

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 **Ricardo Lewandowski** (Vogal): Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ajuizada pelo Partido Popular Socialista – PPS contra o Congresso Nacional, em que se busca

“[...] obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) decorrência da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na aceção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88)” (documento eletrônico 2, p. 1).

Postula-se na impetração, essencialmente:

(i) o reconhecimento de que “a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo” ou, subsidiariamente, que sejam entendidas como “discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais”;

(ii) a declaração, com fundamento nos incisos XLI e XLII e LIV do

ADO 26 / DF

art. 5º da Constituição Federal, de mora inconstitucional do Congresso Nacional no alegado dever de editar legislação criminal que puna, de forma específica, a homofobia e a transfobia, “especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima”;

(iii) o reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso Nacional, fixando-se prazo razoável para a elaboração da referida legislação criminalizadora, no prazo máximo de um ano;

(iv) cumulativamente, caso “ultrapassado o prazo razoável fixado por esta Suprema Corte para a elaboração de referida legislação criminal, ou caso a Corte entenda desnecessária a fixação de prazo para tanto [...] que esta Suprema Corte aplique a corrente concretista geral do mandado de injunção”, superando a exigência de lei formal aprovada pelo Congresso;

(v) fixe a responsabilidade civil do Estado Brasileiro a indenizar as pessoas vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia, inclusive quanto a fatos pretéritos ao reconhecimento da mora legislativa ou, subsidiariamente, relativamente aos fatos ocorridos desde tal reconhecimento.

Solicitadas informações, o Presidente do Senado Federal defendeu a improcedência dos pedidos, porque já existe tipificação penal apta a tutelar os bens jurídicos em questão (crimes contra a honra, homicídio, lesão corporal, dentre outros), e porque seria mais apropriada “a discussão sobre a eficácia do Estado em aplicar a lei do que a discussão acerca da eficácia estatal em fazer leis penais” (documento eletrônico 31). Mais recentemente, em nova manifestação (documento eletrônico 124), o Presidente do Senado invocou o “acalorado e avançado debate democrático quanto à criminalização da homofobia, especialmente após o

ADO 26 / DF

advento do Projeto de Lei do Senado Federal nº 515 de 2017”, bem como “a constatação de que não é a jurisdição constitucional a via mais adequada para solucionar a controvérsia em atenção ao princípio da separação e da harmonia dos Poderes”, para pleitear o indeferimento da inicial ou, sucessivamente, a improcedência total da ação.

O Presidente da Câmara dos Deputados, em suas informações, reafirmou a posição da Casa ao aprovar o Projeto de Lei 5.003/2001, que “determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas” (documento eletrônico 32).

A Procuradoria-Geral da República apresentou manifestação assim ementada:

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

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

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

partem.

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

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

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

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

7. Parecer pelo conhecimento parcial da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, no mérito, pela procedência do pedido na parte conhecida" (documento eletrônico 61).

É o relatório. Decido.

Bem analisados os autos, por relevante, ressalto que, como já afirmei em outras ocasiões,¹ a demanda por reconhecimento é, contemporaneamente, componente essencial do conceito jurídico e filosófico do princípio da igualdade. Nesse diapasão, igualdade como reconhecimento é uma das principais reivindicações de grupos minoritários e de direitos humanos em todo o mundo.

Nancy Fraser, uma das notáveis pensadoras que se dedica ao estudo desse tema, destaca que a demanda por justiça social prestigia, cada vez mais, a política do reconhecimento, visando "contribuir para um mundo

1 ADI 4275, Rel. Min. Marco Aurélio.

amigo da diferença, onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito”.²

Essa renomada autora chama atenção para o fato de que o pensamento progressista da atualidade não deixou, e nem poderia deixar, de ocupar-se com a demanda de redistribuição, voltada à redução real ou material das desigualdades.

Entretanto, reconhece-se, cada vez mais, que a mudança no simbólico – a transformação cultural – também é fundamental para redução das desigualdades reais. No domínio do simbólico, as vítimas da injustiça social não são as “classes” identificadas pelos marxistas, que se definem pelas relações de produção, mas os “grupos de *status*” weberianos que, nas relações de reconhecimento, distinguem-se pela menor estima social de que gozam. Nesse diapasão, “o não-reconhecimento não é simplesmente uma questão de atitudes preconceituosas que resultam em danos psicológicos, mas uma questão de padrões institucionalizados de valor cultural que impedem a igual participação na vida social”.³

Outro importante pensador que se dedicou à teoria do reconhecimento foi Axel Honneth, para quem a “luta por reconhecimento’ tem de ser entendida como um quadro interpretativo crítico de processos de evolução social”,⁴ tendo por justificação uma concepção formal de eticidade, que garanta aos sujeitos a proteção de suas condições de autorrealização e que tem por fim universal possibilitar aos indivíduos uma vida feliz. Os padrões de reconhecimento são relevantes na medida em que estão interligados à autorrelação positiva:

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

3 Idem. p.179.

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

“O nexo existente entre a experiência de reconhecimento e a relação consigo próprio resulta da estrutura intersubjetiva da identidade pessoal: os indivíduos se constituem como pessoas unicamente porque, da perspectiva dos outros que assentem ou encorajam, aprendem a se referir a si mesmos como seres a que cabem determinadas propriedades ou capacidades. A extensão dessas propriedades e, por conseguinte, o grau de autorrealização positiva crescem com cada nova forma de reconhecimento, a qual o indivíduo pode referir a si mesmo como sujeito: desse modo, está inscrita na experiência do amor a possibilidade da autoconfiança, na experiência do reconhecimento jurídico, a do autorrespeito e, por fim, na experiência da solidariedade, a da autoestima”.⁵

Realmente, não há espaço para dúvida quanto à importância do reconhecimento para a autoestima, para a autoconfiança, para a autorrealização e para a felicidade. Aliás, relembro que, no âmbito jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de sublinhar, em importante julgado (Ag. Reg. no RE 477.554-MG, Rel. Min. Celso de Mello), que o direito à busca da felicidade é “verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana”.

Nesse mesmo julgamento, foram invocados os “Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero”, conhecidos como “Princípios de Yogyakarta”, que têm plena incidência no presente caso.

Ideais de gênero e papéis a ele associados são, como bem observam Joanna Noronha e Adriana Vidal de Oliveira, construídos culturalmente e situados historicamente.⁶ Para as autoras, desde a célebre frase de Simone

5 Idem. p. 272.

6 VIDAL DE OLIVEIRA, Adriana. NORONHA, Joanna Vieira. Afinal, o que é

ADO 26 / DF

de Beauvoir – “não se nasce mulher, torna-se mulher” –, tem-se criticado a construção de estereótipos de gênero que limitam e condicionam a subjetividade das pessoas. Posteriormente, sublinham as autoras, coube a Judith Butler ampliar a lente de leitura crítica à formação cultural do que é apropriado a cada gênero ao próprio binarismo que caracterizava, até então, o discurso feminista: a construção é sempre cultural e discursiva, atendendo a interesses sociais e políticos.

Direitos relativos à orientação sexual e à identidade de gênero são reconhecidos, hoje, nacional e internacionalmente, como essenciais para a dignidade e humanidade da pessoa humana, integrando o núcleo dos direitos à igualdade e à não-discriminação. Os referidos Princípios de Yogyakarta voltam-se a tutelar o indivíduo diante da violência, do assédio, da discriminação, da exclusão, da estigmatização e do preconceito dirigidos contra pessoas em todas as partes do mundo por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Esses grupos, por serem minoritários e, não raro, vítimas de preconceito e violência, demandam especial proteção do Estado. Nesse sentido, a criminalização de condutas discriminatórias não é só um passo importante, mas também obrigatório, eis que a Constituição contém claro mandado de criminalização neste sentido: conforme o art. 5º, XLI, “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

O referido artigo foi expressamente reconhecido pela 2ª Turma desta Casa, como mandado de criminalização no *Habeas Corpus* 104.410/RS, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em cuja ementa constou:

“A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas

“mulher”? E quem foi que disse?. *Revista Direito e Práxis*. 2016; 7 (15).

normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente”.

A omissão parlamentar em cumprir o mandato de criminalização, nos casos de que ora se trata, pode ser compreendida como um fenômeno que, mais do que jurídico, é político: como explica Ran Hirschl, com a ascensão do conceito de supremacia constitucional em todo o mundo, os tribunais tornaram-se instituições sensíveis aos reclamos de grupos sistematicamente excluídos da esfera política, contando com o apoio – explícito ou implícito – dos atores políticos, os quais, ao transferir sua responsabilidade para as instituições judiciais, evitam sua responsabilização política por decisões impopulares.⁷

Efetivamente, os atores políticos têm ciência de que são mais facilmente responsabilizados, perante seus eleitores, por suas ações do que pelas respectivas omissões.⁸ Nesse sentido, a judicialização pode contribuir para a inserção de determinados temas na agenda política. Os grupos sistematicamente excluídos de direitos têm, outrossim, mais facilidade para alcançar seus objetivos estratégicos por meio do Poder

7 HIRSCHL, Ran. O Novo Constitucionalismo e a Judicialização da Política Pura no Mundo. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. *Revista de Direito Administrativo* 251, nº 0 (13 de março de 2013). p 139–78.

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

ADO 26 / DF

Judiciário, cujo acesso é mais simples e menos custoso do que o acesso ao Legislativo e ao Executivo.⁹

Reputo importante notar que os Poderes constituídos têm uma dívida histórica, em termos de desigualdade de gênero, com os diversos grupos oprimidos. Como bem pontuam Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Chiavelli Facenda Falavigno e Jéssica da Mara, a desigualdade de gênero no Brasil é caracterizada pela violência, que se materializa, por exemplo, na violência doméstica contra a mulher, no vertiginoso encarceramento feminino da última década – em prisões nas quais não se enxergam as necessidades daqueles que não se enquadram no conceito de homem heterossexual cisgênero – e na violência trans e homofóbica, a partir de cujas manifestações desenvolvem-se relações assimétricas de poder baseadas no gênero.¹⁰

Ana Gabriela Braga e Victor Siqueira Serra enfatizam que o Direito, tanto como sistema jurídico quanto campo de produção de conhecimento, tem sido pressionado a reinventar-se e a se reorganizar-se para atender às demandas dos grupos oprimidos. Para explicitar a dificuldade dessa adaptação, eles conduziram um estudo de caso relativo a acórdãos julgando crimes que envolvem travestis e revelaram, a meu ver, a dívida que os sistemas jurídico e político – e sobretudo o sistema criminal – têm para com esses grupos oprimidos, que são acolhidos, em tal sistema, como representação de loucura, agressividade, imoralidade.¹¹

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

10 MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. FALAVIGNO, Chiavello Facenda. MATA, Jéssica da. *Questões de Gênero: uma abordagem sob a ótica das ciências criminais*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018. p. 13.

11 BRAGA, Ana Gabriela; SERRA, Victor Siqueira. *O fantasma do macho no corpo travesti: violência, reconhecimento e poder jurídico*. In: MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. FALAVIGNO, Chiavello Facenda. MATA, Jéssica da. *Questões de Gênero: uma abordagem sob a ótica das ciências criminais*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018. p. 86.

ADO 26 / DF

Segundo Jorge Leite Júnior, Foucault demonstrou que circunstâncias políticas e epistemológicas levaram à construção de dois sexos, com características e psique diversas, em torno dos quais estabeleceu-se um sistema de crenças que distingue o sadio e o patológico, em constante reorganização. Nesse processo, surge o discurso de “defesa da sociedade” - uma “luta cotidiana e mesquinha por justificar, legitimar e legalizar formas de controle social que privilegiem determinados grupos em relação a outros”.¹² Corpos ambíguos contrariam essa “ordem”, razão pelas quais se lhes nega a devida legitimidade, o que gera uma série de opressões e injustiças.

A pesquisa de Ana Gabriela Braga e Victor Siqueira Serra ilustra bem essa dinâmica. Destaco os seguintes achados:

(i) nenhum dos julgados selecionados pelos pesquisadores trata a travesti no feminino, mas sim no masculino, inclusive utilizando o nome de registro, a despeito dos pleitos desse grupo em sentido diverso, gerando um controle político sobre quem pode se dizer mulher;

(ii) o Tribunal muitas vezes confunde identidade de gênero e orientação sexual, reforçando estereótipos e a desumanização do sujeito de direitos;

(iii) a travestilidade é vista aprioristicamente como sinônimo de prostituição, violência, periculosidade, agressividade, gerando, no funcionamento da máquina criminal, profecias que se autocumprem, por desacreditarem a fala desse grupo e legitimarem investigações seletivas. Um exemplo seria a insistência em caracterizar como crime de roubo ou de lesões corporais condutas que, acaso se investigassem as versões das travestis, poderiam ser enquadradas em exercício arbitrário das próprias razões. Infelizmente, as versões das travestis muitas vezes nem chegam a ser investigadas.

12 LEITE JR, Jorge. *Nossos corpos também mudam: sexo, gênero e a invenção das categorias 'travesti' e 'transexual' no discurso científico*. 2008. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 213.

E assim concluem os autores:

“A travesti tem sua palavra silenciada e ignorada em detrimento do peso dos testemunhos policiais e da palavra da vítima no processo de convencimento do juízo. Não por acaso, o mesmo peso não é dado à palavra de mulheres vítimas de violência sexual e de gênero. É a abjeção que faz com que travestis ocupem lugares precários no sistema produtivo – o trabalho sexual sem regulamentação, permeado por violência e exploração – e, quando capturadas pelo sistema de justiça criminal, sejam deslegitimadas e criminalizadas exatamente por ocuparem esses espaços”.¹³

A respeito das violências a que são vítimas as travestis, Drauzio Varella recentemente publicou um artigo na Folha de S.Paulo, em que afirmou:

“O preconceito contra as travestis é tão arraigado que basta colocarem os pés na rua para serem consideradas marginais. ‘Travesti é assim: se ainda não fez, vai fazer’, disse um delegado certa vez.

Ninguém as defende da arbitrariedade policial nem das agressões dos celerados que as espancam pelo simples fato de existirem. Muitas se suicidam ou perdem a vida nas mãos desses psicopatas com transtornos sexuais.

[...]

Quando perguntei onde sentiam mais segurança e eram mais respeitadas, na cadeia ou na rua, responderam: ‘Na cadeia’. Nenhuma discordou”.¹⁴

13 BRAGA, Ana Gabriela; SERRA, Victor Siqueira. *O fantasma do macho no corpo travesti: violência, reconhecimento e poder jurídico*. In: MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. FALAVIGNO, Chiavello Facenda. MATA, Jéssica da. *Questões de Gênero: uma abordagem sob a ótica das ciências criminais*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018. p. 111.

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

ADO 26 / DF

Faço esse relato para realçar como a engrenagem jurídica tem se mostrado instrumental na construção de dinâmicas opressoras de grupos sistematicamente privados de direitos, bem como para ressaltar a urgência de se inverter diametralmente essa tendência. Para tanto, punir criminalmente a homofobia e a transfobia é simbólico, e é, segundo penso, apenas um primeiro passo.

Reconheço que a lei pode muito, mas não pode tudo. Estamos aqui a tratar da necessidade de mudanças culturais complexas, que, acaso vinguem, serão incorporadas ao repertório jurídico e policial paulatinamente. Essa reflexão, porém, não diminui a importância de que esse primeiro passo seja dado.

Cabe aqui um paralelo com a criminalização específica da violência contra a mulher. Debora Diniz e Sinara Gumieri relatam que os homens morrem mais do que as mulheres como vítimas da violência, mas as mulheres morrem de um jeito que só elas morrem – de feminicídio, um crime que é fruto da discriminação e do menosprezo pela mulher. A tipificação do feminicídio foi, por isso, uma vitória legislativa importante, ao construir “um crime com nome próprio”, que designa especificamente esse “escândalo de violência” e que poderá, espera-se, puni-lo com maior precisão.¹⁵ Para elas, a Lei Maria da Penha é vista como “um instrumento de aprendizado civilizatório diante da realidade sociológica da violência de gênero e da negação histórica de acesso à justiça para mulheres”.¹⁶

A Constituição, ao estabelecer o mandado de criminalização do art. 5, XLI, confiou no uso simbólico do Direito Penal para afirmar o valor da vida das pessoas que contrariam a heteronormatividade e a cisgeneridade, bem como na eficácia punitiva maior oriunda dessa

15 DINIZ, Debora; GUMIERI, Sinara. Violência do gênero no Brasil: ambiguidades da política criminal. In: MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. FALAVIGNO, Chiavello. Faculdade. MATA, Jéssica da. Questões de Gênero: uma abordagem sob a ótica das ciências criminais. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 196/197.

16 Idem, p. 200.

ADO 26 / DF

especificidade. A Câmara baixa cumpriu seu papel constitucional e aprovou o Projeto de Lei 5003/2001, que, ao ser remetido ao Senado, recebeu o número 122/2006. Entretanto, a Câmara Alta, como bem relatou o Ministro Celso de Mello, vem se omitindo na análise do Projeto de Lei 122/2006. Essa omissão contraria frontalmente a Constituição. Assim, entendendo estar configurada mora legislativa inconstitucional na criminalização específica da homofobia e da transfobia.

Efetivamente, tais grupos sociais minoritários vêm sofrendo as mais diversas formas de preconceito, conforme noticiado frequentemente pela imprensa e comprovado pelos escassos repositórios de dados oficiais sobre este tema, como os constantes do “Relatório Sobre Violência Homofóbica no Brasil: ano de 2012”, elaborado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, que abrangem apenas violações relatadas e revelam a gravidade e a amplitude dos atos discriminatórios praticados contra a população LGBT.

A par de o direito à igualdade e à não discriminação serem princípios fundamentais dos direitos humanos, consagrados na Constituição e nas leis brasileiras, bem como na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos tratados internacionais de direitos humanos, os organismos de tratados de direitos humanos da ONU confirmam, periodicamente, que é proibida - sob a ótica do direito internacional dos direitos humanos - a discriminação relativa à orientação sexual ou à identidade de gênero. Há inúmeras decisões e orientações gerais neste sentido, emitidas, dentre outros órgãos, pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, pelo Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, pelo Comitê sobre os Direitos da Criança, pelo Comitê contra a Tortura e pelo Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, valendo menção específica à Resolução 17/19 das Nações Unidas sobre “Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero” (14 de junho de 2011) e Resolução AG/RES-2435 (XXXVIII-0/08) da Organização dos Estados

ADO 26 / DF

Americanos (OEA) sobre “Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero” (3 de junho de 2008).

A prática deste tipo de violência, reconheça-se, não é exclusiva do Brasil. No relatório “Nascidos Livres e Iguais: Orientação Sexual e Identidade de Gênero no Regime Internacional de Direitos Humanos”, das Nações Unidas, consta que:

“Indivíduos LGBT estão mais expostos ao risco de serem alvos de violência nas mãos de atores privados. A violência homofóbica e transfóbica tem sido registrada em todas as regiões. Tal violência pode ser física (incluindo assassinatos, espancamentos, sequestros, agressões sexuais e estupros) ou psicológica (incluindo ameaças, coerção e privação arbitrária de liberdade). Estes ataques constituem uma forma de violência baseada no gênero, impulsionados por um desejo de punir aqueles vistos como violadores das normas de gênero”.

Aliás, justamente porque esse preconceito existe em outros países, alguns já se adiantaram e criminalizaram formas específicas de homofobia e transfobia. Esse é o caso, exemplificativamente, dos Estados Unidos, onde o *Hate Crimes Prevention Act* encontrou apoio até mesmo da American Civil Liberties Union (ACLU), após anos de oposição ao projeto, por entender que sua redação foi cuidadosa a ponto de garantir a liberdade de expressão e de crença. Já para a maioria dos ativistas de direitos LGBT, a importância dessa lei é simbólica.¹⁷

Libby Adler posiciona-se sobre a referida lei afirmando que, ao adicionar as categorias de orientação sexual e identidade de gênero para crimes de ódio, a lei transmite a mensagem da inaceitabilidade da violência contra esses grupos, voltando-se claramente à mudança cultural. A incorporação dessa proteção em leis penais modifica o *status*

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

ADO 26 / DF

dos grupos minoritários, tornando-os legalmente protegidos.¹⁸ Segundo ela, a tutela legal também é igualmente desejável por meio de leis contrárias à intimidação sistemática (*Bullying*), que também podem legitimar importantes demandas por reconhecimento, sobretudo relacionadas a questões de gênero.

No Brasil, como visto, os números da violência de gênero impressionam. Uma forma de resumir a violência homofóbica e transfóbica é perquirir sobre a expectativa de vida da pessoa trans. Do sítio eletrônico do Senado Federal extraio essa informação: apenas 35 anos, metade da média nacional.¹⁹

Segundo Carlos Roberto Siqueira Castro, “445 LGBT+ morreram no Brasil em 2017, vítimas da homotransfobia, sendo 387 assassinatos e 58 suicídios. A cada 19 horas, um LGBT é brutalmente assassinado ou se suicida vítima da ‘LGBTfobia’. Matam-se mais homossexuais no Brasil do que nos 13 países onde vigora pena de morte contra os LGBTs”.²⁰ Inevitável concluir que são mortes fruto do preconceito e da intolerância.

Muito poderia ser feito para proteger esses grupos minoritários, e a criminalização de condutas seria um passo importante. Parece-me inconteste que se deve reconhecer a mora legislativa neste sentido. Entretanto, a par de reconhecer a mora legislativa, pouco pode esta Corte fazer, não é viável invocar os precedentes concretistas firmados nos Mandados de Injunção – MIs 670, 708 e 712 por conta de uma distinção fundamental a incidir neste caso: este processo diz respeito à matéria

18 Idem. p. 123.

19 BORTONI, Larissa. “Expectativa de vida de transexuais é de 35 anos, metade da média nacional”. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional>. Acesso em 12 fev. 2019.

20 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Tipificação criminal da homofobia é urgente. *O Globo*. 19 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/artigo-tipificacao-criminal-da-homofobia-urgente-23462712>. Acesso em 25 de fevereiro de 2019.

ADO 26 / DF

penal, sujeita à reserva legal absoluta.

Não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo, é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha. Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta.

Em acórdão unânime da Primeira Turma desta Casa, no Inquérito 3.590/DF, em que se analisou o recebimento de denúncia contra o deputado federal Marco Antônio Feliciano em razão da suposta prática do crime previsto no art. 20 da Lei 7.716/1989, extraído do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio:

“Procede a defesa no que articula a atipicidade. Ter-se-ia discriminação em virtude da opção sexual. Ocorre que o artigo 20 da Lei 7.716/89 versa a discriminação ou o preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não contemplando a decorrente da opção sexual do cidadão ou da cidadã. O ditame constitucional é claro: não há crime sem anterior lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º. Ante esse fato, deixo de receber a denúncia, fazendo-o com base no inciso III do artigo 386 do Código de Processo Penal, a revelar que, não constituindo o fato infração penal, dá-se a absolvição do réu, o que, nesta fase, sugere a simples ausência de instauração da ação penal”.

A ementa do julgado foi a seguinte:

“TIPO PENAL DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO
ARTIGO 20 DA LEI Nº 7.716/89 ALCANCE.

O disposto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89 tipifica o crime

ADO 26 / DF

de discriminação ou preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não alcançando a decorrente de opção sexual”.

Em importante precedente a respeito do tema da reserva legal (RHC 121.835 Agr/PE, Rel. Min. Celso de Mello), a Segunda Turma desta Corte teve oportunidade de afirmar que:

“Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. Doutrina. Precedentes (STF)”.

A Corte rechaçou a possibilidade de criminalização de condutas por meio de tratados internacionais, como é o caso da Convenção de Palermo, reafirmando a indispensabilidade da existência de lei, em sentido estrito, para que seja viável a punição penal de determinada conduta.

Dentre os relevantes argumentos daquele julgado, que bem traduz a importância do princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal no campo da tipicidade penal, destaco a reiteração da jurisprudência no sentido de que somente se admite a lei interna como fonte formal e direta de regras de direito penal, em decorrência do disposto no art. 5º, XXXIX, da Constituição, no art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos e do art. 15 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Assim, a Corte, amparando-se em escólio doutrinário, asseverou que:

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

A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos.

Ante o exposto, voto no sentido de que, parcialmente conhecida, seja parcialmente provida esta ação, de maneira a reconhecer a mora legislativa, dando-se ciência ao Congresso Nacional para a adoção das providências necessárias.