



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

**Ação Direta de Inconstitucionalidade
por Omissão (ADO.) n. 26.**

A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JURISTAS EVANGÉLICOS – ANAJURE, associação civil sem fins lucrativos, com objetivo de atuar na defesa das liberdades civis fundamentais (art. 3º, Estatuto), inscrita no CNPJ sob o nº 18.376.642/0001-55, com escritório nacional no Setor de Rádio e Televisão Sul, Quadra 701, Bloco 0, Ed. Multiempresarial, salas 697/698, fones 61-3964-8227 / 3963-8233, Brasília – Distrito Federal, membro pleno da FIAJC (*Federación Inter Americana de Juristas Cristianos*) e da RLP (*Religious Liberty Partnership*) – entidades internacionais reconhecidas na defesa dos direitos humanos fundamentais – e em processo de obtenção de status consultivo junto ao Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, neste ato representada pelo **Presidente de seu Conselho Diretivo Nacional, Uziel Santana dos Santos**, nos termos de seu Estatuto Social, Art. 13, parágrafo §4º, vem mui respeitosamente, por intermédio de seus insignes advogados, todos membros efetivos desta associação de âmbito nacional, que a esta subscrevem, com base no artigo 7º, § 2º da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, **peticionar a sua admissão como**

AMICUS CURIAE na ADO n. 26

impetrada pelo **Partido Popular Socialista (PPS)** em face do **Congresso Nacional**, pelos fatos e razões doravante expostos e pormenorizados, bem como, desde já, **também requer ao insigne Ministro Relator a apresentação de memoriais, participação em eventuais audiências públicas e realização de sustentação oral na Sessão de Julgamento.**



I. INTRÓITO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26) foi impetrada pelo Partido Popular Socialista (PPS) com o fim de obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, referentes a ofensas, crimes, agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, defendendo que tal criminalização específica, seria decorrente da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII). Subsidiariamente, fundamenta nas discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda, no princípio da proporcionalidade na aceção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88).

II. PREVISÃO LEGAL E REQUISITOS PARA ADMISSÃO COMO *AMICUS CURIAE*

A Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) perante o Supremo Tribunal Federal. Em seu artigo 7º, § 2º, o legislador apresenta os requisitos para admissão como *Amicus Curiae*, quais sejam: **relevância da matéria e representatividades dos postulantes**.

2.1. – PREVISÃO LEGAL:

Em solo Pátrio a figura do *Amicus Curiae* é relativamente moderna, contudo isso não impediu que a possibilidade de instalação do instituto fosse prevista em diversas leis esparsas dentro do ordenamento brasileiro ao longo do tempo.

A legitimidade para intervir, especificamente nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, é verificada analisando-se o disposto no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, principalmente quanto aos requisitos previstos, quais sejam “a relevância da matéria” e “a representatividade dos postulantes”.



Dispõe referido artigo:

Art. 7º § 2º *O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgão ou entidades. (Grifo nosso).*

O dispositivo em questão não exige que o *amicus curiae* seja um dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade constantes do artigo 103 da Constituição Federal de 1988.

Este é o posicionamento desta Corte de Constitucionalidade, consubstanciado nos “*leading cases*” mais recentes. Nesse sentido, o Pretório Excelso já exarou manifestação, admitindo como *amicis*, diversos órgãos e entidades que não constam desse rol¹.

Tem-se por certo que o objetivo da intervenção deste terceiro especial é proporcionar a participação efetiva dos mais diversos setores da sociedade, devidamente representados, no centro dos debates travados na Suprema Corte de Constitucionalidade. Excede, portanto o rol dos unguidos no art. 103 de nossa Carta Magna.

O § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99 determina ainda que o *amicus curiae* apresentará sua manifestação no prazo fixado no parágrafo anterior. Contudo, o § 1º foi vetado, abrindo uma lacuna. A redação do § 1º era a seguinte:

Art. 7o *Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.*

§ 1º Os demais titulares referidos no art. 2o poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 2.130-3/SC, Relator Ministro Celso de Mello, Informativo STF n. 215, DJ 02.02.2001; ADIN n. 2.223/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, Informativo STF n. 246; ADIN n. 2.540/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 08.08.2002, p. 00020; ADIN n. 1.104-9, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 29.10.2003, p. 00033; entre outras.



O prazo das informações, por sua vez, está previsto no art. 6º da Lei da ADI:

Art. 6º *O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.*

Parágrafo único. *As informações serão prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido.*

A interpretação mais acurada com a Doutrina e com a Jurisprudência moderna é aquela que sustenta que o prazo para manifestação do *amicus curiae* é de 30 dias, já que o prazo referido pelo vetado §1º era o das informações, que de acordo com o parágrafo único do art. 6º é de 30 dias.

No tocante ao termo inicial de contagem do prazo de 30 dias, não há mistério. Em que pese o parágrafo único do art. 6º dispor que as informações serão prestadas no prazo de trinta dias contados do recebimento do pedido. O termo *a quo* aqui fixado é aplicável aos órgãos ou às autoridades dos quais emanou o ato.

De acordo com a doutrina mais razoável e com os julgados recentes, o prazo para o *amicus curiae* comece a fluir nesta mesma data, sob pena de se tornar totalmente inócua a previsão de sua participação na ação direta.

De maneira inigualável, é magistério de Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá², que o prazo de 30 dias deve ter seu início **a partir do deferimento do pedido de intervenção do amicus curiae:**

“Pensamos, portanto, que nada impede transpor à hipótese o prazo de 30 dias previsto no art. 6º, desde que, contudo, o dies a quo seja o do deferimento do pedido de manifestação do amicus curiae”.

De mesmo posicionamento, e nos ensinando com maestria insuplantável assevera Carvalho Aguiar³:

² DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae – Instrumento de Participação Democrática e de Aperfeiçoamento da Prestação Jurisdicional.*, Curitiba: Juruá, 2011, p. 138

³ AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus Curiae*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2005., p. 31.



*“Em relação ao prazo destinado para manifestação do ‘colaborador da Corte’, com o veto do § 1º do art. 7º (que previa idêntico prazo àquele para apresentação de informações), criou-se uma lacuna legal, que deverá ser integrada analógica e sistematicamente. Embora existam posicionamentos contrários, **o termo a quo do prazo certamente haverá de ser a data da publicação da decisão que admite a intervenção do amicus curiae**”.*

Assim, no tocante ao fundamento legal para o pedido de habilitação como “Amicus Curiae” e para posterior apresentação de memoriais é de 30 dias.

Os memoriais serão apresentados no prazo de 30 dias e se resumirão em uma coletânea de citações de casos relevantes para o julgamento, artigos produzidos por juristas notáveis, informações fáticas, dados estatísticos, experiências jurídicas, sociais, políticas, argumentos suplementares, pesquisa legal extensiva que contenham aparatos que corroborem para maior embasamento da decisão pela Suprema Corte.

É sabido que o ingresso depende do Ministro Relator do processo e a sua admissão no feito, mas não se trata de um Direito meramente subjetivo, pois é pressuposto basilar da efetiva prestação jurisdicional, que o Relator tome como fundamento da decisão de admissão a pertinência jurídica e temática e a relevância social do debate proposto.

Como fora anteriormente dito, a manifestação do Amigo admitido será através de memoriais que fazem parte formal dos autos do processo e também através da sustentação oral, sendo que a apresentação de suas razões por memorial deve ocorrer no prazo de 30 dias contados a partir da **publicação da decisão** do relator que defere sua entrada no processo.

No mais, é notória a preferência dos Ilustres Ministros pela originalidade dos pontos trazidos na habilitação e nos memoriais. Toda matéria suscitada pelos Amigos da Corte deve ser nova e acrescentar pontos importantes não levantados pelas partes e nem pelos terceiros interessados.



Nessa toada, o Ilustre Ministro Relator Celso de Mello afirma que a intervenção do “... *amicus curiae*’ para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação...”⁴

Desse modo é patente a rejeição, caso os pontos trazidos não suscitassem matéria original:

*“INDEFIRO, igualmente, o pedido de habilitação da APP, pois as razões trazidas pelo postulante constituem repetição do conteúdo material de outras tantas já expostas por onze entidades admitidas”*⁵

O pedido de habilitação vem carregado de informações novas, inexistente nos autos, não trazidas à baila ao longo de todo o processo e que versam essencialmente sobre matéria pública e sobre dados estatísticos não trazidos para a discussão. **Neste sentido, no caso *sub examine*, este é o primeiro pedido de ingresso como *amicus curiae* que traz argumentos e fatos divergentes da Inicial e dos demais pedidos de ingresso como Amigo da Corte no feito, o que certamente traz benefícios para a discussão e *decisum* final.**

Desse modo, tendo em vista o preenchimento dos requisitos legais e dos pressupostos Jurisprudenciais, faz-se imprescindível o conhecimento da petição de habilitação ao processo, bem como concessão de prazo para apresentação dos memoriais na forma da Lei.

2.2. – DA REPRESENTATIVIDADE DA ANAJURE:

A ANAJURE (Associação Nacional de Juristas Evangélicos) é uma entidade civil com fins não econômicos que congrega advogados, juízes, desembargadores, promotores, procuradores, acadêmicos e bacharéis em direito, tendo seu lançamento institucional sido realizado no Auditório Freitas Nobre da Câmara dos Deputados, em Brasília/DF, em novembro de 2012.

⁴ STF, RE n. 593824, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, 1 nov. 2009.

⁵ STF, ADI n. 3772, Rel. Ministro Ayres Britto, Brasília, 17 abr. 2008.



A ANAJURE tem como missão institucional primordial a defesa das liberdades civis fundamentais – em especial a liberdade religiosa e de expressão – e a promoção dos deveres e direitos humanos fundamentais – em especial o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 3º, Estatuto). Dentre os objetivos institucionais (art. 4º, Estatuto), destacam-se:

*“(…) b) **constituir-se como uma entidade de auxílio e defesa administrativa e jurisdicional das igrejas e denominações evangélicas, em especial, nos casos de violação dos direitos fundamentais de liberdade religiosa e de expressão;** c) *constituir-se como um fórum nacional de discussão sobre o ordenamento jurídico brasileiro, sobre os projetos de lei em tramitação, sobre as propostas de políticas públicas governamentais, especialmente no que diz respeito aos deveres e direitos humanos fundamentais;* c) *constituir-se como uma entidade promotora de programas, projetos, atividades e ações que visem ao amparo dos chamados grupos vulneráveis, seja no Brasil, seja no mundo, como é o caso do programa de apoio aos refugiados por perseguição de qualquer natureza;**

A entidade tem atualmente cerca de 250 associados, com representação estadual funcionando em 22 Unidades da Federação: Acre, Alagoas, Amazonas, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Paraná, Paraíba, Pará, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Santa Catarina, Sergipe, São Paulo e Tocantins.

Cumprindo com seus objetivos institucionais – art. 4º, alínea “b”, anteriormente citado – tem parceria institucional e representa perante o Poder Público em matérias concernentes às liberdades civis fundamentais, em especial, a Liberdade Religiosa, as denominações evangélicas denominadas “Igrejas Históricas”, quais sejam: Igreja Presbiteriana do Brasil, Igreja Metodista, Aliança das Igrejas Congregacionais do Brasil, Igreja Batista Independente, Convenção Batista Nacional, Igreja Presbiteriana Independente do Brasil, Igreja Evangélica Luterana do Brasil, Igreja Presbiteriana Unida do Brasil, Convenção Batista Brasileira e Igreja Adventista. Neste



sentido, seguem **ANEXAS** a esta **Petição de habilitação** como **Amicus Curiae**, **declarações firmadas pela presidência de cada uma destas convenções de denominações evangélicas que, juntas, conformam segundo o último Censo do IBGE de 2010, cerca de 10 milhões de fiéis.**

Neste mesmo sentido e cumprindo o mesmo mister e objetivo institucional, a ANAJURE também representa aqui (DECLARAÇÕES ANEXAS) neste seu pleito de *Amicus Curiae* outras entidades cristãs autônomas que atuam em diversas áreas e segmentos sociais de alta relevância e representação social, tais como: ABIEE (Associação Brasileira de Instituições Educacionais Evangélicas)⁶, ACSI – Brasil (Associação Internacional de Escolas Cristãs)⁷, ACEB (Aliança Cristã Evangélica Brasileira)⁸, AMTB (Associação de Missões Transculturais Brasileiras)⁹, CONPLEI (Conselho Nacional de Pastores e Líderes Evangélicos Indígenas)¹⁰, SEPAL¹¹.

Resta assim comprovada a representatividade da ANAJURE para atuar no presente feito como *Amicus Curiae*, posto que, conforme se pode ler nos termos declarativos das entidades que nos legitimam, o julgamento da ADO 26 “*trata de matéria de alta relevância, complexidade e implicações sociológicas nas liberdades religiosa e de expressão dos nossos pastores e igrejas que merecem e ensejam a participação democrática das denominações evangélicas brasileiras representadas nesta ADO pela ANAJURE*”. É clarividente que a tipificação penal da chamada homofobia e transfobia tem repercussões no discurso religioso em geral – não só dos evangélicos – vez que, como é sabido, em geral, todas as religiões consideram a prática

⁶ ABIEE - Associação Brasileira de Instituições Educacionais Evangélicas, pessoa jurídica de direito privado, com fins não-econômicos constituída por tempo indeterminado, fundada em três de abril de dois mil e um, congrega entidades representativas de instituições de ensino, com fins não-econômicos, vinculadas às denominações evangélicas e mantenedoras de instituições de ensino reconhecidamente evangélicas, com fins não-econômicos, de natureza confessional, que tenham por objetivos a promoção da educação, da pesquisa, do ensino, da cultura e de conhecimentos que contribuam para a melhoria das condições sociais do povo, empregando seus recursos em atividades e projetos desenvolvidos exclusivamente no território brasileiro. É formada por uma Rede de Instituições Educacionais Evangélicas, nos seguintes termos: Rede Adventista (517 instituições), Rede Batistas (99 instituições), Rede Luteranas (54 instituições), Rede Metodistas (58 instituições), Rede Presbiterianas (180 instituições), AEE-UniEvangélica (3 instituições).

⁷ ACSI – Brasil (Associação Internacional de Escolas Cristãs) é formada no Brasil por mais de 100 instituições de ensino fundamental e médio.

⁸ ACEB (Aliança Cristã Evangélica Brasileira) é uma associação de natureza religiosa formada por entidades evangélicas de todo o país, abrangendo hoje 37 instituições.

⁹ AMTB (Associação de Missões Transculturais Brasileiras) é a maior entidade de missões e missionários evangélicos do Brasil, sendo integrada por mais de 40 instituições e agências missionárias.

¹⁰ CONPLEI (Conselho Nacional de Pastores e Líderes Evangélicos Indígenas) é formada por pastores e líderes de várias etnias de tribos indígenas brasileiras.

¹¹ SEPAL (Servindo Pastores e Líderes) é uma associação civil de apoio a denominações evangélicas e missões que alcança cerca de 160 mil pastores em seu trabalho de ajuda ministerial.



homossexual ontologicamente como um “pecado” ou contra seus valores e princípios morais. Os limites para isso, por certo, serão objeto de discussão e decisão deste Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Outrossim, ainda a título de representatividade, no cenário internacional, a ANAJURE é membro pleno da *Religious Liberty Partnership* – RLP, membro fundador da *Federación Inter-americana de Juristas Cristianos* – FIAJC, e uma das entidades fomentadoras do *International Parliamentary Platform for Freedom of Religion or Belief (IPPFBR)*, que se trata de uma coalizão internacional de parlamentares em prol da liberdade religiosa do mundo – lançada em novembro de 2014 no Nobel Palace Center em Oslo – Noruega. No Brasil, a ANAJURE é a ONG responsável pela coordenação das atividades do IPPFRB, estando, neste momento, à frente dos atos preparatórios para o lançamento da mesma no dia 17 de março de 2015 no Congresso Nacional com a participação de membros do *All Party Parliamentary Group on International Freedom of Religion or Belief* da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da *United States Commission on International Religious Freedom*. Além disso, a ANAJURE tem várias parcerias internacionais com entidades que trabalham com direitos humanos fundamentais, em especial, a liberdade religiosa, tais como: *Christian Solidarity Worldwide (CSW)*, *Middle East Concern*, *Religious Freedom & Business Foundation*, *Advocates International*, *Open Doors International*, *Stefanus Alliance*.

No prisma acadêmico, cumprindo também seus objetivos institucionais e visando à construção de debates sobre as liberdades civis fundamentais, em especial, a Liberdade Religiosa e de Expressão, a ANAJURE organiza anualmente o ENAJURE (Encontro Nacional de Juristas Evangélicos), sendo o que o primeiro foi realizado em Campina Grande/PB (2013), o segundo em Cuiabá/MT (2014) e o terceiro convocado para Belo Horizonte (em agosto de 2015) e o Congresso Internacional sobre Liberdades Cívicas Fundamentais, cuja primeira edição ocorreu em março de 2014, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), Brasília/DF e a nova edição será realizada no próximo dia 18 março de 2015, também no auditório do STJ, com a presença de acadêmicos especialistas das prestigiosas Faculdades de Direito das universidades de Oxford e Coimbra.

Além disso, recentemente, a ANAJURE realizou os seguintes eventos e ações para a promoção e defesa das chamadas Liberdades Cívicas Fundamentais:



- 1º Seminário sobre Cosmovisão Cristã e o Direito numa sociedade pós-moderna e pós-cristã, em Recife-PE, no Tribunal de Justiça de Pernambuco;
- Lançamento da Editora da ANAJURE e debate sobre a importância do Direito de Liberdade Religiosa para o estado democrático de Direito, em Anápolis-GO, na UniEvangélica, em dezembro de 2014;
- Lançamento da Editora da ANAJURE e debate sobre a importância do Direito de Liberdade Religiosa como primeiro e fundamental Direito de um Estado Democrático, em São Paulo-SP, na Universidade Mackenzie, em dezembro de 2014;
- 1º Congresso Luso-Brasileiro de Direito Constitucional, em Campina Grande-PB, no Garden Hotel, em novembro de 2014;
- Seminário Internacional sobre Liberdade Religiosa, em São Paulo, na Universidade Mackenzie em março de 2014;
- Seminário Internacional sobre Liberdade Religiosa, em Curitiba-PR, na PUC/PR, em março de 2014.

Destarte, sendo a ANAJURE uma entidade que defende a proteção das liberdades civis fundamentais, bem como a ampla e irrestrita salvaguarda direitos humanos fundamentais, que são fundamentos para o pedido da ADO 26, reputa-se por legítima sua admissão como *Amicus Curiae*.

2.3. – RELEVÂNCIA DA MATÉRIA

Esse segundo critério de ordem objetiva, referente à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, trata do objeto da ação, que é exatamente a “*criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia*”.



A matéria – violência contra homossexuais – é relevante e um tema importante, que tem sido discutida no Parlamento, na mídia, nos movimentos sociais e nas organizações religiosas. A presente instituição peticionante, conforme vimos anteriormente, reafirma nosso trabalho contra a violência em todas as suas formas, não somente a real, mas também a violência simbólica, vale dizer, aquela que decorre do discurso.

A despeito disso, a ANAJURE entende que a dissuasão desse tipo de violência não ocorre eficazmente através da simples tipificação criminal, mas, sim, através de políticas públicas de conscientização e prevenção na sociedade civil, principalmente através de processos educacionais e pedagógicos. Corroborando esse ponto de vista, leciona Canetti¹² que:

“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?”

Nesse ponto, levanta-se o questionamento se o Direito Penal pode, ou deve, ser utilizado como solução para todos os problemas sociais. Rememorando as palavras do criminólogo Alessandro Baratta, o jurista Lênio Streck leciona: *“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, pugnando pelo máximo de punição. Assim, a chamada ‘hipetrofia 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’”*¹³.

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*

¹² CANETTI, E. *Massa e poder*. Tradução Sérgio Tellaroli. São Paulo: Cia das Letras, 1995, p. 18-19.

¹³ STRECK, Lênio 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.



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”¹⁴, sem resultados eficientes.

2.3.1. Ausência de Dados oficiais para subsidiar o pleito:

Um aspecto importante desta discussão é se, de fato, no plano sociológico, no Brasil, nós temos altos índices de violência contra homossexuais. Porque se não há fatos sociais justificadores da “homofobia”, a discussão jurídica da presente ADO a respeito da tipificação penal da mesma resta sem sentido e o termo “homofobia”, em verdade, seria o que grande parte dos críticos do movimento LGBT denomina de “criação semântica”. Sobre isso, pretendemos nos ater especialmente, quando da apresentação dos memoriais. Mas, preliminarmente, podemos afirmar, inclusive com base nas informações já trazidas a esta ADO pelo Impetrante e Colaboradores da Corte, que o tema objeto da presente ação carece de subsídios fáticos e sociológicos, pois **inexiste base de dados OFICIAL que possa apontar de forma incontestada a dimensão dos crimes praticados em razão de homofobia em todos os Estados da Federação.**

Salientamos, inclusive, que 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.

Neste sentido, por exemplo, os próprios relatórios feitos pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República sobre violência homofóbica afirmam que:

*“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 **dificuldade de definir conceitos adequados, a obtenção de dados confiáveis de estudos históricos e***

¹⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 80.



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 reportação 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)”¹⁵.

Vemos, assim, que o tratamento estatístico dado para uma melhor definição e compreensão do que se reivindica como violência homofóbica a ensejar a tipificação penal da mesma não é algo tão claro e real. A grande questão que se apresenta antes mesmo da tipificação penal pretendida via Judiciário é: o que é mesmo homofobia?

Seja como for, uma vez deferido nosso pleito de colaborador da Corte, apresentaremos nos nossos Memoriais a realidade oficial desses dados, com as devidas e possíveis interpretações dos mesmos, o que, por certo, contribuirá para o debate e definição do que é homofobia e se ela, de fato, existe no nosso país, nos termos que é propagado pelos movimentos LGBT *et alli*.

Outrossim, é importante afirmarmos, desde já, que enquanto certos grupos que advogam a criminalização da homofobia apresentam números expressivos e excessivos de crimes praticados contra homossexuais, fazendo parecer que tais crimes são decorrentes de simples discriminação homotransfóbica, **há estatísticas e pesquisas que mostram que, na maioria dos crimes, também os agressores são homossexuais e as motivações não coincidem com o comportamento dito homofóbico**, conforme demonstraremos nos Memoriais.

A título tão-somente de exemplo inicial, nesse sentido, vide a Tese de Doutorado “Desejo, preconceito e morte: assassinatos de LGBT em Sergipe: 1980 a 2010.” do Prof. José Marcelo Domingos de Oliveira, segundo a qual ficou demonstrado que o perfil dos ditos assassinatos de homossexuais, na maioria dos

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



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.

O Prof. Marcelo Domingos assim assevera em sua Tese¹⁶:

“6.2.4 - LGBT e os crimes passionais:

Ao longo das últimas décadas, o Grupo Gay da Bahia (GGB) tem divulgado relatórios que narram o fatídico universo da violência contra LGBT no Brasil. A ideia principal é a morte por homofobia, relegando ao segundo plano, outras razões possíveis, entre as quais os crimes passionais. Esta linha de raciocínio defendida pela militância da causa homossexual me convenceu e, de certa forma, ofuscou a minha curiosidade para pensar e problematizar de forma contrária.

Este posicionamento esvaziou-se quando li na revista Veja uma nota em que o jornalista questionava o argumento de que todas estas mortes se revestiam de homofobia. E, o advento da morte de Adeilson Santos Andrade (Lêu), em Itabaianinha em 1995, deu as primeiras pistas, a ponto de considerar deste ponto em diante outras causas para os assassinatos contra LGBT em Sergipe. Entretanto, a minha argumentação não alcançava eco na imprensa local, ainda fortemente marcada pelo apelo sensacionalista deste tipo de matéria e, por outro lado, não encontrava eco no círculo acadêmico.

Persisti em meus estudos e verifiquei que a única maneira de romper com o argumento em voga seria aprofundar as pesquisas junto a Justiça (Inquéritos e Processos) e idas infundáveis ao Instituto Médico Legal (IML).

¹⁶ Oliveira, José Marcelo Domingos de. Tese de Doutorado. *Desejo, preconceito e morte: assassinatos de LGBT em Sergipe: 1980 a 2010*. Natal: UFRN, p. 137.



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 LGBT 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”.

E sobre os casos de violência envolvendo homossexuais em Sergipe arremata¹⁷:

“Nota-se também uma mudança significativa em relação aos casos de assassinatos nos anos de 1980 a primeira década do século XXI. Nesse sentido, é pertinente considerar que ocorreu um aumento de casos de violência que mantêm vínculos com os condicionantes de uma criminalidade em geral, em especial fatores ligados a conflitos provenientes de uso ou venda de drogas (crack). **Isso é importante para que possamos também compreender que existem casos de violência decorrente de crimes passionais. Fato que desmistifica a noção de que todos os LGBT são vítimas da homofobia.** Fenômeno que existe, persiste, mas não é a única causa geradora de crimes contra este segmento da sociedade aqui estudado”.

E tal fenômeno se repete nos demais Estados da Federação, conforme demonstraremos nos Memoriais a posteriori.

¹⁷ Op. cit. p. 149.



2.3.2. Da inexistência do Mandado Constitucional de criminalização da Homofobia e Transfobia:

O controle de constitucionalidade por omissão é matéria de justiça constitucional concernente à realização da Constituição naquilo em que ela mesma exige medidas que a tornem efetiva.¹⁸ Entende-se a omissão a partir do dever, presente na Constituição, dos Poderes e das autoridades de disciplinar determinada matéria. O cumprimento parcial e o não cumprimento do dever constitucional de legislar caracterizam, respectivamente, a inconstitucionalidade ou omissão parcial e total.¹⁹

Nesse sentido, leciona Marcelo Barros Jobim²⁰:

“Veja-se que não se trata basicamente da falta de aplicação da Constituição nos pontos em que as matérias já foram previamente definidas pelo Poder Constituinte, mas, sim, naquela dimensão ainda obscura, tais como as normas constitucionais de eficácia limitada”.

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 significa – diferentemente do que se verifica no caso do Racismo (artigo 5º, XLI da C.F.) – que tal punição tenha de se dar na esfera criminal, pois no caso do inciso XLI, as hipóteses concretas e mesmo as sanções para as diversas situações foram deixadas, pelo Constituinte Originário, ao alvedrio da deliberação legislativa infraconstitucional. 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, reiterar-se, punição não é equivalente à criminalização.²¹

Além disso, o referido direito fundamental presente no texto constitucional impõe ao Estado o dever de combater e punir todas as formas de discriminação e racismo

¹⁸ JOBIM, Marcelo Barros. *Existem Omissões Constitucionais?* Viva, 2013. p. 152.

¹⁹ CLÉVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro.*, Revista dos Tribunais, 1995

²⁰ JOBIM, *op. cit.*, p.153

²¹ 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.



(fim), não se referindo, portanto, “à legislação específica de um tipo especial de conduta (meio)”²²

Conclui-se que não há comando constitucional de criminalização específica da homofobia e transfobia. Assim, não há que se falar em inconstitucionalidade por omissão, muito menos da possibilidade de criminalização por provimento jurisdicional, pois, reiterese, essa decisão cabe exclusivamente ao legislador infraconstitucional. Nos nossos memoriais, pormenorizaremos esta análise.

2.3.3. 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*”, ficando no ordenamento jurídico pátrio os princípios da legalidade, e da reserva legal.

²² STRECK, et al, *op. cit.*, p. 3



“Neste ponto, trata-se de **cláusula pétrea**, irredutível em seu núcleo, como condição de progresso dos direitos humanos e a vedação ao retrocesso na defesa processual-penal. **Assim, não haverá crime nem pena enquanto lei, em sentido estrito, não houver sido perfectibilizada pelo Congresso Nacional**, e rigorosamente por meio do processo legislativo próprio.”

Desse modo, a edição de normas penais está sujeita ao princípio da reserva legal, e lei, em sentido estrito, é somente a norma produzida pelo Congresso Nacional, sendo competência privativa da União legislar sobre Direito Penal (art. 22, inciso I, da Constituição Federal);²³

Nesse sentido, elucidativa a lição de Guilherme de Souza Nucci²⁴:

“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

²³ CARVALHIDO, Thiago Bonato. *Elasticidade do crime de racismo afronta a Constituição Federal*. 30 de Agosto de 2014. Revista Eletrônica Consultor Jurídico.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 3 ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 85



*uma outra via que não seja a da lei.*²⁵ **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 propósito 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 legislativa do judiciário” ou “*Judicialização do Poder Constituinte Originário*”²⁷ resultará em profunda instabilidade das relações sociais e jurídicas, culminando na profunda 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 arredo 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.

²⁵ BASTOS, Celso Ribeiro Bastos. *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, 1989, v. 2, p. 23.

²⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David Araujo, JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de Direito Constitucional*, Verbatim, 2011, 16 ed, p. 166.

²⁷ SANTANA, Uziel. *Um Cristão do Direito num País torto*. Campina: VCP, 2012.



Desse teor, a magistral preleção de Carvalhido²⁸:

“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”.

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 outros:²⁹

*“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)

²⁸ CARVALHIDO, Thiago Bonato. *Elasticidade do crime de racismo afronta a Constituição Federal*. 30 de Agosto de 2014. Revista Eletrônica Consultor Jurídico.

²⁹ STRECK, et al, *op. cit.*, p. 4



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 Streck³⁰:

*“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 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):

³⁰ STRECK, et al, op. cit., p. 3



“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)

2.3.4. Considerações importantes sobre o tema proferidas no Mandado de Injunção nº 4733/DF:

O Mandado de Injunção n.º 4733/DF veicula pedido idêntico ao da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26. No seu polo ativo, o MI 4733 é assinado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT); o réu: o Congresso Nacional, que estaria em mora por não criminalizar “*todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) um pressuposto inerente à cidadania da população LGBT na atualidade*”. (trecho dos autos do processo)

Revestem-se de grande importância as manifestações – contrárias ao pedido – por parte do Senado, Câmara, Advocacia Geral da União e Procuradoria-Geral da República, não somente pela inadequação da via eleita (Mandado de Injunção), mas em relação ao mérito da pretensão (criminalização da homotransfobia pelo Judiciário). Seguem abaixo trechos das manifestações supracitadas:



SENADO FEDERAL – preliminarmente alegou “falta de interesse de agir pela inadequação da via eleita, seja pela ausência do dever constitucional de legislar, seja pela **ausência de mora legislativa** (art. 267, VI, do CPC)”, e no mérito defendeu a “***improcedência dos pedidos, por atentarem contra o princípio da reserva legal penal***”; (Grifo nosso)

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***”. (Grifo nosso)

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), 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)

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 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)

Acolhendo os pareceres da AGU e PGR, o MI 4733/DF não foi conhecido pelo Supremo Tribunal Federal em 23/10/2013, em decisão monocrática do ministro Ricardo Lewandowski, afirmando em sede de conclusão “***no sentido de que não há em jogo direito subjetivo especificamente consagrado na Carta Magna cuja fruição esteja sendo obstada pela ausência de regulamentação legal, mas sim um legítimo e bem articulado movimento em prol de uma legislação criminal ainda mais rigorosa no tocante à punição de condutas homofóbicas***” (extraído dos autos do processo). Da decisão do STF, a ABGLT impetrante ingressou com agravo regimental, cuja decisão ainda não foi manifestada.

Pelas manifestações citadas, e decisão tomada pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski no Mandado de Injunção 4733 Distrito Federal, conclui-se que não há amparo político/jurídico para o deferimento da presente ação, por constituir uma afronta ao Estado Constitucional Brasileiro e aos direitos e garantias fundamentais na seara penal.

2.3.5. O problema da tentativa de criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, sem conceitua-las ou determina-lhes a abrangência:

As normas jurídicas, como pautas de comportamento que a sociedade estabelece para todos, indistintamente, nada mais são do que expressões daquilo que ela mesma considera ser o seu “bem”, o seu “belo” e a sua “verdade”. O que os romanos chamavam de *mores maiorum civitatis*, isto é, a moral da sociedade. E tudo isso se forma – os



princípios e normas do nosso ordenamento jurídico – através de um sistema de exercício e controle de poder que, no nosso caso, chamamos de democracia.

E o que seria democracia? Abraham Lincoln, no famoso ‘Discurso de Gettysburg’, em 19 de novembro de 1863, disse ser o “*governo do povo, pelo povo e para o povo*”. E cabe ao Parlamento, democraticamente, estabelecer os princípios e normas jurídicas. De tal maneira que o “Direito”, uma vez institucionalizado, deve representar o padrão moral da maioria da sociedade, sempre respeitando o direito de expressão dos que contra esta maioria se opõe, porque seria inadmissível, num Estado que se diz Democrático de Direito – onde mais do que isso, os direitos sejam, realmente, democratizados. É inadmissível a suplantação dos princípios da liberdade, dentre eles inclusos o de expressão, de pensamento e de crença, todos garantidos pela nossa Constituição de 1988.

A criminalização da homofobia foi apresentada pela deputada Iara Bernardi (PT/SP), através do Projeto de Lei nº 5.003/2001, protocolizado na Câmara dos Deputados em 07 de agosto de 2001. O PL foi arquivado em 31 de janeiro de 2003 e desarquivado em 21 de março de 2003. Aprovado no Plenário da Câmara em 23 de novembro de 2006. No Senado Federal recebeu a numeração de PLC 122/2006. Arquivado em 12 de janeiro de 2011, desarquivado em 08 de fevereiro de 2011. Novamente arquivado em 26 de dezembro de 2014.

Grande parte da controversa discussão da matéria envolve a comunidade cristã, mais especificamente a católica e evangélica, justamente por supostamente ofender a liberdade de culto e religião, uma vez que o PL 122/2006 tipificava a conduta de “*impedir ou restringir a manifestação de afetividade em locais públicos ou privados aberto ao público*” (que poderia ser uma igreja em um momento de liturgia, por exemplo), em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero.

Um dos problemas levados à voga com o PLC 122/06, 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. Isto é, não dá para comparar e colocar no



mesmo “bolo jurídico” um *skindhead* que assassina um homossexual em boate a um clérigo, que em seu ritual religioso, cita um livro sagrado milenar que condena a prática de atos libidinosos entre dois homens.

Ora, o religioso exerce o direito humano fundamental de praticar sua crença religiosa e o outro é um criminoso que pratica condutas já tipificadas em lei, devendo receber punição por tais atos. E 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.

Desse modo, o que não é razoável e não se pode é criminalizar a manifestação de um pensamento religioso – ainda que contrário a determinado comportamento social - por atentar contra a liberdade religiosa protegida pelo sistema constitucional brasileiro.³¹

Portanto, é desproporcional, abusivo e inconstitucional admitir que, se um padre, pastor ou qualquer líder religioso, nos seus sermões, sendo fiel ao texto que eles têm como regra de fé e prática – a Bíblia, por exemplo –, assente que as práticas homossexuais são “pecados”, estejam assim sendo homofóbicos.

Também não é razoável, a “criminalização” que se tenta obter poder mandar à prisão padres, pastores e qualquer líder cristão que se opõem à prática homossexual. Ora, 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 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.

³¹ RIVERO, Jean Rivero; MOUTOTH Hugues. *Liberdades Públicas*. Martins Fontes, 2006, p. 524.



Ora, tudo isso significa, por exemplo, que se a minha predileção é ser fumante ou não, homossexual ou heterossexual, acreditar em Deus ou não, ser católico, evangélico, espírita, capitalista ou comunista, enfim o que quer que seja – desde que não seja contrário ao sistema jurídico – tudo isso está num nível de dispositividade e volição de cada um.

Agora, a Constituição não permite a criminalização e consequente condenação de pessoas pelo simples fato de elas se oporem ideológica, ética, religiosa ou culturalmente contra certas ideias, tendências ou comportamento.

Ademais, de modo claro e peremptório, a CF estabelece no art. 5º, como direito e garantia fundamental, que “é livre a manifestação do pensamento” (IV), “é inviolável a liberdade de consciência e crença” (VI), “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política” (VIII), “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (IX).

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. Assim, efetivamente, o ordenamento jurídico pátrio já protege homossexuais, bissexuais e transgêneros de agressões fundadas pelo preconceito contra suas orientações sexuais. Se se quer discutir a qualidade desta proteção ou se ela é insuficiente isso, está claro, é matéria do poder competente, neste caso, o Poder Legislativo.**

Nesse sentido, não é demais relembrar as palavras e conselho do jurista inglês Sir Lord Devlin³² – 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

³² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. SAFE: Porto Alegre, 1993, p. 93.



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.”

Por fim, é de se ressaltar que a situação concreta carece de discussão com vários setores da sociedade civil que seriam, em tese, afetados pela possível criminalização da homofobia nos termos requeridos na presente ADO, ensejando a participação do *amicus curiae* de representantes nos autos.

A temática dessa ação constitucional tem alta complexidade, pois mesmo tendo uma finalidade nobre – qual seja: reduzir ou cessar a discriminação decorrente de orientação sexual ou identidade de gênero – objetiva a criação de tipos penais pelo Poder Judiciário, **em uma matéria na qual não há consenso na sociedade, nem no legislativo ou no meio jurídico.**

Os objetivos institucionais da ANAJURE guardam pertinência temática com o objeto da ADO, e com consequências que eventual deferimento do pleito pode causar, pois está previsto no art. 4º de seu Estatuto que tem com objetivo “*promoção e defesa das liberdades civis fundamentais, dos ideais do Estado Democrático de Direito e dos valores do Cristianismo, em especial, a defesa da dignidade da pessoa humana*”, além de ser uma “*entidade de auxílio e defesa administrativa e jurisdicional das igrejas e denominações evangélicas, em especial, nos casos de violação de direitos fundamentais de liberdade religiosa e de expressão*”.



III. DO PETITUM

Diante do exposto, a Associação Nacional de Juristas Evangélicos (ANAJURE) REQUER a Vossa Excelência, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, a:

- a. *Admissão como Amicus Curiae;*
- b. *Apresentação de Memorais, no prazo legal e regimental, e outras manifestações porque já requer desde já sua participação;*
- c. *Realização de audiências públicas para discussão do tema objeto desta ação com entidades governamentais, civis, especialistas e demais interessados, com participação oral da peticionante;*
- d. *Participação na sessão de julgamento desta ADO, com sustentação oral em plenário.*

No mérito, a ANAJURE pugna pelo indeferimento dos pedidos formulado na ADO pelo Partido Popular Socialista, pelos fatos e fundamentados que, apenas superficialmente e *un passante*, citou nesta petição e **requer detalhar em sede de memoriais. Subsidiarimente**, caso não seja esse o entendimento desta Suprema Corte, criando o tipo penal de “homotransfobia”, ou equivalente, requer a construção hermenêutica, a partir de uma interpretação conforme da Constituição Federal, no sentido de vedar qualquer tipo de interpretação ou aplicação que venha a incluir ou considerar como homofobia (ou terminologia equivalente), a mera manifestação discursiva ou escrita, seja em espaços públicos ou privados, em ato religioso de qualquer religião, que considere a homossexualidade um ato contrário a determinada prática religiosa.



Encaminhamos em anexo Estatuto, Termo de Posse da Diretoria e Declaração de entidades da sociedade civil que, na forma do nosso Estatuto, fazem-se representar – assim nos legitimando – no presente pleito de **Amicus Curiae**.

Termos em que pede deferimento.

Brasília, 27 de fevereiro de 2015.

Uziel Santana
Presidente do Conselho Diretivo Nacional

Dr. José Julio dos Reis
OAB/DF nº 22.057

Dr. Roberto Tambelini
OAB/SP nº 355.916

Dr. Enio Pereira
OAB/PB nº 10.111

Dr. Augusto Ventura
OAB/DF nº 23.804

Dr. Valter Vandilson
OAB/PB nº 8.908