

13/06/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERALVOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mediante a ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26, relator ministro Celso de Mello, e o mandado de injunção nº 4.733, relator ministro Edson Fachin, o Partido Popular Socialista – PPS e a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT requerem, a partir da pretensão de ter-se reconhecido o enquadramento da homofobia e da transfobia “no conceito ontológico-constitucional de racismo” constante do artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, “seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia”, fixando-lhe prazo razoável para a aprovação da correspondente legislação criminalizadora. Pedem, considerada desnecessária a fixação de lapso temporal ou transcorrido este com a persistência da “inércia inconstitucional do Parlamento”, a tipificação das ações comissivas ou omissivas indicadas na peça primeira “como crimes específicos por decisão desta Suprema Corte, superando-se a exigência da legalidade estrita parlamentar”. Sucessivamente, buscam a aplicação, enquanto verificada a ausência de norma específica, da Lei nº 7.716/1986, na qual tipificadas condutas resultantes de “discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” às condutas motivadas pela “orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima”. Alfim, postulam a condenação do Estado brasileiro à obrigação de “indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia” ante a demora tida por incompatível com a Lei Maior.

Trazidos ao Plenário para julgamento conjunto, anoto encerrarem ambos os processos matéria sensível a envolver valores constitucionais de importância maior.

Surge inadmissível a persistência, no Brasil, de grave quadro de discriminação, observada a violência diuturnamente dirigida a

ADO 26 / DF

homossexuais e transgêneros, de todo incompatível com a tradição de tolerância do povo brasileiro no tocante, por exemplo, à diversidade cultural e religiosa.

O Direito sofre influência dessa realidade, a qual deve se ajustar e, a um só tempo, conformá-la, encetando relação de reciprocidade, apesar de assimétrica, a depender da matéria e dos valores versados.

Em sede jurisprudencial, o Supremo, na condição de guarda último da Constituição Federal, não tem falhado no âmbito do reconhecimento das diversas orientações sexuais e identidades de gênero, envidando esforços à concretização da proteção às minorias e aos grupos socialmente vulneráveis, sempre atento aos limites de atuação impostos pelo texto constitucional.

Quando da análise conjunta da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277 e da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132, ambas da relatoria do ministro Carlos Ayres Britto, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 10 de outubro de 2011, este Tribunal constituiu marco histórico ao reconhecer a união estável homoafetiva como entidade familiar, propiciando tratamento igualitário em respeito e consideração a milhares de pessoas antes postas à margem do sistema jurídico, subordinadas ao regime da sociedade de fato.

Mais recentemente, ao examinar a ação direta de nº 4.275, de minha relatoria, e o recurso extraordinário nº 670.422, relator ministro Dias Toffoli, submetido à sistemática da repercussão geral – Tema nº 761 –, encerrados, respectivamente, em 1º de março e 15 de agosto de 2018, o Plenário reconheceu aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente de cirurgia de redesignação de sexo ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil, mediante simples manifestação de vontade da pessoa que pretenda expressar a identidade de gênero.

Conforme fiz ver na oportunidade, a dignidade da pessoa humana, princípio desprezado em tempos tão estranhos, deve prevalecer para assentar-se o direito do ser humano de buscar a integridade e apresentar-

ADO 26 / DF

se à sociedade como de fato se enxerga:

[...]

Surge relevante a autonomia da vontade, na vivência desimpedida do autodescobrimento, condição de plenitude do ser humano. É dever do Poder Público, no Estado Democrático de Direito, promover a convivência pacífica com o outro, na seara do pluralismo, sem admitir o crivo da maioria sobre escolhas exclusivamente morais, sobretudo quando decorrem de inafastáveis circunstâncias próprias à constituição somática da pessoa.

Ao lado da estruturação do poder político, o constituinte de 1988 deu especial ênfase à disciplina dos direitos fundamentais, todos gravitando em torno da dignidade da pessoa humana. Tem-se projeto político de resgate imediato da democracia, de transformação social a médio e longo prazos e, principalmente, de afirmação permanente da liberdade e da igualdade. Há muito por fazer. Assegurar direitos é tarefa permanente. Tornar a Constituição Federal um corpo vivo, projeto institucional e democrático ininterrupto.

Na forma do artigo 102, cabeça, da Constituição Federal, incumbe ao Tribunal zelar para que o principal documento normativo do Estado não seja esvaziado por conduta omissiva ou comissiva dos agentes públicos, em especial dos agentes políticos e órgãos de estatura constitucional, como é o caso dos ocupantes dos poderes Executivo e Legislativo. Na quadra vivida, encontra-se superado, finalmente, o ciclo de atraso que perpassou o constitucionalismo brasileiro, marcado por Constituições semânticas – na célebre classificação ontológica das constituições elaborada por Karl Loewenstein (*“Teoría de la Constitución”*, 1976, p. 170) –, inobservadas, sem maiores reservas ou constrangimentos, pelos mandatários de turno.

Exatamente para evitar essa situação, e ciente dos percalços experimentados em passado não tão distante, o constituinte de 1988 procurou fornecer instrumentos processuais voltados à obtenção da

ADO 26 / DF

efetividade – ou eficácia social, para utilizar a expressão de José Afonso da Silva (“A aplicabilidade das normas constitucionais”, 2008, p. 65) – das normas jurídicas presentes na Carta da República. Mencione-se, com destaque, as figuras do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tomada de empréstimo ao artigo 283 da Carta portuguesa de 1976 – artigos 5º, inciso LXXI, e 103, § 2º.

A razão é singela: o constitucionalismo entendido como expressão de princípios de natureza política, dirigido unicamente ao próprio Estado e aos agentes públicos, incapaz de gerar direitos subjetivos, não é mais compatível com as expectativas sociais depositadas no texto constitucional e na jurisdição que lhe guarda.

A inoperância do texto constitucional é situação a ser combatida, ante o apelo do cidadão em tal sentido e a prova da mora injustificável por parte do legislador ou do Chefe do Executivo. Não é admissível transformar a Lei Maior em um “sino sem badalo”, na dicção do professor José Carlos Barbosa Moreira, sob pena de ter-se o prejuízo à força normativa do texto constitucional e a perda de legitimidade do Judiciário.

Conforme ressaltado pelo ministro Celso de Mello no julgamento da medida cautelar na ação direta de nº 1.458, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 20 de setembro de 1996, há de buscar-se a concretude, a eficácia maior, dos ditames constitucionais. Com a propriedade decorrente da formação profissional e humanística possuída, Sua Excelência fez ver:

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

[...]

ADO 26 / DF

É preciso proclamar que as Constituições consubstanciam ordens normativas cuja eficácia, autoridade e valor não podem ser afetados ou inibidos pela voluntária inação ou por ação insuficiente das instituições estatais. Não se pode tolerar que os órgãos do Poder Público, descumprindo, por inércia e omissão, o dever de emanção normativa que lhes foi imposto, infrinjam, com esse comportamento negativo, a própria autoridade da Constituição e efetuem, em consequência, o conteúdo eficaz dos preceitos que compõem a estrutura normativa da Lei Maior.

A interpretação constitucional levada a cabo quando verificada omissão inconstitucional tem-se mostrado especialmente necessária para o sucesso dos propósitos basilares da Constituição Federal: revela-se tanto completa quanto complexa, tão fiel ao texto como criativa. Atento a tamanha amplitude de possibilidades hermenêuticas, este Tribunal tem estado à altura da tarefa a si confiada mediante a adoção de interpretação construtiva a revelar normas jurídicas implícitas aos marcos textuais da Lei Maior, fornecendo nova carga semântica ao postulado da harmonia entre os poderes.

É tempo de voltar-se o olhar para a realidade. Relatório denominado “Mortes Violentas de LGBT+ no Brasil”, elaborado pelo Grupo Gay da Bahia – GGB sob a coordenação do professor Luiz Mott, demonstrou a ocorrência, apenas no ano de 2018, de 320 homicídios e 100 suicídios de homossexuais, bissexuais e transgêneros no território nacional, alçando o Brasil à condição de campeão mundial de crimes contra as minorias sexuais, contabilizando uma morte violenta a cada 20 horas. Dados obtidos junto à Secretaria Especial dos Direitos Humanos, do Governo Federal, dão conta da formalização, apenas no ano de 2017, de 1.720 denúncias por discriminação por orientação sexual – número sabidamente inferior ao das ocorrências efetivamente havidas.

Tendo em vista os números apresentados, indicadores de cenário de barbárie incompatível com os avanços civilizatórios obtidos nas últimas décadas, surge imperativo o reconhecimento seja da importância da atuação combativa dos grupos admitidos nos processos em referência,

ADO 26 / DF

seja da proteção insuficiente fornecida aos integrantes desse grupo vulnerável pelo Estado brasileiro, responsável por promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação – inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal.

Entre as inúmeras promessas de igualdade e fraternidade inseridas na Carta a que Ulysses Guimarães chamou de Cidadã, inauguradora de nova quadra republicana, inclusive e especialmente no tratamento diferenciado conferido aos direitos fundamentais, destaca-se, no que interessa ao caso, comando contido no inciso XLI do artigo 5º, segundo o qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Não é dado interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se manifestações discriminatórias constitucionalmente vedadas.

Longe, porém, de potencializar a forma em detrimento do conteúdo, afastando-se a entrega da prestação jurisdicional devida em matéria constitucional tão revelante, cumpre – por dever de coerência – atentar para a organicidade do Direito, em especial do instrumental, cujas regras possuem razões de ser racionalmente justificadas.

Considerados os pedidos lançados nas peças primeiras, cumpre indagar a propriedade da formalização tanto do mandado de injunção quanto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão para alcançar-se o provimento judicial na extensão pretendida pelos autores nos processos sob análise – reflexão necessária, intimamente relacionada à própria delimitação do alcance da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo.

Desde a primeira metade da década de 1990, o Supremo tem assentado o cabimento da impetração de mandado de injunção coletivo, não obstante, ao contrário do ocorrido com relação ao mandado de segurança, o constituinte não o tenha previsto expressamente na redação do inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, segundo a qual “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma

ADO 26 / DF

regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Representativa é a conclusão alcançada, pelo Pleno, quando do julgamento do mandado de injunção nº 472, relator ministro Celso de Mello, ocorrido na sessão de 6 de setembro de 1995. Eis a síntese do acórdão:

MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - IMPETRAÇÃO DEDUZIDA POR CONFEDERAÇÃO SINDICAL - POSSIBILIDADE - NATUREZA JURÍDICA DO WRIT INJUNCIONAL - TAXA DE JUROS REAIS (CF, ART. 192, § 3º) - OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL - FIXAÇÃO DE PRAZO PARA LEGISLAR - DESCABIMENTO, NO CASO - WRIT DEFERIDO. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - ADMISSIBILIDADE. Entidades sindicais dispõem de legitimidade ativa para a impetração do mandado de injunção coletivo, que constitui instrumento de atuação processual destinado a viabilizar, em favor dos integrantes das categorias que essas instituições representam, o exercício de liberdades, prerrogativas e direitos assegurados pelo ordenamento constitucional. Precedentes sobre a admissibilidade do mandado de injunção coletivo: MI 20, Rel. Min. CELSO DE MELLO; MI 342, Rel. Min. MOREIRA ALVES, e MI 361, Rel. p/ o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE.

Com a edição da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, o instituto do mandado de injunção coletivo foi expressamente disciplinado, ficando consignado 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” – artigo 12 –, razão pela qual “a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante” – artigo 13.

Conforme decidido pelo Supremo na apreciação do mandado de

ADO 26 / DF

injunção nº 624, relator ministro Menezes de Direito, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 28 de março de 2008, cuja petição inicial apontava suposta omissão legislativa concernente à “falta de norma tipificando crime de responsabilidade dos Magistrados”, o cabimento da impetração condiciona-se à “falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direito subjetivo do impetrante” – circunstância não verificada naquele caso, levando, via de consequência, ao reconhecimento da inadequação da via eleita. A propósito, vale transcrever trecho pertinente do voto proferido por Sua Excelência, o saudoso ministro Menezes de Direito:

[...]

Entendo que, de fato, não há falar em mandado de injunção diante da impetração feita. O impetrante não sustenta nenhum direito seu que estaria sendo vedado pela falta de norma regulamentadora, ou seja, a omissão não está tornando inviável 'o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania', como estipulado no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal. Ainda que se pudesse conceber que o enquadramento dos Magistrados estaduais em crimes de responsabilidade estaria incluído entre os direitos do cidadão, isto é, seria prerrogativa inerente à cidadania, não me parece admissível o mandado de injunção quando a falta de norma regulamentadora esteja fora do alcance do direito subjetivo do impetrante. Não há nenhuma demonstração efetiva de que a falta da norma apontada na inicial esteja impedindo o impetrante de exercer direito subjetivo seu. Na realidade, com a impetração o que o impetrante quer, concretamente, é corrigir pela via do mandado de injunção a inconstitucionalidade por omissão, em tese, que, por via reflexa, poderia alcançar esse direito de cidadania pretendido com o feito sob julgamento.

Firme nessa premissa, o cabimento do mandado de injunção não prescinde da demonstração da existência de direito subjetivo de

ADO 26 / DF

determinada coletividade – homossexuais, transgêneros e demais integrantes desse grupo vulnerável – cujo exercício estaria inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora a versar “a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima”.

Descabe, a partir da garantia à igualdade – artigo 5º, cabeça, da Constituição Federal –, assentar-se, num primeiro passo, a existência de direito público subjetivo à criminalização da conduta de outrem para, num segundo, vislumbrar-se ausência de norma a regulamentar o exercício de tal direito. A ressaltar essa óptica, observem ser da titularidade do Estado, e não dos particulares, o poder-dever de punir.

Surge a inadequação da via eleita. A mesma conclusão, em parte, é própria à ação direta formalizada, por meio da qual se busca – a par do reconhecimento da aludida mora legislativa, pretensão, em tese, compatível com o manejo do instrumento processual – determinação no sentido de fixar-se prazo para a aprovação da legislação criminalizadora e, “superando-se a exigência da legalidade estrita parlamentar”, a tipificação das ações comissivas ou omissivas indicadas na peça primeira “como crimes específicos por decisão desta Suprema Corte” mediante a observância de preceitos contidos na Lei nº 7.716/1986, a versar “discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

Cuidam-se de providências de todo incompatíveis com a natureza declaratória da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Reconhecer parcialmente a impropriedade da ação, na extensão postulada pelos autores, confunde-se com a própria delimitação do alcance da atuação do Supremo ante a relação com os demais Poderes, no que cede perante o reconhecimento de princípio ínsito a todo e qualquer Estado de Direito que se pretenda democrático: o da reserva de lei em matéria penal.

O ditame constitucional é claro: não há crime sem anterior lei que o

ADO 26 / DF

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 Teoria del Delito*, 1997, p. 140).

Tem-se, observem, salvaguarda linear a alcançar, sem distinção, todos os membros das sociedades democráticas – inclusive aqueles que, não sem legítima razão, reclamam junto ao Judiciário reforço à proteção tida por insuficiente em razão de aludida inércia legislativa.

Não vivêssemos tempos tão estranhos, o pleito soaria extravagante. A estrita legalidade, no que direciona à ortodoxia na interpretação da Constituição Federal em matéria penal, não viabiliza ao Tribunal, em desconformidade com expressa e clara restrição contida na Lei Maior, esvaziar o sentido literal do texto, mediante a complementação de tipos penais. Ao versar 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.

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”.

Descabe, para o fim de tipificar determinada conduta, o enquadramento da homofobia e da transfobia “no conceito ontológico-constitucional de racismo”. O reconhecimento da taxatividade dos preceitos – os quais não podem ser tomados como meramente

ADO 26 / DF

exemplificativos e desprovidos de significado preciso – rechaça a ampliação do conteúdo proibitivo dos tipos versados na Lei nº 7.716/1989 a partir de eventual identidade considerados os pressupostos justificadores da criminalização, sob pena de ter-se o esvaziamento dos núcleos existentes nos preceitos incriminadores (raça, cor, etnia, religião e procedência nacional) – os quais, repita-se, apenas comportam operação exegética estrita, vinculada aos limites do texto. (ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, 2002. p. 58).

Do contrário, ter-se-á usurpada a competência do Congresso Nacional para legislar sobre Direito Penal – artigo 22, inciso I, da Constituição Federal – cujo caráter privativo afasta até mesmo a edição, pelo Presidente da República, de medida provisória a dispor sobre a matéria – artigo 62, 1º, da Lei Maior.

Há mais: operada a transmutação dos delitos previstos na legislação de regência em crimes com descrições típicas indeterminadas mediante interpretação judicial, a delimitação do alcance do tipo penal não mais estará vinculada à lei em sentido estrito, mas, antes, ao subjetivismo dos magistrados no exercício das funções ínsitas ao Estado-Juiz – em prejuízo da tão almejada segurança jurídica, ausente prévia delimitação das condutas alcançadas pelo texto legal.

A ressaltar essa óptica, quando do julgamento do inquérito nº 3.590, de minha relatoria, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 12 de setembro de 2014, a Primeira Turma assentou, a uma só voz, a impropriedade de estender-se a interpretação dos elementos dos tipos penais contidos na Lei nº 7.716/1989 de modo a alcançarem a discriminação ou preconceito decorrente de orientação sexual. Eis a síntese do decidido:

TIPO PENAL – DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO –
ARTIGO 20 DA LEI Nº 7.716/89 – ALCANCE. O disposto no
artigo 20 da Lei nº 7.716/89 tipifica o crime de discriminação ou
preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a
procedência nacional, não alcançando a decorrente de opção
sexual.

ADO 26 / DF

A controvérsia resolve-se no plano da lógica. 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”, identificando-as como núcleos já contidos nos tipos penais versados na Lei nº 7.716/1989.

Em 19 de agosto de 2007, em artigo intitulado “A igualdade é colorida”, publicado no jornal “Folha de São Paulo”, destaquei o preconceito vivido por gays, lésbicas e transgêneros, revelado pelo altíssimo índice de homicídios em virtude da orientação sexual e, fato ainda mais grave, pelo tratamento dispensado pelo Estado a esse grupo vulnerável, como se fossem cidadãos de segunda categoria, para, ao fim, indagar: “se a discriminação racial e de gênero já são crimes, por que não a homofobia?”. Transcrevo os trechos pertinentes:

São 18 milhões de cidadãos considerados de segunda categoria: pagam impostos, votam, sujeitam-se a normas legais mas ainda assim são vítimas preferenciais de preconceitos, discriminações, insultos e chacotas, sem que lei específica a isso coíba. Em se tratando de homofobia, o Brasil ocupa o primeiro lugar, com mais de cem homicídios anuais cujas vítimas foram trucidadas apenas por serem homossexuais.

Números tão significativos acabam ignorados pelo poder público porque a sociedade brasileira não reconhece as relações homoafetivas como geradoras de direito.

Se os legisladores agarram-se a padrões conservadores, o dia-a-dia cria o fato, obrigando as instituições a acordarem.

[...]

Se, no âmbito federal, as mudanças vêm a fórceps, as legislações municipais e estaduais mostram-se mais adequadas às transformações sociais. Desde 1999, vige, em Salvador, a Lei nº 5.275/97, que proíbe a discriminação homofóbica.

Aguarda ainda apreciação pelo Senado o Projeto de Lei nº 5.003/2001, que enquadra a homofobia como crime, já aprovado

ADO 26 / DF

na Câmara, onde tramita também projeto que proíbe os planos de saúde de limitar a inscrição de dependentes no caso de parcerias homossexuais.

[...]

É fato: nos últimos anos, alguns tabus foram por água abaixo, como a concepção de que homossexuais não poderiam adotar, pois criança precisaria de pai e mãe heterossexuais para ter identidade sexual. Desde 1984, quando retirada a homossexualidade do rol das doenças, esse argumento deixou de respaldar práticas abusivas, como tratamentos psiquiátricos, intimidações religiosas, ameaças policiais etc. A melhor notícia parece ser a censura social: hoje em dia é politicamente incorreto defender qualquer causa que se mostre preconceituosa. Se a discriminação racial e de gênero já são crimes, por que não a homofobia?

Dá 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.

Percebam a independência e a harmonia dos Poderes da República – Legislativo, Executivo e Judiciário, e nessa ordem estão no artigo 2º da Lei das leis –, a pressupor que cada qual atue na área que lhe é reservada

ADO 26 / DF

constitucionalmente. Cumpre observar a tríplice reserva institucional, sob pena de não se alcançar patamar civilizatório aceitável.

As diversas orientações sexuais, enquanto fenômenos associados à natureza humana, não têm causa conhecida, mas o preconceito e a intolerância têm filiação cristalina: são filhos do medo e pais da covardia, parafraseando inspirada letra de Chico Buarque de Holanda. Respeitada a liberdade legiferante franqueada ao legislador ordinário – que, no âmbito do Direito Penal, assume foros de exclusividade frente aos demais poderes –, espera-se que a sinalização deste Tribunal no sentido da necessária proteção às minorias e aos grupos socialmente vulneráveis contribua para a formação de uma cultura livre de todo e qualquer preconceito e discriminação, preservados os princípios da separação dos Poderes e da reserva legal.

Ante os limites impostos ao exercício, pelo Supremo, da jurisdição constitucional, divirjo dos Relatores para inadmitir o mandado de injunção e, admitindo em parte a ação direta, julgar, nessa extensão, improcedente o pleito, deixando de reconhecer omissão legislativa quanto à criminalização específica da homofobia e da transfobia.