



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR CELSO DE MELLO DO
EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO N. 26/DF

(Julgamento conjunto com o Mandado de Injunção n. 4.733/DF)

A **ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JURISTAS EVANGÉLICOS – ANAJURE**, associação civil sem fins lucrativos, com objetivo de atuar na defesa das liberdades civis fundamentais, já qualificada no requerimento de sua admissão como *amicus curiae*, enviado a esta Excelsa Corte e sobre o qual o Ministro Relator se manifestou favoravelmente (DJE nº 47/2015, divulgado em 11/03/2015), vem, respeitosamente, por intermédio de seus advogados subscritos (procuração anexa), à presença de Vossa Excelência, apresentar

MEMORIAIS

pelos fatos e razões a seguir detalhadamente expostos, com a explanação dos estritos argumentos indicados no requerimento anterior, requerendo, desde já, a realização de Sustentação Oral (julgamento pautado para 12/12/2018), nos termos permitidos pelo artigo 138 do Código de Processo Civil, e art. 131, §3º, do Regimento Interno do STF, consoante o exposto nas linhas que se seguem para ao final requerer.



I. DO RELATÓRIO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão apresentada pelo Partido Popular Socialista – PPS em razão de suposta inércia do Congresso Nacional em legislar a respeito da incriminação de todas as formas de homofobia e transfobia.

O autor pretende, por meio da demanda, alcançar os seguintes fins:

- Reconhecimento da homofobia e da transfobia como enquadradas no conceito ontológico-constitucional de racismo, de modo a inclui-las na ordem constitucional de criminalização do racismo (art. 5º, XLII, CF88) ou, subsidiariamente, reconhecê-las como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, para relacioná-las no mandamento de criminalização constante do art. 5, XLI, da CF/88, com fundamento na suposta proteção deficiente do Estado Brasileiro aos direitos fundamentais da população LGBT.
- Declaração da mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia, determinando-se a aprovação de legislação criminal que puna, especialmente, a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de “praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação” por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa.
- Fixação de prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação que criminalize a homofobia e a transfobia, sugerindo-se um prazo de um ano;
- Em caso de inércia do legislativo após um ano ou se a Corte entender pela não fixação do prazo, que o STF tipifique a homofobia e a transfobia como crimes específicos por decisão do Tribunal, através da atividade legislativa atípica, por meio da aplicação dos termos da Lei de Racismo (Lei n. 7.716/89) ou de outra que venha a substituí-la;
- Determinação da responsabilidade civil do Estado Brasil, inclusive dos parlamentares responsáveis pela suposta inércia, com fulcro na responsabilidade civil objetiva do Estado, para indenizar as vítimas de homofobia e transfobia.



Apresentada a inicial, oportunizou-se à Presidência do Senado Federal a prestação de informações, que, na ocasião, alegando inexistência de mora, pugnou pela improcedência da ação, resguardando-se a legalidade penal, a separação de poderes e a independência do Poder Legislativo.

A respeito do assunto, a Câmara dos Deputados se manifestou rememorando a aprovação do Projeto de Lei nº 5.003, de 2001, que determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas, destacando, assim, a sua posição institucional.

A AGU, por sua vez, entendeu pela improcedência dos pedidos do requerente, defendendo a impossibilidade de fixação, por parte do Judiciário, de prazo para a atividade legislativa; o descabimento de conduta judiciária tendente a suprir omissão legislativa por ato próprio; a inexistência de mora legislativa; a inviabilidade do reconhecimento de comando constitucional expresso que exija tipificação criminal para a homofobia e transfobia.

A Procuradora-Geral da República também se pronunciou acerca da demanda, advogando pela inadmissibilidade da condenação do Estado em indenizar as vítimas de homofobia e transfobia, em função da inércia; pela interpretação conforme a Constituição do conceito de raça fixado na Lei 7.716/1989 de modo a se reconhecer como crimes tipificados nessa lei as condutas discriminatórias que atingem a população LGBT; pelo reconhecimento da mora do legislativo, em caso de interpretação diversa; pela impossibilidade de afastar a mora em função da existência de projetos de lei em curso no Congresso Nacional; pela configuração de proteção estatal insuficiente diante da ausência de tutela judicial referente à criminalização da homofobia e da transfobia.

No decorrer do processo, instituições diversas ingressaram na lide na condição de *amicus curiae*, sendo elas: a Frente Parlamentar Mista da Família e Apoio à Vida; a Convenção Brasileira de Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas – COBIM, a Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE; Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros; Partido Socialista dos Trabalhadores Unificados – PSTU; Conselho Federal de Psicologia; Associação Nacional de Travestis e Transsexuais – ANTRA; Defensoria



Pública do Distrito Federal; Grupo Gay da Bahia – GGB; Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT; e Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual – GADVS.

É o que importa relatar. Passemos, adiante, à análise dos argumentos aduzidos pelo requerente.

2. DA AUSÊNCIA DE DADOS OFICIAIS QUE SUBSIDIEM O PLEITO

Nos últimos anos, o tema da violência contra homossexuais e transexuais vem tomando espaço de discussão no Parlamento, na mídia, nos movimentos sociais e nas organizações religiosas. Contudo, devemos verificar, inicialmente, se há, no Brasil, altos índices de violência contra estas pessoas, que justifiquem uma categorização semântica própria – “homofobia” e “transfobia” – e a necessidade real de urgente tipificação penal de tais práticas, sendo este o provocativo que caracteriza a letargia e a “omissão legislativa”, típicas de uma ADO.

É necessário pontuar que na maioria dos crimes contra a população LGBTQ+, os agressores são igualmente homossexuais ou transexuais ou as motivações não coincidem com o comportamento dito homotransfóbico¹. Quanto a isso, vale trazer a lume as explicações aduzidas pelo Prof. Marcelo Domingos em sua Tese:

As informações mesmo esparsas e, às vezes, imprecisas ajudavam a desenhar um cenário mais nítido e distante das notas jornalísticas. Estavam dadas as condições para fazer uma tipologia das motivações de forma mais segura. ***E, a primeira certeza é que a tipologia empregada para classificar todas as mortes violentas de LGBTQ como sendo resultante da homofobia não é correta.*** Entre as vítimas de ódio devido a sua orientação sexual também se fazem presentes casos de rixas, motivação banal e os crimes passionais”². (Grifo nosso)

Na pesquisa aludida, ficou demonstrado que o perfil dos ditos assassinatos de

¹ Oliveira, José Marcelo Domingos de. Tese de Doutorado. Desejo, preconceito e morte: assassinatos de LGBTQ em Sergipe: 1980 a 2010. Natal: UFRN.

² Ibid., p. 137.



homossexuais, na maioria dos casos, a vítima e o ofensor são homossexuais. Mais ainda: geralmente o motivo do crime é passional ou está relacionado ao ato libidinoso praticado entre vítima e agressor (o pagamento ou a falta dele pelo ato), ou associado a outros delitos como drogas, sendo que o perfil comum da vítima são homens de classe média, com grau elevado de formação e boa condição econômica; já o perfil do agressor é de jovem pobre, morador de periferia e baixo grau de instrução.

Além disso, importa frisar que inexistem base de dados OFICIAL que possa apontar de forma indubitosa a dimensão dos crimes praticados em razão de homofobia em todos os Estados da Federação. Por sua vez, os dados apresentados sempre são controversos e suscitam dúvidas, principalmente interpretativas, não podendo, desta forma legitimar o pedido apresentado por não refletir uma realidade cristalinamente demonstrada, isto é tratam-se de dados nebulosos apresentados por quem entende ter um suposto direito.

Vejamos, por exemplo, o caso da famosa pesquisa da organização não governamental (ONG) Transgender Europe (TGEU), rede europeia que apoia os direitos da população transgênero e que, anualmente, lança atualizações de casos de violência contra homossexuais e transexuais³. Os resultados de 2016, por exemplo, mostraram que a quantidade de assassinatos desta população caminha numa crescente e indicaram que o Brasil é o país no qual há a maior incidência⁴.

Estes dados resultaram diversas reportagens sensacionalistas na mídia⁵ e, inobstante haja tabelas, mapas e listas de nomes dos casos, não há uma descrição da metodologia aplicada para tais pesquisas, motivo pelo qual se pode cogitar muitas suspeitas sobre os resultados obtidos. Ademais, a pesquisa limita-se a informar o número bruto de “assassinatos de homossexuais e transexuais” sem considerar a motivação do preconceito, nem da discriminação, que são distintivos essenciais para caracterizar a homofobia ou transfobia, supostos tipos penais autônomos.

Tais falhas não são privilégio desta organização, motivo pelo qual somos

³ <https://transrespect.org/es/trans-murder-monitoring/tmm-resources/>

⁴ <https://transrespect.org/es/tmm-trans-day-remembrance-2016/>

⁵ <https://catracalivre.com.br/cidadania/com-600-mortes-nos-ultimos-seis-anos-brasil-e-o-pais-que-mais-mata-travestis-e-transexuais/>



absolutamente incrédulos em pesquisas semelhantes. É que em países com o Brasil, com uma taxa altíssima de crimes não solucionados e com uma perícia científica e inteligência policial precárias, identificar os pormenores de atos violentos contra pessoas da população LGBT+, a fim de que isto componha um quadro fidedigno de caracterização de preconceito, é uma atividade impossível, ainda mais quando se tratam de entidades estrangeiras ou, ainda que brasileiras, de atuação local ou regional.

Sobre o assunto, os próprios relatórios feitos pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República sobre violência homofóbica afirmam que⁶:

*É relevante apontar algumas considerações metodológicas acerca das limitações do uso de dados quantitativos no estudo das violações dos Direitos Humanos. Dentre as limitações usuais no uso de estatísticas em violações de direitos humanos estão a **difículdade de definir conceitos adequados, a obtenção de dados confiáveis de estudos históricos e contemporâneos e a necessidade de interpretação adequada dos dados**. É primordial combinar informações estatísticas sólida e confiáveis à informações qualitativas adequadas.*

Em relação aos problemas na obtenção de dados confiáveis, pode-se apontar a não obrigatoriedade de reportagem de dados referentes a segurança pública para a União, por parte de cada uma das unidades da federação (problema enfrentado por todas as estatísticas no campo da segurança pública no Brasil).

Assim, embora sejam verificados tais problemas metodológicos e estatísticos, podendo o problema ser bem menor do que se alardeia, é ponto pacífico que ocorrem atos violentos por homotransfobia, o que é inadmissível em um contexto plural, de honra à dignidade da pessoa humana e de respeito às liberdades individuais, dentre as quais estão a intimidade e a vida privada, como prevê a Constituição Federal e as demais leis brasileiras.

3. DA INAPTIDÃO DO DIREITO PENAL PARA DISSUADIR POTENCIAIS AGRESSORES

Para a ANAJURE, entretanto, a dissuasão de potenciais agressores quanto a estas práticas repugnantes não se dá eficazmente através da simples tipificação criminal

⁶ BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Relatório sobre Violência Homofóbica no Brasil: ano de 2012, p. 14/15.



– ainda mais em um país com altíssimos índices de impunidade e reincidência, apesar da alta quantidade de disposições normativas – mas, sim, através de políticas públicas de conscientização e prevenção na sociedade civil, especialmente por processos educacionais e pedagógicos. Corroborando esse ponto de vista, leciona Canetti que⁷:

“a violência [...] se encontra em todos os lugares. Da rua ao convívio familiar. Da feiura das favelas às elegantes mansões. Do analfabeto ao universitário. Crimes hediondos ocorrem com tanta frequência e naturalidade que nos indagamos: Estamos de fato voltando à barbárie? Estamos educando corretamente nossas crianças?”

Destarte, entendemos que o Direito Penal, nem pode, nem deve, ser utilizado como solução para todos os problemas sociais. Acerca do tema, o jurista Lênio Streck pondera sobre as ideias do criminólogo Alessandro Baratta que *“em sentido amplo, todos queremos um direito penal mínimo e o máximo de liberdade; todavia, quando atingidos pela situação, ou seja, em sentido estrito (referindo-se às mulheres e minorias), queremos o mais alto de punição. Assim, ao mesmo tempo manifestamos a nossa descrença no direito penal e entoamos uma ode em seu louvor, pugnano pelo máximo de punição. Assim, a chamada ‘hipertrofia do direito penal’ resulta paradoxal. De um lado, os movimentos sociais (minorias, etc.) clamam por liberdades e pelo estabelecimento de limites à atividade de controle do Estado; de outro, exigem que o mesmo Estado criminalize condutas, a ponto de colocar a criminalização como condição para o exercício do ‘desenvolvimento livre da personalidade’”*⁸.

A mais moderna dogmática penalista há tempos defende a tese do chamado Direito Penal Mínimo, porque está claro que a partir de uma *“abundante produção de leis, o sistema penal é acometido por gradual e substantiva perda de legitimidade, reestruturando-se a partir da concepção penal funcionalista-eficientista que delega à pena e à criminalização uma forma bizarra de processo pedagógico”*⁹, sem resultados eficientes.

⁷ CANETTI, E. Massa e poder. Tradução Sérgio Tellaroli. São Paulo: Cia das Letras, 1995, p. 18-19

⁸ STRECK, Lenio Luiz; CLEVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PANSIERI, Flávio. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito 21 de agosto de 2014 em Revista Eletrônica Consultor Jurídico.

⁹ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 80.



4. DA INEXISTÊNCIA DO MANDADO CONSTITUCIONAL DE CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

A causa de pedir em controle de constitucionalidade por omissão é o descumprimento parcial, ou o não cumprimento¹⁰, do dever constitucional de legislar sobre aquilo que a própria Constituição exigiu como medidas para torna-la efetiva¹¹. Ou seja, sem mandamento constitucional quanto à regulação e materialização de determinado direito, não há que se falar em “omissão”, mas sim, de “inovação” no ordenamento jurídico – o que é vetado ao poder judiciário, pois é típico apenas da função legislativa.

Sob tais termos, destacamos que a Constituição Federal no artigo 5º, XLI estabelece um mandado expresso de punição de “*toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”. Contudo, isso não implica que tal punição tenha de se dar na esfera criminal e a disciplina normativa de tais situações foi deixada ao alvedrio da deliberação legislativa infraconstitucional.

Sobre isto, veja o que foi dito pela Câmara dos Deputados e pela Advocacia Geral da União nas informações fornecidas e posicionamentos firmados no curso do Mandado de Injunção n.º 4733/DF, que veicula pedido idêntico ao da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26:

CÂMARA DOS DEPUTADOS – também falou da “*inexistência de omissão inconstitucional ou óbice incontornável ao exercício dos direitos de liberdade e igualdade dos cidadãos LGBT em razão da ausência de tutela penal para condutas discriminatórias em desfavor desse grupo social*”. (Grifos nossos)

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO – sustenta que “*pedido de tipificação, por meio de legislação específica, das condutas relacionadas à homofobia e à transfobia*”, não pretende assegurar o exercício de um direito concretamente consagrado na Constituição Federal, “*mas objetiva um regramento específico, uma tipicidade especial para condutas de homofobia e transfobia*”. Ressalta que o direito fundamental invocado na impetração impõe ao Estado o dever de combater e punir todas as formas de discriminação e racismo (fim),

¹⁰ CLÉVE, Clemersom Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro., Revista dos Tribunais, 1995

¹¹ JOBIM, Marcelo Barros. Existem Omissões Constitucionais? Viva, 2013. p. 152.



não se referindo, portanto, “à legislação específica de um tipo especial de conduta (meio)”. Acrescenta que “não há qualquer comando constitucional que exija tipificação específica para a homofobia e transfobia”. E conclui pela “impossibilidade de se suprir judicialmente suposta omissão legislativa na seara do direito penal, tendo em vista o princípio da reserva legal penal (art. 5º, XXXIX, da CF), requer a extinção do feito sem resolução do mérito”; (Grifos nossos)

Dessa forma, não se pode pretender um provimento jurisdicional de omissão inconstitucional em sede de ADO onde sequer a CF exige de forma inequívoca a criminalização, pois punição não é equivalente necessariamente à criminalização¹².

5. DA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA RESERVA LEGAL

Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Nenhum grupo social – ainda que minoritário – pode sofrer preconceito ou discriminação dentro de um Estado Democrático de Direito.

Qualquer grupo pode lutar pela criminalização de condutas que considerem atentatórias aos direitos fundamentais, e essa luta é legítima e constitucional, desde que travada no foro adequado para a satisfação de sua pretensão.

No caso da luta pela criminalização da homofobia e transfobia, assim como para a criação de qualquer outro tipo penal, o cenário para a inovação legislativa não pode ser o Poder Judiciário. Reitere-se que não seria inconstitucional eventual lei (contemplando as exigências da Constituição para a legislação Penal) tratando do assunto, porém não se pode ultrapassar ou até mesma usurpar os limites institucionais na relação de Poderes da República.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, estabelece claramente que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”,

¹² STRECK, Lenio Luiz; CLEVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PANSIERI, Flávio. *Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito* 21 de agosto de 2014 em Revista Eletrônica Consultor Jurídico.



fincando no ordenamento jurídico pátrio os princípios da legalidade, e da reserva legal.

Verificamos que a edição de normas penais está sujeita ao princípio da reserva legal, e lei, em sentido estrito, é somente a norma produzida pelo Poder Legislativo competente – no caso, o Congresso Nacional, pois é competência privativa da União legislar sobre Direito Penal (art. 22, inciso I, da Constituição Federal)¹³.

Nesse sentido, elucidativa a lição de Guilherme de Souza Nucci¹⁴:

Ao cuidarmos da legalidade, podemos visualizar os seus três significados. No prisma político, é a garantia individual contra eventuais abusos do Estado. Na ótica jurídica, destacam-se os sentidos lato e estrito. [...] Neste último enfoque, é também conhecido como princípio da reserva legal, ou seja, os tipos penais incriminadores somente podem ser criados por lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo, de acordo com o processo previsto na Constituição Federal. (Grifos nossos).

Desde as suas origens históricas, na Carta Magna de 1215 (“*Nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra*” – modificada posteriormente para “*devido processo legal*”), o princípio da legalidade tem por finalidade evitar que alguém seja preso ou privado de seus bens pela vontade singular do soberano, obrigando que os magistrados apliquem efetivamente as leis consagradas pela comunidade. “*O princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura, ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei*”¹⁵. A criação de um tipo penal pelo Poder Judiciário, além de afrontar a separação dos Poderes da República, mostra-se uma anomalia capaz de subverter a ordem constitucional das garantias humanas fundamentais no campo penal.

Além de garantia individual, o princípio da legalidade tem como um dos seus propósitos alcançar segurança jurídica, pois as leis, de modo geral, acabam por sustentar, de forma relativamente duradoura, as bases jurídicas em que se assentam as relações sociais. Assim, pode ser considerado uma garantia institucional de estabilidade das relações jurídicas.²⁶ Desrespeitar esse princípio, com a implementação da absurda “função

¹³ CARVALHIDO, Thiago Bonato. Elasticidade do crime de racismo afronta a Constituição Federal. 30 de Agosto de 2014. Revista Eletrônica Consultor Jurídico.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 3. Ed. Revista dos Tribunais. 2007. p. 85.

¹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil, 1989, v. 2, p. 23.



legislativa do judiciário” ou “*Judicialização do Poder Constituinte Originário*”²⁷ resultará em profunda instabilidade das relações sociais e jurídicas, culminando na extrema insegurança jurídica de ver no magistrado alguém capaz de criar ou extinguir direitos e garantias através da elaboração de normas, criminalizar ou permitir condutas, ao arredio da ordem constitucional pátria de separação dos Poderes.

A importância que o princípio da legalidade estrita (reserva legal) goza no Direito Brasileiro foi demonstrada com a Emenda Constitucional n. 32, que arrolou as matérias que não poderiam ser objeto de medida provisória, pela precariedade dessa espécie normativa, que pode ser rejeitada pelo Congresso Nacional, perdendo seus efeitos desde sua edição (§ 3º do art. 62 da Constituição). Figura nesse rol a matéria relacionada a direito penal e processual penal. Assim, resta positivada a impossibilidade de se veicular matéria relativa à definição de tipos penais e à cominação de penas através de medidas provisórias. O fundamento dessa alteração constitucional reside no fato de que se tratando de matéria penal, apenas o Poder Legislativo, cujos membros são os legítimos representantes do povo brasileiro, cumprido o devido processo legislativo, acompanhado de discussão e debates públicos sobre o tema, pode legislar no sentido de criminalizar condutas.

Desse teor, a magistral preleção de Carvalhido¹⁶:

“O princípio da legalidade estrita em matéria penal (princípio da reserva legal), portanto, impõe que a criminalização de condutas seja realizada, exclusivamente, após debate parlamentar exaustivo sobre a matéria. Se proposições legislativas ainda tramitam no Congresso Nacional, é sinal de que a criminalização da homofobia ainda guarda restrições junto ao povo e seus representantes, e por lá devem ser discutidas e pacificadas. É o preço da democracia, e da adoção constitucional da teoria da separação de Poderes”.

Sobre isto, veja o que foi dito pela Procuradoria-Geral da República no seu parecer expedido no curso do Mandado de Injunção n.º 4733/DF, que veicula pedido idêntico ao da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26:

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA – (em parecer subscrito pelo então Procurador-Geral Roberto Monteiro Gurgel Santos) *também opinou pelo não cabimento do MI: “Mandado de Injunção. Suposta mora legislativa do Congresso Nacional na tipificação de delitos praticados em razão de homofobia e transfobia. **Inexistência de mora legislativa quando***

¹⁶ CARVALHIDO, Thiago Bonato. Elasticidade do crime de racismo afronta a Constituição Federal. 30 de Agosto de 2014. Revista Eletrônica Consultor Jurídico.



já há projeto de lei em apreciação no Congresso Nacional. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Existência de legislação aplicável aos delitos praticados em razão de preconceito contra orientação sexual. Parecer pelo não cabimento do writ". (Grifos nossos)

Se a criminalização da homofobia integrará ou não o ordenamento jurídico pátrio, tal decisão cabe com exclusividade ao legislador infraconstitucional, o que não pode ser superado mesmo por uma exegese extensiva de legislação em vigor.

Desse modo, o desejo de criminalizar uma conduta que, a seu juízo, violam direitos fundamentais, não é em si ilegítimo ou inconstitucional, porém entendemos, a partir de um olhar constitucional, que esse desiderato não pode ser alcançado pela via do Poder Judiciário. Nesse sentido, elucidativa a lição de Lênio Luiz Streck, entre outros¹⁷:

*“Assim, sem pretender tirar a legitimidade dos movimentos sociais em buscar a criminalização de condutas que, a seu juízo, violam seus direitos fundamentais, entendemos, a partir de um olhar constitucional, que **esse desiderato não pode ser alcançado pela via do Poder Judiciário**. Nossa divergência, nesse sentido, quer abrir as portas para um profícuo diálogo no sentido de buscar as melhores e mais eficazes formas de combater discursos de ódio e atos discriminatórios praticados contra os mais variados movimentos sociais — em especial o LGTBT — e **mantendo, assim, incólume a Constituição, porque de nada adiante, sob pretexto de uma proteção, desproteger outros direitos**”.* (grifo nosso)

6. DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE

Outro ponto que surge como fundamento da pretensão de criminalização de todas as formas de homofobia e transfobia é o princípio da proibição de proteção insuficiente.

A priori, importante destacar que o referido princípio, importado do Direito Alemão, é utilizado na presente ação de forma totalmente descontextualizada do propósito para o qual foi criado. De maneira clara, a doutrina de Lenio Streck¹⁸:

*Se a tese foi utilizada na Alemanha no direito penal, foi-o em outro sentido e contexto. Lá o Tribunal Constitucional declarou ser inconstitucional a descriminalização do aborto. **Havia uma lei** e o Tribunal entendeu que o Parlamento não tinha liberdade de conformação para proceder a descriminalização, à míngua de alternativa minimamente eficaz para a proteção*

¹⁷ STRECK, et al, op. cit., p. 4

¹⁸ STRECK, et al, op. cit., p. 3.



da vida do nascituro. **Mas a decisão do Bundesverfassungsgericht não criminalizava qualquer conduta.**

Neste ponto, é necessário concluir que o **princípio da proibição de proteção insuficiente não pode ser usado como fundamento imperativo e eficaz para a criminalização de qualquer conduta, muito menos, como se discute na presente ação, através de provimento jurisdicional.**

Da mesma forma, quanto à técnica de decisões com perfil aditivo – sejam interpretativas, de acolhimento parcial ou substitutivas – estas, em princípio, não se aplicam em matéria penal, posto que, se assim o fosse, seriam atentatórias ao próprio sistema constitucional e à separação dos poderes. Neste sentido, emblemático e certo o pronunciamento do Ministro Cezar Peluso na ADPF 54 (ADPF-QO 54, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 31.08.2007, p. 154):

No fundo se trata – e nisso não há dúvida alguma – de criar, à margem da interpretação das normas de caráter penal, mais uma excludente de ilicitude, e neste ponto gostaria de fazer a seguinte observação: essa tarefa é própria de outra instância, não desta Corte, que já as tem outras e gravíssimas, porque o foro adequado da questão é do Legislativo, que deve ser o intérprete dos valores culturais determinantes da edição de normas jurídicas. É no Congresso Nacional que se deve debater se a chamada ‘antecipação de parto’, neste caso, deve ser, ou não, considerada excludente de ilicitude. (Grifos nossos)

7. A FALTA DE DEFINIÇÃO DAS FORMAS DE HOMOTRANSFOBIA E O CONFLITO COM A LIBERDADE RELIGIOSA

É indicado na ADO 26 que um dos motivos do seu ajuizamento é a mora do Congresso Nacional em votar o PLC 122/2006, que traria luz ao problema da violência contra a população LGBT+ ao criminalizar a homofobia e a transfobia.

Ocorre que um dos problemas levados à voga em tal projeto de lei foi o próprio termo “homofobia”, o qual foi cunhado, em 1972, pelo psiquiatra norte-americano, George Weinberg, no livro “*Society and the Healthy Homosexual*” (New York, St. Martin’s Press, 1972) e, nesta sua definição clínica, seria “medo e ódio aos homossexuais”. **O problema consiste no fato de que há várias espécies de rejeição à conduta homossexual, partindo de origens, pressupostos e fundamentos diferentes.**



O PL 122/2006 não diferenciava as duas situações, nem levava em consideração que para tipificação de conduta observa-se o dolo (a vontade) do agente, que em um exemplo seria a vontade de cumprir os preceitos religiosos de manutenção das regras de fé da sua religião e em outro a vontade de eliminar um ser humano que tem um modo de vida diferente do dele que julga padrão ou aceitável. **O mesmo problema está presente na pretensão manifestada na ADO n. 26, pois pede-se a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, sem conceituá-las ou determinar-lhes a abrangência.**

Deve-se levar em consideração que a pendência de aprovação, ou a atual discussão do conteúdo do Projeto de Lei nº 122/2006 no Congresso Nacional não deixa impunes os crimes praticados em razão da orientação sexual da vítima, pois há no ordenamento jurídico normas penais que tipificam os delitos de homicídio, lesões corporais e contra a honra, **não havendo necessidade ou urgência do Supremo Tribunal Federal regulamentar provisoriamente o tema, enquanto a citada proposta legislativa não é aprovada.**

Caminhando nesse raciocínio, não é demais lembrar as palavras e conselho do jurista inglês Sir Lord Devlin¹⁹ – ressalte-se, juiz de um sistema jurídico do tipo *common law*, baseado em construções jurisprudenciais:

É grande a tentação de reconhecer o judiciário como uma elite capaz de se desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático. Tratar-se-ia, contudo, de desviação só aparentemente provisória; em realidade, seria ela a entrada de uma via incapaz de se reunir à estrada principal, conduzindo inevitavelmente, por mais longo e tortuoso que seja o caminho, ao estado totalitário.

Neste sentido, não é possível equiparar um *skindhead* que assassina um homossexual em boate a um clérigo, que em seu ritual religioso, instrui e exorta com base nas normas éticas e morais da sua confissão de fé e condena a prática de atos libidinosos entre dois homens. Ora, o primeiro é um criminoso que pratica condutas já tipificadas em lei, devendo receber punição por tais atos; e o segundo é um religioso que exerce seu direito de praticar a crença religiosa que professa.

¹⁹ CAPPELETTI, Mauro. Juízes Legisladores. SAFE: Porto Alegre, 1993, p. 93.



O Direito Humano e Fundamental à Liberdade de Religiosa ou Crença é amplamente previsto na legislação nacional e supranacional, ao que citamos como exemplo o art. 5, VI, da Constituição Federal brasileira e o art. 18, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, *in litteris*:

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:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

Artigo 18. Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou em particular.

Este direito abrange não apenas a convicção interna do crédulo, seus atos pessoais e sua manifestação privada, mas também a dimensão pública, proclamatória e oponível contra quaisquer pessoas, sendo-lhe facultada a liberdade de expressão, manifestação, reunião, ensino, etc²⁰. **Este conjunto de liberdades não concede direito ao professo de denigrir outrem – no caso, um homossexual ou transexual – aplicando-lhe situação humilhante ou vexatória, nem imprimindo qualquer espécie de tentativa de tolher-lhe a dignidade, retirando-lhes direitos.**

Assim, desde que o discurso religioso, ainda que em tom firme e crítico – como, no caso da postura cristã ou islâmica tradicional de ser contrária às práticas homossexuais – limite-se a condenar as ideias e as práticas, sem ofender as pessoas ou provocando atos de violência em seu desfavor, mas expressando uma postura empática, trata-se de uma manifestação lícita²¹. **A ANAJURE entende que esta forma de pensar e se posicionar é o que rege a conduta da maior parte dos religiosos brasileiros, de modo que atos considerados “homotransfóbicos”, na verdade, são a mera discordância das práticas e não violência contra às pessoas, o que está em**

²⁰ MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva. Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996

²¹ TAVARES, André Ramos. O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 10, abr. 2009. Disponível em: < <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/29005>>. Acesso em: 1 dez. 2010.



pleno acordo com o respeito ao pluralismo instituído no nosso país (art. 1, V, da CF).

Importante destacar o julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 134.682/BA por esta corte. Após dissertar sobre todo o caso, o Relator, Ministro Edson Fachin, conclui que *“no contexto religioso, a tentativa de persuasão pela fé, sem contornos de violência ou que atinjam diretamente a dignidade humana, não destoa das balizas da tolerância”*. Ou seja, não há preconceito, nem discriminação se o clérigo limitar-se a reconhecer a distinção entre os padrões éticos e morais da religião que professa e aqueles subscritos por quem mantém práticas homossexuais, explanando, na sua visão, o desvio e a inviabilidade na manutenção destas condutas.

Ainda que, eventualmente, os dizeres possam sinalizar certa animosidade, se estiver ausente a intenção de escravizar, explorar ou eliminar os homossexuais e transexuais, não há conduta ilícita, pois não há incitação ao racismo, nem discurso de ódio, sendo pelo o exercício da Liberdade de Expressão sob tais balizas, conforme limitou o HC 82424/RS, julgado por esta corte: *“a liberdade de expressão (...) não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra.”*

Desse modo, não é razoável e não se pode criminalizar, de *per se*, a manifestação de um pensamento religioso – ainda que contrário a determinado comportamento social – por atentar contra a liberdade religiosa protegida pelo sistema constitucional brasileiro²². É desproporcional, abusivo e inconstitucional admitir que qualquer líder religioso que se oponha à prática homossexual e as assente como dignas de reprimenda, estejam assim sendo homofóbicos. Muito menos ainda seria razoável ou proporcional, a “criminalização” que se tenta obter, podendo mandar à prisão padres, pastores e qualquer líder cristão que se oponha à prática homossexual.

Por outro lado, a Constituição Federal garante, no *caput* do art. 5º, que *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, (...) garantindo-se o direito à vida, à*

²² RIVERO, Jean Rivero; MOUTOTH Hugues. Liberdades Públicas. Martins Fontes, 2006, p. 524



liberdade, à igualdade (..)”. Mais que isso, afirma a mesma, no seu art. 1º, inciso III, que constitui fundamento da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por este motivo, a ANAJURE entende que para os casos reais de homotransfobia deve ser aplicado todo o rigor da lei já existente, sendo inadmissível qualquer espécie de preconceito. Neste sentido, efetivamente, o ordenamento jurídico pátrio já protege homossexuais, bissexuais e transgêneros de agressões fundadas pelo preconceito contra suas orientações sexuais.

Entretanto, posicionamo-nos contrários à subsunção das liberdades civis fundamentais – especialmente, a de cunho religioso e confessional – ao direito à liberdade de opção sexual, sem qualquer análise do caso concreto ou aplicação da técnica de ponderação de direitos, mas, considerando qualquer opinião religiosa contrária como discriminatória e criminalizante. Ora, se há um conflito patente e se quer discutir a qualidade ou a suficiência da proteção à população LGBT+, a solução não é tolher a liberdade de manifestação do religioso, mas sim, estimular o debate das ideias e, especialmente, no âmbito competente, qual seja, o Poder Legislativo.

8. DOS REQUERIMENTOS

Por todo o exposto, pugna pelo indeferimento dos pedidos formulados na ADO 26, em razão da ausência de dados oficiais que indiquem de modo peremptório a ocorrência de crimes motivados por homofobia ou transfobia; da inaptidão do direito penal para modificar uma realidade social que demanda políticas públicas; da inexistência de mandado constitucional específico quanto à criminalização da homofobia e da transfobia; da ofensa à legalidade e à separação dos poderes na qual se incorrerá caso o Judiciário se preste a regular o assunto, matéria privativa do Legislativo; e da existência de projetos de lei que debatem a temática no seu local próprio, o parlamento.

Oportunamente, requer a realização de Sustentação Oral (julgamento pautado para 12/12/2018), nos termos permitidos pelo art. 138, do Código de Processo Civil, e art. 131, §3º, do Regimento Interno do STF.



Termos em que pede deferimento.

Brasília-DF, 10 de dezembro de 2018.

Dr. Jonas Moreno

Vice-Presidente do Conselho Diretivo Nacional da ANAJURE

OAB/SE n. 4484

Dr. Acyr de Gerone

Diretor Jurídico da ANAJURE

OAB/PR n. 24278