



Felipe Natil Martins Moreira

O STF E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA
uma análise argumentativa sobre a ADO 26

**Monografia apresentada
à Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP,
sob a orientação da
Professora Clio Nudel
Radomysler.**

SÃO PAULO

2019

RESUMO DA MONOGRAFIA

O presente trabalho tem como objetivo central entender os motivos pelos quais o Supremo Tribunal Federal considerou que condutas homofóbicas deveriam ser punidas criminalmente mesmo sem prévia tipificação específica nesse sentido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 26, julgada conjuntamente com o Mandado de Injunção 4733.

Eu identifiquei os principais argumentos utilizados pelos(as) Ministros(as) para referida criminalização e os apresentei no decorrer deste trabalho, analisando-os comparativamente.

Cheguei à conclusão de que os motivos mobilizados pelos(as) Ministros(as) para a referida criminalização são suficientemente amplos para abarcarem outros grupos sociais não identificados pelo Tribunal, inaugurando uma situação de imprevisibilidade jurídica.

Palavras-Chave: Supremo Tribunal Federal; omissão legislativa; criminalização da homofobia; argumentos; racismo; liberdade sexual.

Acórdãos Citados: ADO 26 (julgado em conjunto com o MI 4733)

Agradecimentos

Eu gostaria de agradecer a todas as pessoas que estiveram direta ou indiretamente envolvidas no desenvolvimento deste trabalho. Sei que esta é uma tarefa inglória porque certamente alguém ficará de fora desta lista, seja porque minha memória é falha, seja porque talvez a culpa nem seja da memória de não perceber importâncias tão sensíveis em momentos tão marcantes quanto este - ela é refém da consciência. Mas quero correr este risco por dois motivos. O primeiro é ser este momento de escrita uma oportunidade de lembrar de pessoas e momentos importantes deste último ano. O segundo é ser esta a parte dos trabalhos acadêmicos onde costumo tentar imaginar a vida por trás da obra que se coloca diante de mim.

Gostaria de agradecer aos meus pais Renato Monteiro Moreira e Zuleide Natil Martins Moreira, nomes que só hoje estarão presentes em trabalhos acadêmicos publicados por não terem tido as mesmas oportunidades educacionais que eu, graças a eles, estou tendo. Gostaria de agradecer à minha tutora Tatiane Guimarães e à minha orientadora Clio Radomysler, pessoas sem as quais, juntamente com meus pais, este trabalho certamente não existiria. Gostaria de agradecer também à Fernanda Mascarenhas por, além de ser a arguidora do meu trabalho tecendo importantíssimas considerações, ter apresentado durante uma das primeiras aulas do ano o caso da ADO 26, me dando mais certeza sobre a importância de seu estudo. Não é nenhuma falsa modéstia atribuir a elas qualquer mérito deste trabalho.

Gostaria de agradecer ao Maurício Giovanni, um amigo inestimável com quem tenho a alegria de compartilhar da vida, seja daqui de São Paulo, seja de lá de Dourados.

Gostaria de agradecer também à toda equipe da Escola de Formação Pública nos nomes de Mariana Villela, de Yasser Gabriel e de Ana Arruda, nossos coordenadores durante este tão intenso quanto inesquecível ano de EFp. Assim também, agradecer a todos os meus colegas e a todas as

minhas colegas de Escola, sobretudo por manterem viva a chama do diálogo, fazendo da EFp um dos lugares mais seguros para sermos quem somos e dizermos o que pensamos.

Quanto ao Mackenzie, agradeço ao professor Adilson Moreira, uma grande inspiração como pesquisador, como professor e como ser humano pelas sempre valiosas conversas que me ajudam a enxergar no direito um poderoso instrumento de justiça social. Agradeço também à professora Carolina Mourão, *alumni* da Escola de Formação Pública que me incentivou muito a participar do programa.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	7
2. Metodologia.....	12
2.1 Perguntas de pesquisa.....	15
2.2 Análise argumentativa da ADO 26.....	16
3. A compreensão do STF sobre a homotransfobia.....	20
3.1 A ADO 26 e o MI 4733.....	20
3.2 As três correntes de dispositivos	21
3.3 Mora inconstitucional do Legislativo.....	23
3.4 Solução judicial.....	33
3.5 Outros argumentos: liberdade sexual, liberdade religiosa e papel do STF religiosa e papel do STF.....	45
4. O conceito de racismo a partir da ADO 26.....	50
5. Apontamentos de possíveis fragilidades argumentativas.....	54
6. Conclusão.....	59
7. Referências.....	60
8. Anexos.....	61

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADO – Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão

MI – Mandado de Injunção

STF – Supremo Tribunal Federal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

LGBTI+ - Lésbicas, gays, transexuais e intersexuais

Min. – Ministro(a)

1. Introdução

O presente trabalho visa analisar a argumentação desenvolvida pelos Ministros do STF sobre o caso da criminalização da homofobia e da transfobia (ADO 26, ação julgada conjuntamente ao MI 4733) julgado em 13/06/2019. Com este trabalho busquei identificar e sistematizar os principais argumentos presentes nos votos componentes dessa decisão. Isso porque este caso apresenta particularidades dignas de nota sobre o papel desempenhado pelo Poder Judiciário na configuração do Estado brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 foi um marco na história das lutas por igualdade de direitos e de proteção a grupos vulneráveis. Além de reafirmar a igualdade racial já presente em outros textos constitucionais como o de 1967, ela foi a primeira dentre as Constituições brasileiras a equiparar expressamente os direitos das mulheres aos direitos dos homens, rompendo com o passado de prevalência jurídica da figura masculina sobre a feminina. Além disso, estabeleceu entre os objetivos da República promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, CRFB).

Uma das formas por meio das quais a atual Constituição sinalizou a necessidade de proteção a grupos vulneráveis foi por meio da criminalização. Assim aconteceu com as crianças, com os consumidores e com os idosos. Foram previstas criminalizações a atos atentatórios aos direitos desses grupos. Além disso, ficou em aberto a possibilidade de criminalização de outras condutas.

Uma das formas por meio das quais a atual Constituição sinalizou a necessidade de proteção a grupos vulneráveis foi por meio da criminalização. Assim aconteceu com as crianças, com os consumidores e com os idosos. O racismo mereceu criminalização especial segundo o inciso XLII, art. 5º, CF, que não apenas declarou tal conduta um crime, mas um crime inafiançável e imprescritível¹.

¹ Constituição Federal de 1988 criminalizou o racismo em seu art. 5º, XLII:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

No entanto, passados mais de 30 anos de sua promulgação, nem todas os grupos sociais se vêem igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. É o que ocorre com a Comunidade LGBTI+. Não foi outro o motivo que levou a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Travestis e o Partido Popular Socialista ao ajuizamento das ações que pediram do Poder Judiciário a criminalização de condutas atentatórias a direitos de integrantes da referida comunidade.

A Constituição Federal brasileira prevê, no artigo 102:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade² de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

Além disso, prevê também, no inciso XLI do artigo 5º:

² Constituição Federal de 1988 adotou a ação de inconstitucionalidade por omissão em seu art. 103, § 2º:

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

Diante disso, cabe questionar o papel do Poder Judiciário em proteger criminalmente grupos sociais que não recebem expressamente esse tipo de tratamento pelo ordenamento jurídico brasileiro, dado o princípio da reserva legal em matéria criminal, como prevê o inciso XXXIX do já citado artigo 5º da Constituição.

A presente pesquisa se justifica por buscar compreender a reação do Tribunal à referida demanda, tendo em vista o potencial de impacto jurídico que decisões como essa podem causar vindas do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

Cada vez mais o Poder judiciário tem sido entendido como um Poder que cumpre diversos papéis, não se restringindo a ser mera “boca de Lei”. Nas últimas décadas tem sido possível observar uma postura mais ativa desse Poder capaz, inclusive, de suplantar os desígnios dos Poderes representativos (Executivo e Legislativo). Um dos principais papéis atribuídos a este Poder é o contramajoritário³. Longe de consensos, este termo tem sido utilizado para se referir a um tipo de atuação menos aderente a supostos acordos democráticos estabelecidos através de maiorias políticas eleitas⁴.

Este papel tem sido muito aplaudido por certos setores sociais que entendem o Judiciário como um Poder que não deve se restringir às omissões ou insuficiências dos outros dois Poderes e que deve ser entendido como plenamente capaz de fazer valer demandas outrora silentes nos debates políticos. Por outro lado, este papel tem sido amplamente criticado por outros setores sociais que entendem o Judiciário como um Poder aderente aos outros dois, entre outros motivos, por carecer de legitimidade

³ Presidente destaca avanços do STF na promoção da integração social. **Notícias STF**, Brasília, 30 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=276391&caixaBusca=N>>. Acesso em: 19 de jun. de 2019.

⁴ O papel contramajoritário do STF: como impedir que alguns Ministros se comportem como Simão Bacamarte...?. **Estadão**, São Paulo, 28 de julho de 2016. Opinião. Disponível em: <<https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,o-papel-contramajoritario-do-stf,10000065440>>. Acesso em: 29/06/2019.

democrática - já que não é eleito pelo voto popular - sob pena de agir arbitrariamente.

A importância do estudo do tema se revela pela atualidade e complexidade dos assuntos por ele abarcados. Como indicado, data do dia 13/06/2019 a decisão que criminalizou a homotransfobia por 8 votos a 3 no plenário do STF. Além disso, esta demanda chama atenção para a progressiva reconfiguração da interação entre os poderes Legislativo e Judiciário. A exemplo do que vem ocorrendo após o julgamento da greve dos servidores públicos (Mandados de Injunção 670, 708 e 712), o Supremo não se limitou a declarar a omissão legislativa, decidindo por supri-la.

O ponto de toque da recente decisão sobre a criminalização da homotransfobia recai sobre a matéria incidente da referida supressão: o direito criminal - objeto do mais cauteloso tratamento no que diz respeito à inovação no ordenamento jurídico, dada sua característica de iminente supressão de direitos fundamentais que lhe coloca na condição de *ultima ratio*. Tanto é assim que a Constituição Federal brasileira em seu artigo 5º, XXXIX consagra o princípio da Legalidade em matéria criminal, exigindo, expressamente, a necessidade de Lei para a criminalização de condutas.

No entanto, no referido julgamento o Plenário da Corte adotou uma posição pouco óbvia: decidiu atender ao pedido de criminalização das condutas homotransfóbicas por meio da noção de racismo. A noção de racismo foi substancialmente analisada no julgamento do Habeas Corpus 82.424 (julgado em 2003) impetrado perante o Supremo Tribunal Federal em favor de Siegfried Ellwanger, escritor e editor que fora condenado em instância recursal pelo crime de anti-semitismo e por publicar, vender e distribuir material anti-semita. Os impetrantes, baseados na premissa de que os judeus não são uma raça, alegaram que o delito de discriminação anti-semita pelo qual o paciente fora condenado não teria conotação racial. O Plenário do STF, por maioria, denegou a ordem pleiteada, com fundamento de que o racismo não deveria ser entendido apenas a partir de sua perspectiva biológica - por serem todos os seres humanos pertencentes

à mesma "raça": a raça humana - mas a partir de sua perspectiva político-social⁵.

A estratégia interpretativa utilizada pelo STF tem levantado acalorados debates acerca da função do Judiciário no seio de um Estado Democrático de Direito. A referida decisão toca em pontos centrais do constitucionalismo brasileiro como as noções de igualdade, vulnerabilidade e, sobretudo, nos mecanismos jurídicos de proteção a direitos fundamentais. Muitos entendem não caber ao Poder Judiciário decisões como esta por falta de legitimidade; outros sustentam que ao Judiciário cabe o papel contramajoritário, responsável por garantir direitos constitucionalmente previstos, ainda que não regulamentados pelas maiorias representativas.

Diante do exposto, adoto duas hipóteses de trabalho: I) que a noção de racismo social seja interpretada pelos Ministros de modo amplo para abarcar também outros grupos sociais; e II) que a tutela especial conferida às minorias sexuais não tenha uma definição e nem critérios para sua utilização pelo Tribunal.

No próximo capítulo apresento a metodologia adotada para o desenvolvimento do presente trabalho. No terceiro, apresento e analiso os principais argumentos mobilizados pelos(as) Ministros(as) para a criminalização de condutas homotransfóbicas. No quarto capítulo, analiso mais especificamente a interpretação do conceito de racismo realizada no julgamento da presente ação, enquanto no quinto faço apontamentos de possíveis fragilidades identificadas na argumentação dos(as) Ministros(as). Por fim, no sexto capítulo apresento as conclusões a que cheguei com o desenvolvimento deste trabalho.

⁵ STF nega Habeas Corpus a editor de livros condenado por racismo contra judeus. **Notícias STF**, Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291&caixaBusca=N>>. Acesso em: 19/06/2019.

2. Metodologia

O meu interesse por estudar o tema teve origem em duas aulas da Oficina de Jurisprudência da Escola de Formação. A primeira aula foi ministrada pela professora Paula Gorzoni sobre greve dos servidores públicos e serviços de polícia e a segunda foi ministrada pela professora Fernanda Mascarenhas sobre a criminalização da homofobia e da transfobia.

No debate proporcionado pela primeira aula foram levantadas questões relativas à função do Poder Judiciário, por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO's) e dos Mandados de Injunção (MI's), preencher lacunas legislativas, ocasião em que a turma leu, entre outros acórdãos, o que julgou o Mandado de Injunção nº 708 que, diante de omissão legislativa sobre o direito de greve dos servidores públicos, o equiparou à regulamentação já existente sobre o direito de greve dos trabalhadores privados, num movimento jurisprudencial denominado como concretista⁶ pelos próprios integrantes do Tribunal.

A segunda aula tratou justamente do objeto desta monografia, o julgamento em conjunto da ADO 26 e da MI 4733 (ambos instrumentos processuais analisados na aula anteriormente citada). No entanto, como essas aulas aconteceram durante o mês de Abril, naquela ocasião o Supremo Tribunal Federal sequer havia concluído a votação sobre o caso da criminalização da homofobia e da transfobia, tanto que a nossa leitura de preparação para a aula não continha nenhum voto sobre a ação, se restringindo ao parecer da Procuradoria Geral da República e à manifestação, como *amici curiae*, da Convenção das Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas (COBIM).

Apenas em meados do mês de Junho é que foi noticiada a decisão do Tribunal. Nesse momento vários veículos de imprensa divulgaram a decisão

⁶ A função dita concretista tem sido atribuída ao Tribunal por conta de decisões recente que conferem efeito *erga omnes* a Mandados de Injunção. Sobre o assunto ver, por exemplo GROSSI, Mariana Carvalho; SOUZA Wesley Wadim Passos Ferreira de. AS IMPLICAÇÕES DA TEORIA CONCRETISTA GERAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. Revista online FADIVALE, Governador Valadares, ano XIII, no 14, 2017. Disponível em <http://www.fadivale.com.br/portal/revista-online/revistas/2017/Mariana-Carvalho-Grossi.pdf>

do Tribunal de equiparar a noção de racismo à noção de homofobia. Mas como o julgamento era muito recente, poucas eram as fontes sobre ele. Gostaria de destacar a sensibilidade da Coordenação da EFp na formulação do programa de aulas, que possibilitou um diálogo vivo entre as aulas e o dia-a-dia da Jurisdição Constitucional brasileira, facilitando imensamente o processo de formulação do presente projeto.

Haveria previsão legal para incluir no conceito constitucional de racismo outros grupos que não somente o das pessoas negras? Essa inclusão seria coerente com as concepções teóricas sobre o conceito de racismo? Quais seriam as vantagens e desvantagens de interpretar o conceito de racismo previsto na Constituição para abarcar outros grupos, como o grupo das pessoas LGBTQI+?

Durante a fase de elaboração do meu projeto de pesquisa, me direcionei a estudar os sentidos atribuídos à noção de racismo pelo STF que não coincidissem com a noção comumente atribuída ao termo (a de discriminação contra pessoas negras).

O meu objetivo inicial era realizar um mapeamento de todos os acórdãos no STF que tratassem do conceito de crime de racismo para grupos não identificados pela sua raça. Em seguida, pretendia realizar uma análise qualitativa dos argumentos utilizados pelos Ministros nas decisões identificadas.

No decorrer da pesquisa, entretanto, a minha orientadora me ajudou a perceber que este seria um trabalho maior do que eu poderia realizar no tempo proposto para a realização desta monografia - uma pesquisa de curto fôlego. Assim, acabei por me direcionar a realizar o mapeamento jurisprudencial⁷, mas analisar qualitativamente apenas os argumentos

⁷ Para o mapeamento jurisprudencial utilizei como mecanismo de pesquisa o buscador "Pesquisa Livre" na aba "Jurisprudência" no sítio virtual do STF[#] com os seguintes termos: "raça" [raça]; "racismo" [racismo] e "racial" [racial] com recorte temporal final de 30/07/2019 (correspondente à data de entrega do projeto de pesquisa à coordenação da Escola de Formação Pública). As buscas preliminares retornaram 107 acórdãos, 0 súmulas, 0 súmulas vinculantes, 533 decisões monocráticas, 15 decisões da presidência, 6 questões de ordem, 0 repercussões gerais e 69 informativos. De todos esses achados, apenas os acórdãos nos interessam. Isso porque é neste tipo de decisão que surgem as principais discussões que podem vincular as decisões dos Ministros, de modo a formar ou reformular precedentes.

Associados ao termo "raça" apareceram como resultados os casos ADPF 130, ARE 1136770 AgR, ADPF 347 MC, ARE 692330 ED, AI 291332 AgR, Ext 1104, Ext 1362, HC 44161, HC 109676, Ext 1327 AgR, RHC 146303, RHC 134682, HC 82424, ADI 2617 - DF, ADC 41, ADI 3166, ADI 3330, RE 898450, ADPF 186, Ext 947 QO, Ext 1288 ED, Ext 1405, HC 117878, HC 119717, Inq 1458, Inq 3590, RE 20127, RE 25348, RE 161243, RE 898450, ADI 1856, ADI 2514, ADI 3776, AI 552178 AgR, HC 97051, RE 77661, RMS 3396 e RMS 21524. Ao termo "racismo", por sua vez, apareceram os casos HC 82424, RHC 134682, ADC 41, ADI 5617, ADPF 186, ARE 1169322 AgR, HC 86452, HC 109676, Inq 1458, Inq 3862 ED, Rcl 31132, RE 605307 AgR, RE 852475, RHC 117097, RMS 34227 AgR, ADI 4439, ADPF 187, HC 87585, HC 90450, HC 91361, HC 90450, HC 96772, HC 152752, RE 349703, RE 466343 e RHC 146303. Ao termo "racial" aparecem os casos ARE 1209634 AgR, HC 142583 AgR, ARE 1123376 AgR, RE 626510 AgR-ED, ARE 1096320 AgR, ADI 3239, ADI 4269, ARE 1057905 AgR, Pet 5705, ARE 983531 AgR, HC 126835 AgR-ED, ADPF 291, HC 126835 AgR, Pet 4097 AgR, MS 33072 AgR, HC 121283, Pet 4075 AgR, Pet 4314 AgR-segundo, RE 597285, ADI 4424, ADPF 132, ADI 4277, Pet 4092 AgR, Pet 4071 AgR-ED, Pet 4071 AgR, Pet 4100 AgR, Pet 4099 AgR, Pet 4074 AgR, Pet 4080 AgR-ED, Pet 4084 AgR-ED, Pet 4076 AgR, Pet 4089 AgR, Pet 4080 AgR, Pet 4084 AgR e RE 351487. Note-se que por vezes alguns acórdãos se repetem. Isto porque alguns casos são indexados com, pelo menos dois dos termos de busca, de modo que a quantidade exata de casos sem repetição é de 89 acórdãos.

Como meu objetivo era analisar apenas os casos que tratavam do conceito de racismo para proteger direitos de grupos não identificados diretamente em função da raça, mas de outros marcadores (como identidade de gênero e orientação sexual), me dediquei a algumas etapas de filtragem dos resultados obtidos.

A primeira etapa de filtragem consistiu na verificação das ementas. Meu intuito foi pura e simplesmente afastar do Universo de pesquisa casos flagrantemente discrepantes dos objetivos deste trabalho. Com isso, identifiquei e descartei os casos relacionados à discussão sobre animais não humanos (ADI 1856, ADI 3776, ADI 2514, RMS 3396, RE 77661, AI 552178 AgR e RMS 21524).

A segunda etapa de filtragem consistiu na análise preliminar do inteiro teor dos documentos. Por análise preliminar quero me referir à leitura dos relatórios dos casos, bem como à busca por palavras-chave no próprio corpo dos textos. A busca por palavras-chave replicou os termos de busca supracitados, com vistas a identificar, mais pormenorizadamente, as discussões presentes nos documentos encontrados. Uma dificuldade metodológica enfrentada nesta etapa foi a análise preliminar dos documentos em que as ferramentas de busca textual não funcionavam - documentos publicados anteriormente ao ano de 2008 - motivo pelo qual optamos por lê-los integralmente.

Esta etapa de filtragem se dividiu em duas sub-etapas. A primeira consistiu na identificação e descarte de casos que não tinham por objetivo discutir o conceito do crime de racismo (HC 109676, RE 852475, ADI 5617, Ext 1362, RE 898450, ADI 5357, MC-Ref, ADPF 347 MC, Ext 947 QO, ADI 3166, ADPF 130, Ext 1104, HC 152752, ADI 4439, HC 87585, RE 466343, RE 349703, ADI 4269, ADC 41, ADI 3330, ADPF 186, ADPF 187, ADI 3239, ADPF 291, RE 597285, ADI 4424, ADPF 132, ADI 4277, RE 351487, HC 90450, HC 91361, HC 86452, HC 96772, HC 94695, RE 20127 segundo, RE 25348, Ext 1327 AgR, Ext 1288 ED, Ext 1405, RE 161243, HC 117878, HC 97051, ARE 1209634 AgR, HC 142583 AgR, ARE 1123376 AgR, RE 626510 AgR-ED, ARE 1096320 AgR, ARE 1057905 AgR, Pet 5705, ARE 983531 AgR, HC 126835 AgR-ED, HC 126835 AgR ARE 1169322 AgR, Rcl 31132 AgR, Pet 4097 AgR, Inq 3862 ED, RE 605307 AgR, RHC 117097, RMS 34227 AgR, ARE 1136770 AgR, ARE 692330 ED, AI 291332 AgR, HC 119717, MS 33072 AgR, Pet 4075 AgR, Pet 4314 AgR-segundo, Pet 4092 AgR, Pet 4071 AgR-ED, Pet 4071 AgR, Pet 4100 AgR, Pet 4099 AgR, Pet 4074 AgR, Pet 4080 AgR-ED, Pet 4084 AgR-ED, Pet 4076 AgR, Pet 4089 AgR, Pet 4080 AgR, Pet 4084 AgR e ADI 2617). A segunda, por sua vez, consistiu na identificação e descarte dos casos que, apesar de tratarem do crime de racismo, se restringiram a fazê-lo apenas no que tange às pessoas negras (Inq 1458), restando os casos HC 82424 (julgado em 17/09/2003), Inq 3590 (julgado em 12/08/2014), RHC 134682 (julgado em 29/11/2016) e RHC 146303 (julgado em 06/03/2018) como objeto desta busca.

Os casos RHC 134682 e RHC 146303 tratam-se de recursos em habeas corpus interpostos contra acórdãos, proferidos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em que os autores buscam o trancamento das ações penais porque entendem que suas condutas são atípicas. No primeiro caso, o autor teria veiculado uma série de ofensas religiosas por meio da publicação de livros, convencido de estar protegido pelo direito constitucional à liberdade religiosa. No segundo, com base no mesmo fundamento constitucional, o autor do outro

utilizados na decisão da ADO 26, que foi um caso paradigmático e o mais atual nesse sentido.

2.1. Perguntas de pesquisa

Diante do exposto, os objetivos desse trabalho se direcionam a responder a tais perguntas de pesquisa:

Quais são os argumentos utilizados pelos(as) Ministros(as) favorável ou contrariamente à criminalização da discriminação contra pessoas LGBTI+ no julgamento da ADO 26?

De que forma o conceito de racismo é utilizado para fundamentar os votos dos(as) Ministros(as)?

recurso teria feito o mesmo por meio de radiodifusão. As decisões, contudo, foram diferentes.

No RHC 134682, por maioria, a Turma deu provimento ao recurso para o trancamento da ação penal com base na atipicidade da conduta. Segundo o Relator, Ministro Edson Fachin, para configurar conduta de racismo prevista no artigo 20 da Lei 7716/89 seria necessário que alguém, além de identificar diferenças de grupos sociais e considerar um superior ao outro, entenda legítima a dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão de direitos fundamentais do diferente que compreende inferior.

No RHC 146303 a Turma, por maioria, nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli negou provimento ao recurso ao fundamento de que a liberdade religiosa não protege atos tendentes a desmerecer crença alheia.

O Inq 3590, por sua vez, trata-se de denúncia em desfavor do deputado federal Marco Antônio Feliciano. O parlamentar, que é pastor evangélico, publicou, no dia 30 de março de 2011, na conta que mantém na rede social Twitter, manifestação de natureza discriminatória em relação a homossexuais. O Tribunal unanimemente, nos termos do voto do Relator, o Ministro Marco Aurélio, rejeitou a denúncia com base na atipicidade da conduta.

O caso HC 82424 (caso Ellwanger) trata-se de um dos mais relevantes casos julgados pelo STF, em que o editor Sigfried Ellwanger foi condenado pelo crime de racismo porque vinha, no correr dos anos, dedicando-se a publicar livros anti-semitas. A corrente vencedora, na linha do Ministro Maurício Corrêa, entendeu serem imprescritíveis condutas discriminatórias contra os judeus por constituírem estes uma raça e serem, portanto, suscetíveis de racismo. Graças às descobertas do Projeto Genoma Humano não seria mais possível se falar em raças biológicas pois os genes humanos são quase idênticos entre os diferentes grupos humanos (brancos, negros, amarelos), motivo pelo qual o racismo deve ser entendido como um fenômeno político-social, um processo de classificação e discriminação decorrente de crenças de grupos socialmente dominantes sobre grupos socialmente dominados, independentemente de cor da pele ou traços fenotípicos - o racismo social.

2.2. Análise argumentativa da ADO 26

Passada a fase de elaboração do projeto de pesquisa, após alguns encontros de orientação, minha orientadora - a quem agradeço imensamente por todo o apoio nessa fase difícil de desapego de ideias - me ajudou a perceber que seriam necessários recortes mais específicos no meu objeto de pesquisa para que ela fosse viável. Além da quantidade de páginas a serem analisadas em um curto espaço de tempo, a obtenção dos próprios documentos referentes à ADO 26 se mostrou um desafio à parte. Como o acórdão não foi oficialmente publicado, apenas os votos de alguns integrantes do Tribunal foram oficialmente disponibilizados. Os votos dos Relatores⁸ (Ministro Celso de Mello e Ministro Edson Fachin) e dos Ministros Ricardo Lewandowski⁹ e Alexandre de Moraes¹⁰ foram divulgados na página do Supremo Tribunal Federal na Internet¹¹. Os outros votos componentes do acórdão foram parte transcritos da sessão plenária compartilhada na página do STF no Youtube¹² e parte obtidos junto à assessoria dos Ministros através de contato telefônico.

Assim, optei por desenvolver um estudo de caso sobre a ADO 26, mais especificamente sobre a argumentação dos Ministros e Ministras em seus votos na referida ação, deixando de lado outras manifestações como a da parte autora, do Ministério Público ou mesmo dos *amici curiae*. A opção por analisar apenas esta ação se justifica, além do já indicado, pelo conjunto de excepcionalidades que o caso apresenta, entre os quais destaco a função concretista do Supremo e também a utilização da noção de racismo para proteger criminalmente um grupo social não categoricamente indicado na Lei antirracismo, o que tem suscitado importantes debates. A opção por analisar apenas a argumentação de integrantes da Corte se

⁸ O voto dos relatores podem ser encontrados nestes links: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403953&caixaBusca=N> e <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=404047&caixaBusca=N>

⁹ O voto do Ministro Ricardo Lewandoski podem ser encontrados neste link: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>

¹⁰ O voto do ministro Aexandre de Moraes pode ser encontrado neste link: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>

¹¹ A página virtual do Supremo Tribuna Federal pode ser encontrado neste link <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010&caixaBusca=N>

¹² A página do Tribunal no Youtube pode ser acessada por meio do Link <https://www.youtube.com/channel/UCsW4QSB1USsu9ouuFUWe4Iw>

justifica na medida em que é só a partir dos argumentos desses atores que será possível identificar o entendimento da cúpula do Poder Judiciário brasileiro sobre o assunto.

Os votos transcritos foram os da Ministra Rosa Weber e o do Ministro Luiz Fux¹³. Os obtidos por meio de assessoria foram os dos Ministros Roberto Barroso e Marco Aurélio¹⁴. No entanto, os votos da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Dias Toffoli não foram disponibilizados nos meios digitais oficiais do STF e nem pelas respectivas assessorias da Ministra e do Ministro. As poucas informações obtidas a respeito desses votos são as disponibilizadas por veículos de imprensa ou a afirmação do Ministro Dias Toffoli no vídeo disponibilizado na página do STF no YouTube de que acompanharia o voto do ministro Ricardo Lewandowski¹⁵, o que não contribui muito para os objetivos deste trabalho, já que o que se busca é justamente entender a argumentação desenvolvida pelos Ministros e Ministras e não apenas o resultado da decisão. Além desses, o voto do Ministro Gilmar Mendes foi obtido por meio de portal jurídico de notícias (Consultor Jurídico) cujo conteúdo foi por mim conferido com base no vídeo do julgamento disponível na referida página do Tribunal no Youtube.

Apesar de não dispor de todos os votos na íntegra, acredito que o material analisado é suficiente para os propósitos deste trabalho porque contempla nove dos onze votos proferidos na Ação, sendo que os votos faltantes seguem a linha de votos analisados neste trabalho: o voto da ministra Cármen Lúcia segue o voto do Ministro Celso de Mello e o voto do Ministro Dias Toffoli segue o voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

Os fichamentos dos votos foram feitos com base nos pedidos da Ação, quais sejam: I - Declarar mora inconstitucional do Congresso Nacional; II - Cientificar o Congresso Nacional por sua mora inconstitucional; III - Aplicar o método de Interpretação Conforme à Constituição ao termo "raça" presente na Lei antirracismo; IV - Tipificar

¹³ O referido voto está provisoriamente disponibilizado em pasta do Google Drive. Ver capítulo 7 (referências bibliográficas).

¹⁴ Os referidos votos estão provisoriamente disponibilizados em pasta do Google Drive. Ver capítulo 7 (referências bibliográficas).

¹⁵ A afirmação a que me refiro pode ser conferida por meio deste link https://www.youtube.com/watch?v=qZUGC_I_0GY entre as 2h 9 min e as 2h e 11 min. de vídeo.

judicialmente a homotransfobia; V - Responsabilizar civilmente o Estado pela omissão inconstitucional.

Identifiquei todos os argumentos¹⁶ que pudessem sustentar as decisões tomadas pelos Ministros. Para isso, respeitei as divisões temáticas sugeridas por cada Ministra ou Ministro em seus votos, como “liberdade sexual”, “mora legislativa” ou “liberdade religiosa”. Quando elas não existiam, sugeri divisões hipotéticas para facilitar a identificação dos argumentos.

Desse modo, foi possível criar uma tabela para organizar as decisões de cada Ministra ou Ministro e também os argumentos utilizados para fundamentá-las, como no modelo abaixo abaixo:

Pedido	Decisão	Argumento
I - Declarar mora inconstitucional do Congresso Nacional	Sim ou Não	Inserir argumento
II - Cientificar o Congresso Nacional por sua mora inconstitucional	Sim ou Não	Inserir argumento
III - Aplicar o método de Interpretação Conforme à Constituição ao termo “raça” presente na Lei antirracismo	Sim ou Não	Inserir argumento
IV - Tipificar judicialmente a homotransfobia	Sim ou Não	Inserir argumento

¹⁶ Os fichamentos podem ser consultados na seção “Anexos” desta monografia.

V - Responsabilizar civilmente o Estado pela omissão inconstitucional	Sim ou Não	Inserir argumento
---	------------	-------------------

Numa segunda etapa, identificados os principais argumentos dos votos, meu objetivo foi dar ênfase à discussão proposta sobre a questão do termo “raça” ou do termo “racismo” e o modo como esses termos foram utilizados para fundamentar as decisões dos Ministros.

Verifiquei qual era a interpretação dada a estes termos pelas Ministras e Ministros em seus votos, categorizando-as em fenotípica (ou seja, que considera o racismo como ato discriminatório orientado pelo preconceito contra traços biológicos, como a cor da pele) e social (ou seja, que considera o racismo como ato discriminatório orientado por qualquer forma de preconceito).

3. A compreensão do STF sobre a criminalização da homotransfobia

3.1. A ADO 26 e o MI 4733

O julgamento da ADO 26 foi feito em conjunto com o do MI 4733 entre 13/02/2019 e 13/06/2019¹⁷. Segundo constam dos relatórios dos Ministros Celso de Mello (ADO 26) e Edson Fachin (MI 4733), os pedidos formulados foram muito parecidos, sendo diferentes apenas os instrumentos processuais e os autores das ações (ABLGT - Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Travestis no MI e PPS - Partido Popular Socialista na ADO) - ambos representados pelo advogado Paulo Roberto Iotti Vechiatti.

O Mandado de Injunção foi proposto pela Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais em 10/05/2012 com o objetivo de colmatar lacuna legislativa referente à criminalização de atos homofóbicos ou transfóbicos. Os pedidos foram de declaração de mora legislativa e de superação desta por meio de decisão do Tribunal. Além disso, também foi pedido indenização do Estado pela referida mora.

O Mandado não foi conhecido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, primeiro relator da ação, mas depois foi questionado através de agravo de instrumento julgado procedente e o Ministro Edson Fachin foi designado novo Relator do caso.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão foi proposta pelo Partido Popular Socialista em 19/12/2013 com os mesmos objetivos do Mandado de Injunção, tendo como *amici curiae*, o Grupo Gay da Bahia - GGB; a Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - ABGLT; o Grupo de Advogados Pela Diversidade Sexual - GADVS; a Associação Nacional de Juristas Evangélicos - ANAJURE; a Frente Parlamentar "Mista" da Família e Apoio à Vida; o Grupo Dignidade - Pela

¹⁷ É possível consultar o andamento processual das ações por meio dos link: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053> (ADO 26) e <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576> (MI 4733).

Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros; a Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas – COBIM; o Partido Socialista dos Trabalhadores; Unificado – PSTU; o Conselho Federal de Psicologia; a Associação Nacional de Travestis e Transexuais – ANTRA e a Defensoria Pública do Distrito Federal.

O Plenário do STF entendeu, por maioria, e nos termos do voto do Relator e Decano, Ministro Celso de Mello, serem os homossexuais merecedores da tutela pleiteada. Com base no artigo 5º, XLI da Constituição Federal entendeu haver mora inconstitucional por parte do Congresso Nacional em proteger criminalmente a comunidade LGBT e com base no artigo 5º, LXII da Constituição conferiu interpretação conforme ao artigo 20 da Lei 7716/89 para considerar provisoriamente (até que o Congresso legisle sobre o assunto) a comunidade LGBT como grupo protegido pela criminalização do racismo na sua acepção de "raça", a exemplo do ocorrido no Caso Ellwanger.

3.2. As três correntes de dispositivos

Apesar de muitos Ministros concordarem em diversos assuntos, é possível percebermos diferenças entre eles. Poderíamos dividir as posições dos Ministros partir dos dispositivos de suas decisões, isto é, a conclusão final. Como os dispositivos normalmente acolhem ou rejeitam os pedidos formulados pelas partes envolvidas nas ações, importante ter em mente que os pedidos formulados pela parte autora da ação foram I) A declaração de mora do Congresso Nacional; II) A cientificação/ notificação do Congresso Nacional sobre sua mora; III) A criação, por parte do Tribunal, de norma legal que criminalize atos homotransfóbicos (tipificação judicial); IV) A interpretação conforme à Constituição da Lei 7716/89 (Lei antirracismo); e V) A responsabilização civil (indenização) do Estado pela demora em produzir a norma. Os pedidos são independentes, salvo os pedidos III e IV. Estes foram formulados de modo alternativo, ou seja, caso o Tribunal acolhesse um não era necessário que acolhesse o outro.

Desse modo, teríamos três correntes diferentes de dispositivos: a que concede a maioria dos pedidos formulados pelo autor, a que concede

poucos pedidos formulados pelo autor e a que nega todos os pedidos formulado pelo autor (salvo o de conhecimento da ação). A corrente que concede a maioria dos pedidos é majoritária, composta pelos Ministros Celso de Mello (relator da ADO 26), Edson Fachin (relator do MI 4733), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Gilmar Mendes. As correntes vencidas, que concedem poucos ou nenhum dos pedidos formulados, são compostas pelos ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, respectivamente¹⁸.

A tabela seguir ilustra a relação entre os pedidos e os dispositivos das correntes julgadoras deste caso.

	Declarar mora do Congresso Nacional	Cientifica r Congresso Nacional	Interpretaçã o conforme da Lei antirracismo	Tipificaçã o penal pelo Supremo	Resposabilizaçã o civil do Estado
Primeira corrente	Ok	Ok	Ok	X	X
Segunda corrente	Ok	Ok	X	X	X
Terceira corrente	X	X	X	X	X

A corrente que concede poucos pedidos é composta pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Este Ministro, apesar de também reconhecer, assim

¹⁸ Vale lembra aqui que, como indicado no capítulo 2, estão excluídos da análise os votos do Ministro Dias Toffoli e da Ministra Cármen Lúcia.

como a corrente majoritária, existir o dever constitucional de proteger criminalmente a comunidade LGBTI+ e existir também mora inconstitucional por parte do Congresso Nacional em legislar sobre o assunto, discorda da corrente majoritária por entender não caber ao Poder Judiciário intervir na situação de omissão legislativa a não ser para cientificar o Poder Legislativo, atribuindo a esse Poder o papel de resolver o problema da omissão.

A corrente que nega todos os pedidos formulados pelo autor é a composta pelo Ministro Marco Aurélio. Para este Ministro não existe sequer o dever constitucional de proteger criminalmente a comunidade LGBTI+ e, em decorrência disso, não existe também mora do Congresso Nacional em legislar sobre o assunto, negando, por fim, o dever do Poder Judiciário intervir na questão. Para o ministro Marco Aurélio, o que existe é o dever constitucional de punir atos atentatórios aos direitos e garantias fundamentais, o que não se confunde com o dever de criminalizar essas condutas porque, segundo o mesmo, a Constituição deve ser analisada à luz da ciência jurídica, que se baseia em conceitos próprios, de modo que o dever de criminalizar só seria possível se o texto constitucional previsse expressamente esse dever, como o fez em outras ocasiões (como no da criminalização do racismo ou das práticas atentatórias aos direitos dos consumidores) e não como neste caso, que prevê genericamente a punição mas sem especificar como.

A seguir serão apresentados os argumentos dos Ministros sobre os tópicos acima indicados, ou seja, a mora inconstitucional e a solução judicial proposta. Isso porque esses são assuntos amplamente debatidos. Posteriormente, apresentaremos argumentos que aparecem apenas em alguns votos mas que compuseram também a argumentação dos Ministros: liberdade sexual, liberdade religiosa e o papel do STF.

3.3. Mora inconstitucional do Legislativo

Ministro Celso de Mello (Relator ADO 26)

O Ministro Celso de Mello, relator da ação, entende que o Poder Legislativo Federal encontra-se em estado de mora inconstitucional. Segundo o Relator, há previsão constitucional do direito à legislação e do dever do Estado em criminalizar atos atentatórios a direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBTI+ (incisos XLI e XLI do artigo 5º da Constituição, além de seu artigo 22, I). Entende que a tramitação de diversos projetos de Lei sobre o tema no Congresso não afastaria a sua inércia em cumprir a esse dever estatal (Pg. 46 e 47).

Para ele, a constatação objetiva de mora inconstitucional justifica intervenção do Poder Judiciário (Pg. 50) porque qualifica-se, perigosamente, como um dos processos deformadores da Constituição (Pg. 52) e de erosão da consciência constitucional (Pg. 56).

Num trecho de fechamento deste ponto do voto, o Relator afirma que a ausência de efetiva reação estatal a agressões a direitos de grupos sociais vulneráveis como o das pessoas homossexuais ou transexuais traduzem omissão que, entre outras coisas, compromete o princípio da igualdade (Pg. 101), o que não deveria ser tolerado por Estados fundados em bases democráticas (Pg. 102).

Ministro Edson Fachin (Relator MI 4733)

Assim como Celso de Mello, o Ministro Edson Fachin entende que há previsão constitucional (art.5º, XLI, da CRFB) do direito à legislação para criminalizar atos atentatório a direitos e liberdades fundamentais de integrantes da comunidade LGBTI+ (Pg. 3). Ele também afirma que o trâmite de projetos de lei que visem a solver a omissão apontada não afasta o conhecimento do mandado (Pg. 5) nem o reconhecimento da omissão.

Utiliza dados trazidos pelos *amici curiae* e pela própria impetrante para demonstrar possíveis violações de direitos do referido grupo (Pg. 6). Antes de passar à análise do mérito da questão, afirma que num contexto de desigualdades sociais e raciais, a exclusão social da comunidade LGBTI reforça a dinâmica de invisibilidade a que as pessoas pobres e negras estão sujeitas (Pg. 8).

Entende ser procedente o presente mandado de injunção. Para ele, o artigo 5º, XLI, da CRFB efetivamente contém um mandado de criminalização contra a discriminação homofóbica e transfóbica. No trecho final de seu voto afirma que no presente caso o que ocorre não é simplesmente uma situação de omissão legislativa.

Assim como o ministro Celso de Mello, afirma que há um verdadeiro desrespeito ao princípio da igualdade, situação que estaria tornando tolerável o sofrimento de pessoas homossexuais ou transexuais.

“Há, nessa dimensão, uma gritante ofensa a um sentido mínimo de justiça. A omissão legislativa estaria a indicar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa homossexual ou transgênera é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade.”.
(Voto Min. Edson Fachin, Pg. 23)

Ministro Alexandre de Moraes

Segundo o Ministro Alexandre de Moraes, para que se caracterize a omissão inconstitucional prevista pelo § 2º do artigo 103 da Constituição Federal é necessário que existam normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e caráter impositivo, e de normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade. Além disso, é necessário que exista também relação conflituosa entre Constituição Federal e atuação do Poder Público (Pg. 8). A omissão poderia ser *absoluta* ou *relativa* (Pg. 9).

“A incompatibilidade entre a conduta positiva exigida pela constituição e a conduta negativa do Poder Público omissa configura-se na chamada inconstitucionalidade por omissão. Note-se que esta omissão poderá ser absoluta (total) ou relativa (parcial), como afirma GILMAR MENDES, pois “a total ausência de normas, como também a omissão parcial,

na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório de dever constitucional de legislar” (Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 289)” (Voto Min. Alexandre de Moraes, Pg. 9).

Passo seguinte, analisa duas questões: a) incidência do inciso XLI do art. 5º da CF; e b) obrigatoriedade de edição de norma penal.

Assim como os demais ministros, entende que é inconteste a incidência do inciso XLI do art. 5º da CF tendo em vista que os dados trazidos por diversos atores comprovam a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, opreconceito e/ou a discriminação por conta da orientação sexual ou identidade de gênero (Pg. 12).

A segunda questão é contestada mas é flagrante a insuficiência protetiva aos direitos e liberdades fundamentais contra qualquer tipo de discriminação homofóbica e transfóbica (Pg. 20). Entende que a existência de esparsas políticas públicas e de legislações estaduais para combater as práticas homofóbicas e transfóbicas não afasta a omissão do Congresso (Pg. 21).

Assim como o relator afirma no fim de seu voto¹⁹, entende que a análise de componentes internacionais mínimos, como os Princípios de Yogyakarta indicariam necessidade de legislação protetiva à liberdade sexual (Pg. 21 componentes internacionais mínimos, como os Princípios de Yogyakarta indicariam necessidade de legislação protetiva à liberdade sexual (Pg. 21). Além disso, a posição em que o inciso XLI se encontra na Constituição - num trecho em que outros incisos indicam a necessidade de o Estado brasileiro punir determinadas condutas, como o racismo (inciso XLII), a tortura ou o tráfico de drogas (inciso XLIII) - (Pg. 25) indicaria opção do legislador originário pela criminalização como a forma de punição dos atos atentatórios a direitos e liberdades fundamentais.

Mas mais importante que a própria posição tópica do inciso XLI seria a interpretação lógica e teleológica da Constituição. Ressalta que em todos

¹⁹ Conferir a argumentação do relator no subtópico seguinte.

os comandos constitucionais obrigatórios dirigidos ao Congresso Nacional para punição a diversas formas de desrespeito de direitos e liberdades fundamentais ter-se-ia entendido necessária a edição de leis penais (proteção a direitos das crianças e adolescentes, dos idosos, das pessoas com deficiência e dos consumidores) (Pg. 26).

Ministro Luís Roberto Barroso

Entende que a criação primária de leis é papel típico do Poder Legislativo (Pg. 14), no entanto, quando o Congresso não atua em situações em que havia um mandamento constitucional para que atuasse, o papel do tribunal se amplia legitimamente para fazer valer a Constituição (Pg. 15) (papéis *Contramajoritário, Representativo e Iluminista*).

“(i) *Contramajoritário*: é o papel que a Corte exerce quando declara uma lei inconstitucional. É chamado *contramajoritário* porque um órgão cujos membros não são eleitos pode, em nome da Constituição, invalidar um ato legislativo votado pelo Congresso que, supostamente, representa a vontade da maioria. Ex.: no julgamento da ADI 4.815, o STF considerou inconstitucional dispositivo do Código Civil que exigia autorização prévia para a publicação de biografias.

(ii) *Representativo*: é o papel que a Corte exerce quando atende demandas da sociedade que têm amparo na Constituição e que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo processo político majoritário. Por vezes, circunstâncias diversas ou interesses especiais impedem que o Legislativo atue na linha aspirada pela sociedade. Exemplos: o enunciado da Súmula Vinculante no 13, que proibiu o nepotismo, e o julgamento da ADI 4.650, em que se declarou inconstitucional o financiamento de

campanhas eleitorais por empresas.

(iii) Iluminista: é o papel que a Corte exerce para promover avanços civilizatórios que não podem depender da vontade da maioria. Este é um papel delicado, que só deve ser exercido com grande parcimônia. Exemplos: nos Estados Unidos, o caso *Brown vs. Board of Education*, que declarou inconstitucional a política de segregação racial em escolas públicas; no Brasil, o julgamento da ADI 4.277, que reconheceu as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e estendeu-lhes o regime jurídico aplicável às uniões estáveis heteroafetivas.” (Voto Min. Luís Roberto Barroso, Pg. 16).

Prosseguindo em seu voto, afirma que o reconhecimento da omissão inconstitucional na criminalização da homofobia e da transfobia em nada diminui a relevância da liberdade religiosa (Pg. 18). Nesse sentido, o que não se admite é que, sob o pretexto de se preservar a liberdade religiosa, mantenha-se a sistemática violação de direitos fundamentais da comunidade LGBTI+.

Para o Ministro, a ausência de norma criminal punitiva de atos de homofobia e transfobia configura mora inconstitucional do legislador, nos termos do art. 103, §2º, CF, decorrente da ausência de regulamentação suficiente do art. 5º, XLI e XLII, CF.

Em primeiro lugar porque é o que prevê o art. 5º, XLI, CF. Apesar de não serem unívocos os conceitos de homofobia, transfobia e suas variantes, seria possível concluir que existe um mandado expresso de criminalização de condutas atentatórias a direito e liberdades fundamentais. Afirma que o constituinte optou por utilizar conceitos jurídicos indeterminados, permitindo enquadramento à realidade. Conclui que homofobia e transfobia são formas de discriminação atentatória a direitos fundamentais.

Segundo o Ministro, por três fatores o princípio da proporcionalidade

deve ser respeitado na forma de vedação à proteção insuficiente: I - existência de sistemática violência, física e psíquica contra a minoria em questão; II - outros tipos de discriminação contra grupos sociais minoritários são objeto de criminalização específica; (Pg. 21) III - Esparsas Leis estaduais que estabelecem punições administrativas são insuficientes para promover prevenção geral contra homofobia; e têm eficácia restrita aos entes federativos.

Em segundo lugar, para o Ministro porque é o que prevê o art. 5º, XLII, CF (Pg. 22). Segundo entende, o caso Ellwanger forneceria importante base jurisprudencial para afirmar que a vedação constitucional ao racismo é abrangente o suficiente para abarcar a proibição de toda e qualquer forma de ideologia que pregue a inferiorização e a estigmatização de grupos, a exemplo do que acontece com a comunidade LGBTI+.

Nesse sentido, rejeita o argumento de que a existência de projetos de lei a respeito da matéria afastaria a mora inconstitucional (Pg. 23). Conclui, assim, pela existência de omissão inconstitucional do legislador ordinário brasileiro na edição de norma que criminalize atos de homofobia, à luz do art. 5º, XLI e XLII, CF (Pg. 24).

Ministro Ricardo Lewandowski

Para o Ministro Ricardo Lewandowski a comunidade LGBTI+, por ser minoritário e, não raro, vítima de preconceito e violência, demandaria especial proteção do Estado. Nesse sentido, a criminalização de condutas discriminatórias seria obrigatória porque a Constituição contém claro mandado de criminalização relativamente ao tema (art. 5, XLI, CF) (Pg. 8).

O Ministro se debruça por explicar o que seria a mora inconstitucional e suas possíveis causas. A omissão parlamentar poderia ser entendida como fenômeno político. Com ascensão da *supremacia constitucional*, os tribunais se tornaram espaços mais sensíveis aos reclamos da população, sobretudo aos grupos sistematicamente excluídos da esfera política - contando, inclusive, com apoio dos atores políticos por transferir sua responsabilidade para as instituições judiciais, evitando responsabilização política por decisões impopulares (Pg. 9).

O Ministro entende que os Poderes constituídos têm, portanto, uma dívida histórica com os diversos grupos oprimidos, como as mulheres e as vítimas de violência trans e homofóbica (Pg. 10). Citando pesquisa realizada por Ana Gabriela Braga e Victor Siqueira Serra conclui ser urgente a necessidade de o Estado inverter a lógica de opressão a grupos sistematicamente privados de direitos, como se mostraria ser o caso da comunidade LBGTI+. Para tanto, punir criminalmente a homofobia e a transfobia seria simbólico e apenas um primeiro passo; um caso de uso simbólico do Direito Penal para afirmar o valor da vida das pessoas que contrariam a heteronormatividade e a cisgeneridade (Pg. 13). Assim, entende estar configurada mora legislativa inconstitucional na criminalização específica da homofobia e da transfobia (Pg. 14).

Ministra Rosa Weber

Para a Ministra Rosa Weber, o descumprimento de tal comando (Art. 1º, III, CF) abre a via da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. A mora do Poder Legislativo em cumprir a determinação imposta pelo artigo 5º, XLI da Constituição Federal estaria devidamente demonstrada. Nesse sentido, projetos de Lei em tramitação não afastariam a mora inconstitucional (Pg. 4).

Na sequência de seu raciocínio, entende que a concretização do princípio da igualdade em relação à situação da identidade de gênero e orientação sexual reclama adoção de ações e instrumentos afirmativos. O Princípio isonômico de modo algum excluiria a concessão de tratamento diferenciado protetivo a grupos vulneráveis na perspectiva de compensar (Pg. 4), pois visaria acertar na diferença de cuidado jurídico, à igualação do direito à dignidade da vida. Citando obra de autoria da Ministra Cármen Lúcia, afirma que quando existe desigualdade de fato a igualdade jurídica materialmente somente é alcançado ao se conferir aos desiguais tratamento desigual na medida da sua desigualdade (Pg. 5).

Ministro Luiz Fux

Para o Ministro Luiz Fux, segundo casos (Pg. 1), relatórios, levantamentos e dados de documentos transnacionais, existe inércia legislativa específica do Congresso nacional em tipificar os crimes resultantes de preconceito ou discriminação contra integrantes da comunidade LGBTI+. Para ele, quando o legislador retratou, nos casos de violência física, motivo torpe ou motivo fútil, ele não pôde imaginar que esse motivo fútil, esse motivo torpe fosse a homofobia (Pg. 2).

O Ministro destaca que projetos de sobre o tema lei não caminham. Afirma que a instância hegemônica num Estado Democrático de Direito é o Parlamento. No entanto, se o Parlamento não atua, os doutrinadores e os filósofos do direito afirmam que a jurisdição constitucional se impõe (quando se trata de defesa das minorias contra as violências da maioria).

Ministro Gilmar Mendes

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, não tipificação dos crimes de homofobia constituiria justa causa para intervenção do judiciário (Pg. 7). A atuação do Legislativo estaria sendo errática (Pg 7-8). A mera tramitação de proposições legislativas não modificaria, em si, o estado de insuficiência da proteção que se pretende tutelar nesta demanda (Pg. 10). Para o Ministro, a atuação do STF fomentaria o diálogo institucional (Pg. 10) entre os Poderes Judiciário e Legislativo. Para ele, esta omissão seria tão grave quanto outras em que o STF se manifestou (Pg. 11).

Prossegue seu voto afirmando que os mandados de criminalização presentes na CF traduzem dimensão dos direitos fundamentais decorrente de sua feição objetiva (Pg. 11). A CF imporia ao legislador dever de observância ao princípio da proporcionalidade como proibição tanto de excesso quanto de proteção insuficiente (Pg. 12). A mora legislativa sobre a criminalização da homofobia consubstancia proteção insuficiente (Pg. 14). Numa análise conjuntural a partir dos dados apresentados pelos *amici curiae* entende que o racismo talvez possa fortalecer a homofobia (Pg. 15). Tal situação demandaria ação da Corte porque contribui para restrições indevidas de direitos fundamentais (Pg. 16).

Afirma que os mandados constitucionais de criminalização ao

racismo e a todas as formas de discriminação consagram verdadeiros postulados do reconhecimento do direito de minorias, de direitos básicos de liberdade e igualdade (Pg. 16). Ainda, que a concretização desses mandados de criminalização constitucional foi buscada na tipificação prevista na Lei 7.716/1989, mas leitura constitucional da Lei Antirracismo mostraria que o legislador não conseguiu concretizar *in totum* esses mandados, configurando uma omissão parcial do legislador (Pg. 17).

Ministro Marco Aurélio

No entendimento do Ministro Marco Aurélio, encontrar-se superado, finalmente, o ciclo de atraso que perpassou o constitucionalismo brasileiro, marcado por Constituições semânticas - nas palavras de Karl Lowenstein (Pg. 3). Para ele, a inoperância do texto constitucional deve ser combatida, ante o apelo do cidadão e a prova da mora injustificável por parte do legislador ou do Chefe do Executivo, sob pena de ter-se o prejuízo à força normativa do texto constitucional e a perda de legitimidade do Judiciário (Pg. 4). Nesse sentido, tendo em vista os números apresentados, surge imperativo o reconhecimento, seja da importância da atuação combativa dos grupos admitidos (Pg. 5), seja do reconhecimento de proteção insuficiente.

No entanto, observada a organicidade do direito, cumpriria indagar o cabimento do MI e da ADO (Pg. 6). Segundo o Ministro, a Lei nº 13.300/16 prevê que "os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria". Por isso, "a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante" (Pg. 7).

O cabimento do MI não prescindiria da demonstração da existência de direito subjetivo de (Pg 8) determinada coletividade porque os efeitos da sentença atingiriam apenas a ela. Observa ser da titularidade do Estado, e não dos particulares, o poder-dever de punir. Por isso, conclui pela inadequação da via eleita. Mesma conclusão, em parte, estende à

ADO. Para o Ministro Marco Aurélio, reconhecer a impropriedade da ação seria como delimitar o alcance da atuação do Supremo junto aos demais Poderes e reconhecer princípio inerente a qualquer Estado que se pretenda democrático: a reserva de lei em matéria penal (Pg. 9).

“O ditame constitucional é claro: não há crime sem anterior lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º–, princípio a partir do qual construído todo o arcabouço constitucional em matéria penal, do qual derivam garantias seculares como a “proibição à analogia; a utilização do direito consuetudinário para fundamentar ou agravar a pena; a vedação à retroatividade; e a vedação de leis penais e penas de conteúdo indeterminado” (ROXIN, Claus. Derecho Penal - Parte General, Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, 1997, p. 140)” (Voto Min. Marco Aurélio, Pg. 9).

3.4. Solução judicial

Ministro Celso de Mello

Conclui por negar um dos pedidos feitos pelo autor, o de responsabilização objetiva do Estado por omissão legislativa já em que ação de controle abstrato de omissão inconstitucional seria inviável tutela ressarcitória. Esse tipo de ação visaria apenas tutela objetiva da ordem constitucional (Pg. 22), sendo que o pedido do autor, por tratar de fatos concretos, demandaria procedimentos estranhos ao controle concentrado de constitucionalidade de Leis ou atos normativos, como a produção de provas. No entanto, essa impossibilidade (Pg. 24) não afetaria o direito material do ofendido nas vias processuais ordinárias.

Conclui também pela inviabilidade de outro pedido, o de criminalização de condutas homotransfóbicas por criação legal do Judiciário.

Para ele, em ação de controle abstrato de constitucionalidade é inviável tipificação penal (Pg. 26). Além disso, não caberia ao Judiciário realizar função típica do Legislativo, o que desrespeitaria a Separação de Poderes e a reserva absoluta de lei formal em matéria criminal (CF, art. 5º, XXXIX) (Pg. 27).

No caso, seria acolhível pedido do autor para estabelecer prazo de 12 (doze) meses ao Senado Federal, mas como isso nem sempre tem sido eficaz, é necessária adoção imediata alguma iniciativa judiciária para superação da referida omissão. (Pg. 68). No caso, o Ministro entendeu ser possível aplicação do método de interpretação conforme à Constituição da Lei antirracismo (HC 82.424/RS, Pleno) (Pg. 73).

Para o Decano, a identidade fundamental que evidencia a correlação entre a homofobia e o racismo resultam da conjugação de dois fatores: a motivação preconceituosa e a finalidade de discriminar (Pg. 80). Além disso, o conteúdo material dos estatutos internacionais que integram o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos indicaria o termo "racismo" como expressão que designa todas as formas de discriminação (Pg. 81). Ainda, o termo "raça", presente na referida Lei como objeto de proteção criminal, poderia ser interpretado de diversas formas (Pg. 93), não se restringindo ao conceito comumente empregado à palavra (sinônimo de traços biológicos como cor da pele ou formato do rosto), mas podendo ser interpretado de modo mais amplo, pois:

"Já se viu, a partir do importante precedente firmado no julgamento plenário **do HC 82.424/RS, que o conceito de racismo – que envolve clara manifestação de poder – **permite identificá-lo** como instrumento **de controle ideológico, de dominação política, de subjugação social e de negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles** que, **por não integrarem o grupo social dominante nem pertencerem** ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, **são considerados "outsiders" e degradados,** por isso**

*mesmo, à condição de verdadeiros marginais do ordenamento jurídico, **expostos, em consequência de odiosa e injusta inferiorização, a uma perversa e profundamente lesiva situação de exclusão** do sistema de proteção do Direito.*

Daí a constatação de que o preconceito e a discriminação resultantes da aversão aos homossexuais e aos demais integrantes do grupo LGBT (típicos componentes de um grupo vulnerável) constituem a própria manifestação – cruel, ofensiva e intolerante – do racismo, por representarem a expressão de sua **outra face: o racismo social.**” (Voto Min. Celso de Mello, Pg. 95)

Ministro Edson Fachin

Diante da mora inconstitucional do Congresso Nacional, caberia ao Supremo Tribunal Federal colmatação por meio de interpretação conforme (Pg. 9). Afirma que Supremo Tribunal Federal já afirmou que o sexo ou a orientação sexual das pessoas não pode ser critério de desigualação entre elas (ADI 4.277, Rel. Ministro Ayres Britto, Pleno, DJe 13.10.2011) (Pg. 10). Nesse mesmo sentido estão as principais orientações no âmbito internacional (Pg. 11). Assim, sobre a utilização do Mandado de Injunção como ação constitucional apta a superar o referido estado de mora inconstitucional:

“Em casos tais, a Constituição Federal assegura aos cidadãos o controle da omissão legislativa, legitimando os que tenham por inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais à impetração de mandado de injunção. Noutras palavras, há um mandado constitucional de criminalização e há mora legislativa em regulamentar o tema. O mandado de injunção é, pois, a garantia para a efetividade do direito

protegido pelo mandado de criminalização.”. (Voto Min. Edson Fachin, Pg. 20)

Para o Ministro, a dignidade da pessoa humana não pode ser invocada de forma retórica porque é elemento ínsito, constitutivo do sujeito; é o reconhecimento do seu próprio valor moral, idêntico ao valor moral das demais pessoas. No entanto, está sendo violada com a referida omissão inconstitucional. Dessa forma, ainda que envolva matéria penal, não é possível alegar que a injunção deveria limitar-se ao mero reconhecimento da mora (Pg. 23). Nesse sentido, defende que deve ser feita interpretação conforme, a exemplo do caso Ellwanger (HC 82.424). Conclui:

“Noutras palavras, a igualdade está a nos exigir, enquanto intérpretes da Constituição, que se reconheça a igual ofensividade do tratamento discriminatório, seja para afastar a alegação de que judeus não seriam vítimas de racismo, seja para tolerar a apologia ao ódio e à discriminação derivada da livre expressão da sexualidade.” (Voto Min. Edson Fachin, Pg. 26).

Ministro Alexandre de Moraes

Aponta para a complexidade da questão proposta na ação, afirmando ser necessária a compreensão de que a sua solução dependeria da compatibilização entre *Poder Legislativo* (governo da maioria) e *Justiça constitucional* (Pg. 29) (garantia dos direitos constitucionalmente estabelecidos). Assim, a exigência constitucional de (Pg. 35) equilíbrio e harmonia entre os poderes constituídos não permite que esta CORTE SUPREMA fixe prazo de atuação do CONGRESSO NACIONAL, no exercício de suas competências constitucionais, cujas prioridades políticas e conjunturais devem ser decididas *interna corporis*. Portanto, constatado o estado de mora constitucional, deve esta CORTE SUPREMA, cientificar o Congresso Nacional, dentro de limites razoáveis de hermenêutica, exercer

efetivamente a jurisdição constitucional, verificando a possibilidade de afastar o entendimento de atipicidade das diversas formas preconceituosas contidas em condutas homofóbicas e transfóbicas (Pg. 36).

Para o referido Ministro, os princípios da reserva legal e da anterioridade, no âmbito penal (*nullum crimen, nulla poena sine proevia lege*), exigem a existência de lei formal devidamente elaborada pelo Poder Legislativo (Pg. 37), vedada ao juiz a possibilidade de converter-se em legislador. Essas mesmas exigências constitucionais impedem a utilização de aplicação analógica *in peius* das normas penais como fonte criadora de infrações penais e respectivas sanções (Pg. 39). Entende cabível interpretação conforme à Constituição da Lei antirracismo para proteção da comunidade LGBTI+.

“Os dispositivos penais da Lei 7.716/1989 devem ser interpretados em consonância com os fundamentos da República – *em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana* (CF, art. 1º, III) –, seus objetivos fundamentais – entre eles, *a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (CF, art. 3º, I e IV) –, o *princípio da igualdade* (CF, art. 5º, caput e inciso I) e *a aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais* (CF, art. 5º, § 1º).” (Voto Min. Alexandre de Moraes, Pg. 42).

E prossegue:

“A análise desses dispositivos demonstra não haver qualquer diferenciação valorativa constitucional entre a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional e a discriminação ou preconceito em virtude de orientação

sexual ou identidade de gênero. O mandamento constitucional veda quaisquer formas de discriminação e determina a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, com a finalidade de proteção de grupos minoritários vulneráveis contra atos de segregação que inferiorizam seus membros, a partir de critérios “arbitrários e levianos”, componentes de um “discurso racializante superficial” (GUILHERME DE SOUZA NUCCI. Leis penais e processuais comentadas. São Paulo: RT, 2016, p. 305 e ss.; FABIANO AUGUSTO MARTINS SILVEIRA. Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. P. 82 e ss.).” (Voto Min. Alexandre de Moraes, Pg. 42).

Ministro Luís Roberto Barroso

Adota o método de interpretação conforme à Constituição da Lei antirracismo. Em síntese: *(i)* a Constituição de 1988 estabeleceu comandos claros de vedação a toda forma de discriminação; *(ii)* essa imposição da ordem constitucional conduziu ao progressivo reconhecimento de direitos da população LGBTI+; *(iii)* a evolução vivida pela sociedade brasileira permite dizer que o conceito de racismo passou por *mutação constitucional*; *(iv)* essa alteração da percepção social ainda não se refletiu na vedação à discriminação fundada na orientação sexual e/ou na identidade de gênero; e *(v)* já existem no direito brasileiro, contudo, normas penais que punem o racismo (Pg. 25).

No trecho final de seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso analisa um pedido que teria sido feita da tribuna, no momento da sustentação oral frente ao Plenário, sobre a interpretação conforme à Constituição também dos artigos 61, II, *a*, e 121, § 2º, II do Código Penal. Segundo o Ministro, nesses dispositivos o legislador aludiu à prática de crimes por motivo fútil ou torpe, ao disciplinar, respectivamente, as circunstâncias agravantes e o

homicídio qualificado (Pg. 28). De acordo com o art. 121, § 2º, I e II, do Código Penal, matar alguém por motivo fútil ou torpe caracterizaria a prática do crime de homicídio qualificado, que é punido com penas mais severas que o homicídio simples. “Motivo fútil” e “motivo torpe” constituiriam conceitos jurídicos indeterminados. Assim, caberia ao aplicador do Direito aferir, diante das circunstâncias do caso concreto, se o crime foi movido por motivo fútil ou torpe. Significa dizer que sempre que o crime tenha por motivação a homofobia ou a transfobia o aplicador do Direito deverá considerar que o crime foi praticado por motivo fútil ou torpe (Pg. 29-30).

“Nessa interpretação, contudo, entendo que a ordem constitucional limita a margem de discricionariedade do intérprete, e impõe que se considere presente o motivo fútil ou torpe toda vez que a prática de crime tenha sido movida pela intolerância ou preconceito com a orientação sexual e/ou identidade de gênero da vítima. Trata-se de hipótese que integra a zona de certeza positiva de incidência desse conceito jurídico indeterminado. Significa dizer que sempre que o crime tenha por motivação a homofobia ou a transfobia – isto é, uma vez comprovado que a conduta criminosa tenha sido cometida por causa da orientação sexual ou identidade de gênero da vítima – o aplicador do Direito deverá considerar que o crime foi praticado por motivo fútil ou torpe, seja para agravar a pena ou para caracterizar o crime de homicídio qualificado.”. (Voto Min. Luís Roberto Barroso, Pg. 29-30)

Por fim, afasta alegação de que os arts. 61, II, *a*, e 121, § 2º, I e II, do Código Penal resolveriam a omissão inconstitucional porque é exigida punição específica do comando constitucional.

Ministro Ricardo Lewandowski

Não entende viável invocar os precedentes concretistas firmados nos MIs 670, 708 e 712 (Pg. 16) e nem qualquer forma de interpretação conforme à Constituição de Leis que fuja da literalidade dos textos legais para resolver o problema de mora inconstitucional do Congresso Nacional porque existe reserva legal absoluta (art. 5º, XXXIX, CF) em matéria criminal (Pg. 17).

“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. (Voto Min. Ricardo Lewandowski, Pg. 17)

Para concluir o ponto, afirma que somente se admitiria a Lei interna como fonte formal e direta de regras de direito penal (art. 9º - Convenção Americana de Direitos Humanos e art. 15 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos) (Pg. 19). Qualquer forma de extensão do tipo penal atentaria contra o princípio da reserva legal.

“Muito poderia ser feito para proteger esses grupos minoritários, e a criminalização de condutas seria um passo importante. Parece-me incontestado que se deve reconhecer a mora legislativa neste sentido. Entretanto, a par de reconhecer a mora legislativa, pouco pode esta Corte fazer, não é viável invocar os precedentes concretistas firmados nos Mandados de

Injunção – MIs 670, 708 e 712 por conta de uma distinção fundamental a incidir neste caso: este processo diz respeito à matéria penal, sujeita à reserva legal absoluta.” (Voto Min. Ricardo Lewandowski, Pg. 17-18)

Ministra Rosa Weber

Destaca que o princípio da legalidade estrita manifesta o valor estruturante da Democracia, do Estado de Direito, do próprio conceito de justiça, além de traduzir, na ordem constitucional, uma garantia dos jurisdicionados. Por isso, seria inviável ao Supremo Tribunal Federal produzir a norma penal requerida no pedido principal da ADO (Pg. 5-6), negando assim um dos pedidos do autor, o de tipificação penal judicial pelo Supremo Tribunal Federal.

Conclui entendendo que a tese de interpretação conforme à Constituição da Lei antirracismo corresponde à possibilidade exegética de todo compatível com o precedente Hc 82.424 (Caso Ellwanger) e que a ele reconhece autoridade e institucionalidade em consonância (Pg. 7) ainda com os princípios da equidade e da colegialidade.

Ministro Luiz Fux

Afirma que o Judiciário não estaria substituindo o legislador mas estaria fazendo uma interpretação da legislação infraconstitucional. O próprio Supremo Tribunal Federal já teria afirmado (no caso caso Ellwanger) seu conceito de que “racismo é um delito cometido contra homem de carne e osso, integrante da comunidade LGBT, judeus, afrodescendentes, tudo isso é racismo”.

O Supremo Tribunal Federal, segundo Alexander Bickel, teria o dever de ser contramajoritário. Para o Ministro, na verdade, muitas vezes essas questões são trazidas ao Judiciário porque o judiciário não é feito de juízes eleitos [...] “Um juiz não deve temer cair em impopularidade ou em

desagrado quando defende valores morais expressivos com “soi” ser o enfrentamento da defesa das minorias” (Pg. 4).

Nesse sentido, entende que o Mandado de Injunção não mais reclama uma exortação ao Parlamento, exige uma providência concreta que pode ser substituída por uma legislação superveniente. Destaca o papel do STF nas ações afirmativas. E que assim também deve ser em relação aos integrantes da comunidade LGBT.

Antes de declarar sua total concordância com o voto proferido pelo Relator, encaminha seu voto afirmando que “o Supremo deve agir com toda deferência e com todo respeito de o Legislativo, ao seu tempo e ao seu alvedrio, criar - criar, não contrariar - tipo específico reclamado pela ação direta de inconstitucionalidade.” (Pg. 6)

Ministro Gilmar Mendes

Entende que o desenvolvimento da interpretação constitucional pelo STF clama por uma ampliação progressiva da proteção criminal em direção à repressão de toda e qualquer forma de discriminação (Pg. 18). Essa interpretação poderia ser extraída do *Habeas Corpus* 82.424/RS (o chamado Caso Ellwanger), caso em que se concluiu 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. Nesse contexto, não se poderia emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica (Pg. 19).

Para o referido Ministro, o que a nossa Constituição visa a coibir é a discriminação inferiorizante, a qual ela repudia com a alcunha de “racismo”. Prossegue dizendo que 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, como se poderia perceber da análise da ADI 4277 e ou mesmo da ADPF 132 (Pg. 20).

Sobre a hipótese de interpretação conforme à Constituição da Lei antirracismo, portanto, entende o método plenamente cabível. Cita Peter Häberle para afirmar que o texto constitucional quando trata do termo “racismo” endereçado à tipificação da discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, seja utilizado, de forma mais ampla, para se criminalizar a homofobia e a transfobia.

“[D]iante de um texto constitucional aberto, que exige novas aplicações, por vezes, nós nos encontramos diante dessas situações de lacunas, às vezes, de lacunas de caráter axiológico. Assim, se por acaso não pudermos aplicar a norma tal como ela está posta, poderíamos fazê-lo numa perspectiva estritamente ampliativa, aplicando-a naquilo que coubesse, naquilo que fosse possível.” (Grifei. Voto Min. Gilmar Mendes, Pg. 22).

Para ele, a declaração da tipificação penal dos atos de homofobia e transfobia está no alcance deste Tribunal. O constituinte de 1988 teria emprestado significado ímpar ao controle de constitucionalidade da omissão com a instituição da ADO e do MI (Pg. 23). A Lei 13.300/16, atenta à discussão doutrinária e à jurisprudência do STF, regulamentou, legislativamente, a ação constitucional do MI. Preceitua que “[P]oderá 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, entende o Ministro 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.

Ministro Marco Aurélio

Entende que a estrita legalidade impede o Tribunal de esvaziar o

sentido literal do texto legal. Ao versar sobre a discriminação ou o preconceito considerada “a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional”, a Lei nº 7.716/1989 não contemplaria a decorrente da orientação sexual do cidadão ou da cidadã. Não caberia, portanto, enquadramento da homofobia “no conceito ontológico- constitucional de racismo”. Isso porque a taxatividade dos preceitos (Pg. 10) rechaçaria ampliação interpretativa, sob pena de esvaziamento de sentido do texto legal. Afirma que, para evitar usurpação da competência do Congresso Nacional, afasta-se até mesmo a edição, pelo Presidente da República, de MP sobre direito penal (Voto Min. Marco Aurélio, Pg. 11).

“Daí vislumbrar na redação conferida ao inciso XLI da Constituição Federal espécie de “mandado de criminalização” a vincular o legislador ordinário é passo demasiadamente largo, considerados o caráter programático da norma e a relativa amplitude semântica do texto. O Direito é uma ciência, possuindo expressões e vocábulos com sentido próprio, descabendo equiparar a forma verbal “punirá” – gênero – à “criminalizará” – espécie –, presente a possibilidade de ter-se, observado o comando constitucional, a instituição de sanções estranhas ao campo penal.

Eventual opção pela criminalização de condutas motivadas pela “orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima” há de se dar na esfera própria, em outra parte da Praça dos Três Poderes que não o Plenário do Supremo, não podendo, possível omissão, ser suplantada por exegese extensiva da legislação em vigor. Ausente imposição, no âmbito criminal, de ordem ao legislador, reconhecer eventual omissão do Congresso Nacional não merece apoteose.” (Voto Min. Marco Aurélio, Pg. 13)

Neste ponto, vale ressaltar uma crítica elaborada pelo Ministro Marco

Aurélio acerca do posicionamento para o qual se encaminhava a decisão do Tribunal. Sustenta que, operada a transmutação de significado proposta pelos Ministros que entendem possível interpretação conforme à Constituição da Lei antirracismo, a delimitação do alcance do tipo penal estaria vinculada ao subjetivismo dos magistrados, colocando em risco a segurança jurídica (Pg. 11). Ainda neste ponto, destaca um possível erro interpretativo presente no voto de alguns Ministros - sem citá-los diretamente. De duas, uma: ou se declara eventual "mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia" ou se reconhece o enquadramento da homofobia e da transfobia "no conceito ontológico- constitucional de racismo" (Pg. 12).

3.5. Outros argumentos: liberdade sexual, liberdade religiosa e papel do STF

Como anteriormente indicado, os argumentos acima expostos representam as discussões amplamente realizadas ao longo do julgamento do caso. No entanto, alguns argumentos elaborados pelos Ministros, apesar de não tão debatidos como esses, integram o raciocínio elaborado pelos Magistrados para a decisão do caso. Tópicos como a liberdade sexual, liberdade religiosa e papel do Supremo serão a seguir apresentados.

Liberdade Sexual

Ministro Celso de Mello

O Ministro Celso de Mello caracteriza o gênero e a orientação sexual como elementos essenciais e estruturantes da própria identidade da pessoa humana, integrando sua personalidade. Para este Ministro, questões de gênero envolvem aspectos fundamentais como a liberdade existencial e a dignidade humana (Pg. 13).

Ministro Roberto Barroso

Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, “[n]ão escapará a ninguém que tenha olhos de ver e coração de sentir que a comunidade LGBTI+ constitui um grupo vulnerável, vítima de preconceito, discriminação e violências ao longo da história da humanidade.” (Pg. 14).

Ministro Ricardo Lewandoski

Para o Ministro Ricardo Lewandoski a demanda por reconhecimento é componente essencial do conceito jurídico e filosófico do princípio da igualdade. A igualdade como reconhecimento seria uma das principais reivindicações de grupos minoritários e de direitos humanos em todo o mundo (Pg. 5). O reconhecimento seria importante para a autoestima, para a autoconfiança, para a autorrealização e para a felicidade. Nesse sentido, o STF já teria reconhecido que o direito à busca da felicidade²⁰ é “verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana” (Ag. Reg. no RE 477.554-MG, Rel. Min.Celso de Mello) (Pg. 7).

Direitos relativos à orientação sexual e à identidade de gênero seriam reconhecidos nacional e internacionalmente como essenciais para a dignidade e humanidade da pessoa humana, integrando o núcleo dos direitos igualdade e não-discriminação. Os Princípios da Yogyakarta voltariam-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 (Pg. 8).

Ministra Rosa Weber

A Ministra Rosa Weber inaugura seu voto afirmando que o direito à individualidade/identidade traduz elementos constitutivos da noção de pessoa humana titular de direitos fundamentais. Segundo a Ministra, a

²⁰ O direito à busca da felicidade é também abordado pelo Ministro Celso de Mello em tópico específico. Segundo referido Ministro, o direito à busca da felicidade, apesar de não positivado na Constituição Federal brasileira, poderia ser dela abstraído. O direito à busca da felicidade decorreria do núcleo de que se irradia o valor fundante da dignidade da pessoa humana. (Pg. 146)

partir do reconhecimento da identidade é que o indivíduo pode desenvolver sua personalidade, autonomia e lugar na comunidade a que pertence. Afirma também que a autodeterminação sexual decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana (Pg. 4).

Ministro Luiz Fux

Afirma que o indivíduo é quem escolhe a sua agenda dentro da sua órbita de independência, que deve, assim, ser obedecida, respeitado o direito à autodeterminação, que decorre da ideia kantiana de dignidade. A pessoa só teria (Pg. 3) dignidade quando ela pudesse gozar de autodeterminação; de dizer aquilo que ela quer ser como pessoa.

Ministro Gilmar Mendes

Para o Ministro Gilmar Mendes, a orientação sexual e a identidade de gênero são elementos essenciais da personalidade (Pg. 4), manifestação de liberdade fundamental de autodesenvolvimento constitucionalmente protegida (Pg. 5) e que deve ser concebido dentro do quadro de um constitucionalismo democrático pluralista (Pg. 6).

Ministro Marco Aurélio

Segundo o Ministro Marco Aurélio, surge inadmissível a persistência, no Brasil, de grave quadro de discriminação, observada a violência diuturnamente dirigida a homossexuais e transgêneros, de todo incompatível com a tradição de tolerância do povo brasileiro no tocante, por exemplo, à diversidade cultural e religiosa (Pg. 2). Entende que a dignidade da pessoa humana deve prevalecer para assentar-se o direito do ser humano de buscar a integridade e apresentar-se à sociedade como de fato se enxerga (Pg. 2-3).

Liberdade Religiosa

Ministro Celso de Mello

O Decano trata da proteção constitucional à liberdade de expressão. Para ele, a intolerância traduz-se na antítese da ideia de respeito à alteridade e transgride fundamentos estruturantes do Estado Democrático de Direito como a dignidade da pessoa humana e o pluralismo (CF, art. 1º, III e V) (Pg. 105). Por tal razão, a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social não estaria protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão (Pg. 106).

Não vislumbra ocorrência de qualquer ofensa ou dano potencial à liberdade religiosa se o Estado adotar medidas para proteger minorias sexuais, da mesma forma que o Poder Público prevê crime contra o sentimento religioso (Pg. 108). Faz questão de ressaltar que a Lei Fundamental da República proclama a liberdade de manifestação do pensamento (Pg. 110). Liberdade de manifestação do pensamento, no entanto, não constituiria meio que pudesse legitimar a exteriorização de propósitos criminoso, o ódio público (Pg. 119).

Em conclusão sobre o assunto afirma que cabe reconhecer, em suma, que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público (Pg. 141).

Ministro Alexandre de Moraes

No último trecho de seu voto aborda a questão da liberdade religiosa. Reafirma de diversas formas a consagração constitucional da liberdade religiosa e sua total preservação em relação ao julgamento da ADO 26. Citando seu voto no julgamento da ADI 4439, afirma que a premissa da liberdade de expressão religiosa é entender a relação de interdependência e complementaridade entre Estado Laico e Liberdade de Crença e de Culto, sob a luz da *tolerância e diversidade de opiniões* (Pg. 43).

Papel do Supremo

Ministro Celso de Mello

Antes de se encaminhar para o fim do voto, reafirma que ao Supremo Tribunal Federal incumbe efetiva proteção às minorias (Pg. 141). Ainda, que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório mas não pode legitimar a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais (Pg. 142).

Finaliza o voto reafirmando que o Supremo Tribunal Federal é guardião da ordem constitucional (Pg. 149) e que a ele caberia impedir que razões de pragmatismo (ou de indiferença) governamental ou de mera conveniência de grupos, instituições ou estamentos prevaleçam e deformem o significado da CF (Pg. 149). A prática da jurisdição constitucional não poderia ser considerada um gesto de indevida interferência da Suprema Corte na esfera orgânica dos demais Poderes da República (Pg. 151), concluindo que o Estado deve pôr em prática Declaração Universal dos Direitos das Pessoas Humanas (Pg. 152).

Ministro Gilmar Mendes

No trecho final de seu voto ressalta que o papel do Judiciário, num cenário de hipertrofia dos demais poderes, de desconfiança e de falhas na concretização de direitos fundamentais é proteger minorias, que têm pouco acesso à arena de discussão política (Pg. 28), concluindo valer-se da proporcionalidade e da jurisprudência da Corte para reconhecer a aplicabilidade da Lei 7716/89 (Pg. 29).

4. O conceito de racismo a partir da ADO 26

Nem todos os Ministros se ocuparam de conceituar positivamente o racismo, quer dizer, indicando aquilo que entendessem significar o termo, ou mesmo citar em seu voto algum conceito já elaborado sobre o tema - apenas parte dos Ministros que seguiram a corrente vencedora inaugurada pelo Relator da ADO 26, o Ministro Celso de Mello. O Relator assim se manifestou:

“[...] o racismo nada mais é do que uma ideologia, fundada em critérios pseudo-científicos, que busca justificar a prática da discriminação e da exclusão, refletindo a distorcida visão de mundo de quem busca construir, de modo arbitrário, hierarquias artificialmente apoiadas em suposta hegemonia de um certo grupo de pessoas sobre os demais existentes nas diversas formações sociais.”. (Voto Min. Celso de Mello, Pg. 77-78).

Além dele, apenas os Ministros Luiz Fux e Luis Roberto Barroso e a Ministra Tosa Weber optaram por registrar algum conceito. O Ministro Luiz Fux assim o fez:

“[...] mas o Judiciário não está criando uma figura, o Judiciário está fazendo uma interpretação da legislação infraconstitucional que trata do racismo à luz da homofobia, e o próprio Supremo Tribunal Federal já afirmou seu conceito de que racismo é um delito cometido contra homem de carne e osso, integrante da comunidade LGBT, judeus, afrodescendentes, tudo isso é racismo.”. (Voto Min. Luiz Fux, Pg. 3)

A Ministra Rosa Weber e o Ministro Luís Roberto Barroso destacaram o mesmo trecho do caso Ellwanger:

“ [...] o racismo é antes de tudo uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, refletindo, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização e até de eliminação de pessoas’.” (Voto Min. Barroso, Pg. 23 e Voto Min. Rosa Weber, Pg. 7)

O Ministro Gilmar Mendes não chega elaborar um conceito próprio nem citar alguma conceituação pré-existente, mas indica qual seria seu posicionamento sobre o assunto. Após explicar os motivos pelos quais entendeu cabível o enquadramento dos crimes resultantes de preconceito contra a comunidade LGBTI+ na Lei antirracismo, cita a decisão a que chegou o Plenário do Supremo no HC 82.424 (caso Ellwanger). Conclui que “[o] que a nossa Constituição visa a coibir é a discriminação inferiorizante, a qual ela repudia com a alcunha de ‘racismo’” (Pg. 19).

Por outro lado, parte dos Ministros que seguiram a corrente vencedora conceituou o racismo negativamente, ou seja, a partir daquilo que eles consideraram não ser o racismo.

“No luminoso precedente julgado pelo Plenário desta Corte relativo ao caso Ellwanger, HC 82.424. Nesse precedente, entendeu a Corte que não era possível afastar a imprescritibilidade do crime de racismo imputado ao paciente, que teria distribuído obras de conteúdo anti- semita, ao fundamento de que os judeus não seriam raça.” (Voto Min. Edson Fachin, Pg. 25)

“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).” (Voto Min. Gilmar Mendes, Pg. 18)

“Sua relação com o termo “raça”, até pela etimologia, tem a perspectiva da raça enquanto manifestação social, tanto mais que agora, como visto, em virtude das conquistas científicas acerca do genoma humano, a subdivisão racial da espécie humana não encontra qualquer sustentação antropológica, tendo origem em teorias racistas que se desenvolveram ao longo da história hoje condenada pela legislação criminal.” (Voto, Min. Rosa Weber, Pg. 7)

Com exceção do Ministro Alexandre de Moraes, que optou por afirmar a aplicabilidade da Lei antirracismo aos atos discriminatórios contra a comunidade LGBTI+ citando dispositivos constitucionais, todos os Ministros que aderiram à corrente vencedora indicaram o caso Ellwanger quando trataram da discussão sobre a equiparação de condutas homofóbicas à prática de racismo. Mesmo o Ministro Marco Aurélio, aderente a uma das correntes vencidas, citou o caso Ellwanger quando tratou do assunto:

“Não conduz à conclusão diversa o assentado pelo Pleno no julgamento do habeas corpus nº 82.424,

redator do acórdão ministro Maurício Corrêa, publicado no Diário da Justiça de 19 de março de 2004. Na ocasião, decidiu-se que a definição jurídica do "racismo" – expressamente alçado, pelo constituinte, à condição de "crime inafiançável e imprescritível", na forma do inciso XLII do artigo 5º – deve levar em conta "circunstâncias históricas, políticas e sociais" ante o abandono do ultrapassado e oitocentista conceito pseudo-científico de "raça". (Voto Min. Marco Aurélio, Pg. 10)

Não é possível afirmar que todos os Ministros conceituam o racismo da mesma forma. No entanto, é possível dizer que quase todos os que de alguma forma tentam conceituá-lo indicam o caso Ellwanger como importante precedente judicial. Além disso, é possível afirmar que todos os Ministros que citam o referido precedente concordam que o racismo não se limita ao seu sentido vernacular ou comum, segundo o qual apenas seriam vítimas de racismo as pessoas negras.

5. Apontamentos de possíveis fragilidades argumentativas

A despeito do caráter provisório da decisão, observada, segundo entendem os Magistrados, a urgência em proteger grupo social tão vulnerável, algumas considerações merecem atenção especial. A primeira delas se refere à fungibilidade das Ações Diretas de Inconstitucionalidade em relação ao Mandado de Injunção. Outra questão se refere ao limite interpretativo da noção de "raça" na Lei antirracismo. Por fim, a relação entre a ADO 26 e o caso Ellwanger.

Vale lembrar que o julgamento da ADO 26 foi feito em conjunto com o do MI 4733. Segundo constam dos relatórios dos Ministros Celso de Mello (ADO 26) e Edson Fachin (MI 4733), os pedidos formulados foram muito parecidos, sendo diferentes apenas os instrumentos processuais e os autores das ações (ABLGT - Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Travestis no MI e PPS - Partido Popular Socialista na ADO) - ambos representados pelo advogado Paulo Roberto Iotti Vechiatti.

No entanto, muitos dos argumentos que reafirmaram a legitimidade do Supremo em superar lacunas legislativas se baseavam em precedentes de Mandados de Injunção, a exemplo do caso do MI sobre o direito de greve dos servidores públicos, não tendo sido abordados os motivos pelos quais tais argumentos se estenderam à ADO. Esta constatação merece destaque porque, apesar de ambos instrumentos processuais estarem previstos na Constituição Federal - em seu artigo 103 -, recebem tratamento diverso das respectivas Leis regulamentadoras.

Enquanto os artigos 12-F, caput e §1º, e 12-H da Lei 9868/99, com redação dada pela Lei 12.063/09 prevêm que:

"Art. 12-F. Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que

deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 1º A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal.

Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.”

Os artigos 8º e 9º da Lei 13.300/16, que regulamenta o Mandado de Injunção, prevêm:

“Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do **caput** quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de

injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§ 1º Poderá ser conferida eficácia **ultra partes** ou **erga omnes** à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.”

Como verificado da leitura dos textos legais, enquanto a Lei que regulamenta a ADO dá maior margem de atuação ao Tribunal em determinar adoção das medidas necessárias à solução de omissões, a Lei que regulamenta o Mandado de Injunção, por sua vez, confere ao Tribunal a responsabilidade de estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou então as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Outra diferença importante entre os dois instrumentos processuais está nos efeitos normativos que essas ações podem produzir. Enquanto a regra da ADO é a produção de efeitos *erga omnes*, ou seja, produz efeitos contra todas as pessoas e instituições sob jurisdição brasileira, o MI tem como regra a produção de efeitos *inter partes*, sendo o efeitos *erga omnes* uma excepcionalidade.

De outro lado, o método interpretativo adotado pelos Ministros para a solução constitucional do problema apresentado pela Ação Direta de Inconstitucionalidade foi o da interpretação conforme à Constituição da Lei antirracismo para fazê-la abarcar provisoriamente - até que o Congresso Nacional legisle especificamente - os atos de discriminação atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais de integrantes da comunidade LGBTI+. A proposta dos Ministros que assim se manifestaram é de utilizar o termo

“raça” como um termo guarda-chuva para abrigar as pessoas integrantes da comunidade LGBTI+. Assim, a Lei conteria grupos explicitamente protegidos contra atos atentatórios a direitos e liberdades fundamentais, como aqueles que sofrem discriminação por motivo de cor, etnia, religião ou procedência nacional, mas também grupos implicitamente protegidos pela noção de “raça”, a começar pelos integrantes da referida comunidade.

A proteção implícita de grupos sociais pela Lei antirracismo demandaria grande ônus argumentativo do Tribunal porque a matéria de que trata a decisão é Constitucionalmente sensível já que dialoga com o direito fundamental à liberdade. A decisão analisada, no entanto, não se detém sobre quais seriam os critérios para outros eventuais grupos sociais serem considerados ou não merecedores de proteção criminal. Este ponto ganha relevância quando observado o disposto no §2º do artigo 9º da referida Lei 13.300/16:

“§ 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.”

Nesse sentido, o Tribunal teria, diante da decisão ora analisada, o poder de equiparar o tratamento dado às pessoas integrantes da comunidade LGBTI+ a outros grupos sociais ainda não identificados pela Lei antirracismo, sendo que os critérios de equiparação desses grupos não foram exaustivamente esmiuçado.

Apesar de nem todos os Ministros abordarem os mesmos tópicos durante seus votos e alguns deles deixarem de fazer considerações sobre temas sensíveis como os acima indicados, os argumentos apresentados são, em regra, compatíveis entre si. Uma última questão que surge após a leitura dos votos é se com a antiga jurisprudência do Tribunal já não seria possível afirmação de que as pessoas integrantes da comunidade LGBTI+ se enquadrariam no conceito de raça protegido pela Lei 7716/89. Isso porque a argumentação da corrente majoritária considerou, com base em julgado da Corte, o HC 82.424 (caso Ellwanger), que a noção de raça tipificado na referida Lei não se restringiria a elementos de ordem biológica, se referindo

também a elementos de ordem cultural. No entanto, o Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, aponta precedente²¹ de relatoria do Ministro Marco Aurélio negando essa possibilidade.

²¹ O precedente indicado pelo Ministro Ricardo Lewandowski na página 17 de seu voto se refere a um inquérito contra o Deputado Federal Marco Feliciano (Inq 3590). Neste caso, a primeira turma, por unanimidade, teria rejeitado a proposição de ação penal contra o parlamentar sob o argumento de que a tipificação da Lei 7716/89 não alcançaria a decorrente de opção sexual.

6. Conclusão

Com o desenvolvimento da presente pesquisa foi possível confirmar as minhas duas hipóteses de pesquisa. A primeira, relembro, era a de que a noção de "racismo" seria suficientemente ampla para abarcar também outros grupos sociais (que não aqueles identificados por traços fenotípicos ou biológicos, como a cor da pele ou a forma do rosto), enquanto que a segunda era de que a tutela especial conferida às minorias sexuais não tinha uma definição e nem critérios para sua utilização.

A primeira hipótese foi confirmada porque, como apresentado ao longo deste trabalho, a noção de "racismo" (que decorre logicamente da noção de "raça") recebeu um tratamento tal pela argumentação dos Ministros que pôde ser considerado um termo genérico para a identificação de diversos grupos sociais entendidos como minorias sociais pelos integrantes da Corte.

A confirmação da primeira hipótese de pesquisa leva à reflexão sobre a confirmação da segunda. A proteção especial conferida às ditas minorias sexuais se baseou na interpretação do Tribunal acerca do significado do termo "raça", um conceito jurídico indeterminado. Contudo, fixada a interpretação do Tribunal sobre o termo em debate, é possível identificar os grupos entendidos como minorias sexuais com a proteção conferida pela Lei antirracismo à pessoas que sofrem preconceito ou discriminação por motivo de raça. Desse modo, os critérios de utilização ou gozo dessa proteção especial se restringem aos de utilização ou gozo da proteção referente ao termo raça.

A questão que se coloca é, no entanto, sobre os limites interpretativos da noção de raça. Que grupos sociais o Supremo poderia proteger criminalmente com base em nova interpretação conforme à Constituição da Lei antirracismo? Esta nova interpretação poderia prejudicar a proteção da população negra, anteriormente protegida pela Lei antirracismo? Essas questões não podem ser respondidas com o presente trabalho, mas ele identifica os caminhos através dos quais seria possível pleitear esse tipo de proteção ou mesmo impugná-la.

7. Referências bibliográficas

Notícias STF, Brasília, 30 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=276391&caixaBusca=N>>. Acesso em: 19 de jun. de 2019.

Estadão, São Paulo, 28 de julho de 2016. Opinião. Disponível em: <<https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,o-papel-contramajoritario-do-stf,10000065440>>. Acesso em: 29/06/2019.

Notícias STF, Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291&caixaBusca=N>>. Acesso em: 19/06/2019.

GROSSI, Mariana Carvalho; SOUZA Wesley Wadim Passos Ferreira de. AS IMPLICAÇÕES DA TEORIA CONCRETISTA GERAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. Revista online FADIVALE, Governador Valadares, ano XIII, no 14, 2017. Disponível em <http://www.fadivale.com.br/portal/revista-online/revistas/2017/Mariana-Carvalho-Grossi.pdf>

Voto Min. Celso de Mello: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403953&caixaBusca=N>

Voto Min. Edson Fachin: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=404047&caixaBusca=N>

Voto Min. Ricardo Lewandowski: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>

Voto Min. Alexandre de Moraes: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>

Voto Min. Gilmar Mendes: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-14/leia-voto-gilmar-mendes-criminalizacao-homofobia>

8. Anexos

Votos:

<https://drive.google.com/open?id=1ZB6icZoUA-d8aoDxomdXs9D5BsG2TvU>
V

Documento 1 - Fichamento voto Min. Alexandre de Moraes

1) CABIMENTO DA ADO.

- Mesmos termos do (Pg. 6) Relator; (não conheço do pedido de responsabilização civil do Estado em controle concentrada porque só é possível tutela objetiva da ordem constitucional); (Pg. 7)

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

- § 2º do artigo 103

- Para que se caracterize omissão inconstitucional é necessário normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e caráter impositivo e de normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade;

- Segundo pressuposto: relação conflituosa entre Constituição Federal e atuação do Poder Público; (Pg. 8)

- *Conduta negativa pode ser omissão absoluta ou relativa (Pg. 9)*

a) incidência do inciso XLI do art. 5º da CF

b) obrigatoriedade de edição de norma penal

- A primeira questão é inconteste porque existe violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação por conta da orientação sexual ou identidade de gênero, real ou suposta (Pg. 12), como apontam os dados trazidos por diversos atores;

- A segunda questão é contestada mas é flagrante a insuficiência protetiva aos direitos e liberdades fundamentais contra qualquer tipo de discriminação homofóbica e transfóbica. (Pg. 20)

- A existência de esparsas políticas públicas e de legislações estaduais para combater as práticas homofóbicas e transfóbicas não afasta a omissão do Congresso; (Pg. 21)
- Análise dos componentes internacionais mínimos;
- Posição tópica do inciso XLI (Pg. 25)
- Mais importante que a própria localização é a interpretação lógica e teleológica;
- Em todos os comandos constitucionais obrigatórios dirigidos ao legislador Congresso Nacional entendeu necessária a edição de leis penais (proteção a direitos das crianças e adolescentes, dos idosos, das pessoas com deficiência e dos consumidores);

Colmatação:

- a) Reconhecimento da homofobia e da transfobia no *"conceito ontológico-constitucional de racismo"*;
 - b) declaração de *"mora inconstitucional do Congresso Nacional, cientificação do Congresso e, caso persista a omissão, responsabilidade civil do Estado"*;
- *Estado Democrático de Direito*: compatibilização entre *Poder Legislativo* (governo da maioria) e *Justiça constitucional* (Pg. 29) (garantia dos direitos da maioria e das minorias);
 - A legitimidade da Justiça constitucional consubstancia-se na necessidade de concretizar o efetivo respeito e a integral aplicação do texto constitucional
 - Ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL não está constitucionalmente deferida a possibilidade de substituir-se ao Poder Legislativo, inovando no mundo jurídico com a criação de novo tipo penal, devendo cientificar o Congresso Nacional
 - Exigência constitucional de (Pg. 35) equilíbrio e harmonia entre os poderes constituídos não permite que esta CORTE SUPREMA fixe prazo de atuação do CONGRESSO NACIONAL, no exercício de suas competências constitucionais, cujas prioridades políticas e conjunturais devem ser decididas *interna corporis*
 - Portanto, constatado o estado de mora constitucional, deve esta CORTE SUPREMA, cientificar o Congresso Nacional, dentro de limites

razoáveis de hermenêutica, exercer efetivamente a jurisdição constitucional, verificando a possibilidade de afastar o entendimento de atipicidade das diversas formas preconceituosas contidas em condutas homofóbicas e transfóbicas. (Pg. 36)

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

- Impossível colmatação da omissão com a criação de novo tipo penal pelo Poder Judiciário;
- Os princípios da reserva legal e da anterioridade, no âmbito penal (*nullum crimen, nulla poena sine proevia lege*), exigem a existência de lei formal devidamente elaborada pelo Poder Legislativo (Pg. 37), vedada ao juiz a possibilidade de converter-se em legislador;
- Essas mesmas exigências constitucionais impedem a utilização de aplicação analógica *in peius* das normas penais como fonte criadora de infrações penais e respectivas sanções (Pg. 39)

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

- Impossível colmatação por criação de novo tipo penal pelo Poder Judiciário ou aplicação analógica *in peius*;
- Possível *interpretação conforme a Constituição*;
CANOTILHO, "a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um *espaço de decisão* (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela"
- Finalidade é compatibilizar o ordenamento jurídico com o texto constitucional (Pg. 40);
- Supremacia das normas constitucionais e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos exigem preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal;
- Em caso de plurivocidade, respeitar maior *conformidade com as*

normas constitucionais;

- Princípios Fundamentais da República, seus objetivos, efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais precedência para concretizar a real força normativa da Constituição;

- A supremacia absoluta das normas constitucionais e princípio da dignidade da pessoa humana obrigam o intérprete a aplicar não só a *norma mais favorável à proteção aos Direitos Humanos* mas

escolher interpretação que lhe garanta a maior e mais ampla proteção; (Pg. 41);

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

- (ADI 4439) Premissa da liberdade de expressão religiosa é entender a relação de interdependência e complementaridade entre Estado Laico e Liberdade de Crença e de Culto, sob a luz da *tolerância e diversidade de opiniões;*

- Princípio da anterioridade deverá ser aplicado em relação à interpretação conforme dada à Lei de Racismo, por possuir efeitos vinculantes e *erga omnes* (Pg. 47)

Conclusão:

I) Declarar, nos termos do § 2º, do artigo 103 da Constituição Federal, a inconstitucionalidade por omissão do CONGRESSO NACIONAL, por ausência de edição de lei penal incriminadora que torne efetiva a previsão constitucional do inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal, caracterizando-se, conseqüentemente, o estado de mora

inconstitucional e determinando que seja cientificado para a colmatação do estado de mora constitucional.

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

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

Pedido	Decisão
I - Declarar mora inconstitucional do Congresso Nacional	Sim
II - Cientificar o Congresso Nacional por sua mora inconstitucional	Sim
III - Aplicar o método de Interpretação Conforme à Constituição ao termo "raça" presente na Lei antirracismo	Sim
IV - Tipificar judicialmente a homotransfobia	Não
V - Responsabilizar civilmente o Estado pela omissão inconstitucional	Não menciona

Documento 2 - Fichamento voto Min. Celso de Mello

1. Uma brevíssima constatação
 - Serei inevitavelmente incluído no “Index” mantido pelos cultores da intolerância;
 - Muito mais importante, no entanto, é a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal; (Pg. 1)

2. A controvérsia constitucional
 - Relatório

3. Os pedidos
 - Declaração de mora inconstitucional;
 - Cientificação do Congresso;
 - Subsidiário:
 - Interpretação conforme;
 - ou
 - Tipificação, ainda que por decisão judicial;
 - Subsidiário 2:
 - Responsabilidade civil objetiva do Poder Público (Pg. 6)

4. Definições e questões terminológicas
 - Siglas LGBT, LGBTQ, LGBTQI, LGBTQI+;
 - A comunidade LGBT, longe de constituir uma coletividade homogênea, caracteriza-se, na verdade, pela diversidade de seus integrantes;
 - Ponto comum: vulnerabilidade (Pg. 8)
 - Sexo, gênero, sexualidade (Pg. 9)

5. A questão da "ideologia de gênero"

- Gênero e a orientação sexual constituem elementos essenciais e estruturantes da própria identidade da pessoa humana, integrando sua personalidade;
- Questões de gênero envolvem aspectos fundamentais como a liberdade existencial e a dignidade humana;
- Controvérsias sobre a denominada "ideologia de gênero" (Pg. 13), fundadas em ideias artificialmente construídas, contribuem para restrição de direitos de minorias sexuais; (Pg. 15)
- Inúmeros processos de controle normativo abstrato buscam impedir a implementação de medidas como a educação sexual nas escolas fundados na controvérsia sobre "ideologia de gênero" (Pg. 17)

6. Inviabilidade da formulação, em sede de processo de controle concentrado de constitucionalidade, de pedido de índole condenatória, fundado em alegada responsabilidade civil do Estado, eis que, em ações constitucionais de perfil objetivo, não se discutem situações individuais ou interesses subjetivos

- Em ação de controle abstrato de omissão inconstitucional é inviável tutela ressarcitória;
- Porque esse tipo de ação visa apenas tutela objetiva da ordem constitucional (Pg. 22)
- No entanto, essa impossibilidade (Pg. 24) não afeta o direito material do ofendido nas vias processuais ordinárias;

7. Impossibilidade jurídico-constitucional de o Supremo Tribunal Federal, mediante provimento jurisdicional, tipificar delitos e cominar sanções de direito penal

- Em ação de controle abstrato de constitucionalidade é inviável tipificação penal; (Pg. 26).

- Reserva absoluta de lei formal (CF, art. 5º, XXXIX); (Pg. 27)

8. Considerações em torno dos registros históricos e das práticas sociais contemporâneas, que revelam o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório que tem sido dispensado à vivência homoerótica em nosso País: "O amor que não ousa dizer o seu nome" (Lord Alfred Douglas, do poema "Two Loves", publicado em "The Chameleon", 1894, verso erroneamente atribuído a Oscar Wilde)

- Ordenações do Reino (Pg. 30 e ss.) exemplificam histórico de discriminação contra minorias sexuais pelo Poder Público;
- Ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual ou identidade de gênero;
- Também os homossexuais têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico (Pg. 36);

9. A violência contra integrantes da comunidade LGBT ou "A banalidade do mal homofóbico e transfóbico" (PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI): Uma inaceitável (e cruel) realidade contemporânea

- Atos lesivos/ violência (Pg. 36), segundo dados estatísticos (Pg. 37);
- BANALIDADE DO MAL HOMOFÓBICO E TRANSFÓBICO (Pg. 40)

10. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, por injustificável inércia do Poder Público

- O direito à legislação exige previsão do dever estatal;
- Como sucede (CF, art. 5º, XLI – grifei) e (CF, art. 5º, XLII);
- Há omissão do Congresso Nacional;

11. A situação de inércia do Estado em relação à edição de diplomas legislativos necessários à punição dos atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero da vítima

- Exame do quadro evidencia a existência de nexo de causalidade entre a imposição constitucional de legislar configuração objetiva da ausência de provimento legislativo;
- Decorridos mais de trinta (30) anos ainda não se registrou (Pg. 46) a necessária intervenção concretizadora do Congresso Nacional;
- Tenho por inacolhível alegação mera existência de proposição legislativa no Congresso Nacional afastaria inércia; (Pg. 47)
- Apesar de respeitável o esforço, Congresso não registrou providência efetiva; (Pg. 48)
- Constatação objetiva de mora inconstitucional justifica intervenção do Poder Judiciário; (Pg. 50) porque qualifica-se, perigosamente, como um dos processos deformadores da Constituição (Pg. 52) e de erosão da consciência constitucional; (Pg. 56)

12. Soluções possíveis para a colmatação do estado de mora inconstitucional

- a) Cientificação do Congresso Nacional;
- b) Reconhecimento imediato de que a homofobia e a transfobia enquadram-se, mediante interpretação conforme na noção conceitual de racismo prevista na Lei nº 7.716/89; (Pg. 65)

12.1. A cientificação ao Congresso Nacional quanto ao seu estado de mora inconstitucional

- Mero apelo ao legislador nem sempre tem se demonstrado solução eficaz; (Pg. 65)
- Supremo Tribunal Federal evoluiu a propósito desse tema com a instituição de prazo razoável, cuja definição não configura imposição de prazo para a atuação legislativa do Parlamento; (Pg. 66) GILMAR MENDES ADI 3.682/MT
- Se o Congresso Nacional, no entanto, deixar de adotar legitimar-se-á possibilidade de o Supremo Tribunal Federal para formular solução

jurisdicional enquanto não sobrevier a legislação reclamada; Ex.: exercício do direito de greve por servidores públicos civis.

- No caso, seria acolhível pedido do autor para estabelecer prazo de 12 (doze) meses ao Senado Federal mas como isso nem sempre tem sido eficaz, adoção imediata do item 12.2 (Pg. 68)

12.2 Enquadramento imediato das práticas de homofobia e de transfobia, mediante interpretação conforme, no conceito de racismo previsto na Lei nº 7.716/89

- O 5º, inciso XLI prevê mandamento constitucional de criminalização (Pg. 72). No mesmo sentido, a Constituição Federal, ao estabelecer que “a prática do racismo constitui crime (...), nos termos da lei” (CF, art. 5º, XLII), também fixou um comando, dirigido ao legislador, para que este, explicitando a vontade manifestada pelo constituinte, dispense efetiva tutela penal aos valores fundamentais cuja incolumidade é expressamente reclamada pelo texto constitucional.

- (HC 82.424/RS, Pleno) (Pg. 73) Em uma palavra: nem gentios, nem judeus; nem patrícios, nem plebeus; nem homossexuais, nem transsexuais; nem cisgêneros, nem transgêneros. Sem qualquer hierarquia ou distinção de origem, de raça, de orientação confessional ou de fortuna, somos todos pessoas, essencialmente dotadas de igual dignidade e impregnadas de razão e consciência, identificadas pelo vínculo comum que nos projeta, em unidade solidária, na dimensão incindível do gênero humano. (Pg. 77);

- Este julgamento impõe ao Supremo Tribunal Federal que reafirme a orientação consagrada em referido precedente histórico no sentido de que a noção de racismo – para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei nº 7.716/89 – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito

contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero;

- A identidade fundamental que evidencia a correlação entre a homofobia e o racismo resultam da conjugação de dois fatores: a motivação preconceituosa e a finalidade de discriminar; (Pg. 80)

- Conteúdo material dos estatutos internacionais que integram o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos

- A configuração de atos homofóbicos e transfóbicos como formas contemporâneas do racismo objetiva fazer preservar a incolumidade dos direitos da personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana; (Pg. 90)

- Estado tem o dever de defesa da dignidade da pessoa humana; (Pg. 91)

- Aceitar tese diversa significaria tornar perigosamente menos intensa e socialmente mais frágil a proteção que o ordenamento jurídico dispensa, no plano nacional e internacional, aos grupos que se expõem a uma situação de maior vulnerabilidade, como sucede com os integrantes da comunidade LGBT. (Pg. 91)

- Por isso, é possível interpretação conforme à Constituição da noção de "raça";

- Múltiplas expressões semiológicas (Pg. 93)

- Não envolve aplicação analógica (Pg. 94) e nem de formulação de tipos criminais mas mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (a Lei nº 7.716/89, no caso);

- Racismo social; (Pg. 95)

- A própria utilização, na espécie, da técnica da interpretação conforme revela que não se está a proferir, no caso, qualquer sentença de caráter aditivo (Pg. 100)

13. O Poder Judiciário, em sua atividade hermenêutica, há de tornar efetiva a reação do Estado na prevenção e repressão aos atos de preconceito ou de discriminação praticados contra pessoas integrantes de grupos sociais vulneráveis

- Ausência de efetiva reação estatal a agressões a direitos de grupos sociais vulneráveis traduzem omissão que, entre outras coisas, compromete o princípio da igualdade (Pg. 101)

- É por essa razão que, entre os Princípios de YOGYAKARTA – que exprimem postulados sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e à identidade de gênero –, há um, o Princípio n. 3, que proclama o direito titularizado por qualquer pessoa “de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e a identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade” (grifei). (Pg. 102)

- Incumbe, por isso mesmo, a esta Suprema Corte velar pela integridade dessa proclamação para plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não discriminação, essenciais numa sociedade verdadeiramente democrática; (Pg. 103)

14. A questão da intolerância, notadamente quando dirigida contra a comunidade LGBT

- Intolerância traduz-se na antítese da ideia de respeito à alteridade, transgride fundamentos estruturantes do Estado Democrático de Direito como a dignidade da pessoa humana e o pluralismo; (CF, art. 1º, III e V)

- É por tal razão que a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão (Pg. 106)

15. Repressão à homotransfobia e liberdade religiosa: ausência de inconstitucionalidade

- Não vislumbro a ocorrência de qualquer ofensa ou dano potencial à liberdade religiosa se o Estado adotar medidas para proteger minorias sexuais, da mesma forma que o Poder Público prevê crime contra o sentimento religioso (Pg. 108)

- Lei Fundamental da República proclama a liberdade de manifestação do pensamento;
- Estado não pode interditar, obstruir, embaraçar ou censurar ideias, convicções, opiniões ou informações, qualquer que seja o caráter de que se revistam (Pg. 110)
- A liberdade de consciência, de crença e de manifestação de pensamento em geral tem bases democráticas e é regida princípio fundamental do pluralismo político (Pg. 113)
- Trata-se de fragmento histórico e retoricamente poderoso que bem define o verdadeiro sentido da proteção constitucional à liberdade de manifestação do pensamento: garantir não apenas o direito daqueles que pensam como nós, mas, igualmente, proteger o direito dos que sustentam ideias – mesmo que se cuide de ideias ou de manifestações religiosas – que causem discordância ou que provoquem, até mesmo, o repúdio por parte da maioria existente em uma dada coletividade.
- Insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público não merecem a dignidade da proteção constitucional
- Liberdade de manifestação do pensamento não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminoso, o ódio público (Pg. 119)
- A reprodução de narrativas, conselhos, lições ou orientações constantes de qualquer livro sagrado referentes a qualquer religião não se revelam aptos a configurar delitos contra a honra, porque veiculados com o intuito de divulgar o pensamento resultante do magistério teológico e da filosofia espiritual;
- “animus injuriandi vel diffamandi” (Pg. 121)
- Estado laico não tem qualquer interesse de índole religiosa; (Pg. 124)
- Mesmo cerimônias completamente divorciadas das crenças religiosas tradicionais merecem igual proteção da legislação penal, como prevê o Estatuto do Índio em seu art. 58, inciso I (Pg. 125);
- Laicidade do Estado não significa que o Estado republicano brasileiro tornou-se um Estado ateu ou anticlerical (Pg. 130)
- Princípio da laicidade estatal impõe dever de neutralidade estatal, ou seja, que o Poder Público não pode estabelecer ou subvencionar cultos

religiosos, ou, ainda, embaraçar-lhes o exercício; não pode nem deve manifestar preferência (Pg. 131)

- O Direito não se submete à religião, e as autoridades incumbidas de aplicá-lo devem despojar-se de pré-compreensões em matéria confessional para, no exercício de suas funções, não fazerem repercutir as suas próprias convicções religiosas. (Pg. 136)

- Cabe reconhecer, em suma, desse modo, que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público. (Pg. 141)

16. Democracia constitucional, proteção dos grupos vulneráveis e função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no exercício de sua jurisdição constitucional

- Ao Supremo Tribunal Federal incumbe efetiva proteção às minorias (Pg. 141)

- Princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório mas não pode legitimar a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais (Pg. 142)

- Fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito (Pg. 143)

17. A busca da felicidade como projeção do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana

- O direito à busca da felicidade decorre do núcleo de que se irradia o valor fundante da dignidade da pessoa humana;

- Gravemente comprometido pela omissão estatal; (Pg. 146)

- O que autoriza o acolhimento do pleito em julgamento; (Pg. 149)

18. Uma observação final: o significado da defesa da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal

- Ao Supremo Tribunal Federal é guardião da ordem constitucional; Cabe aos Juízes da Corte Suprema velar pela integridade dos direitos fundamentais, repelir condutas governamentais abusivas, conferir prevalência à essencial dignidade da pessoa humana, fazer cumprir os pactos internacionais que protegem os grupos vulneráveis expostos a práticas discriminatórias e neutralizar ensaios de opressão estatal ou de agressão perpetrada por grupos privados;
- Impedindo que razões de pragmatismo (ou de indiferença) governamental ou de mera conveniência de grupos, instituições ou estamentos prevaleçam e deformem o significado da CF; (Pg. 149)
- A prática da jurisdição constitucional não pode ser considerada um gesto de indevida interferência da Suprema Corte na esfera orgânica dos demais Poderes da República; (Pg. 151)
- O Estado deve pôr em prática Declaração Universal dos Direitos das Pessoas Humanas; (Pg. 152)

19. Conclusão

Conclusão:

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

II) Declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União;

III) Cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, "caput", da Lei nº

9.868/99;

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

V) Declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea "d" somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento.

Pedido	Decisão
I - Declarar mora inconstitucional do Congresso Nacional	Sim
II - Cientificar o Congresso Nacional por sua mora inconstitucional	Sim
III - Aplicar o método de Interpretação Conforme à Constituição ao termo "raça" presente na Lei antirracismo	Sim

IV - Tipificar judicialmente a homotransfobia	Não
V - Responsabilizar civilmente o Estado pela omissão inconstitucional	Não

Documento 3 - Fichamento voto Min. Enrique Ricardo Lewandowski

Título hipotético 1: Fundamentos filosóficos da controvérsia

- A demanda por reconhecimento é componente essencial do conceito jurídico e filosófico do princípio da igualdade;
- Igualdade como reconhecimento é uma das principais reivindicações de grupos minoritários e de direitos humanos em todo o mundo (Pg. 6);
- Nancy Fraser, Axel Honneth
- O reconhecimento é importante para a autoestima, para a autoconfiança, para a autorrealização e para a felicidade;
- STF: direito à busca da felicidade princípio da essencial dignidade da pessoa humana;
- Ideais de gênero e papéis a ele associados são construídos culturalmente e situados historicamente (Pg. 8);
- Simone de Beauvoir, Judith Butler
- Direitos relativos à orientação sexual e à identidade de gênero são reconhecidos como essenciais para a dignidade e humanidade da pessoa humana;
- Igualdade e não-discriminação;

Título hipotético 2: Omissão inconstitucional

- A criminalização de condutas discriminatórias é obrigatória porque a Constituição contém claro mandado de criminalização neste sentido (art. 5, XLI, CF) (Pg. 9);
- A omissão parlamentar pode ser entendido como fenômeno político;
- Com ascensão da *supremacia constitucional* os tribunais se tornaram espaços mais sensíveis aos reclamos da população, sobretudo aos grupos

sistematicamente excluídos da esfera política;

- Contando, inclusive, com apoio dos atores políticos por transferir sua responsabilidade para as instituições judiciais, evitando responsabilização política por decisões impopulares (Pg. 10);
- Os Poderes constituídos têm uma dívida histórica com os diversos grupos oprimidos, como as mulheres e as vítimas de violência trans e homofóbica (Pg. 11);
- Para tanto, punir criminalmente a homofobia e a transfobia é simbólico, e é, segundo penso, apenas um primeiro passo;
- Uso simbólico do Direito Penal para afirmar o valor da vida das pessoas que contrariam a heteronormatividade e a cisgeneridade (Pg. 13).
- Assim, entendo estar configurada mora legislativa inconstitucional na criminalização específica da homofobia e da transfobia. (Pg. 14)
- A incorporação dessa proteção em leis penais modifica o *status* dos grupos minoritários, tornando-os legalmente protegidos. (Pg 16-17)
- No Brasil, como visto, os números da violência de gênero impressionam

Título hipotético 3: Omissão inconstitucional e Reserva Legal em matéria criminal

- Mas não é viável invocar os precedentes concretistas firmados nos MIs 670, 708 e 712 (Pg. 17)
- Porque existe reserva legal absoluta (art. 5º, XXXIX, CF) em matéria criminal (Pg. 18)
- Somente se admite a lei interna como fonte formal e direta de regras de direito penal (art. 9º - Convenção Americana de Direitos Humanos e art. 15 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos) (Pg. 19);
- Extensão do tipo penal atenta contra o princípio da reserva legal.

Conclusão:

- I) Ação parcialmente conhecida, parcialmente provida;
- II) Reconhecer a mora legislativa, dando ciência ao Congresso Nacional;

Pedido	Decisão
I - Declarar mora inconstitucional do Congresso Nacional	Sim
II - Cientificar o Congresso Nacional por sua mora inconstitucional	Sim
III - Aplicar o método de Interpretação Conforme à Constituição ao termo "raça" presente na Lei antirracismo	Não
IV - Tipificar judicialmente a homotransfobia	Não
V - Responsabilizar civilmente o Estado pela omissão inconstitucional	Não menciona

Documento 4 - Fichamento voto Min. Gilmar Mendes

1. A relevância da omissão inconstitucional impugnada
 - Orientação sexual e identidade de gênero são elementos essenciais da personalidade (Pg.);
 - Manifestação de liberdade fundamental de autodesenvolvimento constitucionalmente protegida (Pg.);
 - E que deve ser concebido dentro do quadro de um constitucionalismo democrático pluralista (Pg.).

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

- A não tipificação dos crimes de homofobia constitui justa causa para intervenção do judiciário (Pg. 7);
- Atuação do Legislativo tem sido errática; (Pg 7-8)
- Mera tramitação de proposições legislativas não modifica, em si, o estado de insuficiência da proteção que se pretende tutelar nesta demanda (Pg. 10)
- A atuação do STF fomenta o diálogo institucional (Pg. 10).
- Esta omissão é tão grave quanto outras em que o STF se manifestou; (Pg. 11)

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

- Os mandados de criminalização presentes na CF traduzem dimensão dos direitos fundamentais decorrente de sua feição objetiva (Pg. 11);
- A CF impõe ao legislador observância ao princípio da proporcionalidade como proibição tanto de excesso quanto de proteção insuficiente (Pg. 12);
- A mora legislativa sobre a criminalização da homofobia consubstancia proteção insuficiente (Pg. 14);
- O racismo talvez possa fortalecer a homofobia (Pg. 15)
- Demandando ação da Corte porque contribui para restrições indevidas de direitos fundamentais (Pg. 16).

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 consagram verdadeiros postulados do reconhecimento do direito de minorias, de direitos básicos de liberdade e igualdade (Pg. 16);
- A concretização desse mandado de criminalização constitucional foi buscada na tipificação prevista na Lei 7.716/1989 mas leitura constitucional da Lei Antirracismo mostra que o legislador não conseguiu concretizar *in totum* esse mandado, configurando uma omissão parcial do legislador (Pg. 17);

- O desenvolvimento da interpretação constitucional pelo STF clama por uma ampliação progressiva da proteção criminal em direção à repressão de toda e qualquer forma de discriminação (Pg. 18);
- Essa interpretação pode ser extraída do *Habeas Corpus* 82.424/RS (o chamado Caso Ellwanger), caso em que se concluiu 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;
- Nesse contexto, não se pode emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica (Pg. 19);
- 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 ;
- ADI 4277 e ADPF 132 (Pg. 20);
- *pensamento do possível*: "diante de um texto constitucional aberto, que exige novas aplicações, por vezes, nós nos encontramos diante dessas situações de lacunas, às vezes, de lacunas de caráter axiológico. Assim, se por acaso não pudermos aplicar a norma tal como ela está posta, poderíamos fazê-lo numa perspectiva estritamente ampliativa, aplicando-a naquilo que coubesse, naquilo que fosse possível." (Pg. 22)

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

- A declaração da tipificação penal dos atos de homofobia e transfobia está no alcance deste Tribunal;
- o constituinte de 1988 emprestou significado ímpar ao controle de constitucionalidade da omissão com a instituição da ADO e do MI (Pg. 23);
- 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. (Pg. 25)

- A Lei 13.300/16, atenta à discussão doutrinária e à jurisprudência do STF, regulamentou, legislativamente, a ação constitucional do MI;

- “[P]oderá 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.

- 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

6. Sobre ativismo e concretização de direitos fundamentais

- O papel do Judiciário, num cenário de hipertrofia dos demais poderes, de desconfiança e de falhas na concretização de direitos fundamentais é proteger minorias, que têm pouco acesso à arena de discussão política (Pg. 28);

- Valho-me da proporcionalidade e da jurisprudência da Corte para reconhecer a aplicabilidade da Lei 7716/89 (Pg. 29)

7. Dispositivo

Conclusão:

I) declarar a inconstitucionalidade da inércia do Congresso Nacional;

II) cientificar o Congresso Nacional;

III) interpretação conforme à Constituição (Pg 29);
 IV) efeitos da interpretação (Pg. 30).

Pedido	Decisão
I - Declarar mora inconstitucional do Congresso Nacional	Sim
II - Cientificar o Congresso Nacional por sua mora inconstitucional	Sim
III - Aplicar o método de Interpretação Conforme à Constituição ao termo "raça" presente na Lei antirracismo	Sim
IV - Tipificar judicialmente a homotransfobia	Não menciona
V - Responsabilizar civilmente o Estado pela omissão inconstitucional	Não menciona

Documento 5 - Fichamento voto Min. Luís Roberto Barroso

I. A HIPÓTESE

II. QUESTÃO PRELIMINAR: NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO INDENIZATÓRIO

- As vias processuais eleitas são inadequadas para a formulação de pedido de pagamento de indenização. Por isso, deixo de conhecer das

ações quanto a esses pedidos. (Pg. 9)

III. NOTAS INTRODUTÓRIAS

III. 1 UMA NOTA CONCEITUAL

- *homofobia*
- *Gênero*
- *orientação sexual*

III.2 UMA NOTA SOBRE A HOMOFOBIA NA ATUALIDADE

- dados da violência (Pg. 10)
- A ausência de norma federal a respeito da matéria destoa no cenário internacional. (Pg. 12)
- Não se interpreta o direito em abstrato (Pg. 13)

III.3 UMA NOTA TEÓRICA

- Não escapará a ninguém que tenha olhos de ver e coração de sentir que a comunidade LGBTI+ constitui um grupo vulnerável, vítima de preconceito, discriminação e violências ao longo da história da humanidade;
- A criação primária de leis é papel típico do Poder Legislativo; (Pg. 14)
- No entanto, quando o Congresso não atua em situações em que havia um mandamento constitucional para que atuasse, o papel do tribunal se amplia legitimamente para fazer valer a Constituição. (Pg. 15)
- *Contramajoritário:*
- *Representativo*
- *Iluminista (Pg. 16)*

III.4 UMA NOTA SOBRE A HISTÓRIA DE UM PRECONCEITO

- No dia 4 de maio de 2011, eu estava na tribuna do STF sustentando o direito de as uniões afetivas serem reconhecidas como uniões estáveis.
- Ordenações Manuelinas
- Lord Alfred Douglas

- Oscar Wilde
- soldado americano

III.5 UMA NOTA DE RESPEITO E CONSIDERAÇÃO AO SENTIMENTO RELIGIOSO

- O reconhecimento da omissão inconstitucional na criminalização da homofobia e da transfobia em nada diminui a relevância da liberdade religiosa. (Pg. 18)
- O que não se admite é que, sob o pretexto de se preservar a liberdade religiosa, mantenha-se a sistemática violação de direitos fundamentais da comunidade LGBTI+

IV. SOLUÇÃO DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL

IV.1 EXISTÊNCIA DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

- A ausência de norma criminal punitiva de atos de homofobia e transfobia configura mora inconstitucional do legislador, nos termos do art. 103, §2º, CF, decorrente da ausência de regulamentação suficiente do art. 5º, XLI e XLII, CF.

- *Em primeiro lugar*
- art. 5º, XLI, CF
- Apesar de não serem unívocos os conceitos de homofobia, transfobia e suas variantes, é possível concluir que existe um mandado expresso de criminalização de condutas atentatórias a direito e liberdades fundamentais;
- O constituinte optou por utilizar conceitos jurídicos indeterminados, permitindo enquadramento à realidade;
- Homofobia e transfobia são formas de discriminação atentatória a direitos fundamentais;
- Por três fatores o princípio da proporcionalidade deve ser respeitado na forma de vedação à proteção insuficiente:
I - existência de sistemática violência, física e psíquica contra a minoria

em questão;

II - outros tipos de discriminação contra grupos sociais minoritários são objeto de criminalização específica; (Pg. 21)

III - Esparsas Leis estaduais que estabelecem punições administrativas são insuficientes para promover prevenção geral contra homofobia; e têm eficácia restrita aos entes federativos

- *Em segundo lugar*
- art. 5º, XLII, CF (!!!) (Pg. 22)
- Caso Ellwanger
- a vedação constitucional ao racismo é abrangente o suficiente para abarcar a proibição de toda e qualquer forma de ideologia que pregue a inferiorização e a estigmatização de grupos, a exemplo do que acontece com a comunidade LGBTI+.
- Rejeito o argumento de que a existência de projetos de lei a respeito da matéria afastaria a mora inconstitucional. (Pg. 23)
- Concluo, assim, pela existência de omissão inconstitucional do legislador ordinário brasileiro na edição de norma que criminalize atos de homofobia, à luz do art. 5º, XLI e XLII, CF. (Pg. 24)

IV.2 CONSEQUÊNCIAS DA DECLARAÇÃO DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

IV.2.1 Aplicação da Lei do Racismo (Lei nº 7.716/1989) a casos de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero

- (i) a Constituição de 1988 estabeleceu comandos claros de vedação a toda forma de discriminação;
- (ii) essa imposição da ordem constitucional conduziu ao progressivo reconhecimento de direitos da população LGBTI+;
- (iii) a evolução vivida pela sociedade brasileira permite dizer que o conceito de racismo passou por *mutação constitucional*;
- (iv) essa alteração da percepção social ainda não se refletiu na vedação à discriminação fundada na orientação sexual e/ou na identidade de gênero; e
- (v) já existem no direito brasileiro, contudo, normas penais que

punem o racismo (Pg. 25)

IV.2.2 Interpretação conforme à Constituição dos arts. 61, II, a, e 121, § 2º, II, do Código Penal

- Nos arts. 61, II, a, e 121, § 2º, II do Código Penal, o legislador aludiu à prática de crimes por motivo fútil ou torpe, ao disciplinar, respectivamente, as circunstâncias agravantes e o homicídio qualificado. (Pg. 28)

- De acordo com o art. 121, § 2º, I e II, do Código Penal, matar alguém por motivo fútil ou torpe caracteriza a prática do crime de homicídio qualificado, que é punido com penas mais severas que o homicídio simples.

- “motivo fútil” e “motivo torpe” constituem conceitos jurídicos indeterminados

- Cabe ao aplicador do Direito aferir, diante das circunstâncias do caso concreto, se o crime foi movido por motivo fútil ou torpe;

- Significa dizer que sempre que o crime tenha por motivação a homofobia ou a transfobia o aplicador do Direito deverá considerar que o crime foi praticado por motivo fútil ou torpe, (Pg. 29-30)

- Afasto alegação de que os arts. 61, II, a, e 121, § 2º, I e II, do Código Penal resolveriam a omissão inconstitucional porque é exigida punição específica.

Conclusão:

I) Conhecer parcialmente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção e, na parte conhecida, julgar parcialmente procedentes os pedidos, com a fixação das seguintes teses:

“1. A ausência de edição de lei criminalizadora de atos de homofobia e de transfobia constitui omissão inconstitucional do Congresso Nacional.

- Enquanto não editada lei criminalizadora, aplica-se a Lei nº 7.716/1989 para a reprimenda de atos discriminatórios relacionados à orientação sexual e/ou identidade de gênero.

- Os arts. 61, II, a, e 121, § 2º, I e II, do Código Penal devem ser interpretados conforme à Constituição, a fim de que se considere caracterizado motivo fútil ou torpe sempre que a prática do crime seja movida pela intolerância e/ou pelo preconceito com a orientação sexual e/ou identidade de gênero da vítima”.

Pedido	Decisão
I - Declarar mora inconstitucional do Congresso Nacional	Sim
II - Cientificar o Congresso Nacional por sua mora inconstitucional	Não menciona
III - Aplicar o método de Interpretação Conforme à Constituição ao termo “raça” presente na Lei antirracismo	Sim
IV - Tipificar judicialmente a homotransfobia	Não menciona
V - Responsabilizar civilmente o Estado pela omissão inconstitucional	Não

Documento 6 - Fichamento voto Min. Luiz Edson Fachin

SÍNTESE DO VOTO

1.1. Premissas

1.2. Base constitucional (Pg. 1)

1.3. Base doutrinária

1.4. Base em precedentes (Pg. 2)

1.5. Conclusão do voto

- Plena cognoscibilidade;
- Há direito subjetivo à legislação (Pg. 3);
- *In casu*, é possível depreender o direito à legislação e o dever estatal de legislar do disposto no art. 5º, XLI, da CRFB;
- O trâmite de projetos de lei que visem a solver a omissão apontada não obsta o conhecimento do mandado (Pg. 5) nem o reconhecimento da omissão;
- Dados trazidos pelos *amici curiae* e pela própria impetrante dão conta de possíveis violações de seus direitos; (Pg. 6)
- Num contexto de desigualdades sociais e raciais, a exclusão social da comunidade LGBTI reforça a dinâmica de invisibilidade a que as pessoas pobres e negras estão sujeitas; (Pg. 8)

- No mérito, é procedente o presente mandado de injunção;
- O 5º, XLI, da CRFB efetivamente contém um mandado de criminalização contra a discriminação homofóbica e transfóbica;
- Diante da mora inconstitucional cabe ao Supremo Tribunal Federal colmatação por meio de interpretação conforme; (Pg. 9)
- Supremo Tribunal Federal já afirmou; (Pg. 10)
- No âmbito internacional; (Pg. 11)
- O princípio da proporcionalidade, na modalidade de proibição de proteção insuficiente (Pg. 15) é o fundamento para a corte atribuir ao direito penal a proteção de bens jurídicos;

Assim, a leitura do disposto no art. 5º, XLI, da CRFB deve ser feita, por força de expressa previsão constitucional (art. 5º, § 2º, da CRFB), de modo consentâneo com o que estabelece a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial em seu art. 4º: (Pg.

17)

- A dignidade da pessoa humana não pode ser invocada de forma retórica porque é elemento ínsito, constitutivo do sujeito; é o reconhecimento do seu próprio valor moral, idêntico ao valor moral das demais pessoas;
- Mas está sendo violada com a referida omissão inconstitucional;
- Dessa forma, ainda que envolva matéria penal, não é possível alegar que a injunção deveria limitar-se ao mero reconhecimento da mora.
- Deve ser feita interpretação conforme, a exemplo do caso Ellwanger (HC 82.424)

Noutras palavras, a igualdade está a nos exigir, enquanto intérpretes da Constituição, que se reconheça a igual ofensividade do tratamento discriminatório, seja para afastar a alegação de que judeus não seriam vítimas de racismo, seja para tolerar a apologia ao ódio e à discriminação derivada da livre expressão da sexualidade.

Conclusão:

- I) Reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e;
- II) Aplicar com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

Pedido	Decisão
I - Declarar mora inconstitucional do Congresso Nacional	Sim

II - Cientificar o Congresso Nacional por sua mora inconstitucional	Sim
III - Aplicar o método de Interpretação Conforme à Constituição ao termo "raça" presente na Lei antirracismo	Sim
IV - Tipificar judicialmente a homotransfobia	Não menciona
V - Responsabilizar civilmente o Estado pela omissão inconstitucional	Não menciona

Documento 7 - Fichamento voto Min. Luiz Fux

- Segundo casos (Pg. 1), relatórios, levantamentos e dados de documentos transnacionais;
- Existe inércia legislativa específica pois quando o legislador retratou, nos casos de violência física, motivo torpe ou motivo fútil, ele não pôde imaginar que esse motivo fútil, esse motivo torpe fosse a homofobia (Pg. 2)
- Projetos de lei não caminham;
- A instância hegemônica num Estado Democrático de Direito é o Parlamento;
- Mas se o Parlamento não atua, os doutrinadores e os filósofos do direito afirmam que a jurisdição constitucional se impõe (quando se trata de defesa das minorias contra as violências da maioria);
- O Judiciário não está substituindo o legislador mas está fazendo uma interpretação da legislação infraconstitucional;
- O próprio Supremo Tribunal Federal já afirmou (caso Ellwanger) seu conceito de que racismo é um delito cometido contra homem de carne e osso, integrante da comunidade LGBT, judeus, afrodescendentes, tudo isso é racismo

- O indivíduo é quem escolhe a sua agenda dentro da sua órbita de independência, que deve, assim, ser obedecida, respeitado o direito à autodeterminação, que decorre da ideia kantiana de dignidade;
- A pessoa só tem (Pg. 3) dignidade quando ela tem autodeterminação de dizer aquilo que ela quer ser como pessoa;
- Supremo Tribunal Federal, segundo Alexander Bickel, tem o dever de ser contramajoritário;
- Na verdade, muitas vezes essas questões são trazidas ao Judiciário porque o judiciário não é feito de juízes eleitos [...] Um juiz não deve temer cair em impopularidade ou em desagrado quando defende valores morais expressivos com "soi" ser o enfrentamento da defesa das minorias (Pg. 4)
- Eu entendo que o Mandado de Injunção não mais reclama uma exortação ao Parlamento, exige uma providência concreta que pode ser substituída por uma legislação superveniente;
- Axel Honneth: "O reconhecimento da criminalização das condutas" - e eu acrescento: das condutas homofóbicas e transfóbicas - "ela altera a cultura de um povo"
- Aumenta a autoestima dessa minoria e sensação de pertencimento à sociedade, gera autorrespeito e respeito recíproco;
- Papel do STF nas ações afirmativas;
- E assim também deve ser em relação aos integrantes da comunidade LGBT.
- Com toda deferência e com todo respeito de o Legislativo, ao seu tempo e ao seu alvedrio, criar - criar, não contrariar - tipo específico.

Acompanho os Relatores, senhor Presidente

Pedido	Decisão
I - Declarar mora inconstitucional do Congresso Nacional	Sim

II - Cientificar o Congresso Nacional por sua mora inconstitucional	Sim
III - Aplicar o método de Interpretação Conforme à Constituição ao termo "raça" presente na Lei antirracismo	Sim
IV - Tipificar judicialmente a homotransfobia	Não
V - Responsabilizar civilmente o Estado pela omissão inconstitucional	Não

Documento 8 - Fichamento voto Min. Marco Aurélio

Título hipotético 1: Introdução

- A dignidade da pessoa humana deve prevalecer para assentar-se o direito do ser humano de buscar a integridade e apresentar-se à sociedade como de fato se enxerga (Pg. 2-3);
- Encontra-se superado, finalmente, o ciclo de atraso que perpassou o constitucionalismo brasileiro, marcado por Constituições semânticas (Pg. 3)
- A inoperância do texto constitucional deve ser combatida, ante o apelo do cidadão e a prova da mora injustificável por parte do legislador ou do Chefe do Executivo, sob pena de ter-se o prejuízo à força normativa do texto constitucional e a perda de legitimidade do Judiciário (Pg. 4)
- Tendo em vista os números apresentados, surge imperativo o reconhecimento, seja da importância da atuação combativa dos grupos admitidos (Pg. 5), seja do reconhecimento de proteção insuficiente;
- As promessas de igualdade inscritas no XLI do artigo 5º não podem ser contrariadas por manifestações discriminatórias constitucionalmente vedadas;
- No entanto, observada a organicidade do direito, cumpre indagar o

cabimento do MI e da ADO (Pg. 6);

Título hipotético 2: Cabimento da ADO e do MI

- A Lei nº 13.300/16 prevê que “os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria”;
- Por isso, “a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante”(Pg. 7)
- O cabimento do MI não prescinde da demonstração da existência de direito subjetivo de (Pg 8) determinada coletividade;
- Porque os efeitos da sentença atingirão apenas a ela;
- Observem ser da titularidade do Estado, e não dos particulares, o poder-dever de punir.
- Inadequação da via eleita;
- Mesma conclusão, em parte, é própria à ADO;

Título hipotético 3: Reserva Legal

- Reconhecer a impropriedade da presente ação é como delimitar o alcance da atuação do Supremo junto aos demais Poderes e reconhecer princípio inerente a qualquer Estado que se pretenda democrático: a reserva de lei em matéria penal. (Pg. 9)
- Tem-se, observem, salvaguarda linear a alcançar, sem distinção, todos os membros das sociedades democráticas;
- A estrita legalidade impede o Tribunal de esvaziar o sentido literal do texto legal;
- Ao versar sobre a discriminação ou o preconceito considerada “a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional”, a Lei nº 7.716/1989 não contempla a decorrente da orientação sexual do cidadão ou da cidadã.
- Descabe enquadramento da homofobia “no conceito ontológico-constitucional de racismo”;
- taxatividade dos preceitos (Pg. 10) rechaça ampliação interpretativa,

sob pena de esvaziamento de sentido do texto legal;

- Operação exegética estrita;
- Sob pena de usurpação da competência do Congresso Nacional afasta-se até mesmo a edição, pelo Presidente da República, de MP sobre direito penal;

- Operada a transmutação, a delimitação do alcance do tipo penal estará vinculada ao subjetivismo dos magistrados, colocando em risco a segurança jurídica (Pg. 11)
- De duas, uma: ou se declara eventual "mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia" ou se reconhece o enquadramento da homofobia e da transfobia "no conceito ontológico- constitucional de racismo" (Pg. 12)
- Vislumbrar espécie de "mandado de criminalização" é passo demasiadamente largo, descabendo equiparar a forma verbal "punirá" – gênero – à "criminalizará" – espécie;
- Eventual opção pela criminalização há de se dar na esfera própria, que não o Plenário do Supremo;
- Ausente mandado expreso de criminalização, impossível falar em omissão inconstitucional nesta ação (Pg. 13)

Conclusão:

I) Admito em parte a ação direta e julgo improcedente o pleito (Pg. 14);

Pedido	Decisão
I - Declarar mora inconstitucional do Congresso Nacional	Não
II - Cientificar o Congresso Nacional por sua mora inconstitucional	Não

III - Aplicar o método de Interpretação Conforme à Constituição ao termo "raça" presente na Lei antirracismo	Não
IV - Tipificar judicialmente a homotransfobia	Não
V - Responsabilizar civilmente o Estado pela omissão inconstitucional	Não menciona

Documento 9 - Fichamento voto Min. Rosa Weber

Título hipotético 1: Identidade e autodeterminação

- O direito à individualidade/identidade traduz elementos constitutivos da noção de pessoa humana titular de direitos fundamentais;
- A partir do reconhecimento da identidade que o indivíduo pode desenvolver sua personalidade, autonomia e lugar na comunidade a que pertence;
- Autodeterminação sexual decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana. (Pg. 4)

Título hipotético 2: Mora inconstitucional

- O descumprimento de tal comando (Art. 1º, III, CF) abre a via da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão;
- A mora do Poder Legislativo em cumprir a determinação que lhe foi imposta pelo artigo 5º, XLI da Constituição Federal está devidamente demonstrada;
- Projetos de Lei em tramitação não afasta a mora inconstitucional; (Pg. 4)

Título hipotético 3: Igualdade e isonomia

- A concretização do princípio da igualdade em relação à situação da identidade de gênero e orientação sexual reclama adoção de ações e instrumentos afirmativos;
- Princípio isonômico de modo algum exclui a concessão de tratamento diferenciado protetivo a grupos vulneráveis na perspectiva de compensar (Pg. 4) a diferença de cuidado jurídico, à igualação do direito à dignidade da vida;
- Quando existe desigualdade de fato a igualdade jurídica materialmente somente é alcançada ao se conferir aos desiguais tratamento desigual na medida da sua desigualdade; (Pg. 5)

Título hipotético 4: Legalidade estrita

- O princípio da legalidade estrita manifesta o valor estruturante da Democracia, do Estado de Direito, do próprio conceito de justiça, além de traduzir, na ordem constitucional, uma garantia dos jurisdicionados;
- Inviável ao Supremo Tribunal Federal produzir a norma penal requerida no pedido principal da ADO; (Pg. 5-6)

Título hipotético 5: Caso Ellwanger

- Entendo que a tese corresponde à possibilidade exegética de todo compatível com o precedente citado [Caso Ellwanger] e que a ele reconhece autoridade e institucionalidade em consonância (Pg. 7) ainda com os princípios da equidade e da colegialidade;
- Reconheço pois demonstrada a omissão do Poder Legislativo da União e o efetivo estado de mora legislativa inconstitucional na implementação do comando de incriminação escrito no artigo 5º, XLI e XLII da Lei Maior, relativamente às pessoas integrantes da chamada comunidade LGBT; (Pg. 7)

Conclusão:

I) Cientificação do Congresso Nacional;

II) Conheço em parte da Ação Direta de Inconstitucionalidade na exata extensão em que o fez o Ministro Celso de Mello;

III) Julgo-a procedente nos, também, exatos termos;

IV) Conheço da mesma forma do Mandado de Injunção;

V) Julgo procedente, acompanhando o eminente Relator, Ministro Luiz Edson Fachin.

Pedido	Decisão
I - Declarar mora inconstitucional do Congresso Nacional	Sim
II - Cientificar o Congresso Nacional por sua mora inconstitucional	Sim
III - Aplicar o método de Interpretação Conforme à Constituição ao termo "raça" presente na Lei antirracismo	Sim
IV - Tipificar judicialmente a homotransfobia	Não
V - Responsabilizar civilmente o Estado pela omissão inconstitucional	Não

