



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Excelentíssimo Senhor Ministro CELSO DE MELLO, Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26

Liberdades fundamentais e criminalização de condutas discriminatórias. Estabelecimento, por via judicial, de proteção penal contra atos de homotransfobia. Acórdão que reconhece omissão parlamentar na implementação de tutela penal contra atos discriminatórios direcionados a integrantes do grupo LGBTI+ e, ao mesmo tempo, determina adoção de interpretação conforme à Constituição da Lei nº 7.716/1989, com efeitos prospectivos. Necessidade de esclarecimento e integração de aspectos decisórios. Contradição entre o juízo de omissão normativa e a solução de interpretação conforme. O julgamento embargado não é mera continuidade de prática interpretativa já vigente, mas marco de uma ampliação do alcance da jurisdição constitucional. Omissões diversas. Impossibilidade de extensão do conceito penal de racismo em favor de outros grupos vulneráveis. Consideração de excludentes de ilicitude incidentes na adequação típica da Lei nº 7.716/1989, tendo em vista o exercício de outras liberdades constitucionais além da religiosa, tais como a artística, científica e a de exercício profissional. Legitimidade do controle do acesso a espaços de convivência pública sob imperativo de reserva de intimidade. Legitimidade de atos de exclusão de organizações religiosas. Pedidos de esclarecimento diversos, com efeito integrativo quanto à especificação de excludentes de ilicitude não consideradas nas teses de julgamento.

O Advogado-Geral da União, no exercício de suas prerrogativas constitucionais (artigos 103, § 3º; e 131 da Constituição da República), vem, respeitosamente, opor **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**, em face do acórdão proferido no dia 13 de junho de 2019 por essa Corte Suprema nos autos da mencionada ação direta, cujo inteiro teor veio a ser publicado no dia 06 de outubro de 2020 (DJe nº 243), fazendo-o pelos fundamentos a seguir expostos.

I – DO CASO DOS AUTOS

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, proposta pelo Partido Popular Socialista – PPS, em que se sustenta a ocorrência de omissão inconstitucional, imputada ao Congresso Nacional, consistente na ausência de criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, *“especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima”* (fls. 01/02 da petição inicial).

Sustentou o requerente que a homofobia e a transfobia, por implicarem a inferiorização de um grupo vulnerável de pessoas por atitudes preconceituosas, constituiria uma forma de racismo, comportamento para o qual o artigo 5º, inciso XLII, da Constituição¹, exigiria censura por meio da tutela penal. A edição de legislação punitiva também encontraria respaldo no artigo 5º, inciso XLI, da Carta Magna², que vedaria discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais.

Asseverou-se, ademais, que o princípio da proporcionalidade, na acepção da proibição da proteção deficiente (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição)³, demandaria a proteção da minoria estigmatizada mediante criminalização específica de ofensas, homicídios, agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual ou identidade de gênero, de modo a garantir o direito à segurança da população LGBT⁴, e, por conseguinte, os direitos à livre

¹ “Art. 5º. (...)”

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;”

² “Art. 5º. (...)”

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;”

³ “Art. 5º. (...)”

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

⁴ Sigla para *Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros.*

orientação sexual e à livre identidade de gênero (artigos 5º, *caput*, e 3º, inciso IV, da Constituição)⁵.

Afirmou o requerente que, apesar desse recado normativo, o Congresso Nacional estaria em mora quanto à sua responsabilidade de criminalizar as formas de homofobia e transfobia, tendo em vista que o tema é objeto de discussão no Congresso desde 2001, sem que tenha sido elaborada, até o presente momento, a lei criminalizadora de referidas condutas.

Feitas essas considerações, postulou-se (i) o enquadramento da homofobia e transfobia como crimes de racismo; (ii) a declaração de mora parlamentar na normatização da matéria; (iii) a fixação de prazo razoável para o Congresso Nacional editar lei com a tipificação de atos de homofobia e transfobia; e, caso transcorrido esse prazo, fosse a criminalização dessas condutas efetivada por decisão judicial do Supremo Tribunal Federal, mediante (a) inclusão de todas as formas de homofobia e transfobia na Lei de Racismo; (b) tipificação criminal específica dos atos de homofobia e transfobia; e (c) fixação de responsabilização civil objetiva do Estado por danos causados a vítimas de atos de homofobia e transfobia lesadas pela inexistência de legislação penal na matéria.

Em manifestação prestada nesses autos, a Advocacia-Geral da União pronunciou-se, preliminarmente, pela inadmissibilidade dos pedidos da inicial, sob a consideração da impossibilidade jurídica de se prover, por decisão judicial, a fixação de prazo para a atividade legislativa e a edição de acórdão

⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

“Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

com efeitos aditivos. No mérito, salientou a inexistência de mora legislativa quanto ao tema; a ausência de imposição constitucional de criminalização; e a impossibilidade de expandir a tutela penal mediante decisão judicial.

Após ser reunida, para apreciação conjunta, com o Mandado de Injunção nº 4733, a presente ação direta teve seu julgamento concluído na sessão plenária de 13 de junho de 2019, tendo essa Suprema Corte chegado à seguinte decisão, conforme registrado em ata:

O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as

condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu a tese proposta. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese, os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes. Plenário, 13.06.2019.

O acórdão representativo do julgamento, por sua vez, foi publicado com a seguinte ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS

DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERACÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) – A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO – A SITUAÇÃO DE INÉRCIA DO ESTADO EM RELAÇÃO À EDIÇÃO DE DIPLOMAS LEGISLATIVOS NECESSÁRIOS À PUNIÇÃO DOS ATOS DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU DA IDENTIDADE DE GÊNERO DA VÍTIMA – A QUESTÃO DA “IDEOLOGIA DE GÊNERO” – SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA A COLMATAÇÃO DO ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL: (A) CIENTIFICAÇÃO AO CONGRESSO NACIONAL QUANTO AO SEU ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL E (B) ENQUADRAMENTO IMEDIATO DAS PRÁTICAS DE HOMOFOBIA E DE TRANSFOBIA, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME (QUE NÃO SE CONFUNDE COM EXEGESE FUNDADA EM ANALOGIA “IN MALAM PARTEM”), NO CONCEITO DE RACISMO PREVISTO NA LEI Nº 7.716/89 – INVIABILIDADE DA FORMULAÇÃO, EM SEDE DE PROCESSO DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE, DE PEDIDO DE ÍNDOLE CONDENATÓRIA FUNDADO EM ALEGADA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, EIS QUE, EM AÇÕES CONSTITUCIONAIS DE PERFIL OBJETIVO, NÃO SE DISCUTEM SITUAÇÕES INDIVIDUAIS OU INTERESSES SUBJETIVOS – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MEDIANTE PROVIMENTO JURISDICIONAL, TIPIFICAR DELITOS E COMINAR SANÇÕES DE DIREITO PENAL, EIS QUE REFERIDOS TEMAS SUBMETEM-SE À CLÁUSULA DE RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI EM SENTIDO FORMAL (CF, art. 5º, inciso XXXIX) – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DOS REGISTROS HISTÓRICOS E DAS PRÁTICAS SOCIAIS CONTEMPORÂNEAS QUE REVELAM O TRATAMENTO PRECONCEITUOSO, EXCLUDENTE E DISCRIMINATÓRIO QUE TEM SIDO DISPENSADO À VIVÊNCIA HOMOERÓTICA EM NOSSO PAÍS: “O AMOR QUE NÃO OUSA DIZER O SEU NOME” (LORD ALFRED DOUGLAS, DO POEMA “TWO LOVES”, PUBLICADO EM “THE CHAMELEON”, 1894, VERSO ERRONEAMENTE ATRIBUÍDO A OSCAR WILDE) – A VIOLÊNCIA CONTRA INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ OU “A BANALIDADE DO MAL HOMOFÓBICO E TRANSFÓBICO” (PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI): UMA INACEITÁVEL (E CRUEL) REALIDADE CONTEMPORÂNEA – O PODER JUDICIÁRIO, EM SUA

ATIVIDADE HERMENÊUTICA, HÁ DE TORNAR EFETIVA A REAÇÃO DO ESTADO NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO AOS ATOS DE PRECONCEITO OU DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS CONTRA PESSOAS INTEGRANTES DE GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS – A QUESTÃO DA INTOLERÂNCIA, NOTADAMENTE QUANDO DIRIGIDA CONTRA A COMUNIDADE LGBTI+: A INADMISSIBILIDADE DO DISCURSO DE ÓDIO (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, ARTIGO 13, § 5º) – A NOÇÃO DE TOLERÂNCIA COMO A HARMONIA NA DIFERENÇA E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS – LIBERDADE RELIGIOSA E REPULSA À HOMOTRANSFOBIA: CONVÍVIO CONSTITUCIONALMENTE HARMONIOSO ENTRE O DEVER ESTATAL DE REPRIMIR PRÁTICAS ILÍCITAS CONTRA MEMBROS INTEGRANTES DO GRUPO LGBTI+ E A LIBERDADE FUNDAMENTAL DE PROFESSAR, OU NÃO, QUALQUER FÉ RELIGIOSA, DE PROCLAMAR E DE VIVER SEGUNDO SEUS PRINCÍPIOS, DE CELEBRAR O CULTO E CONCERNENTES RITOS LITÚRGICOS E DE PRATICAR O PROSELITISMO (ADI 2.566/DF, Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN), SEM QUAISQUER RESTRIÇÕES OU INDEVIDAS INTERFERÊNCIAS DO PODER PÚBLICO – REPÚBLICA E LAICIDADE ESTATAL: A QUESTÃO DA NEUTRALIDADE AXIOLÓGICA DO PODER PÚBLICO EM MATÉRIA RELIGIOSA – O CARÁTER HISTÓRICO DO DECRETO Nº 119-A, DE 07/01/1890, EDITADO PELO GOVERNO PROVISÓRIO DA REPÚBLICA, QUE APROVOU PROJETO ELABORADO POR RUY BARBOSA E POR DEMÉTRIO NUNES RIBEIRO – DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, PROTEÇÃO DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – A BUSCA DA FELICIDADE COMO DERIVAÇÃO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITA DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – UMA OBSERVAÇÃO FINAL: O SIGNIFICADO DA DEFESA DA CONSTITUIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO CONHECIDA, EM PARTE, E, NESSA EXTENSÃO, JULGADA PROCEDENTE, COM EFICÁCIA GERAL E EFEITO VINCULANTE – APROVAÇÃO, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DAS TESES PROPOSTAS PELO RELATOR, MINISTRO CELSO DE MELLO. PRÁTICAS HOMOFÓBICAS E TRANSFÓBICAS CONFIGURAM ATOS DELITUOSOS PASSÍVEIS DE REPRESSÃO PENAL, POR EFEITO DE MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO (CF, ART. 5º, INCISOS XLI E XLII), POR TRADUZIREM EXPRESSÕES DE RACISMO EM SUA DIMENSÃO SOCIAL – Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de

criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”).

NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE DIREITOS NEM SOFRER QUAISQUER RESTRIÇÕES DE ORDEM JURÍDICA POR MOTIVO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU EM RAZÃO DE SUA IDENTIDADE DE GÊNERO – Os integrantes do grupo LGBTI+, como qualquer outra pessoa, nascem iguais em dignidade e direitos e possuem igual capacidade de autodeterminação quanto às suas escolhas pessoais em matéria afetiva e amorosa, especialmente no que concerne à sua vivência homoerótica. Ninguém, sob a égide de uma ordem democrática justa, pode ser privado de seus direitos (entre os quais o direito à busca da felicidade e o direito à igualdade de tratamento que a Constituição e as leis da República dispensam às pessoas em geral) ou sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero! Garantir aos integrantes do grupo LGBTI+ a posse da cidadania plena e o integral respeito tanto à sua condição quanto às suas escolhas pessoais pode significar, nestes tempos em que as liberdades fundamentais das pessoas sofrem ataques por parte de mentes sombrias e retrógradas, a diferença essencial entre civilização e barbárie.

AS VÁRIAS DIMENSÕES CONCEITUAIS DE RACISMO. O RACISMO, QUE NÃO SE RESUME A ASPECTOS ESTRITAMENTE FENOTÍPICOS, CONSTITUI MANIFESTAÇÃO DE PODER QUE, AO BUSCAR JUSTIFICAÇÃO NA DESIGUALDADE, OBJETIVA VIABILIZAR A DOMINAÇÃO DO GRUPO MAJORITÁRIO SOBRE INTEGRANTES DE GRUPOS VULNERÁVEIS (COMO A COMUNIDADE LGBTI+), FAZENDO INSTAURAR, MEDIANTE ODIOSA (E INACEITÁVEL) INFERIORIZAÇÃO, SITUAÇÃO DE INJUSTA EXCLUSÃO DE ORDEM POLÍTICA E DE NATUREZA JURÍDICO-SOCIAL – O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

COMPATIBILIDADE

CONSTITUCIONAL ENTRE A REPRESSÃO PENAL À HOMOTRANSFOBIA E A INTANGIBILIDADE DO PLENO EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA – A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. TOLERÂNCIA COMO EXPRESSÃO DA “HARMONIA NA DIFERENÇA” E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, POR REVESTIR-SE DE CARÁTER ABRANGENTE, ESTENDE-SE, TAMBÉM, ÀS IDEIAS QUE CAUSEM PROFUNDA DISCORDÂNCIA OU QUE SUSCITEM INTENSO CLAMOR PÚBLICO OU QUE PROVOQUEM GRAVE REJEIÇÃO POR PARTE DE CORRENTES MAJORITÁRIAS OU HEGEMÔNICAS EM UMA DADA COLETIVIDADE – As ideias, nestas compreendidas as mensagens, inclusive as pregações de cunho religioso, podem ser fecundas, libertadoras, transformadoras ou, até mesmo, revolucionárias e subversivas, provocando mudanças, superando imobilismos e rompendo paradigmas até então estabelecidos nas formações sociais. O verdadeiro sentido da proteção constitucional à liberdade de expressão consiste não apenas em garantir o direito daqueles que pensam como nós, mas, igualmente, em proteger o direito dos que sustentam ideias (mesmo que se cuide de ideias ou de manifestações religiosas) que causem discordância ou que provoquem, até mesmo, o repúdio por parte da maioria existente em uma dada coletividade. O caso “United States v. Schwimmer” (279 U.S. 644, 1929): o célebre voto vencido (“dissenting opinion”) do Justice OLIVER WENDELL HOLMES JR.. É por isso que se impõe construir espaços de liberdade, em tudo compatíveis com o sentido democrático que anima nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, para que o pensamento – e, particularmente, o pensamento religioso – não seja reprimido e, o que se mostra fundamental, para que as ideias, especialmente as de natureza confessional, possam florescer, sem indevidas restrições, em um ambiente de plena tolerância, que, longe de sufocar opiniões divergentes, legitime a instauração do dissenso e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções

antagônicas, a concretização de valores essenciais à configuração do Estado Democrático de Direito: o respeito ao pluralismo e à tolerância. – O discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações e manifestações que incitem a discriminação, que estimulem a hostilidade ou que provoquem a violência (física ou moral) contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, não encontra amparo na liberdade constitucional de expressão nem na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 13, § 5º), que expressamente o repele. A QUESTÃO DA OMISSÃO NORMATIVA E DA SUPERAÇÃO TEMPORAL IRRAZOÁVEL NA IMPLEMENTAÇÃO DE ORDENS CONSTITUCIONAIS DE LEGISLAR. A INSTRUMENTALIDADE DA AÇÃO DIRETA POR OMISSÃO NA COLMATAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional (como aquela que deriva do art. 5º, XLI e XLII, de nossa Lei Fundamental) – qualifica-se como comportamento revestido de intensa gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados da Lei Fundamental. Doutrina. Precedentes (ADI 1.458- -MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). – Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, do que a promulgar com o intuito de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes ou de grupos majoritários, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos ou, muitas vezes, em frontal desrespeito aos direitos das minorias, notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade. – A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nesse contexto, tem por objetivo provocar legítima reação jurisdicional que, expressamente autorizada e atribuída ao Supremo Tribunal Federal pela própria Carta Política, destina-se a impedir o desprestígio da Lei Fundamental, a neutralizar gestos de desprezo pela Constituição, a outorgar proteção a princípios, direitos e garantias nela proclamados e a obstar, por extremamente grave, a erosão da consciência constitucional. Doutrina. Precedentes do STF.

(ADO 26, Relator Ministro CELSO DE MELLO; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Julgamento em 13/06/2019; Publicação em 06/10/2020)

Nada obstante o Plenário tenha deferido a essas causas uma consideração bastante verticalizada, ocupando-se de deliberar sobre ela durante sucessivas assentadas, a decisão final instaurou algumas sensibilidades, tanto no

que diz respeito ao modo pelo qual se fez o controle jurisdicional das omissões atacadas, quanto no tocante ao alcance das diretrizes punitivas especificadas.

Conforme se demonstrará, a conclusão endossada pela maioria da Suprema Corte valeu-se de uma interpretação que, além de, ao menos em parte, contraditória com as razões que justificaram o conhecimento da ação, omitiu-se quanto a diversos aspectos jurídicos decorrentes do processo de adequação típica da Lei nº 7.716/1989 para a repressão da homofobia e a transfobia, notadamente quando deixou de especificar causas de exclusão de ilicitude decorrentes do exercício de outras liberdades constitucionais.

A decisão também guardou silêncio quanto à previsível pretensão de universalização da tutela penal do preconceito em relação a outros grupos minoritários. Na medida em que o modelo de jurisdição constitucional exercido por esse Supremo Tribunal Federal tem reivindicado uma crescente vocação expansiva, cuja autoridade hoje transcende as fronteiras dispositivas dos seus pronunciamentos, é conveniente que suas deliberações sejam verbalizadas com o maior detalhamento possível, inclusive em relação às consequências antecipáveis, nos termos do artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁶.

É no desiderato de colaborar para a consolidação normativa de uma realidade normativa coerente, mediante o esclarecimento do conteúdo do julgado, que são opostos os presentes embargos declaratórios.

⁶ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.
Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

II – DA LEGITIMIDADE RECURSAL DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO PARA OPOR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

De acordo com a experiência jurisprudencial dessa Suprema Corte (Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1616 e nº 2101, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 24.08.2001 e 15.10.2001, respectivamente, e Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3916, Relator Ministro EROS GRAU, DJ de 19.10.2009), a norma do artigo 103, § 3º, da Constituição é mensageira de uma atribuição processual *sui generis* a ser exercida pelo Advogado-Geral da União nos processos de controle abstrato de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal.

Ela exterioriza, *prima facie*, um dever de curadoria dos atos normativos, prestando-se a oferecer um contraponto discursivo às objeções contra eles formuladas, em favor de sua legitimidade constitucional. Nada obstante, esse múnus pode ser relativizado em duas circunstâncias pontuais, diante de imperativos antagônicos que também caracterizam o ofício do Advogado-Geral da União, a saber: (i) a defesa dos núcleos essenciais de competência da União, quando o dissídio constitucional os coloque sob ameaça; ou (ii) a deferência à autoridade dos precedentes dessa Suprema Corte.

No exercício desse papel eclético, o Advogado-Geral da União oficia como um permanente colaborador processual do Supremo Tribunal Federal, em prol dos diversos interesses institucionais envolvidos nas causas de fiscalização de constitucionalidade. A colaboração prestada pelo Advogado-Geral não se exaure em uma manifestação isolada, compreendendo diversas postulações voltadas tanto à defesa dos atos questionados como ao aperfeiçoamento do trabalho decisório da Corte.

Trata-se, na verdade, de um poder implícito decorrente do artigo

103, § 3º, da Constituição, conforme veio a ser estabelecido no seguinte precedente:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. LEI PROIBITIVA DE NEPOTISMO. VÍCIO FORMAL DE INICIATIVA LEGISLATIVA: INEXISTÊNCIA. NORMA COERENTE COM OS PRINCÍPIOS DO ART. 37, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. O Procurador-Geral do Estado dispõe de legitimidade para interpor recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça proferido em representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º, da Constituição da República) em defesa de lei ou ato normativo estadual ou municipal, em simetria a mesma competência atribuída ao Advogado-Geral da União (art. 103, § 3º, da Constituição da República). Teoria dos poderes implícitos. 2. Não é privativa do Chefe do Poder Executivo a competência para a iniciativa legislativa de lei sobre nepotismo na Administração Pública: leis com esse conteúdo normativo dão concretude aos princípios da moralidade e da impessoalidade do art. 37, *caput*, da Constituição da República, que, ademais, têm aplicabilidade imediata, ou seja, independente de lei. Precedentes. Súmula Vinculante n. 13. 3. Recurso extraordinário provido.

(RE nº 570392, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relatora: Ministra CÁRMEN LÚCIA, Julgamento em 11/12/2014, Publicação em 19/02/2015).

Em recente julgamento do Plenário dessa Suprema Corte, foi reconhecida a legitimidade recursal do Advogado-Geral da União para opor embargos de declaração em processos objetivos, a seguir:

Ementa: Processo penal. Constitucional. Embargos de declaração em ação direta de inconstitucionalidade. Modulação temporal da decisão. **1. O Advogado-Geral da União, no processo de controle objetivo de constitucionalidade, não exerce atividade de representação judicial da União, mas múnus especial do qual foi incumbido pela Constituição. Nessa condição, tem legitimidade para a interposição de embargos de declaração.** 2. Antes do julgamento da presente ação direta, foram propostas ações de execução de penas de multa criminal, promovidas por iniciativa da Fazenda Pública. 3. Tais ações foram iniciadas com fundamento não apenas em lei, mas em entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça (Súmula 521). 4. Ademais, os fundamentos que levaram à procedência da presente ação direta têm por objetivo conferir maior eficácia às funções da pena – e não o seu enfraquecimento, pela invalidação de sanções anteriormente aplicadas. 5. Diante do exposto, por razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social, devem ser

modulados temporalmente os efeitos da decisão, de modo a estabelecer a competência concorrente da Procuradoria da Fazenda Pública quanto às execuções findas ou iniciadas até a data do trânsito em julgado da presente ação direta de inconstitucionalidade. 6. Embargos de declaração conhecidos e providos.

(ADI 3150 ED, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 19-05-2020 PUBLIC 20-05-2020) – grifou-se

A circunstância processual em exame oferece uma situação paradigmática para evidenciar a legitimidade do Advogado-Geral da União para a oposição de embargos de declaração, dada a existência de convincentes razões em abono do esclarecimento de alguns aspectos críticos do acórdão.

III – CONTRADIÇÃO ENTRE O JUÍZO DE CABIMENTO (OMISSÃO) E A SOLUÇÃO APLICADA (INTERPRETAÇÃO CONFORME) – A tipificação dos crimes de preconceito contra pessoas LGBTI+ consistiria em um déficit de atuação legislativa ou um desacordo conceitual em torno do racismo?

Desenvolvimentos teóricos recentes sobre a jurisdição constitucional têm demonstrado, no Brasil e no mundo, que essa forma de controle do poder político assume perfis multifacetados. Além de admitir diferentes perspectivas de legitimação, a jurisdição constitucional está em constante aperfeiçoamento institucional, reinventando continuamente as premissas de sua própria atuação.

O aspecto inesgotavelmente dinâmico da jurisdição constitucional é, em boa parte, explicado pela plasticidade das regras de competência que definem as suas hipóteses de trabalho. Mas uma significativa margem de flutuação das bases de intervenção dessa instância jurisdicional é definida na interpretação de aspectos mais periféricos do modelo de controle vigente, como os relativos às técnicas de decisão praticáveis pelos Tribunais Constitucionais.

Um ligeiro ajuste na qualificação dos objetos e/ou das técnicas de controle de constitucionalidade pode se provar, em um futuro próximo, um marco para a reconfiguração de padrões estruturais do Direito. Especialmente no que concerne ao controle de omissões do poder público, cada desenvolvimento da jurisdição constitucional consolida uma lógica de interatividade institucional que modifica de forma significativa a relação de equilíbrio entre os Poderes públicos.

Em poucas décadas, a crônica desse Supremo Tribunal Federal narrou uma pujante trajetória de desenvolvimento das técnicas de controle de omissões inconstitucionais. De uma atitude inicial mais contida, que se satisfazia com a certificação da demora do Congresso Nacional, essa Suprema Corte avançou para a formulação de apelos legislativos, qualificados posteriormente com a fixação de prazos razoáveis para a ação do Parlamento e, por fim, pelas decisões de concretização supletiva⁷.

É quase inevitável que uma Constituição provida de remédios contra omissões políticas inspire algum grau de dirigismo judiciário nas hipóteses de seu descumprimento, até porque as Constituições são textos que nasceram para a plenitude.

Porém, a definição de como os conteúdos constitucionais devem ser concretizados na via jurisdicional, mesmo diante de desacordos persistentes, é uma atividade complexa. É um empreendimento que não envolve somente a Suprema Corte, reclamando, sobretudo, a participação das instâncias

⁷ Nesse sentido, o item 5 do voto do Ministro Gilmar Mendes: “A partir da experiência do direito alemão sobre a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade (tendo em vista especialmente as omissões legislativas parciais), e das sentenças aditivas no direito italiano, considerou-se que, no caso do direito de greve dos servidores públicos civis, estar-se-ia diante de hipótese em que há omissão constitucional que reclama uma solução diferenciada. A partir sobretudo das decisões acima referidas, o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, se se utilizar a denominação do direito italiano.”

democráticas⁸. A deliberação dos limites do controle judicial também há de ser uma atividade interpretativa compartilhada, em que democracia e Direito dialogam, complementam-se e aprendem mutuamente.

Não há dúvida alguma de que o acórdão proferido por essa Suprema Corte nesta ação direta de inconstitucionalidade por omissão representa um ponto de inflexão na prática jurisdicional brasileira. Seja pela lucidez dos votos proferidos, seja pelo valoroso recado de tolerância – enquanto genuína aceitação do outro – que traz e pelo ineditismo da concretização normativa operada em matéria de direito penal material.

Como todo paradigma, porém, é natural que o acórdão desperte incompreensões quanto a determinados aspectos decisórios. Lidar com parte das complexidades ensejadas pela decisão será ofício da Academia. Mas há um grau de hesitação mais imediato que deve ser esclarecido nos próprios autos do processo. Afinal, o que se espera dos paradigmas não é apenas um ganho de justiça, mas um acréscimo de racionalidade na cultura jurídica, que depende da possibilidade do conhecimento transparente de seus fundamentos. É precisamente isso o que se persegue no primeiro ponto desses embargos.

O acórdão embargado revela uma contradição surgida do antagonismo havido entre sua premissa maior – relativa à existência de uma inércia estatal quanto à edição de atos legislativos de punição da discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero (item 11 do voto do

⁸ No plano da cultura jurídica americana, é particularmente conhecida a teoria do constitucionalismo democrático, idealizado pelos professores Robert Post e Reva Siegel, da universidade de Yale. Em publicação seminal sobre essa teoria, seus idealizadores sustentam que o apoio ou o descrédito popular a decisões judiciais não é um sintoma de equívocos, mas um sinal – que pode ser positivo – de envolvimento democrático na disputa pelo sentido da Constituição e da jurisdição constitucional. *“As Scalia well knows, the practical and expressive power of judicial decisions does not shut down politics; it can instead inspire Americans to struggle passionately to shape the exercise of judicial review. Judicial review limits, channels, and amplifies democratic politics. Democratic politics, in turn, shapes the institution of judicial review”*. Tradução livre: “Como sabe Scalia, o poder prático e expressivo das decisões judiciais não anula a política; ele pode, ao invés disso, inspirar americanos a lutar contundentemente para moldar o exercício da jurisdição constitucional. A jurisdição limita, canaliza e amplifica a política democrática. A política democrática, por sua vez, dá forma à instituição da jurisdição constitucional”. (POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Roe rage: democratic constitutionalism and backlash**. Harv. CR-CLL Rev., v. 42, p. 399).

Ministro Relator) – e a solução judicial ministrada – a aplicação de interpretação conforme à Constituição dos tipos penais da Lei nº 7.716/1989 (item 12.2 do voto do Ministro Relator).

Conforme reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é cabível nas hipóteses de apatia na concretização legislativa de mandamentos constitucionais, episódios de inércia que podem ser parciais ou totais, mas que não se confundem com o questionamento da opção legislativa adotada⁹.

Para a configuração de uma omissão normativa, é essencial que exista um vazio, hiato ou silêncio legislativo, cujo preenchimento dependa de um suprimento analógico. Diferente é a hipótese de controvérsia interpretativa. Na hipótese de antinomia entre diferentes interpretações, não há que se falar em omissão, mas em conflito de normas, cuja solução há de ser viabilizada, entre outros métodos, pela interpretação conforme, a ser aplicada na sede processual adequada.

⁹ “AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ALEGAÇÃO DE MORA DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. EDIÇÃO DE ATO NORMATIVO. ART. 93, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO DE DEVER CONSTITUCIONAL. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. AUSÊNCIA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. LIAME INDIRETO. INSUFICIÊNCIA DE MERO INTERESSE DE CARÁTER ECONÔMICO-FINANCEIRO. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão tem cabimento quando o poder público se abstém de um dever que a Constituição lhe atribuiu. 2. Não é o que ocorre na presente hipótese, pois não se deve confundir “omissão normativa” com “opção normativa”, que se consubstancia em legítima escolha do Presidente do Tribunal de Justiça, para, a partir da análise orçamentária e de responsabilidade fiscal, decidir sobre eventual edição de ato normativo para majoração do subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, de forma proporcional ao aumento do subsídio dos Ministros do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, estabelecido pela Lei Federal 13.752/2018. 3. A jurisprudência do STF exige, para a caracterização da legitimidade ativa das entidades de classe e das confederações sindicais em ações de controle concentrado, a existência de correlação direta entre o objeto do pedido de declaração de inconstitucionalidade e os objetivos institucionais da associação. 4. Não há pertinência temática entre as normas impugnadas, que cuidam de interesse relacionado aos magistrados, e os objetivos institucionais perseguidos pela Agravante (FEBRAFITE), voltados, genericamente, à proteção dos interesses dos auditores fiscais da receita estadual e distrital. O liame mediato, indireto, não satisfaz o requisito da pertinência temática. Precedentes. 5. Agravo Regimental conhecido e desprovido.”

(ADO 53 nº AgR, Relator: Ministro Alexandre de Moraes; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Julgamento em 27/09/2019; Publicação em 07/11/2019)

Fazendo remissão a critérios elaborados pelo jurista escocês Neil MacCormick para o exame da argumentação jurídica em casos difíceis, Manuel Atienza¹⁰ diferencia problemas de interpretação e pertinência. Problemas de interpretação, nessa abordagem, surgiriam quando não houvesse dúvida quanto à norma aplicável, mas sobre o acordo semântico relativo a determinada linguagem legal; de outra parte, problemas de pertinência suscitariam uma questão diversa e anterior, sobre a existência de norma a ser aplicada ao caso.

A controvérsia jurídica delineada nesta ADO registra emblematicamente a diferença entre uma e outra forma de argumentar. Afinal, para definir o cabimento ou não da ação, é necessário um juízo de inexistência da norma. De outra parte, para afiançar uma solução normativa para a causa, não basta interpretar um material já existente. É necessário acrescê-lo via provimento judicial.

Uma omissão normativa deve ser enfrentada, portanto, por um raciocínio de pertinência, e não de mera interpretação. Essa diferença não implica um mero ajuste formal da maneira de aplicar o direito, representando, pelo contrário, uma reformulação mais ampla sobre o papel jurisdicional e as necessidades de justificação envolvidas.

Em conhecido precedente estabelecido por essa Suprema Corte, a ADPF nº 54, essa discrepância foi notada pelo Ministro GILMAR MENDES, para quem o debate sobre a exclusão da ilicitude da interrupção de feto anencéfalo deveria ser conduzido como enfrentamento de uma omissão normativa, gerando uma decisão assumidamente aditiva, como se vê dos seguintes apontamentos:

Há muito se vale o Supremo Tribunal Federal da interpretação conforme à Constituição. Consoante a prática vigente, limita-se o Tribunal a declarar a legitimidade do ato questionado desde que

¹⁰ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 140.

interpretado em conformidade com a Constituição. O resultado da interpretação, normalmente, é incorporado, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador.

Assim, a prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada intenção do legislador, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto.

Muitas vezes, porém, esses limites não se apresentam claros e são difíceis de definir. Como todo tipo de linguagem, os textos normativos normalmente padecem de certa indeterminação semântica, sendo passíveis de múltiplas interpretações. Assim, é possível entender, como o faz Rui Medeiros, que *“a problemática dos limites da interpretação conforme à Constituição está indissociavelmente ligada ao tema dos limites da interpretação em geral”*.

A eliminação ou fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto, quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, muitas vezes a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto.

A experiência das Cortes Constitucionais europeias – destacando-se, nesse sentido, a Corte Costituzionale italiana – bem demonstra que, em certos casos, o recurso às decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma constitui a única solução viável para que a Corte Constitucional enfrente a inconstitucionalidade existente no caso concreto, sem ter que recorrer a subterfúgios indesejáveis e soluções simplistas como a declaração de inconstitucionalidade total ou, no caso de esta trazer consequências drásticas para a segurança jurídica e o interesse social, a opção pelo mero não conhecimento da ação.

(...)

Certas modalidades atípicas de decisão no controle de constitucionalidade decorrem, portanto, de uma necessidade prática, comum a qualquer jurisdição constitucional. Assim, o recurso a técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral tem sido cada vez mais comum na realidade do direito comparado, na qual os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a consequente declaração de constitucionalidade.

(...)

Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não se

atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador.

No julgamento conjunto das ADIn 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do Min. Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme à Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei n.º 8.906/94), acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convolvando a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei.

Em outros vários casos mais antigos, também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme a Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de decisões manipulativas de efeitos aditivos.

(...)

Assim, observe-se que, nesta ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, em que se discute a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos, caso o Tribunal decida pela procedência da ação, dando interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal, invariavelmente proferirá uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva.

Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de ilicitude – no caso de o feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto. Isso quer dizer que, pelo menos segundo o meu voto, está rechaçado o argumento da autora, de atipicidade do fato.

Acolho a hipótese de que a Corte criará, ao lado das já existentes (art. 128, I e II), uma nova hipótese de excludente de ilicitude do aborto.

Em exame doutrinário do precedente, Carlos de Azevedo Campos¹¹ também abordou essa perplexidade, sinalizando para a falta de transparência na aplicação de sentenças aditivas pela jurisdição constitucional:

(...) dependendo do tema envolvido, principalmente, se presente discussões cruciais acerca de direitos fundamentais, os membros do tribunal não suscitam tantas dificuldades em aplicar sentenças aditivas, na verdade, adicionam sentidos normativos sem assumir que proferiram sentenças aditivas. Foi o que ocorreu, claramente, no caso do aborto de fetos anencefálicos – o julgamento da ADPF 54/DF. (...)

¹¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As sentenças manipulativas aditivas: os casos das Cortes Constitucionais da Itália, da África do Sul e do STF. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 40, v. 246, p. 421-424, ago. 2015.

Se a norma de decisão foi, de fato, resultado de interpretação conforme a Constituição, de redução teleológica orientada a valores do tipo normativo ou de puro e simples reconhecimento da falta de subsunção por atipicidade material, é questão colocada sob a perspectiva do intérprete e do raciocínio hermenêutico desenvolvido, mas não é suficiente para encerrar a análise da natureza da sentença. Essa análise requer que se leve em conta as transformações promovidas pela decisão sobre a estrutura legal do tipo penal e das excludentes de ilicitude de mais de meio século. Por essa perspectiva de análise, é possível identificar uma sentença aditiva de significados normativos que “criou” hipótese nova de não punibilidade da prática “conhecida” como aborto. Uma sentença aditiva de garantia.

Este e outros casos de interpretação conforme a Constituição, assim como os de interpretação constitucional direta, revelam aspecto problemático dos processos decisórios do Supremo: a maioria dos Ministros nega estar criando judicialmente o direito, se diz incomodada com as sentenças aditivas e exalta a figura kelseniana do legislador negativo, mas, com frequência enorme, profere votos escancaradamente manipulativos dos sentidos normativos das leis ou inovadores até mesmo da ordem constitucional.

Na presente causa, está configurada a mesma circunstância silenciosa, embora com sinais invertidos. Conforme reconhecido nos votos dos Ministros que compuseram a ampla maioria no acórdão embargado, a demora em deliberar e votar diferentes projetos de lei que propunham a criminalização da homofobia e da transfobia configurou omissão legislativa na matéria.

De forma surpreendente, porém, o que se propôs, como solução para esse déficit de efetividade, não foi uma resposta aditiva de princípio – tal como a que, de acordo com o voto do Ministro GILMAR MENDES na ADPF nº 54 seria adequada para criar uma causa extralegal de exclusão de ilicitude. A solução encampada foi a de promover uma interpretação conforme à Constituição da Lei nº 7.716/1989, o que, de acordo com a maioria, seria suficiente para afastar a alegação de criação normativa em matéria penal.

Trata-se, porém, de hipótese de aplicação contraditória da técnica de interpretação conforme à Constituição. Por diferentes motivos. Em primeiro plano porque, como já dito, onde há omissão, não há conflito a ser

resolvido por interpretação conforme. Em segundo lugar, porque, se houvesse controvérsia jurídica, o processo objetivo adequado para enfrentá-la seria a arguição de descumprimento de preceito fundamental ou a ação declaratória de constitucionalidade, nunca, porém, uma ação declaratória de omissão inconstitucional.

Em terceira avaliação, porque a Suprema Corte não estaria a fiscalizar, dessa forma, uma inércia atribuída ao Poder Legislativo, mas ao próprio Poder Judiciário, que até então não registrava casos de aplicação da Lei nº 7.716/1989 para punição de atos de preconceito homofóbicos ou transfóbicos. E a supressão de silêncio judiciário não é passível de enfrentamento por nenhuma das ações constitucionais de controle abstrato de constitucionalidade¹².

Há, portanto, uma série de aporias relativas à própria adequação dos processos de controle de omissão.

Tudo isso parece ser reconhecido pela própria ressalva contida no acórdão embargado, cujo dispositivo, na alínea “e”, determina a aplicação dessa interpretação conforme apenas de maneira prospectiva. Disso emerge a seguinte consideração: se não houve acréscimo de tipificação por concretização direta da Constituição ou por intermédio de raciocínio analógico, qual a justificativa para a reserva de prospectividade?

Ao que parece, a técnica de interpretação conforme foi aplicada ao caso para validar a conclusão valorativa avançada pelo Supremo Tribunal

¹² “Não há uma construção doutrinária muito aprofundada em relação à ideia de omissão no exercício da função jurisdicional, mesmo porque não é algo que adquire muita relevância prática. Ao discutir sobre essa possibilidade, Dirley da Cunha Junior, filiando-se à posição adotada por Jorge Miranda, afirma que a inconstitucionalidade por omissão da função jurisdicional corresponderia à própria ideia de ‘denegação de justiça’. Já Luis Roberto Barroso entende as omissões jurisdicionais como sendo aquelas que podem encontrar reparação no sistema de recursos internos ao Poder Judiciário (se adotada a posição do autor, um bom exemplo seria a ausência de fundamentação de decisão judicial, em contradição ao que dispõe o artigo 93, IX, da Constituição). Para Barroso, somente seriam impugnáveis as omissões do Poder Judiciário de natureza administrativa, mas não aquelas relativas ao exercício da jurisdição”. FERNANDES, Eric Baracho Dore. **Omissões inconstitucionais e seus instrumentos de controle: contribuições para o aprimoramento institucional**. Editora JusPodivm, 2017, pp. 198/199)

Federal de modo a evitar questionamentos sobre os limites e as técnicas utilizadas pela jurisdição constitucional, tudo para naturalizar a decisão como parte de uma continuidade jurisprudencial.

Todavia, esse tipo de prática dificulta a correta compreensão da decisão, limitando o exercício da crítica social sobre o exercício atípico da função normativa pelo Tribunal Constitucional. Segundo magistério de Anderson Sant'ana Pedra, o exercício da crítica social é importante para a legitimação da Suprema Corte junto à sociedade:

Não se pode olvidar que a fundamentação e a racionalidade utilizada para a decisão devem voltar-se como ato de convencimento dirigido à sociedade (povo) vez que, de certo modo, o Tribunal Constitucional possui uma conotação popular no sentido de que ao promover e proteger a vontade expressada na Constituição, acaba por atuar como um representante da soberania popular (...).

O exercício da *crítica social* mostra-se importante para que seja possível conciliar a ideia de democracia com a atuação do Tribunal Constitucional como curador da Constituição, bem como para evitar que os juízes do Tribunal transformem o sistema constitucional em exatamente aquilo que eles gostariam que ele fosse¹³.

Essa estratégia de naturalização de protocolos decisórios inéditos, com todas as vênias, não apenas compromete o conteúdo do acórdão recorrido com vício da contradição, como é prejudicial ao requisito de racionalidade inerente à função judicial. Sob a aparência de uma linearidade artificial, ela propicia modificações profundas no desenho institucional da separação de poderes, dificultando o conhecimento dos limites da atuação da jurisdição constitucional.

A doutrina tem apontado esse tipo de fundamentação como insatisfatória em termos de transparência e de coerência, conforme se pode

¹³ PEDRA, Anderson Sant'Ana. **A jurisdição constitucional e a criação do direito na atualidade: condições e limites.** Fórum, 2017, pp. 334.

conferir do estudo de Gabriel Accioly Gonçalves¹⁴, que formulou análise crítica do emprego do dogma do legislador negativo:

Tudo isso demonstra que há diferentes níveis de criatividade judicial revelados pela análise dos padrões decisórios do STF. A manutenção, simultaneamente a isso, do emprego argumentativo da doutrina do legislador negativo em outros julgamentos revela um casuísmo na atuação da Corte, que, ora assume contornos criativos, ora auto-restritivos, sem que a escolha entre uma postura e outra seja motivada. De forma ainda mais grave, transita-se entre um extremo e outro na aplicação de uma mesma tese jurídica (e.g, (im)possibilidade de redução parcial de texto de modo a corrigir o sentido da lei à luz da Constituição), sem sequer se observar o ônus argumentativo de fundamentação da aplicação de parâmetros de formas invertidas a depender do caso.

Na medida em que o STF se considera representativo, espera-se que suas decisões sejam coerentes e os fundamentos, dotados de transparência. Deve-se proceder a isso de forma explícita. A sinceridade do Tribunal com relação ao resultado de suas pronúncias e às técnicas utilizadas para atingi-las constituem um passo indispensável à legitimação de sua atuação. (...)

Como visto no tópico antecedente, no Brasil, o mecanismo, por excelência, de negação da criatividade é o emprego, pelo STF, da tese do legislador negativo. Há sérios indícios de insinceridade dessa tese. Recorde-se: de início, não faltam exemplos de decisões altamente inovadoras prolatadas pela Corte. Ademais, a análise atenta de sua jurisprudência expõe como a adesão a esse parâmetro é seletiva, sendo possível identificar julgados que aplicam parâmetros normativos opostos aos decorrentes da teoria do legislador negativo. Por fim, recentemente, os próprios membros do tribunal vêm questionando a correção dessa tese, a qual, não obstante, subsiste.

A ausência de *judicial candor* gera outros prejuízos, como uma incoerência da Corte, além de denotar casuísmo. Em última análise, esse quadro contribui para o descrédito do tribunal. (...)

Considerando-se a criatividade um traço inevitável da atividade adjudicatória, então o que o princípio da separação dos poderes exige não pode ser um fingimento judicial manifestado pela pretensa mera aplicação de um direito pré-pronto, mas que a jurisdição criativa seja sujeita a controles pelas instâncias majoritárias. (...)

A sinceridade quanto a esse aspecto basilar da atividade adjudicatória deve ser encarada como uma exigência indispensável. Dessa forma, decisões criativas restarão devidamente sujeitas à crítica pública. Resultados considerados inaceitáveis sobre questões altamente controvertidas não poderão ser justificados como uma mera expressão de um direito acabado

¹⁴ GONÇALVES, Gabriel Accioly. **O Desenvolvimento Judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. pp. 180/186.

e apreendido pelo julgador. Do contrário, corre-se o risco de manifestações judiciais se tornarem incontroláveis. (grifou-se)

Se a solução da presente ação direta dependia apenas da aplicação de entendimento já firmado quando do julgamento do caso Ellwanger (o que seria bastante compreensível enquanto desdobramento natural de um tipo penal entendido como dirigido à reprovação e criminalização – amplas e abrangentes – de inaceitáveis condutas de intolerância), seria realmente possível dizer que haveria alguma omissão a ser preenchida? Se existia omissão, não teria sido necessária a extensão aditiva de figuras típicas, vedada pela cultura jurídica geral em matéria penal? Afinal, a tipificação do crime de preconceito contra LGBTI+ é um déficit legislativo ou um desacordo em relação ao conceito que a lei já estabelecia para o racismo?

Postula-se que o Tribunal seja coerente quanto ao desenvolvimento de suas competências e técnicas de decisão. A alteração na amplitude do papel da jurisdição constitucional é possível, mas os precedentes marcantes devem ser firmados com sinceridade máxima, não podendo ser suavizados naquilo que possuem de inovadores.

Diante dessa inconsistência, e para se manter consentâneo com a hipótese de cabimento declarada no acórdão, roga-se que essa Suprema Corte aponte que a solução aplicada possui efeitos aditivos, garantindo, ainda, que sejam acrescentadas as justificativas necessárias para explicar a admissibilidade da expansão da tutela penal por interpretação judicial.

IV – OMISSÕES PRESENTES NO ACÓRDÃO EMBARGADO

IV.I – O ALCANCE DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE RACISMO – *A fixação do conceito de racismo como toda e qualquer conduta de intolerância admite a aplicação dos tipos penais de*

preconceito em favor da tutela de outros grupos vulneráveis? Imperiosa necessidade de se ponderar a proteção ampliada devida a Direitos Fundamentais com a compreensão estrita que evidentemente deve ser dispensada a tipos penais.

Na atualidade, o exercício da jurisdição constitucional não se limita à pacificação de controvérsias ou ao controle do poder pela limitação de atos normativos abusivos. Cada vez mais, esse Supremo Tribunal Federal se firma como instituição voltada a consolidar conteúdos normativos inéditos no ordenamento, seja pela afirmação de núcleos essenciais de normas constitucionais abertas, seja pela concretização de princípios, seja pela fixação de interpretações legais que sejam adequadas ao texto constitucional.

Ao apreciar demandas de controle concentrado, o Tribunal já não se limita a fazer um exame de conformidade entre material normativo e Constituição, mas a avançar considerações sobre o processo de positivação do direito na sua inteireza.

Justamente por isso, as razões de decidir empregadas pela Suprema Corte funcionam como importantes guias normativos para assegurar a coerência, a efetividade e a estabilidade do texto constitucional. Sob cada julgado, esse Supremo Tribunal Federal articula uma série de ponderações sobre propósitos normativos, funções estatais e critérios de aplicação do direito que influenciarão decisivamente a prática jurídica. Como já dito antes, o próprio conceito de jurisdição constitucional está em constante reformulação pelas decisões dessa Suprema Corte.

Se ainda não se chega a cogitar de uma verdadeira transcendência dos motivos determinantes dos julgados em controle concentrado, é inevitável reconhecer que eles projetam um facho autorizativo sobre a prática jurídica que não se exaure nas conclusões. Diante do destacado vulto da atividade decisória

exercida pelo Supremo Tribunal Federal, o conhecimento mais adequado do conteúdo de suas deliberações torna-se uma diretriz necessária, uma forma de afiançar, indiretamente, a própria supremacia da Constituição.

A consideração das consequências envolvidas na interpretação de valores jurídicos abstratos é considerada, na atual redação da LINDB (artigo 20¹⁵), como um requisito necessário das decisões judiciais. Trata-se de requisito de racionalidade das decisões em controle de constitucionalidade:

Deve-se, igualmente, a fim de se chegar à “racionalidade da interpretação”, levar em conta as consequências práticas que a decisão produzirá no mundo dos fatos (*consequencialismo*), destacando novamente a especificidade de sua eficácia – *erga omnes*¹⁶.

No particular, o imperativo legal de consideração das consequências práticas não parece ter sido explicitado a contento, demandando que o dispositivo seja acrescido de uma proclamação complementar, ou pelo menos para que seja produzido acórdão integrativo, com a prestação de alguns esclarecimentos.

Ao admitir a interpretação conforme à Constituição da Lei nº 7.716/1989 como solução adequada para as omissões enfrentadas na presente causa, o Plenário considerou que a prática interpretativa existente desde o precedente do HC nº 82.424 (Caso Ellwanger) já havia estabelecido uma definição do conceito de raça que poderia ser aplicada para a censura penal de atos de homofobia e transfobia.

No entender dessa Suprema Corte, o conceito de racismo abrange toda e qualquer conduta de inaceitável intolerância.

¹⁵ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

¹⁶ PEDRA, Anderson Sant'Ana. **A jurisdição constitucional e a criação do direito na atualidade: condições e limites**. Fórum, 2017, pp. 331.

Eis algumas passagens do voto do Ministro Relator que exemplificam o que se vem de falar:

Entendo, por tal motivo, Senhor Presidente, que este julgamento impõe, tal como sucedeu no exame do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), que o Supremo Tribunal Federal reafirme a orientação consagrada em referido precedente histórico no sentido de que a noção de racismo – para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei nº 7.716/89 – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero.

A prática do racismo – eliminada a construção artificial e equivocada do conceito de “raça” – traduz a expressão do dogma da desigualdade entre os seres humanos, resultante da exploração do preconceito e da ignorância, significando, em sua concreta expressão, a injusta denegação da essencial dignidade e do respeito mútuo que orienta as relações humanas. (fl. 80 do voto)

(...)

Tenho para mim que a configuração de atos homofóbicos e transfóbicos como formas contemporâneas do racismo – e, nessa condição, subsumíveis à tipificação penal constante da Lei nº 7.716/89 – objetiva fazer preservar – no processo de formação de uma sociedade sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, IV) – a incolumidade dos direitos da personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana, buscando inibir, desse modo, comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações subalternas, disseminar, criminosamente, em exercício explícito de inadmissível intolerância, o ódio público contra outras pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

Foi por tal razão que enfatizei, no voto que proferi em referido julgamento (HC 82.424/RS), que os núcleos do tipo penal previstos no art. 20, “caput”, da Lei nº 7.716/89 revestem-se de caráter proteiforme, dada a multiplicidade de formas executivas que esses comportamentos podem assumir, concretizando, assim, qualquer que tenha sido o meio empregado, a prática inaceitável da intolerância racial. (fl. 90)

Nada obstante, conforme já enfatizado em tópico anterior, a conclusão do acórdão embargado houve por bem conferir apenas efeitos prospectivos à aplicabilidade da Lei nº 7.716/1989 para a tutela de integrantes do grupo LGBTI+.

Diante disso, surge a indagação: se o conceito de racismo estabelecido nos termos da Lei nº 7.716/1989 envolve, de forma abstrata, a identificação de atos de intolerância baseados em preconceitos diversos, pode ele ser aplicado, por interpretação judicial, a outros grupos não hegemônicos que, tal como o movimento LGBTI+, percebam-se como sistematicamente vilipendiados no processo social?

Trata-se de uma dúvida relevante. Afinal, o paradigma decisório formado neste julgamento iluminará toda a aplicação futura da legislação penal de proteção contra o racismo por membros do Ministério Público e magistrados. E, conforme fixado expressamente no voto-condutor do Relator, o sentido normativo de racismo é potencial e essencialmente fluido.

Se isso é verdadeiro, e se a aplicação do conceito de racismo pode ser adequada por interpretação conforme à Constituição, na linha do precedente do caso Ellwanger, sem necessidade de recurso à analogia ou outro tipo de desenvolvimento judiciário do direito de implicações criativas, então qualquer ato de violência moral que inferiorize pessoas em razão de sua identidade social, também pode vir a ser qualificado como ato de racismo.

Não se está a falar, aqui, em uma omissão decisória clássica, pelo não atendimento de um dos pedidos feitos pelos requerentes, mas em uma espécie diferenciada de vício no julgado embargado, relativo à delimitação dos efeitos que ele se propõe a produzir na ordem jurídica.

O questionamento é absolutamente relevante, por diferentes razões. Em primeiro lugar, porque – embora o Plenário tenha considerado que o HC Ellwanger já configuraria marco interpretativo apto a ensejar a ampliação do conceito penal de racismo no direito brasileiro – a prática institucional até então prevalente entendia que a alteração no conteúdo normativo dos crimes de preconceito deveria seguir o caminho da alteração legislativa.

Tanto é assim que, desde a sua aprovação, a Lei nº 7.716/1989 foi alterada sucessivamente para acomodar, na sua linguagem típica, a proteção de outras dimensões sociais relevantes, além da raça e da cor, que eram as únicas indicadas na versão original do texto. Com a aprovação da Lei nº 9.459/1997, por exemplo, a tipificação foi estendida para alcançar também a “*etnia, religião ou procedência nacional*”. Mais adiante, com a Lei nº 12.288/2010, foram acrescentados tipos de extensão para censurar o “*preconceito de descendência nacional ou étnica*” (artigo 4º, § 1º).

Segundo, porque admitir a interpretação conforme da Lei nº 7.716/1989 em favor de um determinado grupo social que, embora minoritário, já possui representação combativa perante os poderes públicos constituídos, negando a mesma forma de tutela a outros grupos, poderia transmitir uma ideia de “seletividade contramajoritária”, prática não condizente com o propósito da jurisdição constitucional.

Daí o interesse em obter o esclarecimento: o conceito social de racismo pode justificar a imputação de responsabilidade criminal a qualquer tipo de comentário revelador de inaceitável intolerância?

Por outro lado, é forçoso reconhecer que conclusão nesse sentido pode eliminar qualquer perspectiva de determinabilidade na tipificação dos crimes de preconceito. A fluidez na identificação de tipos penais, quando excessiva, frustra de maneira flagrante o postulado da legalidade, cujo valor para a garantia da legalidade em matéria penal é inestimável.

No ponto, é bastante precisa a lição de Nilo Batista¹⁷, que associa quatro principais implicações ao princípio da legalidade em matéria penal, a quarta das quais consta do excerto que se transcreve:

O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da “previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado”, que lhe confere Roxin, como também na perspectiva subjetiva do “sentimento de segurança jurídica” que postula Zaffaroni.

(...)

Quarta: proibir incriminações vagas e indeterminadas (nullum crimen nulla poena sine lege certa). A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os seus cidadãos. Formular tipos penais “genéricos ou vazios”, valendo-se de “cláusulas gerais” ou “conceitos indeterminados” ou “ambíguos” equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito perigoso.

Na medida em que existe omissão relevante quanto a essa consequência prática do acórdão, é essencial que ele seja complementado no ponto, mediante afirmação sobre a possibilidade de extensão ou aplicação analógica do conceito legal de racismo de forma ampla, sobretudo por meio de prudente e cauteloso juízo de ponderação entre: (i) de uma lado, a proteção ampliada devida a Direitos Fundamentais; e (ii) de outro lado, a compreensão estrita que evidentemente deve ser dispensada a tipos penais.

V – A ADEQUAÇÃO TÍPICA DOS PRECEITOS DA LEI nº 7.716/1989 DIANTE DE OUTRAS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS – *Ampliação de excludentes não contempladas nas teses de julgamento aprovadas no acórdão*

¹⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 65 e 75.

Em uma passagem singularmente erudita do voto-condutor (tópico 15), o Ministro Celso de Mello sublinhou que o repúdio normativo à homotransfobia deve conviver de modo harmonioso com a liberdade religiosa.

As ponderações de Sua Excelência culminaram com o registro de que *“é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero”* (fl. 155 do voto-condutor).

Ao assim dispor, o Plenário asseverou que o processo de adequação típica de condutas que impliquem potencial discriminação odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero aos tipos penas previstos na Lei nº 7.716/1989 deve considerar as implicações normativas decorrentes da liberdade religiosa. Trata-se, a rigor, do reconhecimento de que o contexto de expressão de certas ideias relacionadas à moral sexual deve ser sopesado quando decorrer do exercício da liberdade de religião, figurando, se não houver excesso odioso, como uma espécie de causa de exclusão de ilicitude.

Reconhecendo e enfatizando a lucidez das observações registradas a favor da liberdade religiosa, a decisão também reclama esclarecimentos nesse aspecto. Com efeito, **a liberdade religiosa não é a única dimensão normativa concorrente com o mandado constitucional de criminalização de condutas**

discriminatórias. Este último convive com diversas outras garantias individuais que contemplam a expressão do pensamento.

É necessário compreender a realidade normativa da tipificação de racismo por homotransfobia em relação a outras liberdades que também possuem assento constitucional – caso das liberdades artística, científica e de profissão – para inibir que atos legítimos de expressão venham a ser subsumidos em tipos criminais por força de teor crítico constitucionalmente admissível.

Mais do que isso, deve haver a compreensão exata de quais expressões religiosas podem ser consideradas preconceituosas. Além do direito de “pregar e divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio” e de “ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teleológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar atos de culto e respectiva liturgia”, o exercício pleno de viver conforme princípios religiosos envolve outros comportamentos que não foram considerados na decisão embargada.

V.I – Aplicabilidade dos tipos penais de preconceito a atos decorrentes do exercício de outras liberdades constitucionais

Como se sabe, há, entre os tipos penais formulados na Lei nº 7.716/1989, enunciados que possuem como núcleo verbal condutas correspondentes à recusa de acesso, engajamento ou de acolhimento de pessoas em contextos sociais diversos, como os relativos a vínculos empregatícios (artigo 4º), à prestação de serviços (artigos 5º a 11º) e até a integração na convivência familiar. Além disso, a outra figura típica mais comum tratada na Lei nº 7.716/1989 é a do artigo 20 e nos seus parágrafos de extensão, que sanciona aqueles que praticam, induzem ou incitam discriminação.

Na medida em que alguns dos tipos acima são sobretudo abertos, a prática de condutas sociais parametrizadas por liberdades constitucionais de

manifestação do pensamento diversas da religiosa pode ser indevidamente afetada no processo de adequação dessa lei para a proteção contra a homofobia.

Um exemplo hoje já notabilizado mundialmente, tendo em vista julgamento realizado na Suprema Corte dos Estados Unidos, é o exercício da liberdade artística. Alguns estabelecimentos abertos ao público, como, por exemplo, confeitarias, são especializadas em vender produtos customizados sob encomenda, que retratam uma visão artística do seu idealizador.

Nesse contexto, não é de todo improvável que, tal como sucedeu no caso (*Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S., 2018), algum artista objete que a realização de um serviço com caracterização LGBTI+ possa ser conflitivo com sua filosofia de vida, o que lhe conduziria a recusar o serviço especializado. Objeções por motivo de crença religiosa ou convicção filosófica ou política (artigo 5º, inciso VIII, da Constituição) configuram o âmbito de proteção das liberdades de consciência e crença, e também podem fundamentar, ao menos em tese, hipóteses de exclusão de ilicitude de atos que poderiam ser enquadrados nas hipóteses típicas da Lei nº 7.716/1989.

Coisa semelhante ocorre com a liberdade científica, artística ou profissional. **A proteção dos cidadãos identificados com o grupo LGBTI+ não pode criminalizar a divulgação – seja em meios acadêmicos, midiáticos ou profissionais – de toda e qualquer ponderação acerca dos modos de exercício da sexualidade. Assim como a reflexão relativa a hábitos da sexualidade predominante deve ser garantida, também é necessário assegurar liberdade para a consideração de morais sexuais alternativas, sem receio de que tais manifestações sejam entendidas como incitação à discriminação.**

Ninguém duvida de que a tolerância seja um dos principais pilares normativos da Constituição de 1988, e que a decisão ora embargada faz uma contundente e devida defesa desse tônus libertário do Texto Constitucional. Mas, lógico, isso não pode ser feito às custas de outras liberdades relevantes. Desde que não se converta em adjetivação depreciativa, voltada para a desqualificação injuriosa, é perfeitamente possível que a moralidade sexual seja avaliada nos diferentes ambientes de expressão intelectual.

Afinal, conforme bem pontuado no voto-condutor do Ministro CELSO DE MELLO em relação aos delitos contra a honra, a imputação desse tipo de crime exige a caracterização de um dolo específico, no seguinte sentido:

Não constitui demasia assinalar, neste ponto, que a divulgação objetiva de fatos ou de narrativas religiosas não basta, só por si, para configurar hipótese de ilicitude, civil e/ou penal, pois jamais se pode presumir o intuito doloso de ofender subjacente à exposição descritiva veiculada pelos líderes e pregadores religiosos com apoio no magistério contido nos Livros Sagrados.

Na realidade, a inexistência do elemento subjetivo pertinente aos delitos contra a honra (“animus injuriandi vel diffamandi”) afasta a própria caracterização formal dos crimes de calúnia, difamação e injúria, que exigem, sempre, a presença do dolo específico, sem o qual não se aperfeiçoam as figuras típicas em questão.

(...)

Nesse contexto, as denominadas excludentes anímicas (dentre as quais, o “animus narrandi”, p. ex.) desempenham papel de grande relevo jurídico-penal, pelo fato de a sua ocorrência implicar descaracterização do elemento subjetivo inerente aos crimes contra a honra. Tal circunstância afasta a ocorrência dos delitos contra a honra, nos quais o dolo jamais resulta “da própria expressão objetivamente ofensiva”, eis que, nesse tema, não sendo de cogitar do dolo “in re ipsa”, não há como simplesmente presumi-lo (HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, “op. loc. cit.”). (fl. 123 do voto)

As considerações vertidas pelo Ministro Relator em relação a crimes contra a honra devem permear a análise de configuração de discurso de ódio em qualquer contexto em que ele seja articulado, seja ele religioso ou não,

pois todas as formas de expressão não aviltantes estão igualmente protegidas pela Constituição.

Assim, é importante que se esclareça, como tese de julgamento, que não só a liberdade religiosa, mas a própria liberdade de expressão, considerada genericamente (englobando a manifestação artística, científica ou profissional), respalda a possibilidade de manifestação não aviltante a propósito da moralidade sexual.

V.II – A legitimidade do controle do acesso a espaços de convivência pública sob imperativo de reserva de intimidade

Há outro aspecto importante a salientar, já não mais pertinente ao emprego da linguagem, mas ao controle do acesso em determinados espaços abertos ao público. Como já dito, a linguagem punitiva de muitos dos tipos da Lei nº 7.716/1989 reprime atos de impedimento ou obstaculização do acesso a determinados espaços de convivência pública como manifestações típicas de crimes de preconceito.

Não obstante, há espaços de convivência que, embora abertos ao público em geral, possuem acesso controlado a partir do critério fisio-biológico de gênero, com o objetivo de resguardar a intimidade de frequentadores considerados vulneráveis. É o caso, por exemplo, da restrição de ingresso em banheiros, vestiários, vagões de transporte público e até estabelecimentos de cumprimento de pena.

Em todos esses casos, o acesso aos espaços públicos pode ser organizado a partir do critério fisio-biológico de gênero, e não da identificação social do usuário, tendo em vista a necessidade de proteção de pessoas em situação de vulnerabilidade.

Há, inclusive, demandas em tramitação nessa Suprema Corte que debatem as circunstâncias normativa envolvidas nessas situações complexas. No RE nº 845.779, com repercussão geral reconhecida, controverte-se sobre a caracterização de dano moral em favor de transexual que teve sua entrada em banheiro feminino negada por vigilante de um centro comercial. Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 527, o dissídio diz respeito à custódia, em estabelecimentos penais, de detentos com orientação sexual e identidade de gênero minoritária.

A mera existência dessas causas revela que o controle do acesso a determinados lugares abertos ao público com fundamento nos aspectos fisiobiológicos não deve ser tipificado como ato de racismo quando a restrição de ingresso tiver sido estabelecida em favor da proteção da intimidade de grupos vulneráveis.

V.III – A legitimidade de atos de exclusão de membros pertencentes a organizações religiosas

Por fim, também é necessário definir se, além do direito de pregar, divulgar, expressar doutrina e praticar atos de culto e liturgia, a liberdade religiosa pode ou não contemplar a exclusão de pessoas cujo comportamento se revele ostensivamente atentatório aos códigos de conduta exigidos pelos princípios fundamentais das ordens religiosas.

Embora as religiões em geral persigam e valorizem ideais de respeito, tolerância e acolhimento do próximo, as doutrinas religiosas não raro estabelecem sanções para comportamentos considerados criticamente incompatíveis com os dogmas estabelecidos, prevendo consequências que podem chegar à exclusão da congregação, do ministério ou dos atos de comunhão.

Ao que parece, a recusa de acolhimento ou a exclusão de pessoa cujo comportamento venha a ser considerado gravemente inadequado à determinada filosofia religiosa não pode ser genérica e aprioristicamente tratada como um ato de racismo (pela aplicação, por exemplo, da hipótese típica do artigo 14 da Lei nº 7.716/1989), mas como parte do exercício da liberdade religiosa.

Portanto, para a plena garantia da liberdade religiosa e para além das faculdades enunciadas pelo Ministro Relator na fl. 134 do seu voto-condutor (*liberdades de culto, organização religiosa, fazer proselitismo, não adesão a religião alguma, alteração de preferências confessionais, não sofrer restrição de ordem jurídica por convicções religiosas*), deve-se definir com clareza a possibilidade ou não de exclusão da ordem religiosa de pessoas cujo comportamento não esteja condizente com a filosofia de vida compartilhada.

Aliás, essa questão parece ter sido contemplada pela legislação portuguesa citada no voto do Ministro Relator – Lei nº 16, de 22/06/2001 – que, em seu artigo 8º, item 1, alínea “b”, estabelece que ninguém pode “*ser coagido a fazer parte, a permanecer ou a sair de associação religiosa, igreja ou comunidade religiosa, sem prejuízo das respectivas normas sobre a filiação e a exclusão de membros*”.

VI – PEDIDOS

Em face do exposto, o Advogado-Geral da União postula:

- (i) o reconhecimento de sua legitimidade recursal para oposição de embargos declaratórios no processo de controle de constitucionalidade, como prerrogativa inerente à sua missão de curadoria normativa e colaboração processual com Egrégia Suprema Corte, com o consequente o recebimento da

presente manifestação;

- (ii) sejam acolhidos os presentes embargos, tendo em vista a contradição entre o juízo de omissão normativa e a solução de interpretação conforme, para que se reconheça o caráter declaradamente aditivo da decisão, com a satisfação dos ônus argumentativos aplicáveis à justificação de um precedente dessa natureza em matéria penal;
- (iii) sejam acolhidos os presentes embargos, tendo em vista a omissão relativa às consequências práticas da interpretação adotada pelo acórdão, para que se esclareça o alcance do conceito penal de racismo da Lei nº 7.716, de 1989, mormente relativamente a quaisquer outras condutas de intolerância, ponderando-se a proteção ampliada que se deve dar a Direitos Fundamentais, bem assim a evidente compreensão estrita que deve ser dispensada a tipos penais;
- (iv) sejam acolhidos os presentes embargos, tendo em vista as omissões apontadas no tópico V, para que se reconheça que, no processo de adequação típica da Lei nº 7.716/1989, devem ser ressalvados (iv.a) excludentes de ilicitude decorrentes do legítimo exercício de outras liberdades constitucionais, além da liberdade religiosa; (iv.b) atos de controle de acesso a espaços de convivência pública praticados sob o imperativo de reserva de intimidade; e (iv.c) atos de exclusão de membros de organizações religiosas por aplicação de seus respectivos códigos de conduta, bem assim os respectivos limites em face da Constituição.

Termos em que espera deferimento.

Brasília, 13 de outubro de 2020.

JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR
Advogado-Geral da União

IZABEL VINCHON NOGUEIRA DE ANDRADE
Secretária-Geral de Contencioso