21/02/2019 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E MANDADO DE INJUNÇÃO. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA. EXISTÊNCIA DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.

1. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção em que se postulam: (i) a declaração da mora inconstitucional na criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia; (ii) a fixação de prazo razoável para a aprovação de legislação nesse sentido; (iii) caso transcorra o prazo fixado sem a edição da lei, ou caso o Supremo Tribunal Federal (STF) considere desnecessária a fixação desse prazo, a tipificação criminal da homofobia e da transfobia, pela aplicação da Lei do Racismo; (iv) a fixação de interpretação conforme à Constituição do art. 61, II, *a*, e do art. 121, § 2º, II, do Código Penal, que aludem a *motivo fútil ou torpe* na prática de crimes; e (v) o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado brasileiro

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

em indenizar as vítimas da homofobia e da transfobia.

2. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção não são instrumentos processuais adequados à formulação de pedido indenizatório. Ações não conhecidas nessa parte.

3. A homofobia e a transfobia constituem formas graves de discriminação contra gays, lésbicas e transgêneros e, por isso, a sua criminalização específica é uma das principais demandas da comunidade LGBTI+. Estatísticas recentes apontam números expressivos de crimes motivados por homofobia e transfobia, que não raro atentam contra a vida e contra a integridade física dessas pessoas. Já houve, no Congresso Nacional, diversos projetos de lei que tiveram por objetivo a criminalização da homofobia e da transfobia, que não chegaram a ser aprovados.

4. A proteção de direitos fundamentais de minorias é um dos principais papéis das cortes constitucionais, especialmente em casos como o presente, em que existe sistemática violação de direitos da comunidade LGBTI+, cuja proteção encontra obstáculos na representação política.

5. A ausência de norma criminalizadora de atos de homofobia e transfobia configura mora inconstitucional do legislador na regulamentação do art. 5º, XLI e XLII, da

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

Constituição.

6. O art. 5º, XLI, da Constituição estabelece que "*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*". Não há dúvida de que a homofobia e a transfobia são formas de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Diante da realidade brasileira, de constante violência contra a comunidade LGBTI+, deixar de criminalizar esse tipo de discriminação violaria o princípio da proporcionalidade na sua dimensão de proibição da proteção insuficiente. Precedente.

7. O art. 5º, XLII, da Constituição estabelece que "*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*". No paradigmático Caso Ellwanger, o STF fixou o entendimento de que "*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*". A interpretação dada por essa Corte à vedação constitucional ao racismo, portanto, é abrangente o suficiente para abarcar a proibição de toda e qualquer forma de ideologia que pregue a inferiorização e estigmatização de grupos, a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

exemplo do que acontece com a comunidade LGBTI+. Por conseguinte, deve-se aplicar a Lei do Racismo (Lei nº 7.716/1989) à discriminação de orientação sexual ou identidade de gênero até que seja editada legislação específica que sane a mora inconstitucional.

8. A fim de garantir a defesa dos direitos e liberdades dos indivíduos pertencentes à comunidade LGBTI+, os arts. 61, II, *a*, e 121, § 2º, I e II, do Código Penal devem ser interpretados conforme à Constituição, no sentido de se considerar caracterizado o 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.

9. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção conhecidos em parte e pedidos julgados parcialmente procedentes, 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.

2. 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 à identidade de gênero.

3. O 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*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

> *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".*

I. A HIPÓTESE

1. Trata-se de mandado de injunção impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) e de ação direta de inconstitucionalidade por omissão ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS). Ambas as ações têm por objetivo "*obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítim*a". As principais alegações podem ser assim sumarizadas:

> (i) o art. 5º, LXXI, CF [1] permite a impetração de mandado de injunção visando a criminalização específica de condutas quando isso for necessário para o exercício das prerrogativas inerentes à cidadania das vítimas em questão. De acordo com a petição inicial, "extrai-se [desse dispositivo], por interpretação, a norma segundo a qual ele reconhece *que conceder-se-à mandado de injunção sempre que a falta de norma criminal regulamentadora de punição criminal torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e/ou, ainda, de prerrogativas inerentes à cidadania da população que necessita de tal proteção criminal*, como é o caso da população LGBTI+ no atual contexto histórico brasileiro";
>
> (ii) considerado o princípio da proporcionalidade em sua vertente da proibição de proteção deficiente, é necessária a criminalização específica de tais ofensas porque o atual quadro de violência e discriminação contra a população LGBTI+ tem tornado inviável o exercício dos direitos fundamentais à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero;

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

> (iii) existe ordem constitucional de legislar criminalmente que obriga o legislador a criminalizar a homofobia e a transfobia, tendo em vista que: (iii.1) a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo, em relação ao qual existe comando constitucional específico de criminalização (art. 5º, XLII, CF [2]); (iii.2) a homofobia e a transfobia inequivocamente se enquadram no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, razão pela qual, caso não as entenda como espécies do gênero racismo, se enquadram no disposto no art. 5º, XLI, CF [3], que, no presente caso, impõe a elaboração de legislação criminal que puna tais ofensas; (iii.3) todas as formas de homofobia e transfobia devem ser punidas com o mesmo rigor aplicado atualmente pela Lei de Racismo, sob pena de hierarquização de opressões.

2. Diante disso, requer-se "*seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia*" e "*seja fixado prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora*". Pede-se que, "*caso transcorra o prazo fixado por esta Suprema Corte sem que o Congresso Nacional efetive a criminalização/punição criminal específica citada ou caso esta Corte entenda desnecessária a fixação deste prazo, sejam efetivamente tipificadas a homofobia e a transfobia como crime(s) específico(s) por decisão desta Suprema Corte*", por meio: (i) da inclusão da criminalização específica "na Lei de Racismo (Lei n.º 7.716/1989), determinando-se a aplicação da referida lei (e outra que eventualmente a substitua) para punir tais atos até que o Congresso Nacional se digne a criminalizar tais condutas"; e (ii) subsidiariamente, da tipificação criminal específica de todas as formas de homofobia e transfobia da maneira que "*esta Suprema Corte julgar mais pertinente/adequada em termos constitucionais". Requerem, ainda, "seja fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia*".

3. O Ministro Ricardo Lewandowski, em um primeiro momento, não conheceu o mandado de injunção, por entender inviável a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

utilização dessa via processual. Afirmou que "é firme a jurisprudência desta Corte com relação à necessidade de se detectar, para o cabimento do *writ* injuncional, a existência inequívoca de um direito subjetivo, concreta e especificamente consagrado na Constituição Federal, que não esteja sendo usufruído por seus destinatários pela ausência de norma regulamentadora exigida por essa mesma Carta". Posteriormente, o Ministro Edson Fachin, novo relator, reconsiderou a decisão para assentar o cabimento do mandado de injunção, com alegado fundamento no art. 5º, LXXI, CF, "para o efeito de examinar a denegação ou a concessão do provimento requerido caso demonstrada a possibilidade de suprimento judicial da lacuna apontada".

4. O Senado Federal se manifestou pelo não cabimento do mandado de injunção e, caso superado o óbice ao conhecimento "que se reconheça a inexistência da alegada mora legislativa ou, na hipótese de se chegar à conclusão contrária, que o Congresso Nacional seja notificado a suprir a lacuna, sem que se assine prazo para tanto". Na ADO manifestou-se pela improcedência do pedido "resguardando-se a legalidade penal, a separação de poderes e a independência do Poder Legislativo, confirmando-se sua competência jurídico-política".

5. A Câmara dos Deputados, no mandado de injunção, afirmou que não há omissão inconstitucional ou óbice incontornável ao exercício dos direitos de liberdade e igualdade dos cidadãos LGBTI+ em razão da ausência de tutela penal específica. Na ADO, informou que, "em 23 de novembro de 2006, aprovou o Projeto de Lei nº 5.003, de 2001, que 'determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas', enviado em seguida à análise do Senado Federal".

6. A União, no mandado de injunção, alegou que não existe qualquer comando constitucional que exija tipificação específica para a homofobia e transfobia e, portanto, esse não seria o meio processual adequado para a solução de tal questão. Acrescentou, ainda, "a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

impossibilidade de se suprir alegada omissão inconstitucional em relação às matérias penais, em razão de seu princípio norteador e especial que é a reserva legal". Na ADO, afirmou que não cabe ao STF fixar prazo para o Congresso Nacional legislar, ou mesmo suprir, por ato próprio, a suposta omissão. Concluiu, ao final, pelo conhecimento parcial da ação e, no mérito, pela improcedência dos pedidos.

7. Em parecer, o então Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros opinou pelo conhecimento parcial de ambas as ações e, no mérito, pela procedência parcial dos pedidos formulados. Afirmou que o pedido de condenação do Estado a indenizar vítimas de homofobia e transfobia é incompatível com o rito das ações ajuizadas e, por isso, não deveria ser conhecido. No que diz respeito às omissões inconstitucionais, manifestou-se no sentido de que o art. 5º e incisos XLI e XLII, CF estabelecem o dever específico de legislar para proteger os valores constitucionais em jogo. Defendeu a fixação de interpretação conforme à Constituição ao conceito de raça previsto na Lei nº 7.716/1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei os atos preconceituosos e discriminatórios contra a população LGBTI+. Com relação ao ponto, esclareceu que "não se trata de defender tipificação por meio de analogia *in malam partem*, mas de interpretação conforme a Constituição do conceito de raça, para adequá-lo à realidade brasileira atual, em processo de mutação de conceitos jurídicos – o que é plenamente compatível com o conteúdo histórico da noção de 'racismo'".

8. Foram admitidos como *amici curiae*, manifestando-se de forma contrária ao acolhimento do pleito inicial: (i) a Frente Parlamentar 'Mista' da Família e Apoio à Vida; (ii) a Convenção Brasileira de Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas – COBIM; e (iii) a Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE. De outro lado, pronunciando-se favoravelmente à pretensão de inconstitucionalidade, ingressaram no feito: (iv) o Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros; (v) o Partido Socialista dos Trabalhadores Unificados –

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

PSTU; (vi) o Conselho Federal de Psicologia, Associação Nacional de Travestis e Transsexuais – ANTRA; (vii) a Defensoria Pública do Distrito Federal; (viii) o Grupo Gay da Bahia – GGB; (ix) a Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT; (x) o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual – GADVS; e (xi) o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

9. É o relatório.

II. QUESTÃO PRELIMINAR: NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO INDENIZATÓRIO

10. Os autores pretendem seja fixada a responsabilidade civil do Estado em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia. O art. 103, § 2º, CF, todavia, define as consequências da declaração de inconstitucionalidade por omissão na ação direta, dispondo que "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". O mandado de injunção, por sua vez, nos termos do art. 5º, LXXI, CF, destina-se a suprir a omissão "sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania". As vias processuais inadequadas são, portanto, inadequadas para a formulação de pedido de pagamento de indenização. Por isso, deixo de conhecer das ações quanto a esses pedidos.

III. NOTAS INTRODUTÓRIAS

11. Inicio o presente voto com notas introdutórias que refletem algumas das minhas compreensões a respeito do tema e que fixam as premissas da solução jurídica que proponho na sequência. São cinco considerações iniciais: (i) a primeira de natureza conceitual; (ii) a segunda

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

a respeito dos dados da violência homofóbica; (iii) a terceira de ordem teórica; (iv) a quarta sobre a história do preconceito; e a (v) quinta uma nota de respeito ao sentimento religioso das pessoas.

III.1. UMA NOTA CONCEITUAL

12. Primeiramente, explicito alguns conceitos-chave da discussão. O termo *homofobia* [4] foi cunhado na década de 1970 pelo psicólogo clínico George Weinberg [5] para definir sentimentos negativos com relação a homossexuais. Nos dias atuais, as palavras homofobia e transfobia costumam ser empregadas para designar emoções ruins – como aversão, raiva, desprezo, ódio, desconforto e medo – com relação aos membros da comunidade LGBTI+. Ainda que não exista um conceito unívoco a seu respeito, é possível dizer que a homofobia e a transfobia significam a violência física ou psicológica contra uma pessoa, respectivamente em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, manifestando-se em agressões, ofensas e atos discriminatórios.

13. Nesse ponto, vale lembrar que *sexo* é uma condição física, biológica. *Gênero* diz respeito à autopercepção do indivíduo, ao sentimento de pertencimento ao universo feminino, masculino, ou a nenhuma dessas definições tradicionais. A *orientação sexual,* por sua vez, está associada à atração física, ao desejo de cada um. É aqui que a pessoa pode ser heterossexual, homossexual ou bissexual. A orientação sexual e a identidade de gênero não traduzem escolhas livres, são apenas fatos da vida.

III.2. UMA NOTA SOBRE A HOMOFOBIA NA ATUALIDADE

14. Passo, então, a um registro a respeito dos dados da violência homofóbica no Brasil. A despeito de não existir uma política estruturada de coleta de dados a respeito de crimes com essa motivação, os números ainda assim chamam atenção. De acordo com o relatório

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

"Violência LGBTFóbicas no Brasil: dados da violência" [6], divulgado em 2018 pelo Ministério dos Direitos Humanos, nos anos de 2015 e 2016 o Disque Direitos Humanos (Disque 100) registrou 3.859 denúncias relacionadas à população LGBTI+. Como o número de denúncias não corresponde necessariamente ao número de ocorrências, projeta-se que o número de violações homofóbicas seja de 5.871 no mesmo período [7] [8].

15. O relatório também incorpora dados do Grupo Gay da Bahia, associação de direitos humanos que produz estatísticas a respeito da violência a partir de notícias veiculadas nos jornais, que, em 2016, registrou 343 mortes divulgadas na imprensa. De acordo com os relatórios mais recentes produzidos por essa entidade, em 2017 e 2018 foram noticiados, respectivamente, 445 e 420 óbitos [9] [10]. Os números registrados são elevados, mas refletem apenas os casos que foram objeto de denúncia telefônica e os noticiados na imprensa. Representam, portanto, apenas uma parcela da realidade brasileira, mas são suficientes para que o Brasil seja considerado *o país que registra o maior número de assassinatos de transexuais do mundo*, de acordo com levantamento divulgado pela ONG Transgender Europe em 2018 [11].

16. Além dos números que impressionam, muitos casos chocaram o país pela sua brutalidade. Em 21 de junho de 2010, o adolescente Alexandre Ivo, de 14 anos, foi espancado, torturado e morto por estrangulamento por três homens. Segundo a mãe do jovem, o crime, motivado pela intolerância com a suposta orientação sexual do adolescente, "teve todos os requintes de crueldade possíveis" [12]. Em 15 de fevereiro de 2017, a travesti Dandara dos Santos foi espancada, torturada, apedrejada e morta a tiros por cinco homens. Parte do episódio foi filmada por pessoa que acompanhava o grupo de agressores e amplamente divulgada em redes sociais. Em 18 de agosto de 2018, Marcos Cruz Santana, líder LGBTI+, foi encontrado morto com diversas perfurações no corpo feitas com objetos cortantes e a genitália mutilada. Trata-se, inequivocamente, de crimes de ódio, motivados pela aversão à

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

orientação sexual e/ou identidade de gênero das vítimas.

17. De acordo com as informações prestadas pelo Senado Federal, diversos projetos de lei que objetivavam especificamente a criminalização da homofobia já tramitaram no Congresso Nacional. Exemplificativamente, foi apresentada uma lista com dezessete projetos de lei propostos entre os anos de 1997 e 2014. A maioria deles foi arquivada, declarada prejudicada ou apensada a outros projetos. Atualmente, encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça projeto de lei que define crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero (PLS nº 515/2017). A proposta altera a Lei do Racismo (Lei nº 7.716/1989) e o § 3º do art. 140 do Código Penal, que trata do crime de injúria, para estender a sua disciplina aos delitos motivados pela orientação sexual ou identidade de gênero da vítima. A despeito da atividade legislativa, fato é que, passados mais de 20 anos de discussões a respeito do tema no Congresso Nacional, até o início do julgamento desta ação nenhuma lei de combate à homofobia chegou a ser aprovada.

18. A ausência de norma federal a respeito da matéria destoa no cenário internacional. De acordo com levantamento formulado pela Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersex – Ilga [13], mais de 40 países possuem previsões específicas a respeito de crimes de ódio motivados pela orientação sexual e identidade de gênero das vítimas, entre os quais Estados Unidos da América[14], Suíça [15], Reino Unido [16], França [17], Espanha [18] e Portugal [19]. Especificamente na América Latina, Colômbia [20], Uruguai [21], Chile [22], Argentina [23], Peru [24] e Bolívia [25] aprovaram legislação criminal específica voltada à proteção dessa minoria. Os tratamentos conferidos pela legislação variam de acordo com cada Estado, sendo os mais comuns (i) essa motivação estar relacionada entre as circunstâncias agravantes; (ii) a tipificação específica da discriminação com relação a pessoas LGBTI+; (iii) a tipificação de crimes de ódio ou de incitação ao ódio.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

19. Organizações e entidades internacionais também já adotaram medidas específicas a respeito do tema. Em junho de 2011, o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas tornou-se o primeiro organismo intergovernamental a adotar uma resolução sobre direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero. A Resolução nº 17/19 expressou a grave preocupação do Conselho com a violência e a discriminação contra indivíduos com base em sua orientação sexual e identidade de gênero, e encomendou um estudo sobre o alcance e a extensão dessas violações e as medidas necessárias para resolvê-las. Em 4 de fevereiro de 2014, o Parlamento Europeu aprovou resolução "sobre o Roteiro da União Europeia contra a homofobia e a discriminação com base na orientação sexual e na identidade de gênero", que inclui diversas disposições a respeito da não discriminação no acesso a emprego, educação, saúde, bens e serviços. A resolução também tratou especificamente de discurso e crimes de ódio, estabelecendo entre suas ações que "os Estados-Membros devem registar e investigar os crimes de ódio contra as pessoas LGBTI e adotar legislação que proíba a incitação ao ódio com base na orientação sexual e na identidade de gênero".

20. É à luz desse contexto que a questão constitucional deve ser solucionada. Os dados da realidade atual registram, de um lado, números impressionantes da sistemática violação dos direitos fundamentais da população LGBTI+, e, de outro lado, a ausência de regulamentação específica no Brasil a respeito da homofobia e da transfobia, situação que destoa em absoluto do cenário internacional.

21. Não se interpreta o direito em abstrato. Interpreta-se à luz da realidade. A realidade que vigora no momento presente. Há um belo verso de Carlos Drummond de Andrade, em que ele diz: "o tempo é a minha matéria, o tempo presente, os homens presentes, a vida presente". Logo, a vida presente exige uma resposta do Estado e uma resposta do direito contra essa violência institucionalizada de pessoas que, muitas

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

vezes, passam como invisíveis na percepção da sociedade.

III.3. UMA NOTA TEÓRICA

22. Passo, agora, à terceira nota introdutória desse voto, de natureza 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. Violências privadas, *i.e.*, praticadas por particulares, e públicas, provocadas pelo Estado. Os números falam por si, como noticiado acima. Nesse cenário, o direito e o Estado têm o dever de interferir na defesa dos direitos fundamentais dessas minorias. Não se está falando apenas do direito de viver a própria liberdade sexual, mas de preservar a integridade física e psíquica, quando não a própria vida de membros da comunidade LGBTI+. E aqui penso ser o caso de se estabelecer um respeitoso diálogo com o Congresso Nacional e a sociedade, à luz da teoria constitucional e da teoria democrática.

23. A criação primária de leis é papel típico do Poder Legislativo. O Congresso deve refletir os interesses e sentimentos da sociedade, passando-os no filtro da Constituição para depurá-los dos excessos da paixão. Já a interpretação constitucional é o papel típico do STF, um exercício de razão pública. Na essência e como regra geral, a lei é um ato de vontade; a jurisdição é um ato de razão.

24. No normal da vida, é possível traçar com clareza a fronteira entre uma coisa e outra, entre legislar e interpretar. Por vezes, no entanto, essa fronteira se torna menos nítida. Nos casos em que a fronteira não é clara, há uma linha que se procura traçar em boa teoria constitucional. Essa linha é traçada em dois planos diferentes. O primeiro: quando o Congresso atua e produz uma lei, o STF deve ser deferente para com as escolhas políticas do Congresso e só deve invalidá-las quando não haja margem à dúvida razoável da afronta à Constituição. No entanto,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

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.

25. O segundo plano diz respeito à matéria em discussão. A regra geral é que o STF se comporte com autocontenção, deixando o maior espaço de atuação possível ao Legislativo. Isso vale para questões econômicas, administrativas, sociais etc. Porém, quando estiver em questão a proteção dos direitos fundamentais ou o respeito às regras do jogo democrático, aí se justifica uma postura mais proativa do STF. Porque essa é a missão principal de uma suprema corte: assegurar direitos fundamentais e proteger a democracia. Mesmo contra a vontade das maiorias. Direitos fundamentais são oponíveis inclusive às maiorias políticas. São trunfos contra a maioria, na formulação clássica de Ronald Dworkin [26].

26. No caso em exame, os dois fatores que alargam a fronteira da interpretação constitucional em relação às competências legislativas estão presentes: existe omissão inconstitucional e trata-se de respeito a direitos fundamentais – à liberdade, à igualdade, à integridade e à própria vida de pessoas integrantes do grupo LGBTI+, um grupo indiscutivelmente vulnerável como até mesmo o mais empedernido conservador haverá de reconhecer.

27. Nesse ponto, eu gostaria de realçar os três papéis que uma corte constitucional desempenha nos estados democráticos:

> (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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

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.

28. Note-se bem: iluminista não é o tribunal, é a Constituição. O constitucionalismo é um produto do contratualismo, do liberalismo e do iluminismo: como consequência, a Constituição deve ser interpretada à luz de uma razão humanista e civilizatória, inclusive e sobretudo, para proteger os direitos fundamentais das minorias, que não encontram eco no Legislativo e que enfrentam preconceitos na própria sociedade. É isso que se impõe fazer aqui.

III.4. UMA NOTA SOBRE A HISTÓRIA DE UM PRECONCEITO

29. 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. Impedir uma pessoa de colocar o seu afeto e a sua sexualidade onde mora o seu desejo é privá-la de uma dimensão essencial da vida, é privá-la da dignidade humana. O que vale na vida são os

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

nossos afetos.

30. A afetividade é uma das energias mais poderosas do universo. Por que impedir o direito de amar de duas pessoas? Naquela ocasião observei que o amor homossexual é vítima de preconceitos desde o início dos tempos. Cito três exemplos emblemáticos. Em 1521, as Ordenações Manuelinas, o mais antigo Código Penal aplicado no Brasil, previa pena de morte na fogueira, confisco de bens e a infâmia sobre os filhos e descendentes do condenado por homossexualismo. Em 1892, Lord Alfred Douglas, amante de Oscar Wilde, escreveu o seu belo poema "Dois Amores", que termina com a frase célebre "O amor que não ousa dizer seu nome", no qual descrevia uma paixão homossexual. Oscar Wilde foi preso e condenado a dois anos de prisão, com trabalhos forçados. Na década de 1970, um soldado americano que havia sido condecorado na guerra do Vietnã depois foi expulso das Forças Armadas quando descobriram sua condição de homossexual. Ele produziu uma frase antológica: "Por matar dois homens, recebi uma medalha. Por amar outro, fui expulso das Forças Armadas".

31. Ao concluir a sustentação oral naquele julgamento, falei do papel do Supremo Tribunal Federal na construção de um tempo de tolerância, de respeito ao diferente. Um tempo de fraternidade e delicadeza. *Um tempo em que todo amor possa dizer seu nome.* O STF, naquela ocasião, não faltou ao seu encontro com a história. E a história reconheceu a virtude daquela decisão, declarando-a patrimônio imaterial da humanidade [27]. Pois bem: a história bate à porta novamente.

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

32. Antes de passar à solução jurídica da controvérsia, considero importante registrar uma palavra de respeito e consideração ao sentimento religioso das pessoas. Por muito tempo, o conhecimento

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

convencional militou na crença de que o Estado moderno, a revolução científica e o iluminismo empurrariam o sentimento religioso para a margem da história, superado pelo racionalismo e pelos avanços tecnológicos. A verdade, porém, é que, mesmo depois de Copérnico, Galileu e Kepler, com a teoria heliocêntrica do cosmos, de Darwin, com a origem das espécies e a seleção natural, e da revolução na física moderna, trazida pela teoria da relatividade, pela mecânica quântica e pela confirmação do bóson de Higgs, a partícula de Deus, o sentimento de religiosidade não morreu. Se a religião sobreviveu a tudo isso, não será a criminalização da homofobia que irá abalá-la.

33. O reconhecimento da omissão inconstitucional na criminalização da homofobia e da transfobia em nada diminui a relevância da liberdade religiosa. O entendimento aqui defendido não implica criminalização dos discursos religiosos contrários às relações homoafetivas. Tampouco significa que as religiões não possam vocalizar suas crenças ou participar do diálogo amplo e aberto que caracteriza a democracia contemporânea. Penso ser perfeitamente possível que, em uma sociedade moderna, plural e inclusiva, haja discursos condenando a homoafetividade como conduta contrária à Bíblia, à Torá ou ao Alcorão. Embora não concorde com a ideia, condenar relações homoafetivas com fundamento em sincera convicção religiosa não constitui crime.

34. 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+. A alarmante violência contra esse grupo social não pode permanecer impune. Nas sociedades contemporâneas, o exercício da liberdade religiosa implica a convivência respeitosa entre cosmovisões distintas, prevalecendo no espaço público a razão pública e valores laicos que possam ser compartilhados por todos e por cada um, independentemente de suas convicções pessoais privadas. O respeito a cosmovisões distintas não pode conviver com a violência, discursos de ódio e incitação à discriminação contra pessoas que não

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

vivem sob os mesmos dogmas e convicções.

35. Digo isso com a convicção de que nenhuma pessoa genuinamente religiosa defende que homossexuais sejam mortos, agredidos ou discriminados, como se não fossem iguais perante a lei e perante Deus, para os que creem. A verdadeira espiritualidade é fraterna, tolerante e acolhedora. Instrumentalizar a religião para fazer o mal a um grupo de pessoas que são o que são – e não o que escolheram, porque a homossexualidade e a transexualidade não são escolhas – é negar a regra de ouro, que é a síntese mais completa da Torá e dos Evangelhos: não fazer ao próximo o que não gostaria que fizessem a si.

36. Assim como alguém nasce negro, judeu, mulher ou latino-americano, vem-se ao mundo *gay* ou *trans*. Logo, discriminar alguém por essa razão equipara-se a discriminar alguém por ser negro, judeu, mulher ou latino-americano. Eu estou interpretando a Constituição, mas estou também fazendo um apelo à razão e ao coração. Porque se estamos falando da regra de ouro, basta qualquer pessoa imaginar como gostaria que fosse tratado seu irmão, sua irmã, seu filho ou qualquer ente querido que tivesse orientação sexual homossexual: tratar a todos com respeito e consideração é um dos sentidos da vida. É componente essencial da vida boa.

IV. SOLUÇÃO DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL

37. O pedido formulado pelos autores tem o objetivo de "obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima". A intenção, portanto, é a tipificação de diversas condutas relacionadas ao preconceito e/ou intolerância com relação à orientação sexual e/ou identidade de gênero da vítima.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

38. O acolhimento da pretensão dos autores pressupõe que se reconheça a existência de omissão inconstitucional. Por esse motivo, a solução da questão constitucional passa a ser apresentada em duas etapas: primeiro, é preciso investigar se há um mandado constitucional que determine a atuação do legislador para a proteção específica desta minoria por meio de norma criminal; depois, é preciso aferir as consequências que a declaração dessa omissão é capaz de gerar.

IV.1. EXISTÊNCIA DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

39. 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.

40. *Em primeiro lugar,* o art. 5º, XLI, CF estabelece que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". Ainda que não exista uma definição unívoca a respeito do que são a homofobia e a transfobia, não há dúvidas de que constituem formas de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. O próprio constituinte, ao estabelecer comando para a edição de lei, optou por utilizar conceitos jurídicos indeterminados, construindo enunciado que pode ser integrado à luz da realidade concreta de cada tempo. Como se viu, o preconceito fundado na aversão à orientação sexual e/ou à identidade de gênero dos indivíduos dá ensejo à sistemática violação de direitos fundamentais da comunidade LGBTI+, grupo historicamente marginalizado. Dito em outras palavras: no Brasil, a homofobia mata e, por isso, deve ser criminalizada.

41. Nesse ponto, vale fazer uma observação. O art. 5º, XLI, CF diz que "a lei punirá" condutas atentatórias de direitos e liberdades

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

fundamentais, sem especificar textualmente se esse comando deve ser cumprido por meio da tipificação penal ou da punição administrativa desses atos. No entanto, a interpretação constitucional não pode se desvincular do contexto em que se insere. Em razão de três fatores que exponho a seguir, entendo que o princípio da proporcionalidade, em sua dimensão da vedação à proteção insuficiente, impõe que a proteção da integridade física e psíquica da população LGBTI+ se dê por meio da criminalização da discriminação contra a orientação sexual e/ou a identidade de gênero.

42. O primeiro fator é a existência de sistemática violência, física e psíquica contra a minoria em questão. A Constituição não pode ser interpretada de costas para a realidade brasileira, que impressiona tanto pelos números quanto pela barbaridade. Somos um país em que muitas pessoas são mortas por causa de sua orientação sexual e/ou identidade de gênero e em que se registram episódios de violência extrema motivados por esse tipo de preconceito. Há um cenário de reiterada violação da integridade física e psíquica da população LGBTI+, que afeta esse grupo no que há de mais essencial em sua dignidade: seu valor intrínseco como pessoa humana. A grande importância dos bens jurídicos violados, portanto, justifica a utilização da última *ratio* que é o Direito Penal.

43. O segundo fator é que outros tipos de discriminação contra grupos sociais minoritários são objeto de criminalização específica. A Lei nº 7.716/1989 (Lei do Racismo) pune "os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional". Em um sistema jurídico coerente, em que estão presentes as mesmas razões, deve-se aplicar o mesmo direito. A Constituição repudia todas as formas de discriminação que atentem contra direitos e liberdades individuais, sem diferenciar as que se fundam em preconceitos de raça, etnia, religião, procedência nacional, orientação sexual e identidade de gênero. Assim, não há qualquer fator razoável de distinção que justifique

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

que apenas algumas dessas espécies de discriminação sejam condutas criminosas. Eventual tratamento diferenciado constituiria forma de hierarquização de opressões sociais, inadmissível à luz do princípio da isonomia.

44. O terceiro fator é que, apesar de existirem algumas leis estaduais que estabelecem punições administrativas para situações de discriminação contra a comunidade LGBTI+ (*e.g.* a Lei nº 7.041/2015 do Estado do Rio de Janeiro e a Lei nº 10.948/2001 do Estado de São Paulo), essas iniciativas têm se revelado insuficientes à prevenção e à diminuição da incidência de casos de homofobia. Não há registros de redução consistente dos índices de violações dos direitos da população LGBTI+, o que sugere o reduzido potencial dessa medida para funcionar como prevenção geral contra a discriminação. Além disso, tais leis têm eficácia restrita aos entes federativos que as editaram, de modo que, em grande parte do país, essas condutas não constituem infrações administrativas.

45. Como se disse, diante de todos esses elementos, deixar de criminalizar esse tipo de discriminação violaria o princípio da proporcionalidade na sua dimensão de proibição da proteção insuficiente. Por isso, à luz da realidade brasileira, impõe-se a punição criminal das discriminações fundadas em orientação sexual e identidade de gênero, seja pela importância dos bens jurídicos afetados, pela necessidade de isonomia com o tratamento que o Direito Penal brasileiro confere a outras espécies de discriminação ou pela insuficiência das punições administrativas estabelecidas.

46. *Em segundo lugar,* também há mora inconstitucional na regulamentação do art. 5º, XLII, CF, de acordo com o qual "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei". Ainda que a homofobia e a transfobia possam não se enquadrar no sentido usualmente atribuído ao termo *racismo* na linguagem popular, é certo que esta Corte, encarregada de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

interpretar o sentido e o alcance do texto constitucional, manifestou-se de forma inequívoca a respeito do alcance a ser dado a esse conceito, adotando definição abrangente.

47. No paradigmático Caso Ellwanger [28], o STF fixou o entendimento de que "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". Diante desse conceito, encampado por esta Corte, 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+.

48. Por fim, afasto o argumento de que a existência de projetos de lei a respeito da matéria, em trâmite no Congresso Nacional, afastaria a mora inconstitucional. Como mencionado nas informações do Senado Federal, essa discussão é travada no parlamento ao menos desde 1997. Há mais de duas décadas, portanto. A jurisprudência do STF admite o reconhecimento da "existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar", como registrado no julgamento da ADI 3.682 [29]. Nesse mesmo julgamento, consignou-se que "[a]s peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional". Registrou-se, ainda, que "a *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão". É justamente esse o caso da presente ação.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

49. 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.

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

50. De acordo com o pedido formulado, uma vez declarada a omissão inconstitucional, o autor requer *(i)* a fixação de prazo razoável para a aprovação de legislação nesse sentido; *(ii)* que o STF tipifique criminalmente a homofobia, determinando a aplicação da Lei do Racismo para a punição de atos discriminatórios contra a comunidade LGBTI+ ou, subsidiariamente, que o faça no exercício de atividade legislativa atípica. Iniciado o julgamento, na sustentação oral, o autor formulou, ainda, pedido de que seja fixada interpretação conforme à Constituição dos arts. 61, II, *a*, e 121, § 2º, II, do Código Penal, que aludem a *motivo fútil ou torpe* na prática de crimes.

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

51. Em circunstâncias normais, meu voto seria no sentido de fixar um prazo para o Congresso Nacional atuar e, somente no caso de persistir a omissão, determinar a integração da ordem jurídica, definindo a norma que deveria reger a matéria. Porém, aqui, é um caso típico em que o processo político majoritário não dá conta de fazer valer o comando constitucional. Como informado pelo próprio Congresso Nacional, esse tema é debatido no âmbito do Poder Legislativo desde 1997. A falta de perspectiva de solução do tema no âmbito legislativo tornaria meramente formal e inócua uma fixação de prazo, nessas circunstâncias.

52. Por essa razão, acolho a manifestação do então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

encampada pelo relator, Ministro Celso de Mello, no sentido de atribuir interpretação conforme a Constituição ao conceito de *raça*, tratado nos diversos tipos penais previstos na Lei nº 7.716/1989, para neles enquadrar, igualmente, a homofobia e a transfobia, até que sobrevenha legislação autônoma editada pelo Congresso Nacional que tipifique especificamente essas condutas discriminatórias.

53. O raciocínio que conduz a essa conclusão passa por cinco etapas: *(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. Passo, então, a desenvolver essas ideias.

54. A Constituição de 1988, desde seu preâmbulo, afirma o compromisso do povo brasileiro na construção de uma "sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos". Nas palavras do Ministro Ayres Britto, a ordem constitucional brasileira impõe o "combate ao preconceito, a significar, em última análise, a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural. Que é um dos explícitos valores do mesmo preâmbulo da nossa Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º)" [30].

55. De fato, em diversos dispositivos, a Constituição de 1988 reitera o comando de combate à discriminação. O art. 3º, CF, elege como um objetivo fundamental da República, "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e <u>quaisquer outras formas</u>

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

de discriminação" (destaque acrescentado). O *caput* do art. 5º, CF, ao consagrar o princípio da igualdade, dispõe que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza" (destaque acrescentado) e vai além para afirmar verdadeira garantia à "inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade". (destaque acrescentado). O inciso XLI do art. 5º da CF estabelece comando claro ao legislador: "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". O inciso XLII do mesmo dispositivo, por sua vez, estabelece que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei". Extrai-se da Constituição, portanto, inequívoca sistemática antidiscriminatória.

56. Essa sistemática de repúdio à discriminação, por sua vez, serviu de base normativa para o progressivo reconhecimento de direitos da população LGBTI+. Exemplo emblemático nesse sentido foi o já mencionado reconhecimento jurídico das uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, decisão que foi erigida à condição de patrimônio documental da UNESCO em 2018. Confiram-se trechos da ementa:

> "2. **PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE.** DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. **Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

> **frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos"**. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. […]." (ADI 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, p. 14.10.2011)

57. Essa evolução da percepção social a respeito da discriminação pela orientação sexual e identidade de gênero revela que o conceito de *racismo*, previsto no art. 5º, XLII, CF, sofreu mutação constitucional. A mutação constitucional é um mecanismo de modificação informal da Constituição, que permite a transformação do sentido e do alcance das suas normas, sem que se opere, no entanto, qualquer alteração do seu texto. Ela pode decorrer de uma nova percepção do Direito, quando se modificarem os valores de determinada sociedade. Afinal, a ideia do bem e do justo varia com o tempo.

58. Em 1989, a Lei do Racismo estabeleceu punições para crimes resultantes de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Não contemplou textualmente, portanto, o preconceito fundado em orientação sexual e identidade de gênero. É certo que, naquela época, o debate em torno dessa pauta não se encontrava suficientemente maduro. Trinta anos depois, esse cenário se modificou: em todo o mundo e também no Brasil, houve significativa evolução quanto ao reconhecimento de direitos das pessoas LGBTI+. Assim, em

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

uma interpretação evolutiva da Constituição, chegou-se a um nível em que se tornou constitucionalmente inadmissível deixar de coibir criminalmente a discriminação fundada em orientação sexual e/ou identidade de gênero. Por essa razão, a norma constitucional que determina a criminalização do racismo e a Lei nº 7.716/1989, que lhe dá concretude, somente podem ser interpretadas de forma a abranger atos discriminatórios contra o grupo LGBTI+. Não se pode mais conceber como justa ou legítima a ausência de uma tutela reforçada a essas pessoas, que estão em situação de especial vulnerabilidade.

59. Não se trata aqui da criação de condutas criminosas pela via judicial, de tipificação por analogia ou de analogia *in malam partem*. Trata-se, na verdade, de reinterpretar o conceito de *raça* de forma consentânea com a definição que o STF lhe atribuiu há mais de quinze anos, quando afirmou que "o racismo é antes de tudo uma realidade social e política" que cabe ao Direito coibir [31]. O âmbito de incidência da norma, a definição do crime e a fixação da pena são pré-existentes. Apesar disso, como a interpretação que ora se fixa não é a prevalecente até o momento, penso que, como decorrência do princípio da segurança jurídica, não deve retroagir em prejuízo de possíveis réus. Por isso, essa decisão deve ser aplicada apenas a condutas praticadas após a conclusão deste julgamento.

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

60. Entendo que também é possível extrair do Código Penal norma apta a proteger os direitos das pessoas LGBTI+. 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. Confira-se a redação dos dispositivos:

"Circunstâncias agravantes

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

> Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...)
>
> II - ter o agente cometido o crime:
>
> a) por motivo fútil ou torpe; (...)"
>
> "Art. 121. Matar alguém:
>
> Pena - reclusão, de seis a vinte anos. (...)
>
> Homicídio qualificado
>
> § 2° Se o homicídio é cometido:
>
> I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;
>
> II - por motivo fútil; (...)
>
> Pena - reclusão, de doze a trinta anos."

61. De acordo com o art. 61, II, *a*, do Código Penal, o fato de o agente ter cometido o crime por motivo fútil ou torpe justifica o agravamento da pena. 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. As expressões "motivo fútil" e "motivo torpe" constituem conceitos jurídicos indeterminados, cujo significado deve ser construído a partir de atividade interpretativa. É dizer: cabe ao aplicador do Direito aferir, diante das circunstâncias do caso concreto, se o crime foi movido por motivo fútil ou torpe.

62. 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

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.

63. Essa é uma leitura que, a meu ver, já se extrai da literalidade do Código Penal [32]. A interpretação conforme à Constituição se presta, nesse caso, apenas a afastar qualquer exegese em sentido contrário. Sendo assim, se as circunstâncias do caso concreto deixarem claro que o crime foi motivado por homofobia ou transfobia – como nos casos mencionados, do adolescente Alexandre Ivo, da transexual Dandara dos Santos e do líder LGBTI+ Marcos Cruz Santana –, o intérprete não poderá, sob pena de contrariar a Constituição, deixar de considerar presente circunstância agravante ou, se a conduta punível foi *matar* a vítima, dizer que o caso não é de homicídio qualificado, nos termos do art. 121, § 2º, I e II, do Código Penal.

64. Antes de encerrar o presente tópico, considero necessário afastar eventual alegação no sentido de que as normas constantes dos arts. 61, II, *a*, e 121, § 2º, I e II, do Código Penal revelariam a inexistência da omissão inconstitucional, na medida em que se prestariam à proteção eficiente da minoria em questão. Pelos motivos que expus no presente voto, entendo que a Constituição determina a punição específica de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais. O fato de o Código Penal aludir a motivo fútil ou torpe na prática de crimes não é o suficiente para que essa lacuna seja suprida. Dizer que um crime foi praticado por motivo fútil ou torpe justifica que seja conferido tratamento mais severo à hipótese, mas não significa que a discriminação e o preconceito tenham sido objeto de criminalização específica.

65. Sendo assim, para garantir a defesa dos direitos e liberdades dos indivíduos pertencentes à comunidade LGBTI+ até a edição de legislação específica, fixa-se interpretação conforme à Constituição dos arts. 61, II, *a*, e 121, § 2º, I e II, do Código Penal, a fim de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272

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.

V. CONCLUSÃO

66. Diante do exposto, voto no sentido de 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.*
>
> *2. 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.*
>
> *3. 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".*

67. É como voto.

NOTAS

[1] Constituição: "Art. 5º

(...) LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania."

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 96A0-BB4F-CD99-9C99 e senha 8040-F99C-44C4-6272