

FRENTE PARLAMENTAR DA FAMÍLIA E APOIO À VIDA

Presidente Senador Magno Malta

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR DA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO N. 26/DF**

Processo: ADO 26

Requerente: Partido Popular Socialista

Requerido: Congresso Nacional

A FRENTE PARLAMENTAR “MISTA” DA FAMÍLIA E APOIO À VIDA, entidade associativa, de natureza não governamental, constituída no âmbito do Congresso Nacional e integrada por Deputados Federais e Senadores da República Federativa do Brasil, com foro no Distrito Federal, presidida pelo Senador Magno Malta (PR-ES) vem, perante Vossa Excelência, requerer a admissão de sua intervenção, nos autos da AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 26/DF, na condição de **AMICUS CURIAE**, pelos fatos e fundamentos jurídicos que seguem:

I - PRELIMINARMENTE

1. Da Legitimidade de Intervenção, na relação processual, em ação de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, de *Amicus Curiae*

FRENTE PARLAMENTAR DA FAMÍLIA E

APOIO À VIDA

Presidente Senador Magno Malta

Originária do direito anglo-saxão (*NERY JUNIOR, Nelson, e NERY, Rosa Maria de Andrade, Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1104, v. g.), disciplina-se, na Lei Federal n. 9.868/1999, art. 7º, § 2º, a figura processual do *amicus curiae*, nas ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade.

A teleologia que inspira e informa a figura do *amicus curiae* é a de levar-se à Corte Suprema elementos que propiciem o exercício da jurisdição constitucional com maior e pleno conhecimento das questões – jurídicas, sociais, econômicas, políticas, culturais, religiosas, entre outras – que gravitam em torno de causas complexas, viabilizada pela exposição de razões e dados por sujeitos que representem, de modo adequado, interesses sociais em disputa na questão constitucional sob exame.

Não se ignora que os pedidos da ADO 26 – todos eles, forçoso dizê-lo, sequer suscetíveis de ensejar, no que lhes toca, juízo positivo de admissibilidade da ação – submetem, no mérito, ao Supremo Tribunal Federal temas impregnados do mais alto relevo, que despertam, a toda evidência, a justa atenção da comunidade jurídica para as seguintes questões fundamentais no contexto de uma sociedade livre:

(a) o **alcance das liberdades do pensamento, notadamente das de consciência, crença e expressão**, sobretudo no que tange à possibilidade de os cidadãos pronunciarem publicamente, **sem a ameaça de sanções cíveis ou criminais** impostas pelo aparelho estatal, uma visão de mundo contrária à da ideologia homossexual;

(b) o **uso indevido**, considerada a liberdade de expressão, numa sociedade democrática, **do direito penal, com o fim de decidir controvérsias ideológicas**, dissidências entre cosmovisões, impondo silêncio aos cidadãos sob pena de desencadeamento de processo de

FRENTE PARLAMENTAR DA FAMÍLIA E

APOIO À VIDA

Presidente Senador Magno Malta

conhecimento para inflição de sanção penal, além do uso de medidas cautelares pessoais;

(c) a **violação ao princípio da legalidade ou da reserva legal em matéria penal**, primeiramente, pela tentativa de forçar a aplicação da Lei n. 7.716, de 5.1.1989 (Lei do Racismo), na clara contramão do âmbito de validade material de suas normas, sobre o livre discurso e a livre expressão das ideias a respeito da sexualidade e da constituição, que se entende correta e natural, da família;

(d) a **violação ao princípio da legalidade ou da reserva legal em matéria penal e aos limites da jurisdição constitucional num Estado Democrático de Direito**, presente na postulação, contida na exordial da ADO 26, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal interfira na liberdade de conformação-criação de tipos penais, impondo ao Congresso o dever de legislar e, até, na sua falta, após ultrapassado prazo que se estabeleça, que o Excelso Pretório crie, ele mesmo, legislação penal, visando a punição de discurso veiculado de conteúdo contrário à visão de mundo da minoria interessada;

(e) a **violação à inviolabilidade parlamentar**, constitucionalmente garantida na regra do art. 53 da Constituição da República, estampada, ainda, na postulação – de tudo alheia, antecipe-se, a qualquer objeto possível em sede de jurisdição constitucional abstrata – de condenação de parlamentares por danos materiais, morais e estéticos que – enquanto não sobrevenha lei em sentido formal postulada pela comunidade LGBT – venha a sofrer qualquer integrante de sua ilustrada membresia.

Estabelece o artigo 49, X da Constituição Federal que é da competência exclusiva do Congresso Nacional zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes,

FRENTE PARLAMENTAR DA FAMÍLIA E

APOIO À VIDA

Presidente Senador Magno Malta

portanto, a Frente Parlamentar da Família e Apoio à Vida vem perante o Supremo Tribunal Federal requerer a admissão da intervenção na qualidade processual de *amicus curiae*.

Às matérias, portanto, não se pode negar a relevância que ostentam, preenchendo-se, assim, o primeiro requisito de que cuida o dispositivo do § 2º do art. 7º da Lei n. 9.868/1999, ao qual se soma, nos autos, a representatividade da FRENTE PARLAMENTAR DA FAMÍLIA E APOIO À VIDA, ora postulante, igualmente exigido neste dispositivo legal.

Congrega a FRENTE PARLAMENTAR DA FAMÍLIA E APOIO À VIDA parlamentares cujo objetivo associativo pressupõe e exige, para sua plena e livre desenvoltura, um regime de real proteção dos direitos e liberdades fundamentais, conforme o artigo 2º do Estatuto aprovado, em anexo.

A Frente Parlamentar Mista da Família e Apoio à Vida foi instituída por 198 parlamentares entre Deputados Federais e Senadores da República Federativa do Brasil, conforme ata em anexo.

A Frente Parlamentar da Família e apoio à Vida ora intervém em respeito à diversidade do povo brasileiro, composto especialmente por protestantes, evangélicos e católicos que agora se vêm ameaçados, como indivíduos, família e igreja pela ADO 26 que lhes suprime a liberdade de consciência, crença e expressão no país, cediço que cristãos.

A democracia deve ser respeitada, assim como o entendimento cristão majoritário, e ainda que fosse minoritário, de que o homossexualismo discrepa da vontade Divina para a humanidade, havendo Deus criado homem e mulher e, desse modo, constituído a família segundo o modelo da heterossexualidade. Respeito se impõe. A diversidade deve ser aceita e protegida pelo Judiciário.

FRENTE PARLAMENTAR DA FAMÍLIA E

APOIO À VIDA

Presidente Senador Magno Malta

Não obstante, milhões de brasileiros, professantes da fé cristã, para não dizer de outros tantos que, conquanto não adiram publicamente à mesma ou sequer a outra qualquer opção religiosa, e que, acrescente-se, esposam visão de mundo inconciliável com a homossexual, veem-se expostos a pleitos, todos deduzidos na ADO 26, que, comprometendo, radicalmente, o próprio regime das liberdades do pensamento, são a semente da perseguição ideológica no Brasil.

Vai-se demonstrar, na presente petição de ingresso, observando-se, com correção, a exigência *habermasiana* de **tradução** em termos de razões públicas, o risco, mais que qualificado, ao sistema constitucional, presente numa tentativa de everter jurisdicionalmente o regime democrático, criando-se, estranhamente, em nome da igualdade e da inclusão, privilégio contra o discurso contrário.

Importa abrir-se o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo da jurisdição constitucional brasileira, às manifestações que, em uma sociedade plural, na qual os cidadãos de fé se encontram em plena igualdade de direitos com os que não a professam, possam ser trazidas, nessa perspectiva, por entidades que, como a Frente Parlamentar da Família e Apoio à Vida, ora postulante, compreendem o risco ao regime das liberdades públicas, patenteados nos pleitos veiculados na exordial da ADO 26.

Vem-se consignando, com especial ênfase, nessa ordem de ideias, em doutos e eruditos votos, a propósito da figura processual do *amicus curiae*, o aspecto alusivo à democratização da tarefa interpretativa, da obra hermenêutica, típica da jurisdição constitucional, com a abertura da Corte à exposição dos diversos pontos de vista e interesses.

FRENTE PARLAMENTAR DA FAMÍLIA E

APOIO À VIDA

Presidente Senador Magno Malta

Lapidar, dentre outros, nesse diapasão, o expressivo e douto pronunciamento de Vossa Excelência, a propósito da solução de questão preliminar, no Agravo Regimental na ADI 4071/DF, da relatoria do saudoso *Ministro Menezes Direito*, j. de 22.4.2009, que se pode consultar em publicação oficial da Corte, vale dizer, na RTJ 210, t. 1/221-225, e cuja transcrição, pois, *brevitatis causa*, torna-se dispensável.

A Associação ora postulante requer, assim, que seja admitida, na condição processual de *amicus curiae*, no processo concernente à ADO 26, proposta pelo Partido Popular Socialista, pluralizando-se, desse modo, a jurisdição constitucional.

2. Da inviabilidade processual da ADO 26

Desde logo, no que tange a cada um dos pedidos lançados na sua exordial, não comporta a ADO 26 conhecimento ou juízo positivo de admissibilidade.

De pronto, assinale-se que, em se cuidando de ação direta de inconstitucionalidade por alegada omissão normativa de **lei em sentido formal**, vale dizer, proveniente do órgão exercente do Poder Legislativo, a decisão que eventualmente acolha a postulação deduzida no pedido não comportaria, *ex vi* do disposto no art. 103, § 2º, da Constituição da República, mais que a notificação ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.

Esta Suprema Corte, todavia, tem dado passos salutares e positivos no sentido de, nas ações de inconstitucionalidade por omissão – no controle abstrato ou em sede de *writ* injuncional –, estabelecer prazo que

FRENTE PARLAMENTAR DA FAMÍLIA E

APOIO À VIDA

Presidente Senador Magno Malta

entenda razoável para que o Poder Legislativo supra a omissão lamentada: leia-se, a propósito, o que declinado em sede doutrinária e com extrema precisão, por Sua Excelência o Senhor Ministro *Luís Roberto Barroso* (**O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 6ª ed., 2ª tir., São Paulo: 2014, p. 296-297, v. g.).

Assim, Sua Excelência menciona pertinente voto do *Ministro Gilmar Mendes* no sentido de o Supremo Tribunal Federal mesmo, ultrapassado o prazo assinalado e mantido, não obstante, o quadro de omissão, caminhar para a elaboração de uma normação provisória (**ob. cit.**, p. 297).

Nada, porém, que chegue ao ponto de conceber que, em **matéria penal**, domínio temático que constitui “*matéria reservada ou função exclusiva da lei*” (*TOLEDO, Francisco de Assis, Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª ed., 14ª tir., São Paulo: Saraiva, 2008, 21, v. g.), possa, ultrapassado prazo eventualmente fixado, conceber a atuação do Supremo Tribunal Federal por meio de exótica sentença aditiva de criação de **normas penais incriminadoras**.

Nos próprios autos da ADO 26, já assinalou Vossa Excelência a incidência de indeclinável **reserva de parlamento**, típica, registre-se, dos fundamentos mesmos de um direito penal ajustado às notas mais basilares do Estado de Direito Constitucional.

Eis o teor, a propósito, do despacho de Vossa Excelência, publicado, em 12.3.2015, no Diário de Justiça eletrônico desta Corte Constitucional, *litteris*:

“[...] **Faço** esse registro **em razão** do fato, *juridicamente relevante*, **de que a definição típica** das condutas delituosas **está subordinada** ao postulado constitucional da reserva absoluta *de lei formal* (CF, art. 5º, XXXIX), **o que inviabiliza** qualquer pleito cujo acolhimento **implique**

FRENTE PARLAMENTAR DA FAMÍLIA E

APOIO À VIDA

Presidente Senador Magno Malta

*desconsideração dessa garantia fundamental, segundo a qual 'não há crime **sem lei** anterior que o defina', **excluída**, portanto, **a possibilidade** de utilização de provimento jurisdicional como sucedâneo de norma legal. (grifei)*

Ninguém pode ignorar que, em matéria penal, **prevalece**, **sempre**, o postulado da *reserva constitucional de lei em sentido formal*.

Esse princípio, além de consagrado em nosso ordenamento positivo (CF, art. 5º, XXXIX), também encontra expresso reconhecimento na **Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 9º) **e no Pacto Internacional** sobre Direitos Cívicos e Políticos (Artigo 15), que **representam** atos de direito internacional público a que o Brasil **efetivamente** aderiu.**

Não se pode desconhecer, portanto, **considerado** o princípio constitucional *da reserva absoluta de lei formal, que o tema pertinente à definição do tipo penal e à cominação da sanção penal subsume-se ao âmbito das normas de direito material, de natureza eminentemente penal, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento, como adverte autorizado magistério doutrinário (FERNANDO GALVÃO, 'Direito Penal – Curso Completo – Parte Geral', p. 880/881, item n. 1, 2ª ed., 2007, Del Rey; DAMÁSIO E. DE JESUS, 'Direito Penal – Parte Geral', vol. 1/718, item n. 1, 27ª ed., 2003, Saraiva; CELSO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JÚNIOR e FÁBIO M. DE ALMEIDA DELMANTO, 'Código Penal Comentado', p. 315, 7ª ed., 2007, Renovar; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, 'Tratado de Direito Penal', vol. 1/772, item n. 1, 14ª ed., 2009, Saraiva; ROGÉRIO GRECO, 'Código Penal Comentado', p. 205, 2ª ed., 2009, Impetus; ANDRÉ ESTEFAM, 'Direito Penal – Parte Geral', vol. 1/461, item n. 1.3, 2010, Saraiva; LUIZ REGIS PRADO, 'Comentário ao Código Penal', p. 375, item n. 2, 4ª ed., 2007, RT, v.g.)*

FRENTE PARLAMENTAR DA FAMÍLIA E

APOIO À VIDA

Presidente Senador Magno Malta

Daí a **precisa observação** feita por LUIZ FLÁVIO GOMES e por VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI ('Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos', vol. 4/122, 2008, RT) **no sentido de que**, 'no âmbito do Direito Penal incriminador, **o que vale** é o princípio da reserva legal, **ou seja, só o Parlamento, exclusivamente, pode aprovar crimes e penas. Dentre as garantias que emanam do princípio da legalidade, acham-se a reserva legal (só o Parlamento pode legislar sobre o Direito Penal incriminador) e a anterioridade ('lex populi' e 'lex praevia', respectivamente). Lei não aprovada pelo Parlamento não é válida (...)' (grifei).**

Isso significa, portanto, que somente lei interna pode qualificar-se, **constitucionalmente, como a única fonte formal direta legitimadora** da regulação normativa **concernente à tipificação penal, com a consequente exclusão de qualquer outra fonte formal, como os provimentos de índole jurisdicional."**

Nesse conjunto de ideias, é de se concluir que, havendo, na matéria, reserva de parlamento, nem mesmo é dado ao Órgão de Cúpula do Poder Judiciário se imiscuir, conquanto por sentença meramente exortativa, no juízo de oportunidade e conveniência do legislador penal, qualificado por ampla discricção política.

A criação de tipo penal, com efeito, não pode ser, num regime democrático, sugerida pelo Poder Judiciário, ou influenciada ainda que por decisão de cunho declaratório, sobretudo se nela fixada prazo para o desempenho da atividade nomogenética.

Não se pode conhecer, pois, do que deduzido, às fls. 94/95, nos pedidos, **juridicamente impossíveis**, delineados nos itens **a, b e c**: seguir-se rumo diverso levaria a que, na contramão do regime de liberdade próprio do Estado de Direito Constitucional, o Poder Judiciário se transformasse em juiz

FRENTE PARLAMENTAR DA FAMÍLIA E

APOIO À VIDA

Presidente Senador Magno Malta

aplicador da lei cuja criação se dera sob sua ordem ou, quando menos, advertência.

Nesse diapasão, tampouco se há de conhecer – manifesta que lhes é, de igual modo, a **impossibilidade jurídica** – dos pedidos deduzidos nos itens **d.1** e **d.2** da exordial (fls. 95/96), com o que protagonizaria o Poder Judiciário brasileiro, por sua Suprema Corte, a **assunção de postura tão inovadora quanto insólita no circuito mundial da jurisdição constitucional em regimes democráticos**, investindo-se de função legislativa positiva na criação de normas substanciadoras de tipos penais.

Descabe, outrossim, conhecer-se do pedido estampado, à fl. 96, item **d.3**, pela singela razão de nenhuma ação de controle objetivo comporta, a toda evidência, dedução de **pretensão condenatória**.

O contrário seria, *permissa venia*, reduzir a vocação própria da ADO, importante instrumento processual da jurisdição constitucional abstrata, transformando-a em ação de conhecimento condenatória, situada no contexto da efetivação de regras de **reponsabilidade civil**.

No caso, além do que já se expôs, há mais um dado a evidenciar, pelo absurdo das consequências a que dá curso, o desacerto da confusão em que incorre a sigla partidária requerente.

Ora, a pretensão de direito material condenatória constante do item **d.3**, que atinge cada um dos parlamentares federais (deputados e senadores) e a própria pessoa política da União, implicaria, no plano processual, em observância da exigência de contraditório e ampla defesa, a extensão, **nunca havida na jurisdição constitucional abstrata**, do polo passivo da ação para além dos órgãos a quem se imputa a alegada omissão.

FRENTE PARLAMENTAR DA FAMÍLIA E

APOIO À VIDA

Presidente Senador Magno Malta

Do exposto, é de bom alvitre que o Supremo Tribunal Federal, **preliminarmente**, igualmente não conheça da ação sob exame no tocante aos pedidos retratados, às fls. 95/96 da petição inicial, nos itens **d.1**, **d.2** e **d.3**.

II – MÉRITO

1. Do Regime Constitucional Democrático das Liberdades do Pensamento e da impossibilidade de subsistência do pacto constitucional, uma vez perpetrado o cerceamento da voz contrária e da opinião divergente

Em uma das mui preciosas obras – todas, registre-se, de fina lavra – da autoria do hoje Ministro *Luís Roberto Barroso* (**A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**, Belo Horizonte: Fórum, 2012), mostra Sua Excelência que não é papel do Estado interferir para decidir, por meio de expedientes coercivos, **disputas morais** grassantes no seio da sociedade, e, muito menos, para o implemento compulsório de uma visão particular.

Em textual:

“[...] Apesar das suas diferentes visões, os cidadãos devem coexistir e cooperar, unidos por uma estrutura básica de direitos e liberdades. O papel do Estado ao interpretar os valores comunitários é acolher aqueles que são mais genuinamente compartilhados pelas pessoas e **evitar, sempre que possível, escolher lados em disputas moralmente divisivas. Uma boa razão para essa abstenção é que permitir que um grupo imponha suas concepções morais sobre**

FRENTE PARLAMENTAR DA FAMÍLIA E

APOIO À VIDA

Presidente Senador Magno Malta

outros representa uma afronta ao ideal segundo o qual todos os indivíduos são livres e iguais. Certamente existem questões políticas controversas que deverão ser definidas pela maioria, como as escolhas envolvendo proteção ambiental e desenvolvimento econômico, a utilização de energia nuclear ou os limites para a ação afirmativa. Mas as questões verdadeiramente morais não deveriam ser decididas pela maioria. A maioria, por exemplo, não tem o direito de definir a relação sexual entre pessoas do mesmo sexo como crime, ao contrário do que admitiu a Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Bowers v. Hardwick*. É claro que haverá hipóteses em que não será fácil traçar uma linha entre o que é político e o que é verdadeiramente moral e, de fato, muitas vezes os dois domínios vão se sobrepor. **Mas sempre que uma questão moral significativa estiver presente, a melhor atitude que o Estado pode tomar é estabelecer um regime jurídico que permita aos indivíduos dos dois lados em disputa exercerem a sua autonomia pessoal. Em tais situações o campo de batalha deve permanecer dentro do domínio das ideias e do convencimento racional, sem que nenhum lado se beneficie da coerção pública para implementar sua visão particular. [...].”** (ênfase e grifos acrescentados)

Não se pode conceber, portanto, que, no aspecto concernente à exposição pública das ideias, os cidadãos sejam tolhidos de as expressarem, por mais contrárias que sejam elas ao pensamento da maioria ou, como na espécie, de certas ditas minorias.

A única via possível para a subsistência da civilidade, expunha *Jonh Rawls*, é que, no contexto de visões de mundo igualmente inconciliáveis, dogmáticas e radicais, sejam priorizadas as liberdades de consciência e de expressão, sob pena de retrocesso à barbárie, à épocas, quicá superadas, de violência social, perseguição e guerras, em que se manejava o aparelho estatal para invadir o domínio da consciência e da exposição do pensamento alheios.

FRENTE PARLAMENTAR DA FAMÍLIA E

APOIO À VIDA

Presidente Senador Magno Malta

Acresça-se que, além de as liberdades constitucionais de consciência e de pensamento impedirem o uso da coerção para impor uma visão particular de mundo, obstam elas, igualmente, a que o aparelho de estado, sob qualquer pretexto, impeça a exposição pública de qualquer ideia, desde que observado, na prática discursiva, o respeito à pessoa alheia, guardando o seu conteúdo consonância com a igual dignidade de todo ser humano, que não pode ser reduzido, na sua importância social, mercê de discriminação operada por fator de qualquer natureza.

Nada impede, nesse diapasão, por exemplo, que, amparados, do mesmo modo, pela liberdade fundamental de crença, possam os sacerdotes cristãos, de qualquer denominação religiosa, e bem assim todos os fiéis de qualquer seita ou Igreja, pronunciar, **no pleno exercício regular de direito fundamental que, no contexto de uma sociedade democrática, nunca antes se pusera em xeque**, com clareza, sua divergência em relação às práticas e opções homossexuais, entendendo-as pecaminosas, por fugirem do modelo revelado por Deus, nas Sagradas Escrituras, à humanidade.

O direito fundamental referido, outrossim, não pode sofrer limitação que culmine por confiná-lo à intimidade dos templos e locais de culto, pois, a rigor, *o que nele se assegura é que todos* – **padres, pastores, editoras, escritores, pais e mães, professores, escolas confessionais, artistas, teatrólogos, cineastas e atores**, por exemplo – *expressem, discurssem, preguem, editem e ensinem* a sua visão de mundo, sem discriminação e perseguição estatais, baseada em leis ditadas em nome de uma autoproclamada minoria.

As liberdades do pensamento, exercidas com respeito à alteridade, sem que se desça do plano doutrinário ao terreno rasteiro das classificações discriminatórias, amparam, como ressabido, o discurso claro e a exposição firme das ideias, de modo oral ou por escrito, inclusive com a força e

FRENTE PARLAMENTAR DA FAMÍLIA E

APOIO À VIDA

Presidente Senador Magno Malta

a energia que não se pode esbulhar à personalidade e à individualidade dos cidadãos.

Se toda e qualquer **visão minoritária** pode, como assinalado por Vossa Excelência, no curso de importante julgamento (ADI 4274/DF, RTJ 222/156-157, v. g.), publicamente apresentar-se, pois que abrangida pelo escopo da liberdade de expressão, não se revela crível que uma **concepção** cristã amplamente **majoritária** seja legalmente vetada, quando, não obstante, a ordem constitucional protege, com idêntica envergadura e pela via do mesmo direito fundamental, aqueles que a sustentam.

A liberdade de expressão, como bem democraticamente precioso, **não pode ser capturada pela minoria**, como se tão somente lhe servisse, amputando-se-lhe – por normas infraconstitucionais, sob o pretexto da preservação da dignidade de certos cidadãos – o escopo, vale dizer, o seu alcance, a par de estranhamente despojar de sua tutela a grande parte dos concidadãos – não mais abrangidos, pasmese, pelo seu círculo de proteção, ou seja, pelo **âmbito pessoal de validade** da norma constitucional correlata.

Eis, com efeito, o a que se reduziria grande parte dos cidadãos brasileiros, lograsse o disparate tencionado na ADO 26 a chancela do Supremo e a posterior criação, pelo Poder Legislativo, da lei **mandada** pelo Judiciário: condenação dos seus ouvidos à audição, sem reação, da voz contrária, e da sua fala à molestação conteudística, à mordança, por receio de sanção penal.

Voltando ao liberalismo político de *Jonh Rawls*, a Corte Suprema, que deve ser a expressão da razão pública, contribuiria, ao invés, para quebrantar, na sua mais pura essência, o pacto constitucional, retrogradando a qualidade da vida social à barbárie, ao ressentimento e à violência, tudo por sufocar uma visão de mundo por outra, já então com foro de exclusividade.

FRENTE PARLAMENTAR DA FAMÍLIA E

APOIO À VIDA

Presidente Senador Magno Malta

A **norma** que se requer, na exordial, do Supremo Tribunal Federal, de nítida emanção, como visto, de **sentença aditiva em matéria penal**, caso fosse encampada – no que não se acredita, considerado o elevado senso jurídico de sua ilustrada membresia –, “*poderia resolver-se*”, nos dizeres do afamado Presidente Emérito da *Corte Costituzionale* italiana, *Gustavo Zagrebelsky*, “*não em uma medida pacificadora, mas em contribuição ao conflito, no qual a norma mesma seria envolvida como fator destrutivo*”, que “*ratificaria a irremediabilidade do conflito e se mostraria ela mesma como arma do conflito*” (**La Legge e la sua Giustizia**, Bologna: Il Mulino, 2008, p. 303, tradução livre).

O acolhimento do que deduzido como letra *a a d*, às páginas 94 a 96 da exordial da ADO 26 implica, forçoso é dizê-lo, impor, na República Federativa do Brasil – por inconsequente e inadvertido ativismo judicial, sem paralelo, no particular, no plano do direito comparado – a perseguição ideológica e religiosa, inclusive com a imposição de pena privativa de liberdade, sendo de se esperar que a Corte Constitucional não cerre os olhos ao conjunto de tais previsíveis e sombrias consequências.

O exercício – dentro do seu natural escopo e com respeito aos princípios constitucional da dignidade e da igualdade – das liberdades de consciência, crença e expressão aborrece qualquer ensaio estatal tendente ao emudecimento dos cidadãos, quaisquer que sejam eles, **sob a ameaça de sanção** de natureza **cível** ou **criminal**.

Assim como em relação aos parlamentares, a imunidade material colide com o manejo de ações cíveis em que deduzida pretensão de direito material indenizatória, também em relação aos demais cidadãos, **a expressão de suas convicções e ideias**, desde que respeitosa ao escopo do direito fundamental, **e a condenação por danos** são logicamente impossíveis.

FRENTE PARLAMENTAR DA FAMÍLIA E

APOIO À VIDA

Presidente Senador Magno Malta

A petição inicial, todavia, não contente com as enormidades até o presente ponto denunciadas, investe, ademais e sem detença, contra o que restou do inteiro edifício da ordem constitucional.

Ignorando, num passo demasiadamente largo, não somente a liberdade de expressão dos cidadãos, mas, concomitantemente, a liberdade política de seus representantes, os **Deputados Federais e Senadores da República**, tenciona-os ver **condenados “por todos os danos materiais, morais e estéticos que sofram as pessoas vítimas de homofobia e transfobia enquanto não criminalizadas [...]”**: é o que se patenteia, sublinhe-se, nos item *d.3 e v.3*, às suas fls. 96 e 98, a que se voltará, adiante, a presente postulação.

3. O Direito Penal de uma sociedade fundada em bases democráticas, servo da Constituição, não pode converter-se, em campo dividido por visões de mundo em situação de antagonismo, em algoz das consciências

O Direito Penal deve servir, antes que opor-se, aos bens jurídicos constitucionalmente protegidos, a exemplo das liberdades do pensamento, sendo-lhe estranha a cogitada **função de desempate** de conflitos de fundo ideológico, filosófico ou religioso.

No particular, incide a plena liberdade de expressão, e **à lei infraconstitucional não se concebe**, sem distinção das de cunho sancionatório penal, sem mais, **a imissão em terreno coberto e supremamente protegido pelo escopo de direito fundamental.**

FRENTE PARLAMENTAR DA FAMÍLIA E

APOIO À VIDA

Presidente Senador Magno Malta

Restrições que a lei infraconstitucional penal possa, pois, vir a criar, devem passar, necessariamente, pelo teste da proporcionalidade, o que, a toda evidência, não é o caso quando a medida pretendida implique, no plano da realidade, a criação de privilégio de opinião, à custa do silêncio forçado da ideia dissonante.

O discurso livre e respeitoso, assentado na heterossexualidade, não se confunde com a realização de práticas “homofóbicas” de violência e aviltamento – já **penalmente reprovadas por normas penais incriminadoras de alcance geral**, vigentes no ordenamento jurídico nacional, quais as em que se tipificam os delitos de homicídio, tortura, lesão corporal, *inter plures* – cometidas em desfavor da comunidade LGBT.

Nem se objete com a invocação do valor tolerância, o qual, por óbvio, não implica o silêncio forçado e acachapante da opinião contrária, antes, repele-o, por entender que a plenitude da liberdade e da cidadania somente se alcança na medida em que, como sempre afirmado pela Suprema Corte brasileira, notadamente pela dicção de Vossa Excelência, **o Estado não disponha de “poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre os modos de sua divulgação”** (RTJ 188, t. 3/1048, v. g.).

Ora, a liberdade de expressão, cujo escopo permite, segundo afirmado por Vossa Excelência, a exposição, “em espaços públicos”, de “novas ideias e novas propostas” (RTJ 223/157), há de, do mesmo modo e concomitantemente, permitir a circulação, na esfera pública, de **velhas** ideias e **velhas** propostas, ainda presentes, como “convicções profundas” de consciência (*John Rawls*), na visão de mundo de inúmeros cidadãos.

Assim, se, *de um lado*, é certo que se revela possível cogitar de limitações às liberdades do pensamento – que não se revestem de contornos absolutos –, entrando, nessa esfera, o “**método da ponderação**” (RTJ 213/99), nenhuma justificação, *de outro*, seria capaz de ministrar razão suficiente para tolher, em nome da exclusividade de diversa mundividência, a livre expressão de uma concepção de mundo heterossexual.

FRENTE PARLAMENTAR DA FAMÍLIA E

APOIO À VIDA

Presidente Senador Magno Malta

Utilizando-se a terminologia do sábio e celebrado *Aharon Barak*, outrora *Chief Justice* da Suprema Corte de Israel, é preciso distinguir entre “*the scope of a constitutional right and the extent of its protection at the sub-constitutional level*”, para, então, rechaçar como inconstitucional qualquer limitação, por lei infraconstitucional, de liberdade fundamental quando não a ampare justificativa que demonstre sua proporcionalidade (**Proportionality - constitutional rights and their limitations**, New York: Cambridge University Press, 2012, p. 22 e seguintes).

Com efeito, **nenhuma serventia ostenta**, na matéria, para que se tenha por proporcional a tencionada limitação, **a só invocação da condição de minoria**.

O uso, assim, fácil e leviano, dessa palavra, hoje mágica, “**minorias**”, longe passa de, só por si, justificar que os mais variados, contraditórios e constitucionalmente desalinhados interesses de grupo não majoritário sejam, indistintamente, transformados em direito positivo.

Máxime se entram, como no caso da tentativa de impedir a livre circulação de discurso – religioso ou não – de cunho heterossexual, em rota certa de colisão com as liberdades de consciência e de expressão, tais interesses não logram converter-se em lei em sentido formal, malgrado a brandida hipossuficiência de seus propagandistas.

Convém, novamente, esclarecer que, se o Supremo Tribunal Federal recusa, como se lê em uma de suas publicações oficiais (RTJ 222, p. 156-157), o empecilho a que “quaisquer pessoas ou grupos de pessoas” possam exprimir, “nos espaços públicos novas ideias e novas propostas”, as convicções dos **cidadãos que ainda expressam uma visão de mundo majoritariamente aceita na sociedade não têm**, evidentemente, **menos direito à sua expressão**, publicação, discurso e circulação: ao direito penal não é dado, portanto, palmilhar esse terreno.

Nem se oponha, outrossim, a objeção de que, no **rumoroso julgamento alusivo à questão da união homoafetiva** (ADI 4277/DF, Pleno, j. de 5.5.2011, RTJ 219/212 e seguintes), o voto de seu ilustre relator, *Ministro Ayres Britto*, acompanhado pela maioria dos

FRENTE PARLAMENTAR DA FAMÍLIA E

APOIO À VIDA

Presidente Senador Magno Malta

Ministros do Supremo Tribunal Federal, após assentar, como premissa, uma base biológica e científica para a “homoafetividade”, tenha qualificado de preconceituosa a visão de mundo contrária.

Não é, com todas as vênias, função do Supremo Tribunal Federal, como órgão estatal situado no contexto de um Estado Democrático de Direito, por uma pá de cal na discussão das **ideias** pelos diversos grupos contrapostos na sociedade civil, tampouco de lançar sobre uma conjectura científica o selo da verdade: nem isso, certamente, pretendeu qualquer de seus notáveis juízes.

Equivocada, pois, com todas as vênias, a leitura que Sua Excelência o *Senhor Ministro Luiz Fux*, no julgamento do **Inq 3590**, julgado em 12.8.2014, pela Egrégia Primeira Turma desta Suprema Corte, fez da *ratio decidendi* da ADI 4277 para, com base nela (“homoafetividade é um perfil, é um traço da personalidade”), **assumida como verdade científica**, censurar, o que denominou de “fala infeliz do parlamentar”.

Deve-se recordar, no ponto, do “princípio da neutralidade de conteúdo”, **cujo indeclinável respeito se revela imponível a todos os agentes estatais e órgãos públicos**, “pois com a sua aplicação conferem-se os mesmos direitos às partes conflitantes” (*MEYER-PLUG, Samantha Ribeiro, Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 239), *litteris*:

“O '**princípio da neutralidade de conteúdo**' é uma exigência da democracia, pois com a sua aplicação conferem-se os mesmos direitos às partes conflitantes no debate. Tal princípio deve ser aplicado ao discurso do ódio. **Não se pode admitir que o Estado permita que um determinado grupo, seja ele maioria ou minoria, possa se manifestar negando ao mesmo tempo esse direito ao grupo conflitante. A atuação do Estado deve ser sempre no sentido de realizar uma regulação que fomente um debate livre e aberto.**”
(ênfase e grifo acrescentados)

O Supremo Tribunal Federal não pode permitir que a base constitucional de **convivência venha a ser subvertida** pela sutil, manipulada e contraditória redefinição da

FRENTE PARLAMENTAR DA FAMÍLIA E

APOIO À VIDA

Presidente Senador Magno Malta

noção de **tolerância**, *ex vi* da qual se prescreva, **intolerantemente**, que os membros da sociedade civil – notadamente os **cidadãos brasileiros, religiosos, ou não**, a **exemplo de pais e mães, educadores e escolas e instituições de ensino superior, públicas ou privadas, confessionais, ou não, escritores e editoras, artistas, atores e atrizes, organizações e associações e partidos políticos** –, sejam esbulhados de sua liberdade de consciência, de crença, de pensamento, de expressão e livre circulação, em plenitude, da substância e do conteúdo de suas convicções.

A liberdade de manifestação do pensamento é, nos dizeres da *Corte Costituzionale* italiana, a “**la pietra angolare**” do sistema democrático, não dizendo somente com o pensamento “político”, mas abrangendo todas as ideias indistintamente, **sem limitação de escopo, conteúdo ou circunstâncias** (BIN, Roberto, e PITRUZZELLA, Giovanni, *Diritto Costituzionale*, Torino: Giappichelli Editore, 2014, p. 562, *v. g.*).

Inexiste, esse o quadro, no ponto, campo propício à atuação do direito penal, salvo quando se passe à ofensa pessoal ou a pregação de exclusão ou diminuição social e política dos que adotem uma visão diversa da sexualidade humana.

4. Da imunidade material dos parlamentares federais

A imunidade parlamentar, cujo expressivo significado para a vida democrática justifica a proteção constitucional que lhe é dispensada na generalidade das nações democráticas (Ver o denso, detalhado e erudito estudo *L'insindacabilità delle Opinioni Espresse dai Parlamentari*, publicada no sítio eletrônico da *Corte Costituzionale* Italiana, mantido na rede mundial de computadores, em maio de 2014, *v. g.*), **não sofre**, no direito constitucional brasileiro, **limitação** que legitime incursão do Poder Judiciário sobre a liberdade de voto ou de discurso dos representantes do povo.

FRENTE PARLAMENTAR DA FAMÍLIA E

APOIO À VIDA

Presidente Senador Magno Malta

Conceber incursão judicial dessa natureza, mesmo no campo da responsabilidade civil, seria, pois, pretender coonestar imissão absolutamente censurável, como, ainda antes da alteração, em 2001, pela Emenda Constitucional n. 35, do art. 53, *caput*, da CF/1988, já o decidira esta Suprema Corte, na senda da melhor doutrina, e amparada no exemplo do direito comparado, em duto e histórico pronunciamento da lavra erudita de Sua Excelência o *Senhor Ministro Sepúlveda Pertence*: RE 210917/RJ, Pleno, j. de 12.8.1998, RTJ 177, t. 3/1375-1398.

Sentença judicial não é instrumento vocacionado a emascular o pleno alcance da liberdade de palavra e voto de que, por força, como visto, da própria Constituição da República, goza qualquer deles, num regime democrático.

Recorde-se, nesse passo, que, consoante firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sequer quando se trate de enunciação caluniosa, injuriosa e difamatória, se revela lícito cogitar, **quando no seio do Parlamento**, de descer ao exame de sua pertinência (“nexo de implicação recíproca”) com o exercício do mandato, como se admite, ao invés, se ocorrido o fato ao externo das dependências legislativas: a propósito, remete-se, *brevitatis causa*, à rica discussão da temática, no Inq 1958/AC, Rel. p/ o acórdão *Min. Carlos Britto*, j. de 29.10.2003, RTJ 194, t. 1/56-76.

Ora, à liberdade de voto do parlamentar se segue, por derivação lógica, a impossibilidade de sancionamento das opções que, na liberdade de conformação política, haja tomado no sentido de aprovação, ou não, de determinada proposta de direito novo.

FRENTE PARLAMENTAR DA FAMÍLIA E

APOIO À VIDA

Presidente Senador Magno Malta

Diminuir o legislador e diminuir a democracia, como acentuado, em lição escorreita, pelo eminente *Aharon Barak* (**The Judge in a Democracy**, 2ª ed., New Jersey: Princeton University Press, 2006, p. 227):

“O fundamento da democracia é uma legislatura eleita livre e periodicamente pelo povo. Sem a regra da maioria, refletida no poder da legislatura, não há democracia. Como juízes e professores de direito, nós frequentemente esquecemos deste princípio fundamental [...] Em contraste, meu conceito da função de um juiz em uma democracia reconhece a função central do legislador. Diminuindo o legislador, diminui-se a democracia. Meus conceitos de estado de direito e de separação dos poderes não diminuem o legislador [...]”

Tão desafinado da melodia constitucional é, com todas as vênias, o pedido tecido no item **d.3**, fl. 96, da prefacial, que deduz, desavergonhadamente, perante a Suprema Corte, um pleito cujo acolhimento valeria pela decretação de morte daquilo a que se chama, com acerto, de **direitos de representação política**.

A liberdade de decisão do legislador, que cresce de tomo em matéria penal, por exigência constitucional de reserva de lei, não se pode sujeitar a golpes de ativismo judicial do jaez dos que pretende o requerente venha a dar a Suprema Corte, explicitamente chamada a sancionar civilmente os legisladores por opção tomada no exercício da magna função de representação política.

Vale, no passo, atentar, uma vez mais, para a séria advertência de *Gustavo Zagrebelsky* e *Valéria Marcenò* (**Giustizia Costituzionale**, Bologna: Il Mulino, 2012, p. 102-103), cujo magistério põe em destaque a necessidade de se preservar a espontaneidade do processo democrático, *verbis*:

FRENTE PARLAMENTAR DA FAMÍLIA E

APOIO À VIDA

Presidente Senador Magno Malta

“Todavia, o perigo de exorbitância da justiça constitucional, a dano da espontaneidade dos processos democráticos – exigência inderrogável nas democracias pluralistas – existe. As possibilidades do 'construtivismo interpretativo' são quase infinitas. A partir de uma só fórmula constitucional (por exemplo, a dignidade, a liberdade ou a igualdade dos seres humanos), por meio de deduções, induções, inferências, analogias, se poderia chegar a por em ordem o mundo inteiro por meio do direito (constitucional). Mas os direitos políticos, isto é, os direitos em que se exprime a possibilidade dos indivíduos e dos grupos de participarem dos processos políticos determinando-lhes os resultados, pressupõem a existência de um 'espaço vazio de direito constitucional', isto é, um espaço de decisões não predecido de normas da constituição e de suas interpretações. **Se este espaço não existisse, se tudo fosse ocupado, os direitos políticos não teriam qualquer sentido e, com eles, nem mesmo a democracia. A liberdade do processo político, que é a condição que justifica a liberdade de opinião política, a criação dos muitos partidos políticos com programas diversos e antagônicos, as eleições e as votações que produzem as decisões – por meio de representantes, na democracia representativa, ou imediatamente, na democracia direta – seria prejudicada.** Noutras palavras, ocorre preservar um espaço para a 'discrecionabilidade' das decisões políticas, um espaço incompatível com a 'saturação jurídico-constitucional' da vida pública. Esta saturação é um perigo sempre ameaçador para a democracia, em particular a democracia pluralista, cujos resultados políticos não devem ser determinados *a priori*. O perigo pode derivar, além de normas constitucionais materiais excessivamente numerosas e detalhadas, também do ativismo judiciário. Se a toda demanda política se pensasse em dar uma resposta de direito constitucional, isto seria o 'governo dos juízes'. A gestão judiciária excessivamente ativística dos direitos constitucionais prejudicaria a liberdade

FRENTE PARLAMENTAR DA FAMÍLIA E

APOIO À VIDA

Presidente Senador Magno Malta

da política e, com isto, também os direitos políticos que lhe estão à base.”
(tradução livre)

A vida do Parlamento, para o bem da democracia, com todas as suas vicissitudes, há de proteger-se na mesma intensa e extensa riqueza da diversidade dos interesses representados.

O pleito de condenação dos parlamentares, solidariamente com a União, por quaisquer danos materiais, morais ou estéticos sofridos por qualquer integrante da comunidade LGBT, deduzido no sobremencionado item **d.3**, consiste em passo além do traçado constitucional, merecendo, como os demais, a pronta rejeição do Supremo Tribunal Federal.

A Frente Parlamentar da Família e Apoio à Vida entende que essa tentativa de responsabilização do parlamentar por sua opinião é atentatória à Constituição, à Democracia e a própria competência exclusiva do Congresso Nacional no que tange ao zelo pela preservação de sua competência legislativa face da atribuição normativa dos outros Poderes, conforme estabelece o art. 49, XI da Constituição Federal.

5. Dos Requerimentos

Ante todo o exposto, requer-se de Vossa Excelência a **admissão da intervenção**, na qualidade processual de *amicus curiae*, no presente feito, da Frente Parlamentar Mista da Família e de Apoio à Vida, de tal sorte que

FRENTE PARLAMENTAR DA FAMÍLIA E APOIO À VIDA

Presidente Senador Magno Malta

possa distribuir memoriais e realizar sustentação oral no Plenário desta Egrégia Suprema Corte.

Brasília, 1 de setembro de 2015.

WALTER DE PAULA SILVA.

OAB GO 10.625