do PL na Câmara, o projeto foi objeto de arquivamento automático pelo Senado Federal ante o fim da 54ª legislatura parlamentar. O PL 122/2006 conseguiu ser novamente reavivado com o Requerimento 46/2011, subscrito por Senadores nos termos do Regimento Interno da Casa Legislativa, o qual foi aprovado pelo Plenário da Casa em 9.2.2011, determinando-se o retorno da proposta às Comissões Temáticas.

No entanto, por meio de uma manobra de parte dos congressistas que deixavam clara sua oposição às medidas de criminalização, aprovou-se o Requerimento 1.443/2013, do Senador Eduardo Lopes, que determinou a anexação do projeto ao Projeto de Lei do Novo Código Penal brasileiro (PL do Senado 236/2012). O retardamento tributário dessa anexação foi recebido pela comunidade LGBT como uma verdadeira capitulação da proposição legislativa.

Além da ilustrativa tramitação errática do PL do Senado 122/2016, outras propostas legislativas da mais alta relevância para a proteção dos direitos das minorias LGBT também encontram dificuldades de tramitação no Congresso Nacional.

O Projeto de Lei 5002/2013, de autoria do então Deputado Paulão (PT-AL), apresentado em 25.9.2013, que estabelecia “a notificação compulsória, no território nacional, no caso de violência contra transexuais, travestis, lésbicas, bissexuais e gays que forem atendidos em serviços de saúde públicos ou privados”, foi um dos que restou frustrado. O art. 1º, § 1º, do projeto trazia uma redação interessante ao prever que os atos de violência que seriam objeto de notificação compulsória poderiam se configurar a partir de “qualquer ação ou conduta, baseada no ódio e/ou na intolerância, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico aos transexuais, travestis, lésbicas, bissexuais e gays, tanto no âmbito público como no privado”.

ADO 26 / DF

O PL 5002/2013, porém, sequer chegou a ser votado no Plenário da Câmara. Em 31.1.2019, a proposição foi arquivada pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Casa.

Aqui, convém destacar que a mera apreciação da presente ADO por este Tribunal, por si só, parece ter impulsionado o Parlamento a abandonar o estado de absoluta inércia na regulamentação da matéria.

Somente no início do ano de 2019, em datas posteriores ao início do julgamento da presente ação pelo Plenário, proposições legislativas sobre o tema foram desarquivadas por deliberações das respectivas Casas Legislativas ou foram apreciadas pelas Comissões Temáticas do Congresso Nacional.

Quanto às propostas legislativas desarquivadas, destacam-se (i) o Projeto de Lei 9.8032/2014, que amplia a proteção de que trata a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha) às pessoas transexuais e transgêneros; (ii) o Projeto de Lei 336/2015, que institui o chamado Estatuto das Famílias do Século XXI; e (iii) o Projeto de Lei 7.292/2017, que altera o art. 121 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o LGBTcídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio; e o art. 1º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o LGBTcídio no rol dos crimes hediondos. Esses projetos de lei, reitera-se, foram desarquivados pela Mesa Diretora da Câmara nas datas de 21.2.2019 e 22.2.2019, poucos dias após o início da apreciação desta ADO pelo Plenário.

A reação legislativa mais evidente à atuação do STF na apreciação do presente feito parece ter-se dado com a aprovação, pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, do Projeto de Lei 672/2019, de autoria do Senador Wewerton (PDT/MA), e do Projeto de Lei 191/2017, de autoria do Senador Jorge Viana (PT/AC).

A primeira proposta realiza uma alteração na própria Lei Antirracismo (Lei 7.716/1989), para incluir no tipo penal a criminalização de discriminação ou preconceito de orientação sexual e/ou identidade de gênero. Já a segunda veicula alteração da Lei Maria da Penha, para

ADO 26 / DF

assegurar à mulher as oportunidades e facilidades para viver sem violência, independentemente de sua identidade de gênero, ou seja, estende os direitos a mulheres transgênero e transsexuais.

Os avanços das referidas propostas legislativas sem dúvida representam um passo importante no sentido de se garantir a eficácia plena dos princípios constitucionais que estão em jogo nesta ação. Todavia, a mera tramitação de proposições legislativas não modifica, em si, o estado de insuficiência da proteção que se pretende tutelar nesta demanda. Ressalto que é absolutamente imprevisível o destino das proposições legislativas examinadas, motivo pelo qual elas não se mostram aptas a suprir a proteção das minorais que se almeja tutelar no presente feito.

Relembro que a jurisprudência desta Corte admite o controle de omissões normativas inconstitucionais do Poder Público mesmo quando já instaurado processo legislativo, desde que contatado estado de mora histórico e sistemático. Nesse sentido, registro o julgamento da ADI 3.682, de minha relatoria, sobre a questão do desmembramento de municípios.

Ressalto ainda que o caso em tela parece contribuir positivamente para a construção de uma teoria de diálogos institucionais entre os Poderes. Isso porque a reação legislativa deflagrada a partir do início da apreciação desta ADO pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal não fustiga, mas, na realidade, apenas avaliza a relevância da atuação desta Corte Constitucional na colmatação de omissões legislativas.

Nesse ponto, é importante, mais uma vez, ressaltar que a configuração de situações de omissões inconstitucionais – ainda que parciais – é passível de impugnação judicial justamente porque, nesses casos, a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos deformadores da Constituição.

Entendo estarmos diante de uma inação congressual que apresenta o mesmo nível de gravidade, ou até maior, do que aquele verificado em outras omissões inconstitucionais que têm historicamente demandado a atuação aditiva do Supremo Tribunal Federal. Assim, considerando a seriedade das ofensas sistematicamente dirigidas às esferas jurídicas

das minorias que pleiteiam a proteção desta Corte, entendo que não há como afastar o cabimento da presente ADO.

3. A proteção insuficiente do direito das minorias LGBT ante o descumprimento de mandados de criminalização

Uma vez configurada a mora legislativa apta a suscitar o ingresso no controle de omissões inconstitucionais, faz-se necessário aprofundar o exame do seu parâmetro de controle constitucional.

A controvérsia em exame projeta-se sobre o reconhecimento do dever de proteção constitucional (*Schutzpflicht*) garantido a minorias no exercício da sua capacidade de autodeterminar sua orientação sexual e sua identidade de gênero. *In casu*, essa proteção é buscada pela concretização de um mandado constitucional de criminalização que abrange toda e qualquer forma de ato discriminatório que se mostre incompatível com o princípio da igualdade e da liberdade.

A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas disposições é possível identificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista bens e valores envolvidos.

Em verdade, tais disposições traduzem uma outra dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de sua feição objetiva na ordem constitucional. Tal concepção legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – *Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*).

Nesse sentido, os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da

ADO 26 / DF

expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*).

A forma como o dever de proteção de direitos fundamentais deve ser satisfeita constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais que dispõem de alguma liberdade de conformação. Quando da fixação de mandados de criminalização, o texto constitucional impõe ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A ideia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, inclusive para tutelar situações de deficiência da proteção criminalizante.

Como adverte Bernhard Schlink, a tutela insuficiente não se configura apenas quando o Estado não faz nada para atingir dado objetivo para o qual deva envidar esforços, mas também quando os instrumentos de tutela existentes não se afiguram aptos a garantir o exercício de direitos e liberdades individuais. O referido autor assevera que:

“A conceituação de uma conduta estatal como insuficiente (*untermässig*), porque ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito (*unverhältnismässig im engeren Sinn*)” (*Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 462-463).

A respeito do caráter vinculante da proibição da proteção insuficiente veiculada em mandados de criminalização, considero oportuno rememorar algumas das considerações que fiz no julgamento da ADI 3.112/DF (estatuto do desarmamento). Naquela oportunidade, destaquei os deveres do Estado de proteção e de tutela em face da

ADO 26 / DF

necessidade de preservação da integridade de direitos e de liberdades fundamentais de grupos vulneráveis. Na ocasião, destaquei que:

“A Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo catálogo de mandatos de criminalização expressos de que se tem notícia.

Ao lado dessa ideia de mandatos de criminalização expressos, convém observar que configura prática corriqueira na ordem jurídica a concretização de deveres de proteção mediante a criminalização de condutas.

Outras vezes cogita-se mesmo de mandatos de criminalização implícitos, tendo em vista uma ordem de valores estabelecida pela Constituição. Assim, levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbot*), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional-penal adequado.

Em muitos casos, a eleição da forma penal pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma chamar de discricção legislativa, tendo em vista desenvolvimentos históricos, circunstâncias específicas ou opções ligadas a um certo experimentalismo institucional. A ordem constitucional confere ao legislador margens de ação para decidir sobre quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. É certo, por outro lado, que a atuação do legislador sempre estará limitada pelo princípio da proporcionalidade.

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

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

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

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

Resta claro que a mora legislativa discutida consubstancia inegável insuficiência na proteção constitucional que determina a criminalização da discriminação atentatória à dignidade humana, seja em função estrita do conceito de raça, seja enquanto desdobramento de posturas homofóbicas e transfóbicas.

O contexto fático subjacente à presente demanda sugere que as violações às garantias individuais dos grupos de vulnerabilidade LGBT, de fato, estão a demandar uma ação imediata da Corte Constitucional.

Durante a tramitação desta ADO, a participação de entidades representantes da sociedade civil – sobretudo aquelas habilitadas na forma de *amici curiae* – expandiu a compreensão deste Tribunal sobre o quadro atual de extrema vulnerabilidade a que estão expostos os grupos

ADO 26 / DF

LGBT no Brasil.

As informações trazidas ao conhecimento da Corte dão conta de um estado reiterado de exposição de minorias a atos odiosos rotineiramente praticados sem que haja uma resposta efetiva do Estado no sentido de resguardar as esferas jurídicas individuais violadas.

Nesse sentido, as informações colhidas do Relatório “Violência LGBTFóbicas no Brasil”, produzido pelo Ministério dos Direitos Humanos em 2018, indicam um cenário de abusos cotidianos dos mais variados tipos contra essa população no Brasil. Os dados compilados do Disque Direitos Humanos - Disque 100 demonstram que, apenas em 2016, foram reportados ao total 4.783 casos de denúncias e violações.

A conclusão do estudo é categórica em afirmar que os dados do Disque 100 apresentados permitem concluir que *“a LGbTfobia no Brasil é estrutural, operando de forma a desqualificar as expressões de sexualidade divergentes do padrão heteronormativo, atingindo a população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais em diferentes faixas etárias e nos mais diversos locais, desde a rua até o nível família”*. (BRASIL. Violência LGBTFóbicas no Brasil: dados da violência, 2018, p. 75).

Ainda com base nos dados do Disque 100 de 2016, é possível observar a clara existência de um grupo de vulnerabilidade que apresenta características cumulativas com as de outros grupos minoritários que sofrem discriminação no Brasil.

O mencionado relatório do MDH diagnosticou que 39,9% das vítimas dos atos de homofobia são negras ou pardas, o que sugere que o racismo talvez possa fortalecer a homofobia. Como pontuado no Relatório, fica evidente que, no cenário nacional, *“as discriminações se sobrepõem, fazendo-se presente o racismo, a discriminação social, contra pessoas com deficiência, religiosa, geracional, etc”*. (BRASIL, 2016, p. 25).

Sem dúvida, é alarmante o estado de perigo vivido pelos membros das comunidades LGBT no Brasil. A entidade “Grupo Gay da Bahia – GGB”, admitida como *amicus curiae* no presente feito, trouxe aos presentes autos relatórios que demonstram de forma clara a gravidade do número de incidentes de transfobia e homofobia que resultaram em

ADO 26 / DF

assassinatos. De acordo com a entidade GGB, no ano de 2017, a quantidade de homicídios cometidos em razão de orientação sexual chegou a 445 mortes, número 30% maior do que o diagnosticado no ano anterior. Do total, 56% desses crimes acontecem em espaço público, o que ressalta ainda mais a crueldade social desse tipo de delito.

Esses dados afastam qualquer dúvida acerca da relevância da atuação desta Suprema Corte na presente demanda.

A realidade fática demonstra ostensivamente que a ausência da criminalização de atos de homofobia e transfobia acaba contribuindo para restrições indevidas de direitos fundamentais e para um quadro generalizado de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero.

Por isso, é importante deixar claro que o presente caso não trata simplesmente da falta de uma disciplina legislativa que permita o desenvolvimento de dada política pública. Nós estamos a falar, realmente, do reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos.

4. Do mandado constitucional de criminalização de toda e qualquer forma de discriminação

Os mandados constitucionais de criminalização ao racismo e a todas as formas de discriminação não se restringem a demandar uma formulação de políticas públicas voltadas a essa finalidade; consagram verdadeiros postulados do reconhecimento do direito de minorias, de direitos básicos de liberdade e igualdade.

Tais direitos dizem respeito à liberdade de orientação sexual, de desenvolvimento da personalidade e de reconhecimento da união homoafetiva como relação jurídica legítima, e exigem um correspondente dever de proteção do Estado, por intermédio de um modelo mínimo de proteção institucional, como meio de se evitar uma caracterização continuada de discriminação.

O art. 5º, inciso XLI, da Constituição é expresso ao determinar que “a

ADO 26 / DF

lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". Essa garantia e o próprio conteúdo do direito de liberdade de autodesenvolvimento se revelam fundamentos jurídicos adequados e suficientes ao combate à homofobia. No mesmo sentido, o art. 5º, XLII, do mesmo dispositivo, firma que *"a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei"*.

A concretização desse mandado de criminalização constitucional foi buscada na tipificação prevista na Lei 7.716/1989, que se invoca na presente ADO como parâmetro para colmatação da lacuna normativa impugnada, apto a fixar a justa medida da punição de atos de homofobia e transfobia.

A partir de uma leitura constitucional da Lei Antirracismo, o que se observa é que o legislador ordinário não logrou concretizar *in totum* o mandado de criminalização. A colmatação da lacuna normativa buscada na presente ADO visa justamente ao saneamento de uma omissão parcial, tendo em vista que o legislador efetivou uma cláusula integral de proteção social em face de práticas discriminatórias de todo gênero, o que poderia ser diretamente extraído do art. 5º, XLI, da Constituição.

Impende ressaltar que o entendimento de que o art. 5º, XLI, da Constituição consagrou uma cláusula de proteção integral aplicável não apenas a situações estritas de discriminação por raça, mas sim a toda e qualquer forma de desigualação humana, encontra respaldo tanto na evolução legislativa subjacente à edição da Lei 7.716/1989 quanto na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Do ponto de vista da evolução legislativa, observa-se que originalmente o núcleo do tipo penal contemplado no art. 1º da Lei 7.716/1989 afigurava-se circunscrito a preconceitos de raça e de cor. Tal dispositivo, no entanto, foi paulatinamente ampliado para outras formas de discriminação que se afiguram igualmente incompatíveis com o princípio da igualdade.

A ampliação da proteção criminal no referido diploma se deu principalmente (i) com a edição da Lei 9.459/1997, que alterou o supracitado art. 1º, firmando a reprovabilidade da discriminação

ADO 26 / DF

resultante de etnia, religião ou procedência nacional; e (ii) com a inclusão do art. 20 no diploma normativo a partir da edição da Lei 8.081/1990, posteriormente alterado também pela Lei 9.459/1997, que consagrou a reprovabilidade de atos de indução à discriminação.

Já do ponto de vista da interpretação constitucional da Lei Antirracismo, a jurisprudência deste Tribunal corrobora que o sentido constitucional atribuído à norma clama por uma ampliação progressiva da proteção criminal em direção à repressão de toda e qualquer forma de discriminação, seja ela baseada em cor, raça, etnia ou orientações individuais das mais diversas.

Essa interpretação pode ser extraída com clareza do histórico julgamento do *Habeas Corpus* 82.424/RS (o chamado Caso Ellwanger). O voto do relator, Ministro Maurício Correa, consignou expressamente que *“limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria natureza e prevalência dos direitos humanos”* (HC 82.424, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, rel. para Acórdão Min. Maurício Corrêa, DJ 19/03/2004).

No mesmo precedente, merece relevo ainda o voto proferido pelo Ministro Nelson Jobim, que, com clareza, ressaltou que a proteção ampla contra toda e qualquer forma de discriminação, inclusive aquelas deferidas contra os homossexuais, permeou os debates da Assembleia Constituinte, *in verbis*:

“[...] No debate da Constituinte, registrado nos anais, falava-se no negro, mas estavam lá os judeus, estavam lá os homossexuais e tivemos a oportunidade de discutir isso. [...] **Circularam dentro da Assembleia Constituinte todas as minorias que poderiam ser objeto de racismo.** Nunca se pretendeu, com o debate, restringir ao negro. Não há necessidade de trazer esse debate, porque a Assembleia Constituinte não vai restringir, no texto, ao negro, mas vai deixar em aberto para o exercício futuro de virtuais racismos

ADO 26 / DF

não conhecidos no momento de 88 e que possam ser conhecidos num momento do ano de 2000". (grifou-se) (STF, HC 82.424-2/RS, voto do Ministro Nelson Jobim, p. 2-4).

Relembro que a noção de "raça", que insiste em dividir e classificar os seres humanos em "categorias", resulta de um processo político-social que, ao longo da história, originou o racismo, a discriminação e o preconceito segregacionista. Como explica Joaze Bernardino, "*a categoria raça é uma construção sociológica, que por esse motivo sofrerá variações de acordo com a realidade histórica em que ela for utilizada*" (BERNARDINO, Joaze. Levando a raça a sério: ação afirmativa e correto reconhecimento. In: *Levando a raça a sério: ação afirmativa e universidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p. 19-20).

É preciso enfatizar, também, que no Brasil o problema do preconceito vem associado a diversos fatores – além da raça, em sentido estrito –, dentre os quais se sobressaem a posição ou o *status* cultural, social e econômico do indivíduo, sua origem étnica e, sua orientação sexual ou sua identidade de gênero. Nesse contexto, não se pode emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica, devendo-se levar em consideração as diversas acepções a que o termo se submete, incluindo aí a sociológica e também a antropológica.

Em meu voto no já referido caso Ellwanger, ponderei que a discussão sobre a configuração de judeus como raça perdia sentido na medida em que quem discrimina o está fazendo como uma raça, promovendo e incitando a segregação. Assim, parece-me mais relevante o conceito antropológico do que o científico. Nesse sentido, a existência de diversas raças decorre de concepção histórica, política e social, sendo ela considerada na aplicação do Direito. Assim, entendi, naquela ocasião, que o antisemitismo constitui forma de racismo e, em consequência, crime imprescritível, seja porque o conceito de raça não pode ser resumido à semelhança de meras características físicas, seja porque tal movimento vê os judeus como uma raça, ainda que esta concepção seja sob a ótica social e política.

Diante dessas considerações, não vejo como se possa atribuir ao Texto Constitucional significado restrito, isto é, no sentido segundo o qual o conceito jurídico de racismo se divorcia dos conceitos histórico, sociológico e cultural. O que a nossa Constituição visa a coibir é a discriminação inferiorizante, a qual ela repudia com a alcunha de “racismo”.

Ainda que não fosse patente esse movimento ampliativo da abrangência criminalizante das fórmulas discriminatórias, nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal também tem reconhecido de forma clara que o direito fundamental à liberdade demanda a proteção das múltiplas opções de orientação sexual e de identidade de gênero. A postura do Tribunal em precedentes históricos tem sido justamente avessa à tese de escusabilidade da deficiência de proteção por conta da inação do Poder Legislativo nessa matéria.

Como já amplamente referenciado pelos demais votos que me antecederam, a afirmação da liberdade de orientação sexual por este Tribunal restou cristalizada no julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, ambas de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, quando se conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 226, § 3º, do texto constitucional, o qual limitava o reconhecimento da União Homoafetiva a casais heterossexuais.

No julgamento da multicitada ADPF 132, destaquei que, além de políticas públicas contra eventual tratamento indigno sofrido por homossexual, o Estado deve adotar ações para criar legislação própria que promova a dignidade da pessoa humana, sem nenhuma discriminação por orientação sexual. Ressalto nesse sentido o seguinte trecho do voto de minha lavra:

“A meu ver, se não fosse possível resolver a controvérsia aqui posta à luz da aplicação direta da disposição citada, do artigo 226, § 3º, poderíamos, sem dúvida, encaminhar a solução de reconhecimento da constitucionalidade da união homoafetiva a partir da aplicação do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do

indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção, em concordância com outros princípios e garantias constitucionais que destaquei na fundamentação deste voto, a saber: os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV); a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, caput); a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); bem como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios por ela adotados ou incorporados por tratados internacionais (art. 5º, §2º)". (ADPF 132, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe 14-10-2011)

Convém ainda recapitular um dos fundamentos que invoquei quando do julgamento daquele caso. Na ADPF 132, considerei pertinente a invocação do "pensamento do possível" (*Möglichkeitsdenken*), baseado na obra de Peter Häberle. Entendo que o pensamento do autor nesse particular configura expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta (Häberle, P. *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken*, in: *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein/TS, 1980, p. 9).

Conforme destaquei, "uma teoria constitucional das alternativas" pode converter-se numa "teoria constitucional da tolerância" (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6). Daí perceber-se também que "alternativa enquanto pensamento possível afigura-se relevante, especialmente no evento interpretativo: na escolha do método, tal como verificado na controvérsia sobre a tópica enquanto força produtiva de interpretação". (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 7).

Em breve síntese, o pensamento do possível prescreve que, diante de

ADO 26 / DF

um texto constitucional aberto, que exige novas aplicações, por vezes, nós nos encontramos diante dessas situações de lacunas, às vezes, de lacunas de caráter axiológico. Assim, se por acaso não pudermos aplicar a norma tal como ela está posta, poderíamos fazê-lo numa perspectiva estritamente ampliativa, aplicando-a naquilo que coubesse, naquilo que fosse possível.

Entendo que o mesmo raciocínio pode ser plenamente aplicado à presente discussão, de modo a se declarar possível que a norma endereçada à tipificação da discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, seja utilizada, de forma mais ampla, para se criminalizar a homofobia e a transfobia.

A postura aditiva e concretizada desta Corte Constitucional nesse sentido faz-se absolutamente necessária ante a debilidade das políticas criminais que tem permitido a perpetração de violações do dever constitucional de proteção consubstanciado no art. 5º, XLI, da Constituição.

Por isso, a meu ver, afigura-se compatível com o Texto Constitucional a solução interpretativa do art. 20 da Lei 7.716/1989, que já criminaliza a prática, indução ou incitação da “*discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*”, para que tal norma também seja utilizada com a finalidade de cumprir integralmente o dever de proteção capitulado no art. 5º, XLI, da Constituição, estendendo-se a tipificação a atos de homofobia e transfobia.

5. Atuação concretizadora da jurisdição constitucional em face da lacuna normativa impugnada

Uma vez configurada a mora legislativa apta a suscitar o ingresso no controle de omissões inconstitucionais, outra questão que subjaz à presente demanda diz respeito à possibilidade de este Tribunal colmatar tal lacuna adotando técnicas de perfil aditivo e concretizador das suas sentenças.

Nesse ponto, convém afastar as alegações que têm sido trazidas no

ADO 26 / DF

âmbito da presente ADO e em sede de MI de que a declaração da tipificação penal dos atos de homofobia e transfobia estaria fora do alcance deste Tribunal.

A esse respeito, considero oportuno destacar, mais uma vez, que o constituinte de 1988 emprestou significado ímpar ao controle de constitucionalidade da omissão com a instituição dos processos de mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A adoção do mandado de injunção e do processo de controle abstrato da omissão deu ensejo a intensas controvérsias na doutrina. O conteúdo, o significado e a amplitude das decisões proferidas nesses processos vêm sendo analisados de forma diferenciada pela doutrina e jurisprudência.

À época da inauguração do controle abstrato de omissões inconstitucionais, alguns nomes da literatura jurídica sustentavam que, como as regras constantes do preceito constitucional que instituiu o mandado de injunção não se afiguravam suficientes para possibilitar a sua aplicação, ficava sua utilização condicionada à promulgação das regras processuais regulamentadoras (Manoel Antonio Teixeira Filho, *Mandado de injunção e direitos sociais*, LTr, n. 53, 1989, p. 323). Outros doutrinadores afirmam que, sendo o mandado de injunção instrumento dirigido contra omissão impeditiva do exercício de direitos constitucionalmente assegurados, competiria ao juiz proferir decisão que contivesse regra concreta destinada a possibilitar o exercício do direito subjetivo em questão (José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 450-452). Uma variante dessa corrente acentua que a decisão judicial há de conter uma regra geral, aplicável não apenas à questão submetida ao Tribunal, mas também aos demais casos semelhantes (J. Calmon de Passos, *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, "habeas data", Constituição e processo*, Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 123). Segundo essa última concepção, o constituinte teria dotado o Tribunal, excepcionalmente, do poder de editar normas abstratas, de modo que essa atividade judicial apresentaria fortes semelhanças com a atividade legislativa (J. J. Calmon de Passos,

ADO 26 / DF

Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, “habeas data”, Constituição e processo, cit., p. 123.).

Uma corrente diversa entendia que o mandado de injunção serviria, tão somente, a aferir a existência de omissão que impede o exercício de um direito constitucionalmente assegurado (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 321-322.). A pronúncia de sentença de conteúdo normativo revelar-se-ia, por isso, inadmissível (Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança*, 29. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 277; Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. 385-386).

A expectativa criada com a adoção desse instituto no ordenamento constitucional brasileiro levou à propositura de inúmeras ações de mandado de injunção perante o Supremo Tribunal Federal. Sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a jurisprudência do STF construída ao longo das últimas três décadas afastou-se da orientação inicialmente perfilhada no MI 107 (Rel. Min. Moreira Alves) de que o provimento jurisdicional buscado pela via do mandado de injunção limitar-se-ia à declaração da mora legislativa.

No Mandado de Injunção 283, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o Tribunal, pela primeira vez, estipulou prazo para que fosse colmatada a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados. No Mandado de Injunção 232, de relatoria do Ministro Moreira Alves, o Tribunal reconheceu que, passados seis meses sem que o Congresso Nacional editasse a lei referida no art. 195, § 7º, da Constituição Federal, o requerente passaria a gozar a imunidade requerida.

As decisões proferidas nesses casos já sinalizam para uma nova compreensão do instituto e a admissão de uma solução “normativa” para a decisão judicial. A definitiva viragem desse entendimento deu-se com a conhecida evolução da jurisprudência sobre o direito de greve dos servidores públicos civis. Sobretudo no julgamento dos Mandados de Injunção MI 670, 708 e 712, o STF passou a reconhecer a necessidade de se

ADO 26 / DF

adotar uma solução normativa e concretizadora para colmatar as omissões inconstitucionais.

Em especial no voto de minha relatoria no MI 670, entendi que, no caso do direito de greve dos servidores públicos, afigura-se-ia inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício desse direito (CF, art. 9º, *caput*, c/c o art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua (CF, art. 9º, § 1º), de outro. Evidentemente, não se outorga ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição ou não da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderia ter adotado um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderá deixar de reconhecer o direito previamente definido na Constituição.

A partir da experiência do direito alemão sobre a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade (tendo em vista especialmente as omissões legislativas parciais), e das sentenças aditivas no direito italiano, considerou-se que, no caso do direito de greve dos servidores públicos civis, estar-se-ia diante de hipótese em que há omissão constitucional que reclama uma solução diferenciada.

A partir sobretudo das decisões acima referidas, o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, se se utilizar a denominação do direito italiano. Essa posição mostra-se aderente aos ensinamentos doutrinários de Augusto Martín de La Vega que destaca a relevância do uso de sentenças manipulativas na jurisdição constitucional:

“Partiendo de que cada sistema de justicia constitucional tiende a configurarse como un modelo particular en función de sus relaciones con el ordenamiento constitucional en el que opera, es difícil entender la proliferación de las sentencias manipulativas sin tener en cuenta la combinación de tres factores determinantes en el caso italiano: la existencia de una Constitución con una fuerte carga programática y ‘avocada’ a un desarrollo progresivo, la continuidad básica de un ordenamiento legal con fuertes resquicios no sólo protoliberales sino

incluso autoritarios, y la simultánea ineficacia del Parlamento para dar una respuesta en el tiempo socialmente requerido tanto a las demandas de actuación de la Constitución, como a la necesaria adecuación del preexistente ordenamiento legal al orden constitucional” (Augusto Martín de La Vega, La sentencia constitucional en Italia, Madrid: 2003, p. 229-230).

Cabe ainda ressaltar que, acolhendo tais razões e atenta à jurisprudência do Supremo Tribunal, a Lei 13.300, de 2016, regulamentou, legislativamente, a ação constitucional do mandado de injunção, dando uma solução ao dissídio entre jurisprudência e doutrina em torno da possibilidade de adoção de sentenças de perfil aditivo.

O diploma legal dispõe, em seu art. 9º, que a decisão proferida no mandado de injunção, em regra, “*terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora*”. O § 1º do mesmo artigo, contudo, prevê que “*poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da impetração*”.

Assim, entendo que é absolutamente compatível com o ordenamento constitucional brasileiro a adoção de sentenças de perfil concretizador e aditivo, seja com fundamento na jurisprudência constitucional desta Corte, seja com arrimo na própria Lei 13.300, de 2016, que regulamentou o mandado de injunção.

Na situação posta em análise, a falta de um modelo institucional que abrigue a concretização dos crimes da homofobia e da transfobia acaba contribuindo para o quadro de restrições sistemáticas a direitos individuais em um contexto generalizado de discriminação. Como já destaquei, não é difícil dizer que o próprio Estado, nesse ambiente, se nós estamos a falar de direitos fundamentais, tem um dever de proteção correspectivo a esse direito ou aos direitos aqui elencados.

Assim, considero extravagante, dado o nosso sistema constitucional de proteção de direitos, dizer-se que melhor seria o Congresso encaminhar esse tema, especialmente diante da já discutida atuação errática do Parlamento na regulamentação do assunto.

Não há dúvidas de que a conjuntura que se tem no Brasil, como já foi aqui descrito, é de inércia, de dificuldades e de não decisão por razões políticas várias. Esse cenário inevitavelmente impõe a necessidade de este Tribunal Constitucional agir de forma concretizadora, sanando omissão inconstitucional que implica violação direta a garantias individuais. E, por isso mesmo, restam rechaçadas as críticas de um suposto ativismo.

De todo modo, convém tecer algumas considerações sobre o tema.

6. Sobre ativismo e concretização de direitos fundamentais

Já em meados da década de 1980, Mauro Capelletti chamava atenção para as consequências do desenvolvimento do *welfare state*, fenômeno que agigantou as funções estatais e, por óbvio, trouxe consigo efeitos colaterais que se revelam basicamente na hipertrofia das funções legislativa e executiva, tendo em vista o acréscimo do viés prestacional do Estado. Diante desse fenômeno, quanto ao papel do Judiciário, o autor arrola duas possibilidades:

A dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas do gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o *terceiro* gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador. (Mauro Capelletti, *Juízes legisladores?*, p. 46-47)

Quanto à segunda alternativa, o autor destaca que “os tribunais ordinários – o “ramo menos perigoso”, segundo a célebre definição de Alexander Hamilton – passaram com audácia a aceitar a tarefa de ultrapassar o papel tradicional de decidir conflitos de natureza

ADO 26 / DF

essencialmente privada”. E complementa:

Todos os juízes, e não apenas alguns daqueles novos juízes especiais (ou “quase-judiciais”), tornaram-se, dessa maneira, os controladores não só da atividade (civil e penal) dos cidadãos, como também dos “poderes políticos”, nada obstante o enorme crescimento destes no estado moderno, e talvez justamente em virtude desse crescimento.

Neste sentido, antes que se possa falar, criticamente, em ativismo, é preciso compreender o papel do Judiciário num contexto histórico de hipertrofia dos demais poderes e, mais, num cenário de desconfiança e de falhas na concretização de direitos fundamentais, principalmente de minorias que pouco ou nenhum acesso têm à arena de decisão política.

A propósito, John Hart Ely reconhece a possibilidade de uma postura ativa do Judiciário com vistas a facilitar a representação política de minorias. E aplica a mesma lógica à proteção de minorias. Aduz:

Vimos como diversos direitos não mencionados na Constituição devem receber proteção constitucional em razão do seu papel em manter abertos os canais de mudança política. Uma análise similar parece ser aplicável à proteção das minorias. (John Hart Ely, *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*, tradução livre, p. 172)

Aproveito o contexto norteamericano, no qual a obra de Ely se insere, para destacar o paradigmático caso *Brown vs. Board of Education*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América declarou a inconstitucionalidade da segregação racial de crianças em escolas públicas. A decisão tornou-se um marco histórico do movimento pelos direitos civis e superou precedente da própria Corte que reconhecia como legítima a máxima “*separate but equal*”. Trata-se de uma postura ativa (mas não ativista) no sentido da consagração de direitos fundamentais de minorias em um cenário de violação sistêmico.

ADO 26 / DF

De fato, não há como negar que a ausência de tipo penal específico para a homofobia tem sido óbice à fruição de direitos básicos de pessoas em razão de sua orientação sexual.

Enfim, e aqui faço nova remissão aos números da violência motivada por homofobia, valho-me da proporcionalidade e da jurisprudência da Corte, nomeadamente no que se refere ao histórico de concretização de direitos fundamentais no plano judicial, para reconhecer a aplicabilidade da Lei 7.716/1989 às condutas discriminatórias relacionadas à homofobia e à transfobia, enquanto não sobrevier legislação específica sobre a matéria.

7. Dispositivo

Por todo o exposto, acolho integralmente o voto-relator, julgando procedente a presente ação, a fim de que :

(i) Seja declarada a inconstitucionalidade da inércia do Congresso Nacional em cumprir o mandado de criminalização consubstanciado no art. 5º, incisos XLI e XLII, da Constituição, ante a ausência de norma penal que criminalize atos de discriminação de homofobia e transfobia e que se faz necessária para o cumprimento do dever de proteção constitucional assegurado às minorias LGBT;

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

(iii) Seja dada interpretação conforme à Constituição aos tipos penais previstos na Lei 7.716/89 (Lei Antirracismo), a fim de que sejam consideradas crimes todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente as ofensas individuais e coletivas, as ameaças, as agressões e as discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima. Os efeitos da interpretação conforme à Constituição devem perdurar a partir da data de conclusão do

ADO 26 / DF

presente julgamento até que sobrevenha lei autônoma a ser editada pelo Congresso Nacional que regulamente a matéria

É como voto.

Em elaboração