



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 110.474/2015-AsJConst/SAJ/PGR

**Ação direta de inconstitucionalidade por omissão
26/DF**

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

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

1. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui natureza eminentemente objetiva, sendo inadmissível pedido de condenação do Estado em indenizar vítimas de homofobia e transfobia, em virtude de descumprimento do dever de legislar.
2. Deve conferir-se interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). Não se trata de analogia *in malam partem*.
3. O mandado de criminalização contido no art. 5º, XLII, da Constituição da República, abrange a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas.
4. Caso não se entenda que a Lei 7.716/1989 tipifica práticas homofóbicas, está em mora inconstitucional o Congresso Naci-

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

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

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

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

I RELATÓRIO

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

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

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

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

Segundo o requerente, a determinação de criminalização de todas as formas de racismo, expressa no art. 5º, XLII, da CR, abrangeria as condutas de discriminação de cunho homofóbico e transfóbico, pois seriam espécies do gênero racismo. Consoante definiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do *habeas corpus* 82.424/RS, o conceito de racismo não estaria adstrito à discriminação por cor da pele, mas abrangeria discriminação por etnia, procedência nacional, religião etc. Subsidiariamente, sustenta que a criminalização da homofobia encontra suporte no art. 5º, XLI, da Constituição da República, o qual determina que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Aduz ser inegável que “todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima constitui discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais, pois: (i) viola o direito fundamental à liberdade, pois implica negação à população LGBT⁴ de realizar atos que não prejudicam terceiros e que não são proibidos pela lei; (ii) viola o direito fundamental à igualdade, pois não há fundamento lógico-racional que justifique a discriminação [negativa] da população LGBT relativamente a heterossexuais não-transgêneros”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

É o relatório.

II NÃO CONHECIMENTO PARCIAL DA AÇÃO

O Partido Popular Socialista requer: (i) reconhecimento de que o conceito de racismo abrange homofobia e transfobia, para enquadrar tais condutas na ordem de criminalizar o racismo (art. 5º, XLII, da CR); (ii) declaração de mora inconstitucional do Congresso Nacional em criminalizar especificamente homofobia e transfobia; (iii) fixação de prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação naquele sentido, e (iv) caso o Legislativo não respeite o prazo estipulado: (iv.1) inclusão das práticas discriminatórias fundadas em orientação sexual na Lei de Racismo (Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989); (iv.2) tipificação das condutas de homofobia e transfobia, nos moldes que o Supremo Tribunal Federal entender mais adequados, e (iv.3) responsabilização civil do Estado brasileiro, com indenização das vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia.

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão consubstancia instrumento de tutela da Constituição da República, com o fim de garantir-lhe efetividade, por meio do cumprimento do dever de legislar ou da adoção de providência de índole administrativa (art. 12-B, I, da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999).⁵

Trata-se de ação de índole nitidamente objetiva, que não se destina a proteger situações subjetivas e concretas, conforme ressaltam, em obra doutrinária, GILMAR MENDES e PAULO GONET BRANCO:

5 “Art. 12-B. A petição indicará:

I – a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa; [...]”.

Tal como a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), o processo de controle abstrato da omissão (ADI) não tem outro escopo senão o da defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis. Não se destina, pela própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas. Mas visa, precipuamente, à defesa da ordem jurídica. Não se pressupõe, portanto, aqui a configuração de um interesse jurídica específico ou de um interesse de agir. Os órgãos ou entes incumbidos de instaurar esse processo de defesa da ordem jurídica agem não como autor, no sentido estritamente processual, mas como um Advogado do Interesse Público ou, para usar a expressão de KELSEN, como um advogado da Constituição. O direito de instaurar o processo de controle não lhes foi outorgado tendo em vista a defesa de posições subjetivas. Afigura-se suficiente, portanto, a configuração de um interesse público de controle. Tem-se aqui, pois, para usarmos uma denominação usada por TRIEPEL e adotada pela Corte Constitucional alemã, típico processo objetivo.⁶

Desse modo, o último pedido, de responsabilização civil do Estado por práticas homofóbicas e transfóbicas, é incompatível com a sistemática da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, condenar o Estado brasileiro a indenizar vítimas desse tipo de conduta, por mais reprovável que seja.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão não deve, portanto, ser conhecida nessa porção.

III MÉRITO

Na parte a ser conhecida, o pedido deve ser julgado procedente.

6 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.289.

III.1 HOMOFOBIA COMO CRIME RESULTANTE DE DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO DE RAÇA

O constituinte originário, fundado na metanorma da dignidade do ser humano, dedicou-se especificamente à erradicação de práticas discriminatórias. São exemplos de normas voltadas a essa finalidade o princípio da igualdade, inscrito no art. 5º, *caput*, da Constituição da República, e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como objetivo fundamental da República, insculpido no art. 3º, IV, da CR. Além disso, conferiu à lei a função de punir discriminação atentatória de direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, CR) e definiu o racismo como crime inafiançável e imprescritível.

Condutas contrárias à liberdade de orientação sexual possuem nítido caráter discriminatório e violador da dignidade do ser humano, em patente confronto com esse conjunto de normas constitucionais. A homofobia decorre da mesma intolerância que suscitou outros tipos de discriminação, como aqueles em razão de cor, procedência nacional, religião, etnia, classe e gênero. Consoante explica DANIEL BORRILLO, a lógica perpetrada é a mesma, de inferiorização de certos grupos e indivíduos:

Enquanto violência global caracterizada pela supervalorização de uns e pelo menosprezo de outros, a homofobia baseia-se na mesma lógica utilizada por outras formas de inferiorização: tratando-se de ideologia racista, classista ou antisemita, o objetivo perseguido consiste sempre em desumanizar o outro, em torná-lo inexoravelmente diferente. À semelhança de qualquer outra forma de intolerância, a homofobia articula-se em torno de emoções (crenças, precon-

ceitos, convicções, fantasmas...), de condutas (atos, práticas, procedimentos, leis...) e de um dispositivo ideológico (teorias, mitos, doutrinas, argumentos de autoridade...).

O profundo conservadorismo do conjunto das manifestações de exclusão evocadas reside no fato de que todas elas, por um lado, se inspiram no fundo irracional comum de uma opinião particularmente orientada para a desconfiança em relação aos outros e, por outro, elas transformam tal preconceito corriqueiro em doutrina elaborada.⁷

Mais à frente, BORRILLO destaca:

[...] O problema da homofobia supera a questão gay, inscrevendo-se na mesma lógica de intolerância que, em diferentes momentos da História, produziu a exclusão tanto dos escravos e dos judeus quanto dos protestantes; até mesmo os comediantes haviam sido, outrora, excluídos do direito ao casamento.

À semelhança do que ocorre em relação à diferença cultural entre nacional e estrangeiro (espécie de eufemismo do racismo), a diferença sexual entre heterossexual e homossexual, é apresentada como um indicador objetivo do sistema desigual de atribuição e de acesso aos bens culturais, a saber, direitos, capacidades, prerrogativas, alocações, dinheiro, cultura, prestígio etc. E, embora o princípio da igualdade seja formalmente proclamado, é efetivamente em nome das diferenças e ao dissimular precavidamente qualquer intenção discriminatória, que os dominantes entendem reservar um tratamento desfavorável aos dominados. A construção da diferença homossexual é um mecanismo jurídico bem rodado que permite excluir gays e lésbicas do direito comum (universal), inscrevendo-os(as) em um regime de exceção (particular). [...] ⁸

Nessa perspectiva, a prática de racismo destacada no art. 5º, XLII, da CR, abrange atos homofóbicos e transfóbicos. De acordo com UADI LAMMÊGO BULOS, racismo é “todo e qualquer tratamento

7 BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Belo Horizonte: Autêntica, 2010, p. 34-35.

8 BORRILLO, obra citada na nota 7, p. 38-39.

discriminador da condição humana em que o agente dilacera a autoestima e o patrimônio moral de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, tomando como critérios raça ou cor da pele, sexo, condição econômica, origem etc.”.⁹

Conforme destacou o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, no julgamento do *habeas corpus* 82.424/RS, “limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria natureza e prevalência dos direitos humanos”.

Nesse contexto, em observância ao princípio da igualdade, os crimes previstos pela Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, abarcam as condutas homofóbicas, isto é, os atos de discriminação em virtude de orientação sexual, motivo por que o reconhecimento de sua inclusão naqueles tipos não ofende o princípio da legalidade em matéria penal. O conceito de raça sob o viés biológico é obsoleto, e deve sua interpretação ser conferida de acordo com o princípio da dignidade do ser humano e o Estado Democrático de Direito.

No julgamento paradigmático do HC 82.424/RS, o Ministro MAURÍCIO CORRÊA ponderou:

[...] 85. Como afirmei quando do pedido de vista, revela-se essencial, na espécie, que se proceda a uma interpretação teleológica e sistêmica da Carta Federal, a fim de conjugá-la

⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 253.

com circunstâncias históricas, políticas e sociológicas, para que se localize o sentido da lei para aplicá-la. Os vocábulos raça e racismo não são suficientes, por si sós, para se determinar o alcance da norma. Cumpre ao juiz, como elementar, nesses casos, suprir a vaguidade da regra jurídica, buscando o significado das palavras nos valores sociais, éticos, morais e dos costumes da sociedade, observado o contexto e o momento histórico de sua incidência. [...] ¹⁰

Por sua vez, o Ministro CELSO DE MELLO destacou que “a noção de racismo – ao contrário do que equivocadamente sustentado na presente impetração – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológico ou biológico, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, além de caracterizar, em sua abrangência conceitual, um indisfarçável instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social”. ¹¹

A definição de raça e racismo é, em realidade, desenvolvida de acordo com o contexto histórico e varia conforme o tempo e o local; não depende necessariamente de similaridade física entre as pessoas que compõem o grupo racializado. Em outras palavras, o conceito de raça é fluido, de maneira que se tornam possíveis o surgimento de novos grupamentos considerados raças e o desaparecimento de outros grupos racializados.

Sobre o conceito histórico de raça, FABIANO SILVEIRA destaca que a determinação de um grupamento como raça prescinde de identidade biológica e, por outro lado, depende de “discurso racia-

10 Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* 82.424/RS. Relator: Ministro MOREIRA ALVES. Redator para acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA. 17/9/2003, maioria. *Diário da Justiça*, 19 mar. 2004.

11 STF HC 82.424/RS, cit. na nota 10.

lizante que permeia as relações intergrupais”.¹² Segundo o autor, “esse discurso é construído historicamente por quem recebe o qualificativo racial, ou por quem o manipula exteriormente (ainda que manipulação sutil e constantemente negada, como no caso brasileiro), ou por ambos. Como quer que seja, o discurso racializante não se prende às dessemelhanças físicas entre grupos contrastados, podendo, inclusive, inventá-las artificialmente. Assim, as diferenças físicas e/ou culturais entre determinados grupos não criam, elas mesmas, a ideia de raça. Podem ser capturadas, no entanto, por um discurso cujo propósito é o de agudizar ao máximo tais diferenças e de fazer acreditar que elas existem em termos raciais – a tônica discursiva, com efeito, poderá recair ora sobre o elemento biológico, ora sobre o elemento cultural, mas, em maior ou menor intensidade, ambos tendem a combinar-se”.¹³

Dessa maneira, considerando o conceito histórico de raça e, por consequência, de racismo, a homofobia e a transfobia, como comportamentos discriminatórios voltados à inferiorização do ser humano simplesmente pela orientação sexual, incluem-se entre os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça.

É esse o correto entendimento de GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

[...] Portanto, raça é termo infeliz e ambíguo, pois quer dizer tanto um conjunto de pessoas com os mesmos caracteres somáticos como também um grupo de indivíduos de mesma origem étnica, linguística ou social. **Raça, enfim, um gru-**

12 SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 82.

13 SILVEIRA, *Da criminalização do racismo...*, ob. cit. na nota 12, p. 82-83.

po de pessoas que comunga de ideais ou comportamentos comuns, ajuntando-se para defendê-los, sem que, necessariamente, constituam um homogêneo conjunto de pessoas fisicamente parecidas. Aliás, assim pensando, homossexuais discriminados podem ser, para os fins de aplicação desta Lei, considerados como grupo racial. [...] Ora, se o STF considerou racismo, para efeito de considerar imprescritível o art. 20 desta Lei, atitudes de anti-semitismo são imprescritíveis, mesmo se considerando que o judeu é o adepto da religião denominada judaísmo, podendo ser qualquer pessoa, inclusive o que nasceu e se formou católico, mas, posteriormente, converteu-se. Dessa forma, parece-nos possível, igualmente, considerar racismo a busca da exclusão de outros grupos sociais homogêneos, exteriormente identificados por qualquer razão. [...] Parece-nos que é racismo, desde que na esteira da interpretação dada pelo STF, qualquer forma de *fobia*, dirigida ao ser humano, pode ser manifestação racista. Daí por que, inclui-se no contexto da Lei 7.716/89. Nem se fale em utilização de analogia *in malam partem*. Não se está buscando, em um processo de equiparação por semelhança, considerar o ateu ou o homossexual alguém parecido com o integrante de determinada raça. **Ao contrário, está-se negando existir um conceito de raça, válido para definir qualquer agrupamento humano, de forma que racismo ou, se for preferível, a discriminação ou o preconceito de raça é somente uma manifestação de pensamento segregacionista, voltado a dividir os seres humanos, conforme qualquer critério leviano e arbitrariamente eleito, em castas, privilegiando umas em detrimento de outras.** [...] Logo, ser ateu, homossexual, pobre, entre outros fatores, também pode ser elemento de valoração razoável para evidenciar a busca de um grupo hegemônico qualquer de extirpar da convivência social indivíduos indesejáveis. Não se pode considerar racismo atacar judeus, unicamente por conta de lamentáveis fatos históricos, como o holocausto, mas, sobretudo, porque todos são seres humanos e raça é conceito enigmático e ambíguo, merecedor, pois, de uma interpretação segundo os preceitos da igualdade, apregoada pela Constituição Federal, em função do Estado Democrático de Direito.¹⁴

14 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 272-273. Sem destaque no

Portanto, 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”.

Dados do *Relatório Sobre Violência Homofóbica no Brasil: ano de 2012*, elaborado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, que abrangem apenas violações relatadas, revelam a gravidade e a amplitude dos atos discriminatórios praticados contra a população LGBT:¹⁵

	2011	2012	Percentual de aumento
Denúncias	1.159	3.084	166,09%
Violações	6.809	9.982	46,60%
Vítimas	1.713	4.851	183,19%
Suspeitos	2.275	4.784	110,29%
Média violação/vítima	3,97	3,23	

O relatório ressalta que, a despeito da subnotificação de dados acerca desse tipo de violência, “os números apontam para um grave quadro de violências homofóbicas no Brasil: no ano de 2012, foram reportadas 27,34 violações de direitos humanos de caráter homofóbico por dia. A cada dia, durante o ano de 2012, 13,29

original.
15 Disponível em: < <http://bit.ly/violhomo2012> > ou
< <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012> > Acesso em 11 jun. 2015.

peças foram vítimas de violência homofóbica reportada no país”.¹⁶

Interpretação atualizada da Constituição da República, calcada nos princípios da igualdade e da dignidade do ser humano, evidencia que a Lei 7.716/1989 abrange atos discriminatórios e preconceituosos praticados motivados por orientação sexual e/ou identidade de gênero.

III.2 OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Omissão legislativa ocorre quando se verifica inércia do legislador em elaborar lei regulamentadora necessária à concretização de norma constitucional. “Verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais (art. 103, § 2º). Muitas destas, de fato, requerem uma lei ou uma providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos efetivem-se na prática. Se esses direitos não se realizam porque o legislador não produziu a lei, ou o administrador não criou o ato, dá-se uma *omissão inconstitucional*, surgindo daí o pressuposto para a propositura de uma *ação de inconstitucionalidade por omissão*, visando a obter a elaboração da lei ou a prática do ato”.¹⁷

Ao analisar a inércia legislativa, ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ caracteriza-a como um dos processos informais de mutação da Constituição:

¹⁶ *Idem, ibidem.*

¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 569.

A inércia provoca mutação inconstitucional na Constituição quando a omissão dos poderes constituídos é intencional, provisória mas prolongada, de tal sorte que paralisa a aplicação da norma constitucional, evidentemente não desejada pelo constituinte. Configura, na verdade, uma inconstitucionalidade por omissão, figura hoje consagrada inclusive na Constituição Brasileira de 1988. Como modalidade de processo de mutação da constituição a inércia é processo pernicioso, que acarreta consequências desastrosas à vida constitucional dos Estados. De um lado porque, ao contrário dos demais processos de mutação, raramente busca adaptar a Constituição à realidade. De outro, porque arrasta consigo, quase que invariavelmente, a descrença na Constituição.¹⁸

GILMAR MENDES e PAULO GONET BRANCO alertam para a relevância do tema da omissão inconstitucional, a qual “é fundamental sobretudo para a concretização da Constituição como um todo, isto é, para a realização do próprio Estado de Direito democrático, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da iniciativa privada, e no pluralismo político, tal como estabelecido no art. 1º da Carta Magna. Assinale-se, outrossim, que o estudo da omissão inconstitucional é indissociável do estudo sobre a força normativa da Constituição”.¹⁹

A necessária criminalização da homofobia e da transfobia não foi deixada à discricionariedade política do legislador pela Constituição da República de 1988, a qual dispôs expressamente a respeito da punição de qualquer discriminação atentatória a direitos e

18 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 791.

19 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.285.

liberdades fundamentais, no art. 5º, XLI, e, logo em seguida, determinou tratamento penal específico para a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão (art. 5º, XLII). É verdade que, em ambos os dispositivos, atribui à lei a respectiva disciplina, mas não é menos verdade que a Constituição estabeleceu dever específico de legislar para proteger tal valor constitucional. A esse propósito, calha a afirmação de LUIZ CARLOS DOS SANTOS GONÇALVES:

O reconhecimento dos deveres de proteção penal aos direitos fundamentais faz o bem jurídico funcionar como limite mínimo, aquém do qual não se podem situar as sanções penais, sob o risco de proteger insuficientemente aqueles direitos.²⁰

O texto constitucional, que se refere claramente à punição e ao tratamento penal, não se satisfaz com “legislação não criminal punitiva [que] não tem se mostrado apta a coibir a homofobia e a transfobia”, como aduz o requerente. O art. 5º, XLII, consubstancia mandado de criminalização, ao qual o Legislativo se encontra vinculado, de maneira que não está sob sua discricionariedade criminalizar ou não práticas racistas. O bem jurídico a ser protegido foi determinado pela Constituição da República e deve ser protegido pela atuação legislativa.²¹

20 GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 67.

21 LUCIANO FELDENS, ao comentar essa norma, consigna que o “mandado de criminalização veicula, portanto, uma relação de natureza impositiva que tem como destinatário o legislador, a este competindo a criação de um abrigo normativo, de caráter jurídico-penal, estabelecendo os termos e os limites dessa tutela, a qual, se por um lado não pode situar-se além do constitucionalmente permitido (proibição do excesso), tampouco se pode

Nesse contexto, razões de equivalência constitucional, ancoradas no princípio da igualdade, impõem criminalização da discriminação e do preconceito contra cidadãos e cidadãs lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis e transexuais, pois a repressão penal da discriminação e do preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional já é prevista pela legislação criminal brasileira (Lei 7.716/1989) e não há justificativa para tratamento jurídico diverso, sob pena de intolerável *hierarquização de opressões*. No elegante dizer do Ministro ROBERTO BARROSO: “É preciso avançar no processo civilizatório”.²²

A determinação de editar normas penais para combater homofobia e transfobia é, por outro lado, compromisso internacional. Citem-se alguns documentos pertinentes:

- Resolução 17/19 da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre “Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero” (14 de junho de 2011), que prevê, no item 2, o estabelecimento de “diálogo construtivo, fundamentado e transparente sobre a questão das leis e práticas discriminatórias e atos de violência contra as pessoas por motivo de sua orientação sexual e identidade de gênero”.
- Resolução AG/RES-2435 (XXXVIII-0/08) da Organização dos Estados Americanos (OEA) sobre “Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero” (3 de junho de 2008), semelhante à anteriormente referida.

estabelecer aquém do constitucionalmente exigido (proibição de proteção deficiente). FELDENS, Luciano. Comentário ao art. 5º, XLII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013,

²² O direito de amar e de ser feliz. In: FERRAZ, Carolina Valença *et alii* (coords.). *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva; IDP, 2013, p. 28.

- Recomendação CM/Rec(2010)5 do Comitê de Ministros aos Estados-Membros da União Europeia sobre medidas para o combate à discriminação devido a orientação sexual ou da identidade de gênero (31 de março de 2010), que exorta os Governos a assegurar “que as vítimas de discriminação estejam cientes da existência e tenham acesso aos meios jurídicos eficazes disponibilizados pelas autoridades nacionais competentes e que as medidas adotadas para o combate à discriminação prevejam, se for caso, sanções para as infrações, assim como a atribuição de compensação adequada às vítimas de discriminação”.
- Resolução do Parlamento Europeu sobre a homofobia na Europa (Estrasburgo, 16 de janeiro de 2006), cujo item 9 exorta urgentemente a Comissão a considerar o recurso a sanções penais em caso de violação das diretivas fundadas no artigo 13 do tratado (que versa sobre o combate a toda discriminação, inclusive por orientação sexual).²³
- Princípios de Yogyakarta (Indonésia, 2006), enunciados pelo painel internacional de especialistas em legislação internacional de direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero – expressamente referidos pelo Ministro CELSO DE MELLO em voto na ADI 4.277/DF –, entre os quais figura o direito à segurança pessoal, independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero, com o respectivo dever de os Estados tomarem “todas as medidas legislativas necessárias para impor penalidades criminais adequadas a violência, ameaças de violência, incitação à violência e assédio associado, por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer pessoa ou grupo de pessoas em todas as esferas da vida, inclusive a familiar”.

Indica o requerente diversos países que já possuem leis de incriminação da homofobia e da transfobia ou que a consideram como fator de agravamento de delitos: Andorra, Bélgica, Canadá,

²³ LANG, Jack; BORRILLO, Daniel. *Homossexuels: quels droits?* Paris: Dalloz, 2007, p. 81-89.

Croácia, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, França, Grécia, Holanda, Lituânia, Luxemburgo, Portugal, Reino Unido, Romênia e Suécia.

No plano interno, existe compromisso oficial do governo brasileiro, exteriorizado no Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH), desde sua segunda versão (Decreto 4.229, de 13 de maio de 2002 – anexo, item 116: “Propor o aperfeiçoamento da legislação penal no que se refere à discriminação e à violência motivadas por orientação sexual”) até a atual (Decreto 7.037, de 21 de dezembro de 2009).

As normas criminais existentes, que punem de forma genérica homicídio, lesões corporais e injúria, são notoriamente insuficientes para prevenir e reprimir atos de homofobia e transfobia, os quais se qualificam pelo desprezo oriundo de preconceito. Segundo afirma a petição inicial, “crimes de ódio são socialmente mais graves do que crimes praticados sem motivação de ódio contra as vítimas por conta do alto grau de intolerância”. Por outro lado, a Constituição (art. 5º, XLI e XLII) e a legislação criminal brasileira (na Lei 7.716/1989) reconhecem explicitamente que preconceito e discriminação são fatores de justificação para resposta penal específica.

Proteção insuficiente é notória hipótese caracterizadora de inconstitucionalidade por omissão. Trata-se da versão “negativa” da proporcionalidade, conforme esclarece PAULO GILBERTO C. LEIVAS:

A proibição da não suficiência exige que o legislador [e também o administrador], se está obrigado a uma ação, não deixe de alcançar limites mínimos. O Estado, portanto, é li-

mitado de um lado, por meio dos limites superiores da proibição do excesso, e de outro, por meio de limites inferiores da proibição da não suficiência.²⁴

O importante argumento da reserva absoluta de lei (princípio da legalidade estrita) em matéria penal precisa ser interpretado à luz da supremacia da Constituição, das determinações específicas de legislar para proteger a dignidade, do controle de constitucionalidade, da previsão de mecanismos processuais talhados para enfrentamento da omissão inconstitucional (como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão) e do papel do Supremo Tribunal Federal na concretização constitucional.

Ausência de resposta jurídica eficaz ao comando constitucional de combate à discriminação e ao preconceito contra lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis e transexuais é intolerável em quadro social no qual centenas de indivíduos são mortos a cada ano primariamente por causa de sua orientação sexual.²⁵

Caso se entenda que atos discriminatórios contra homossexuais não foram criminalizados pela Lei 7.716/1989, deve-se reconhecer ausência de norma regulamentadora que inviabiliza o exercício da liberdade constitucional de orientação sexual e de identidade de gê-

²⁴ *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 76.

²⁵ Levantamento da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República para o ano de 2012 estimou a ocorrência de 310 homicídios ligados à intolerância em face da orientação sexual da vítima (*Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano de 2012*, p. 39; disponível em < <http://bit.ly/violhomo2012> > ou < <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012> >; acesso em 11 jun. 2015). Esse número é muito provavelmente subdimensionado, pelas dificuldades associadas à subnotificação e à identificação da homofobia ou transfobia como móvel da infração.

nero, bem como da liberdade de expressão, sem as quais fica inapelavelmente comprometido o livre desenvolvimento da personalidade, em atentado à dignidade do ser humano, que é fundamento do Estado democrático de Direito em que se erige a República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição).

A discriminação e o preconceito contra lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis e transexuais atingem especialmente determinadas pessoas e grupos, o que macula o princípio da igualdade e acarreta situação especial de grave vulnerabilidade física, psíquica e social, em violação ao direito à segurança, importantes prerrogativas da cidadania. Aduza-se componente democrático, dado pelo paradigma do pluralismo, que – segundo ÁLVARO RICARDO SOUZA CRUZ – “tem por pressuposto a admissão de respeito e proteção a projetos de vida distintos daqueles considerados como padrão pela maioria da sociedade”.²⁶

Deve ser julgado procedente o pedido de reconhecimento de mora do Congresso Nacional em editar diploma legal voltado à criminalização de práticas homofóbicas e transfóbicas.

Após mais de treze anos de tramitação, o projeto de lei (PL) 5.003, de 7 de agosto de 2001, aprovado originariamente na Câmara dos Deputados e que se convolou no projeto de lei 122, de 12 de dezembro de 2006, do Senado Federal, foi apensado ao PL 236, de 9 de julho de 2012 (novo Código Penal), também do Se-

26 *O direito à diferença*: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 71.

nado, e arquivado em 26 de dezembro de 2015.²⁷ Entretanto, na proposta original do PL 236/2012, previa-se criminalização da homofobia em capítulo destinado ao racismo e a crimes resultantes de preconceito e discriminação (arts. 472 e seguintes).

É relevante que o Supremo Tribunal Federal intervenha para acelerar o processo de produção normativa e conferir concretização aos comandos constitucionais de punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) e da prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão (art. 5º, XLII), os quais geram claramente dever específico de legislar.

Encontra-se definitivamente superado o entendimento de que a existência de proposta legislativa em discussão no Congresso Nacional constitui óbice à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A inércia daquela instituição deve ser avaliada não só quanto à inauguração do processo de elaboração das leis, mas também no que tange à deliberação sobre processo legislativo já instaurado (*inertia deliberandi*), “porquanto só conferem exequibilidade a normas constitucionais medidas legislativas actuais e não futuras ou potenciais”.²⁸

O próprio Supremo Tribunal já admitiu configurar-se inércia do legislador – portanto, omissão inconstitucional – mesmo

27 Disponível em: < <http://zip.net/bjrqVc> > ou < http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604 >. Acesso em 11 de junho de 2015.

28 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. Tomo II (Constituição e inconstitucionalidade), p. 523.

quando já tenha atuado, ao propor projeto de lei ou dar início à sua tramitação. No julgamento da ADI 3.682/MT, cujo objeto consistiu na omissão do legislador em elaborar a lei complementar prevista no art. 18, § 4º, da Constituição da República, reconheceu como omissão inconstitucional a demora na deliberação e aprovação do diploma legal:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 15/1996. ACÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 ([...]) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição.

2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As 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. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição acabou dando ensejo à conforma-

ção e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal.

4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 ([...]) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n.ºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.²⁹

Tal ocorre em casos, como o destes autos, em que o processo legislativo se procrastina há tanto tempo que o efeito prático é o mesmo daqueles em que inexistente projeto de lei: ausência de regulamentação legislativa para direito constitucionalmente assegurado ou para outra matéria dela pendente.

Por um lado, não há como mensurar objetivamente o tempo adequado para duração do processo legislativo, dada a natureza política dessa atividade e suas diversas nuances e variáveis, que se intensificam diante de certos temas a serem analisados e disciplinados. Por outro, mostra-se necessário juízo de razoabilidade acerca do período de elaboração das normas legais, considerando-se a natureza da matéria e a urgência da sua disciplina

29 STF, Plenário. ADI 3.682/MT. Rel.: Min. GILMAR MENDES. 9/5/2007, maioria. *DJe*, 5 set. 2007.

perante os anseios da sociedade – e, sobretudo, diante do comando constitucional que exige interposição do legislador.

Portanto, além da existência de processo legislativo para regulamentação do tema, faz-se necessário agregar critério para aferir a caracterização de omissão inconstitucional do legislador: o da razoabilidade no tempo de tramitação.

No caso, o projeto de lei sobre criminalização de condutas atentatórias à liberdade de orientação sexual já ultrapassou qualquer lapso aceitável de tramitação, de modo que se caracteriza mora legislativa inconstitucional. Relembre-se que a Constituição impôs o dever de regulamentar a matéria há mais de um quarto de século.

III.3 PROVIDÊNCIAS DA MORA LEGISLATIVA

Apesar de confirmada mora legislativa e, portanto, omissão inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal não pode impor ao Congresso Nacional prazo peremptório para finalizar as medidas necessárias ao cumprimento integral da Constituição.

A partir da ADI 2.061/DF, a jurisprudência da Corte é no sentido de que o prazo de 30 dias para adotar as providências necessárias, em caso de omissão inconstitucional, previsto no art. 103, § 2º, da Constituição, se aplica somente às atribuições administrativas do Chefe do Poder Executivo.³⁰

³⁰ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REDAÇÃO DA EC Nº 19, DE 4 DE JUNHO DE 1998). Norma constitucional que impõe ao Presidente da República o dever de desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da

Também é certo que “a Constituição não pode se submeter à vontade dos Poderes constituídos nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – enquanto for respeitada – constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e liberdades não serão jamais ofendidos”.³¹

Com base nessa compreensão, a jurisprudência recente do Supremo Tribunal tem flexibilizado o entendimento de que a decisão, nessa hipótese, deva limitar-se à constatação da omissão inconstitucional. Tanto no controle abstrato³² quanto no concreto,³³ vem admitindo fixação de prazo para as providências necessárias ao cumprimento dos deveres constitucionais.

Nesse sentido é a decisão na ADI 3.682/MT, já mencionada:

União, prevista no dispositivo constitucional em destaque, na qualidade de titular exclusivo da competência para iniciativa da espécie, na forma prevista no art. 61, § 1º, II, *a*, da CF. Mora que, no caso, se tem por verificada, quanto à observância do preceito constitucional, desde junho/1999, quando transcorridos os primeiros doze meses da data da edição da referida EC nº 19/98. Não se compreende, a providência, nas atribuições de natureza administrativa do Chefe do Poder Executivo, não havendo cogitar, por isso, da aplicação, no caso, da norma do art. 103, §2º, *in fine*, que prevê a fixação de prazo para o mister. Procedência parcial da ação.” STF. Plenário. ADI 2.061/DF Rel.: Min. ILMAR GALVÃO. 25/4/2001, un. *DJ*, 29 jun. 2001.

31 STF. Plenário. ADI-MC 293/DF. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 6/6/1990, un. *DJ*, 16 abr. 1993.

32 Veja-se a ADI 2.240/BA, na qual se declarou a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade de lei estadual que criou município, diante de situação fática consolidada, em 9 de maio de 2007. No mesmo sentido, as ADIs 3.616 e 3.689/PA, *DJ* de 29 jun. 2007; e ADI 3.489/SC, *DJ* de 3 ago. 2007, todas de relatoria do Min. EROS GRAU.

33 No MI 283/DF, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE (*DJ*, 14 nov. 1991), o STF, pela primeira vez, estipulou prazo para que fosse preenchida lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação de seus direitos. No MI 232/RJ, rel. Min. MOREIRA ALVES (*DJ*, 27 mar. 1992), a Corte afirmou que, transcorridos seis meses sem que o Congresso Nacional editasse a lei prevista no art. 195, § 7º, da Constituição, o requerente passaria a gozar da imunidade pleiteada.

[...] 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 ([...]) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n^{os} 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.³⁴

Dado o entendimento recente da Suprema Corte brasileira no que se refere às omissões inconstitucionais, é cabível estabelecer prazo razoável, à luz dos parâmetros acima, para que o Congresso Nacional conclua a deliberação acerca das leis apropriadas.

Na hipótese de o prazo estipulado pelo Supremo Tribunal Federal não ser observado, a omissão legislativa poderá ser suprida normativamente pela própria Corte, consoante propôs FLÁVIA PIOVESAN:

A título de proposição, sustenta-se que mais conveniente e eficaz seria se o Supremo Tribunal Federal declarasse inconstitucional a omissão e fixasse prazo para que o legislador omisso suprisse a omissão inconstitucional, no sentido de conferir efetividade à norma constitucional. O prazo poderia corresponder ao prazo da apreciação em “regime de ur-

34 STF. Plenário. ADI 3.682/MT. Rel.: Min. GILMAR MENDES. 9/5/2007, maioria. *DJe*, 5 set. 2007.

gência” que, nos termos do art. 64, § 2º, do texto, é de quarenta e cinco dias. Pois bem, finalizado o prazo, sem qualquer providência adotada, poderia o próprio Supremo, a depender do caso, dispor normativamente da matéria, a título provisório, até que o legislador viesse a elaborar a norma faltante. Esta decisão normativa do Supremo Tribunal Federal, de caráter temporário, viabilizaria, desde logo, a concretização de preceito constitucional. Estariam então conciliados o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais.³⁵

Nesse sentido, será possível acolher o pedido de aplicação da Lei 7.716/1989 para todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente), ofensas (individuais e coletivas), homicídios, agressões, ameaças e discriminações motivadas por orientação sexual ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima. Tal pedido repousa na técnica de interpretação conforme a Constituição, em que o Supremo Tribunal Federal poderá adotar decisão de perfil moderadamente aditivo a partir da legislação existente. Ao tempo em que se respeita a vontade manifesta do Poder Legislativo, externada em lei vigente por ele criada, concede-se interpretação extensiva, sintonizada à realidade social.

A propósito, está expresso na redação do art. 10 da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999 (sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental) que o Tribunal pode, no momento da decisão, fixar “as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”, regime que é perfeitamente cabível para processos decisórios em questões de constitucionalidade de modo geral. Essa Corte tem adotado decisões intermédias

³⁵ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 126.

(manipulativas), nas quais interpreta textos legislativos e confere maior ou menor extensão à literalidade, de que são exemplos significativos, no âmbito civil, a contemplação das uniões homoafetivas no art. 1.723 do Código Civil (ADI 4.277/DF, relator Ministro AYRES BRITTO, julgada em 5 de maio de 2011)³⁶ e, na órbita criminal, a exclusão, do art. 287 do Código Penal (apologia de crime ou criminoso), de “qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos” (ADPF 187/DF, relator Ministro CELSO DE MELLO, julgada em 15 de junho de 2011).

Por fim, pode ser acolhido o pedido maior da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para que o próprio Supremo Tribunal Federal proceda à regulamentação dos dispositivos constitucionais invocados como carentes de interposição legislativa, enquanto não sobrevier edição de lei específica pelo Congresso Nacional. A possibilidade de construção normativa no controle de constitucionalidade é reconhecida no quadro atual da jurisdição constitucional e expressamente oferecida na Constituição brasileira por meio do mandado de injunção. Haverá a maior extensão possível aos efeitos do instituto, no sentido do que se convencionou designar por posição concretista geral.

Importará então adotar parâmetros para atuação normativa concretizadora do Supremo Tribunal Federal. Seria o caso, por

³⁶ A ementa afirma que a interpretação conforme a Constituição destina-se a “excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família”.

exemplo, de utilizar desde logo o conteúdo do projeto de lei 122/2006 ou dos dispositivos do projeto de Código Penal do Senado (que prevê, no art. 487, o racismo e os crimes resultantes de preconceito e discriminação, “quando praticado por motivo de discriminação ou preconceito de gênero, raça, cor, etnia, identidade ou orientação sexual, religião, procedência regional ou nacional ou por outro motivo assemelhado, indicativo de ódio ou intolerância”, com pena de prisão de um a cinco anos).

Ressalte-se, ainda uma vez, que nenhuma dessas soluções é a mais apropriada e a mais compatível com o sistema jurídico tradicional, mas todas elas se impõem como alternativas, diante do comportamento do Congresso Nacional, que não deu concretização, há mais de duas décadas e meia, a comando constitucional expresso.

IV CONCLUSÃO

Ante o exposto, o parecer é pelo conhecimento parcial da ação direta e, no mérito, pela procedência do pedido.

Brasília (DF), 15 de junho de 2015.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República