MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 110.474/2015-AsJConst/SAJ/PGR

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26/DF

Relator: Ministro **Celso de Mello**
Requerente: Partido Popular Socialista (PPS)
Interessado: Congresso Nacional

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

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

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

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

4. Caso não se entenda que a Lei 7.716/1989 tipifica práticas homofóbicas, está em mora inconstitucional o Congresso Naci-

Documento assinado digitalmente por RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS, em 16/06/2015 17:30. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/atuacao-funcional/consulta-judicial-e-extrajudicial informando o código BB1DB366.C3033EDA.2C735853.5FFDB224

onal, por inobservância do art. 5º, XLI e XLII, da CR. Fixação de prazo para o Legislativo sanar a omissão legislativa.

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

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

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

I Relatório

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), com pedido de medida cautelar, por inércia legislativa do Congresso Nacional em editar lei para criminalizar todas as formas de homofobia e transfobia, nos termos do art. 5º, XLII,[1] ou, subsidiariamente, da determinação contida no art. 5º, XLI,[2] ou, por fim, do princípio da vedação da proteção deficiente, decorrente do art. 5º, LIV, todos da Constituição da República.[3]

1 "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; [...]".

2 "Art. 5º. [...] XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; [...]".

3 "Art. 5º. [...] LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...]".

Documento assinado digitalmente por RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS, em 16/06/2015 17:30. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/atuacao-funcional/consulta-judicial-e-extrajudicial informando o código BB1DB366.C3033EDA.2C735853.5FFDB224

Segundo o requerente, a determinação de criminalização de todas as formas de racismo, expressa no art. 5º, XLII, da CR, abrangeria as condutas de descriminação de cunho homofóbico e transfóbico, pois seriam espécies do gênero racismo. Consoante definiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do *habeas corpus* 82.424/RS, o conceito de racismo não estaria adstrito à discriminação por cor da pele, mas abrangeria discriminação por etnia, procedência nacional, religião etc. Subsidiariamente, sustenta que a criminalização da homofobia encontra suporte no art. 5º, XLI, da Constituição da República, o qual determina que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". Aduz ser inegável que "todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima constitui discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais, pois: (i) viola o direito fundamental à liberdade, pois implica negação à população LGBT[4] de realizar atos que não prejudicam terceiros e que não são proibidos pela lei; (ii) viola o direito fundamental à igualdade, pois não há fundamento lógico-racional que justifique a discriminação [negativa] da população LGBT relativamente a heterossexuais não-transgêneros".

A terceira linha argumentativa do requerente é no sentido da inconstitucionalidade da mora legislativa por afronta ao princípio

4 LGBT ou LGBTTT é o acrônimo que designa lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros.

Documento assinado digitalmente por RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS, em 16/06/2015 17:30. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/atuacao-funcional/consulta-judicial-e-extrajudicial informando o código BB1DB366.C3033EDA.2C735853.5FFDB224

da proporcionalidade, na vertente da vedação de proteção deficiente, e ao direito fundamental à segurança da população LGBT (art. 5º, *caput,* da CR). Por esses fundamentos, requer: (i) reconhecimento de que o conceito de racismo abrange homofobia e transfobia, para enquadrar tais condutas na ordem de criminalização do racismo (art. 5º, XLII, da CR); (ii) declaração da mora inconstitucional do Congresso Nacional em criminalizar especificamente a homofobia e a transfobia; (iii) fixação de prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação naquele sentido; e (iv) caso o Legislativo não respeite o prazo estipulado: (iv.1) inclusão das práticas discriminatórias fundadas em orientação sexual na Lei de Racismo (Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989); (iv.2) tipificação das condutas de homofobia e transfobia, nos moldes que o Supremo Tribunal Federal entender mais adequados, e (iv. 3) responsabilização civil do Estado brasileiro, com indenização das vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia.

Em despacho de 7 de março de 2014, o relator solicitou informações à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, nos termos dos arts. 6º e 12-E da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999 (peça 21 dos autos eletrônicos).

O Senado Federal posicionou-se por improcedência do pedido. Destacou que não há, na Constituição, ordem de criminalização específica de condutas homofóbicas e transfóbicas. Invocou a necessidade de cumprir com cautela os mandados de criminalização do texto constitucional. Consignou que seria impossível concluir, com fundamento no julgamento do HC 82.424/RS, que a

Documento assinado digitalmente por RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS, em 16/06/2015 17:30. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/atuacao-funcional/consulta-judicial-e-extrajudicial informando o código BB1DB366.C3033EDA.2C735853.5FFDB224

homofobia seria espécie do gênero racismo, pois são fenômenos sociais distintos. Defendeu inexistência de mora legislativa, porquanto o tema tem sido objeto de inúmeros debates no parlamento (peça 31).

Em breve manifestação, a Câmara dos Deputados reafirmou seu posicionamento institucional pela aprovação do projeto de lei 5.003, de 7 de agosto de 2001, que "determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas", atualmente sob análise do Senado Federal (peça 32).

O requerente peticionou com argumentação contrária às informações do Senado Federal (peça 47).

Requereram ingresso, na qualidade de *amici curiæ*, a Associação Eduardo Banks (peça 6); o Grupo Gay da Bahia (peça 34); o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (peça 39) e a Associação Nacional de Juristas Evangélicos (peça 52).

Em despacho de 9 de março de 2015, o relator solicitou manifestação da Procuradoria-Geral da República "sobre a admissibilidade da presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão, com particular destaque para o pleito que objetiva estender, por via jurisdicional, mediante analogia (*in malam partem*?), a Lei 7.716/89" (peça 59).

É o relatório.

Documento assinado digitalmente por RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS, em 16/06/2015 17:30. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/atuacao-funcional/consulta-judicial-e-extrajudicial informando o código BB1DB366.C3033EDA.2C735853.5FFDB224