20/02/2019 **PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:

1. Uma brevíssima constatação

Sei que, **em razão** de meu voto e de minha conhecida posição em defesa dos direitos das minorias (**que compõem** os denominados "*grupos vulneráveis*"), **serei inevitavelmente incluído** no "*Index*" **mantido** *pelos cultores da intolerância* **cujas mentes sombrias** – **que rejeitam** o pensamento crítico, **que repudiam** o direito ao dissenso, **que ignoram** o sentido democrático da alteridade e do pluralismo de ideias, **que se apresentam** como corifeus e epígonos de sectárias doutrinas fundamentalistas – **desconhecem a importância** *do convívio harmonioso e respeitoso* **entre** visões de mundo antagônicas!!!! **Muito mais importante**, *no entanto*, **do que atitudes preconceituosas e discriminatórias**, *tão lesivas quão atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais* de qualquer pessoa, **independentemente** de suas convicções, orientação sexual e percepção **em torno** de sua identidade de gênero, **é a função contramajoritária** do Supremo Tribunal Federal, **a quem incumbe** fazer prevalecer, *sempre*, **no exercício irrenunciável** da jurisdição constitucional, **a autoridade e a supremacia** da Constituição **e** das leis da República.

2. A controvérsia constitucional

O autor *da presente ação constitucional* **sustenta** que o Congresso Nacional, *agindo com preconceituosa indiferença* **em relação** à comunidade

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

LGBT, **tem permitido**, *em razão de sua inércia*, **a exposição e a sujeição** *dos homossexuais*, *transgêneros* **e** *demais integrantes desse grupo vulnerável* **a graves ofensas** perpetradas *contra seus direitos fundamentais*, **essencialmente caracterizadas por atos** de violência física e moral, ameaças, práticas criminosas contra a sua própria vida ou sua dignidade sexual, **inclusive** mediante cometimento de estupros coletivos e corretivos (**CP**, art. 226, IV, "**a**" e "**b**", **na redação** dada pela Lei nº 13.718/2018), condutas essas geralmente impregnadas de visceral ódio homofóbico **e/ou** transfóbico.

A agremiação partidária **denuncia**, *em sua postulação*, o Poder Legislativo da União, **afirmando** que estaria ele **descumprindo**, *quanto aos integrantes desse grupo vulnerável*, *o mandamento constitucional* **que impõe** ao Estado **o dever de proteção** *à essencial dignidade* das pessoas, **a ser efetivado** mediante tipificação penal dos atos de discriminação **praticados em razão** *da orientação sexual* **ou** *da identidade de gênero* das vítimas de tais práticas discriminatórias.

O fundamento em que se apoia a pretensão de inconstitucionalidade **deduzida** *pelo autor nesta sede processual* **reside**, *essencialmente*, **na alegação** *de que a homofobia* **e** *a transfobia* **caracterizariam** *comportamentos subsumíveis* **à noção de racismo**, tal como concebida, *na latitude dessa expressão*, pelo Supremo Tribunal Federal **no julgamento plenário** do *caso Ellwanger* (**HC** 82.424/RS), de tal modo que o legislador ordinário, **ao restringir-se**, *tão somente*, **a dispensar** tutela penal **em relação** às práticas discriminatórias **resultantes** *de preconceito de cor*, *etnia*, *religião* **ou** *procedência nacional* (**Lei** nº 7.716/89), **teria realizado** *de maneira incompleta* o que **impõe** o texto constitucional, **vulnerando**, *desse modo*, por omissão, **o que estabelece** a Lei Fundamental da República (**CF**, art. 5º, XLII).

Alega-se, *de outro lado*, **que a discriminação dirigida** contra os integrantes da comunidade LGBT, **além de estar compreendida** na noção

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

conceitual de racismo (**CF**, art. 5º, XLII), **encontra-se igualmente alcançada** pela norma constitucional **que preconiza** a punição de "*qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*" (**CF**, art. 5º, XLI), **a significar**, *de acordo com o autor*, que **também** essa cláusula constitucional **submete** o Congresso Nacional **à obrigação de editar** o diploma legislativo necessário **à incriminação** *dos atos e comportamentos* **resultantes** de discriminação ou de preconceito contra pessoas **em razão** *de sua orientação sexual* **ou em decorrência** *de sua identidade de gênero*.

A agremiação partidária **autora** da presente ação direta **enfatiza** *o caráter lesivo* **resultante** dessa omissão normativa **imputada** ao Congresso Nacional, **assinalando que** *a superação irrazoável* do lapso temporal necessário à implementação das medidas **determinadas** pelo texto constitucional (**CF**, art. 5º, XLI e XLII) **tem causado** *indevida frustração* **à legitima pretensão** dos integrantes da comunidade LGBT **à proteção** do Estado **em face** dos atos e comportamentos discriminatórios **que atentam**, *gravemente*, contra a sua dignidade, **além** *dos injustos gravames* de ordem pessoal, social, profissional e moral que incidem sobre seus direitos básicos, **o que constitui** *arbitrário impedimento ao pleno exercício*, por esse grupo vulnerável, da liberdade de projetar sua própria vida **e** de aspirar à busca da felicidade, **em conformidade** com sua orientação sexual **ou** em harmonia com sua identidade de gênero.

Essa alegada omissão imputada ao Congresso Nacional **ensejaria**, *ainda*, **nos termos** da postulação ora deduzida, **a responsabilidade civil** da União Federal, **cujo comportamento negligente** no combate à homofobia e à transfobia **teria**, *supostamente*, **propiciado** a ocorrência de graves ofensas e agressões **às vítimas** de tais condutas, **fazendo emergir**, em decorrência do quadro de abandono a que foram expostas, **o dever do Estado de indenizá-las** pelos danos morais e/ou patrimoniais por elas sofridos.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

ADO 26 / DF

A Presidência do Senado Federal, *em informações complementares*, **reitera a sua oposição** ao acolhimento do pedido **formulado** nesta sede de controle abstrato, **enfatizando** que nova proposição legislativa (**PLS** nº 515/2017), **de iniciativa comissional** (Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa), **ora em análise** perante a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, **sob relatoria** do Senador SÉRGIO PETECÃO, **foi apresentada** com seguinte teor:

> "***PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 515, DE 2017***
>
> ***Altera** a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, **para punir** a discriminação ou preconceito de origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.*
>
> *O CONGRESSO NACIONAL decreta:*
> ***Art. 1º A ementa da** Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, **passa a vigorar com** a seguinte redação:*
>
> *'Define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero. (NR)'*
>
> ***Art. 2º** A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar com as seguintes alterações:*
>
> *'**Art. 1º** Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.' (NR)*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> *'**Art. 8º** Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares ou locais semelhantes abertos ao público.*
>
> ***Pena**: reclusão de um a três anos.*
>
> ***Parágrafo único**: Incide nas mesmas penas aquele que impedir ou restringir a expressão e a manifestação de afetividade em locais públicos ou privados abertos ao público de pessoas com as características previstas no art. 1º desta Lei, sendo estas expressões e manifestações permitida às demais pessoas.' (NR)*
>
> *'**Art. 20**. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.*
>
> ***Pena**: reclusão de um a três anos e multa. (NR)'*

***Art. 3º** O § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:*

> *'Art. 140. .....*
>
> *.....*
>
> *§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero:*
>
> *..... (NR)'*

***Art. 4º**. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação."* (**grifei**)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

3. Os pedidos

Busca-se, *desse modo*, **neste** processo de fiscalização normativa abstrata, **o reconhecimento formal**, *por esta Suprema Corte*, **da existência** *de situação de omissão inconstitucional* **imputável** ao Poder Legislativo, **determinando-se**, *em consequência*, **a cientificação** do Congresso Nacional, **para que adote** as providências necessárias à concretização das normas constitucionais transgredidas (**CF**, art. 5º, XLI e XLII), **estabelecendo-se** *prazo razoável* para esse fim.

Postula-se, ainda, *em caráter subsidiário*, **a colmatação jurisdicional** *da lacuna normativa existente*, **conferindo-se** *interpretação conforme* às disposições normativas **previstas** na Lei nº 7.716/89, **em ordem a explicitar**, *em harmonia com o que dispõe a Constituição* (**CF**, art. 5º, XLI **e** XLII), que os atos de discriminação praticados **em razão** *da orientação sexual* **ou** *da identidade de gênero* dos integrantes da comunidade LGBT **acham-se compreendidos** na definição ampla de racismo.

Caso não prevaleça esse entendimento, **requer-se** que o Supremo Tribunal Federal, **inovando** na ordem positiva, **tipifique**, *ainda que por decisão judicial*, as condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT, **definindo**, *também*, a respectiva cominação penal, **superando-se**, *desse modo*, **embora** *em caráter absolutamente excepcional*, **o princípio** segundo o qual "*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*".

Pleiteia-se, *finalmente*, **o reconhecimento** *da responsabilidade civil objetiva do Poder Público*, **condenando-se** a União Federal e os congressistas responsáveis pelo retardamento abusivo na efetivação da prestação legislativa **a indenizarem** as pessoas do grupo LGBT **prejudicadas** pelo comportamento omissivo ora **imputado** ao Estado.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Esses, *pois*, **os limites materiais** que identificam **a presente** demanda constitucional, **tal como exposta** pela agremiação partidária que, **ao fazer instaurar** o processo de controle normativo abstrato, **deduziu** a pretensão de inconstitucionalidade ora em julgamento.

4. Definições e questões terminológicas

Presente *o contexto ora delineado*, **entendo relevante fazer** algumas observações prévias *que reputo essenciais* à formulação do meu voto.

É preciso esclarecer, *desde logo*, **que a sigla LGBT**, *no contexto dos debates nacionais e internacionais sobre a questão da diversidade sexual e de gênero*, **tem sido utilizada para designar** *a comunidade global* das pessoas lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transgêneros, intersexuais, **além de outras definidas** *por sua orientação sexual* **ou** *identidade de gênero*.

A expressão LGBT, além de possuir a virtude de haver sido formulada **pela própria** comunidade que designa, **atingiu** *ampla aceitação pública* **e** *consenso internacional*, **consagrando-se sua utilização**, no Brasil, *em 08/06/2008,* **na I Conferência Nacional** de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (**convocada** por meio do decreto presidencial de 28 de novembro de 2007), **cabendo assinalar**, *no entanto*, **que a primazia conferida** ao uso desse termo **decorre**, *exclusivamente*, **do prestígio e do renome** que o acrônimo LGBT **adquiriu** no âmbito da defesa dos direitos humanos **e** do combate à discriminação, **sem que o seu emprego signifique** *indiferença* **ou** *esquecimento* **em relação** *às demais siglas* **também utilizadas**, especialmente com o propósito **de fazer incluir**, em sua definição, *as pessoas que se identificam como "queer"* (**LGBTQ**), *as pessoas intersexuais* (**LGBTQI**), *as pessoas assexuais* (**LGBTQIA**) **e** *todas as demais pessoas* **representadas** por sua orientação sexual **ou** identidade de gênero (**LGBTQI+**).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

O decreto presidencial em questão, **ao convocar** *essa I Conferência Nacional*, **que se realizou** sob os auspícios da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, **objetivou duas metas específicas**:

> "***I – propor as diretrizes*** *para a implementação de políticas públicas e o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – GLBT;*
>
> ***II – avaliar e propor estratégias*** *para fortalecer o Programa Brasil Sem Homofobia.*" (**grifei**)

É possível constatar, *a partir dessa breve exposição*, **que a comunidade LGBT**, *longe de constituir uma coletividade homogênea*, **caracteriza-se**, *na verdade*, **pela diversidade** de seus integrantes, **sendo formada** pela reunião de pessoas e grupos sociais distintos, **apresentando** elevado grau de diferenciação entre si, **embora** unidos por um ponto comum: *a sua absoluta vulnerabilidade* **agravada** por práticas discriminatórias **e** atentatórias aos seus direitos e liberdades fundamentais.

As várias formas de expressão da diversidade sexual humana, **que reflete** *aspecto fundamental e estruturante* **da identidade** *de cada pessoa*, **compõem** um universo conceitual que gravita **em torno** das noções de sexo, de gênero e de sexualidade, consoante assinalado pela literatura especializada (JONAS ALVES DA SILVA JUNIOR, "**Uma Explosão de Cores: Sexo, Sexualidade, Gênero e Diversidade**", "*in*" "Minorias Sexuais – Direitos e Preconceitos, **organizado** por Tereza Rodrigues Vieira, p. 12/14, 2012, Consulex; ROGER RAUPP RIOS, "**Direito da Antidiscrimação, Sexo, Sexualidade e Gênero: A Compreensão da Proibição Constitucional de Discriminação por Motivo de Sexo**", "*in*" "Igualdade, Diferença e Direitos Humanos, **coordenado** por Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan", p. 705/717, item n. 4, 2008, Lumen Juris; VIVIANE GIRARDI, "**Direito Fundamental à própria**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Sexualidade", "*in*" "Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo", p. 367/370, item n. 3, 3ª ed., 2017, RT, *v.g.*).

A designação do sexo da pessoa, *sob perspectiva estritamente biológica*, **diz respeito** à sua conformação física e anatômica, **restringindo-se à mera verificação** *de fatores genéticos* (cromossomos femininos ou masculinos), *gonadais* (ovários ou testículos), *genitais* (pênis ou vagina) **ou** *morfológicos* (aspectos físicos externos gerais). **Esse critério dá ensejo** à ordenação das pessoas, *segundo sua designação sexual*, em homens, mulheres e intersexuais (pessoas que apresentam características sexuais ambíguas).

Já a ideia de gênero, assentada em fatores psicossociais, **refere-se** à forma como é culturalmente identificada, *no âmbito social*, **a expressão** da masculinidade **e** da feminilidade, **adotando-se como parâmetro**, *para tanto*, **o modo de ser** do homem **e** da mulher em suas relações sociais. **A identidade de gênero**, *nesse contexto,* **traduz o sentimento** *individual e profundo* **de pertencimento ou de vinculação** ao universo masculino **ou** feminino, **podendo** *essa conexão íntima e pessoal* **coincidir**, *ou não*, **com a designação sexual atribuída** à pessoa em razão sua conformação biológica. **É possível verificarem-se**, *desse modo*, **hipóteses de coincidência entre** o sexo designado no nascimento **e** o gênero pelo qual a pessoa é reconhecida (**cis**gênero) **ou situações de dissonância entre** o sexo biológico **e** a identidade de gênero (**trans**gênero).

A sexualidade humana, *por fim*, **envolve aspectos íntimos** *da personalidade* **e** *da natureza interna* **de cada** pessoa, **que revelam** suas vocações afetivas **e** desígnios amorosos, **encontrando expressão** nas relações de desejo e de paixão. **Essa perspectiva evidencia** *a orientação sexual* das pessoas, **que vem a ser exercida** por meio de relacionamentos de caráter **hetero**ssexual (atração pelo sexo oposto), **homo**ssexual (atração pelo mesmo sexo), **bi**ssexual (atração por ambos os sexos) **ou a**ssexual (indiferença a ambos os sexos), **cabendo destacar**, *por sua alta*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

relevância, **a noção conceitual veiculada** *pela Organização Mundial de Saúde* **sobre essa dimensão fundamental** *da experiência existencial* dos seres humanos ("**Sexual Health, Human Rights and Law**", p. 5, item n. 1.1, 2015):

> "***A sexualidade é um aspecto central do ser humano ao longo da sua vida e engloba sexo, identidade e papel de gênero, orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade e reprodução***. *A sexualidade é vivida e expressada em pensamentos, fantasias, desejos, crenças, atitudes, valores, comportamentos, práticas, papéis e relacionamentos.* ***A sexualidade pode envolver todas estas dimensões, mas nem sempre todas são vivenciadas ou expressas***. *A sexualidade é influenciada por uma interação de fatores de ordem biológica, psicológica, social, econômica, política, cultural, ética, legal, histórica, religiosa e espiritual.*" (**grifei**)

Os aspectos que venho de ressaltar **evidenciam a centralidade** que adquirem **as noções** *de sexo*, *de gênero* **e** *de sexualidade* **na definição** *da orientação sexual* **e** *da identidade de gênero* das pessoas.

É preciso *também não desconhecer*, **na abordagem jurisdicional** do tema ora em exame, **a existência** *dos Princípios de Yogyakarta*, **notadamente** daqueles **que reconhecem** *a inter-relacionalidade* **e** *indivisibilidade* **de todos** os aspectos da identidade humana, **inclusive** aqueles relativos à orientação sexual **e** à identidade de gênero.

Essa importante Carta de Princípios, fruto de conferência realizada, *na Indonésia*, em novembro de 2006, **sob a coordenação** da Comissão Internacional de Juristas **e** do Serviço Internacional de Direitos Humanos, **fez consignar** *as seguintes considerações*:

> "***INTRODUÇÃO AOS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA***
>
> ***Todos*** *os seres humanos nascem livres* ***e*** *iguais em dignidade e direitos.* ***Todos*** *os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados.* ***A orientação sexual e a***

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> ***identidade de gênero*** *são essenciais para a dignidade e humanidade* ***de cada*** *pessoa e* ***não devem ser motivo*** *de discriminação ou abuso.*
>
> .....
>
> ***Entretanto***, ***violações de direitos humanos*** *que atingem pessoas* ***por causa*** *de sua orientação sexual* ***ou*** *identidade de gênero, real ou percebida,* ***constituem um padrão global e consolidado***, *que causa sérias preocupações.* ***O rol dessas violações inclui*** *execuções extra-judiciais, tortura e maus-tratos, agressões sexuais e estupro, invasão de privacidade, detenção arbitrária, negação de oportunidades de emprego e educação e sérias discriminações em relação ao gozo de outros direitos humanos. Estas violações são com freqüência agravadas por outras formas de violência, ódio, discriminação e exclusão, como aquelas baseadas na raça, idade, religião, deficiência ou status econômico, social ou de outro tipo.*
>
> ***Muitos Estados e sociedades impõem normas de gênero e orientação sexual*** *às pessoas* ***por meio*** *de costumes, legislação e violência* ***e exercem controle*** *sobre o modo como elas vivenciam seus relacionamentos pessoais e como se identificam.* ***O policiamento da sexualidade continua a ser poderosa força subjacente à persistente violência de gênero***, *bem como à desigualdade entre os gêneros.*" (**grifei**)

Nesse documento, *que se apresenta impregnado de relevante significado*, **assim se definiu o sentido conceitual** *de orientação sexual* **e** *de identidade de gênero*:

> "***1***) ***Compreendemos orientação sexual*** *como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero* ***ou*** *de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas.*
>
> ***2***) ***Compreendemos identidade de gênero*** *a profunda e sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos,*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> *cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.*" (**grifei**)

O ilustre Advogado PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI ("**Constitucionalidade e Dever Constitucional da Classificação da Homofobia e da Transfobia como Crimes de Racismo**", p. 88/89, item n. 1.1, "*in*" "Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo", **coordenado** por Maria Berenice Dias, 3ª ed., 2017, RT), **ao discorrer sobre os conceitos** *de orientação sexual*, *identidade de gênero*, *homofobia* **e** *transfobia*, **expende** as seguintes considerações:

> "*(...)* ***De forma mais objetiva, em termos identitários, pode-se dizer que a orientação sexual*** *refere-se à homossexualidade, à heterossexualidade e à bissexualidade,* ***por se referir*** *ao sexo/gênero que atrai a pessoa de forma erótico-afetiva,* ***ao passo que a identidade de gênero refere-se*** *à travestilidade, à transexualidade, à transgeneridade em geral e à cisgeneridade por se referir ao gênero com o qual a pessoa se identifica.* ***Fala-se em orientação sexual ou identidade de gênero real ou atribuída*** *no sentido de se caracterizar a homofobia/transfobia* ***tanto quando*** *as vítimas sejam agredidas/discriminadas/ofendidas/ameaçadas por sua real orientação sexual ou identidade de gênero não heterossexual cisgênera* ***e também quando as vítimas*** *são heterossexuais,* ***mas são confundidas*** *com LGBT,* ***ou seja****, são agredidas por terem a si atribuída uma orientação sexual ou identidade de gênero* ***distinta*** *da sua (adiante se trazem exemplos disso).*
>
> ***A homofobia se refere*** *ao preconceito* ***e/ou*** *à discriminação contra homossexuais (gays e lésbicas) e bissexuais,* ***ao passo que transfobia é o preconceito*** *e/ou a discriminação* ***contra*** *travestis, transexuais e transgêneros em geral.* ***Com efeito****, segundo Roger Raupp Rios,* ***heterossexismo*** *é 'um sistema em que a heterossexualidade é institucionalizada como norma social, política, econômica e jurídica, não importa se de modo explícito ou implícito',* ***sendo que 'homofobia*** *é a modalidade de preconceito e de discriminação direcionada contra homossexuais',* ***o mesmo valendo para a transfobia*** *relativamente a travestis, transexuais e*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> *transgêneros em geral, com o cissexismo o sistema social* ***pelo qual a cisgeneridade é institucionalizada*** *como norma social, política, econômica ou jurídica, seja de modo explícito ou implícito.*" (**grifei**)

Assentadas tais premissas, **passo a analisar**, *como anteriormente ressaltado* **ao iniciar** o meu voto, **as questões preliminares** *concernentes à admissibilidade* dos pedidos **formulados** pela agremiação partidária **autora** da presente ação constitucional.

5. A questão da "ideologia de gênero"

É preciso enfatizar, *neste ponto*, **que o gênero e a orientação sexual constituem** *elementos essenciais* e *estruturantes* **da própria** identidade da pessoa humana, **integrando** uma das mais íntimas e profundas dimensões de sua personalidade, **consoante expressiva advertência** de autorizado magistério doutrinário (MARIA BERENICE DIAS, "**Homoafetividade e Direitos LGBTI**", p. 123/125, item n. 7.3, 7ª ed., 2016, RT; VIVIANE GIRARDI, "**Direito Fundamental à Própria Sexualidade**", "*in*" "Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo", coordenado por Maria Berenice Dias, p. 366/370, 2017, RT; RODRIGO BERNARDES DIAS, "**Estado, Sexo e Direito**", pág. 59/69, item n. 1.7.2, 2015, SRS; GIOVANNA BIANCA TREVIZANI, "**Meu Corpo, Minhas Regras: A Transexualidade sob a Luz do Direito Constitucional e as Lacunas no Estado Democrático de Direito**", *"in"* "Homotransfobia e Direito Sexuais – Debates e Embates Contemporâneos", p. 98/100, 2018, Autêntica, *v.g.*).

Não obstante *as questões de gênero* **envolvam**, *inegavelmente*, aspectos fundamentais **relacionados** *à liberdade existencial* **e** *à dignidade humana*, **ainda assim integrantes** da comunidade LGBT **acham-se expostos**, *por ausência de adequada proteção estatal*, **especialmente** em razão da controvérsia gerada pela denominada "*ideologia de gênero*", a ações de caráter segregacionista, **impregnadas** *de inequívoca coloração homofóbica*, **que visam a limitar**, *quando não a suprimir*, **prerrogativas**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

essenciais de gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transgêneros e intersexuais, *entre outros*, **culminando**, *até mesmo*, em **algumas** situações, **por tratá-los**, *absurdamente*, **a despeito** de sua inalienável condição de pessoas **investidas** de dignidade **e** de direitos, **como indivíduos destituídos** de respeito **e** consideração, **degradados** ao nível de quem **sequer** *tem direito a ter direitos*, **posto que se lhes nega**, *mediante discursos autoritários e excludentes*, o reconhecimento da legitimidade **de sua própria** existência.

Para esse fim, determinados grupos políticos e sociais, **inclusive** confessionais, **motivados** *por profundo preconceito*, **vêm estimulando** o desprezo, **promovendo** o repúdio **e disseminando** o ódio contra a comunidade LGBT, **recusando-se a admitir**, *até mesmo*, **as noções** de gênero **e** de orientação sexual **como aspectos inerentes** à condição humana, **buscando embaraçar**, *quando não impedir*, o debate público **em torno** *da transsexualidade* **e** *da homossexualidade*, **por meio da arbitrária desqualificação** *dos estudos* **e da inconcebível negação** *da consciência de gênero*, **reduzindo-os** à condição subalterna de mera teoria social (**a denominada** "*ideologia de gênero*"), **tal como denuncia** o Advogado **e** Professor PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI, *em substanciosa obra sobre o tema*, **de cujo teor** *extraio o seguinte fragmento* ("**Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais do Legislativo**", p. 441, item n. 1, 2019, Pessotto):

> "***Veja-se a que ponto chega a ideologia de gênero*** *heteronormativa e cisnormativa,* ***ao impor a heterossexualidade e a cisgeneridade compulsórias****:* ***quer tornar obrigatórios verdadeiros estereótipos de gênero****, decorrentes das normas de gênero socialmente hegemônicas,* ***que impõem um tipo específico de masculinidade****, absolutamente incompatível com as condutas afetivas entre homens,* ***como se isso fosse um traço específico apenas da feminilidade****, que exige das mulheres condutas bem sintetizadas na expressão bela, recatada e do lar.* ***Versões tóxicas da***

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> ***masculinidade e da feminilidade que acabam gerando agressões a quem 'ousa' delas se distanciar, no exercício de seu direito fundamental e humano ao livre desenvolvimento da personalidade. Ou seja,*** *sob o espantalho moral* ***criado*** *por fundamentalistas religiosos e reacionários morais em geral,* ***relativamente à chamada ideologia de gênero*** *(sic),* ***para com isso designarem a defesa de algo distinto da heteronormatividade e da cisnormatividade****, ou seja, da normalidade social e naturalidade das identidades não-heterossexuais e não-cisgêneras,* ***bem como*** *o dever de igual respeito e consideração às minorias sexuais e de gênero (as pessoas não-heterossexuais e não-cisgêneras,* ***que se configuram*** *como as 'maiorias sexuais',* ***no sentido*** *do grupo socialmente e culturalmente hegemônico na sociedade),* ***cabe destacar que, se algo aqui é 'ideológico', no sentido pejorativo*** *(…)* ***de algo contrário à realidade objetiva, é a tese*** *que defende* ***que as pessoas 'nascem'*** *heterossexuais e cisgêneras* ***e que, por opção sexual*** *(sic), posteriormente,* ***passam a 'escolher alguma identidade sexual*** *não-heterossexual* ***ou identidade de gênero*** *transgênera*." (**grifei**)

Essa visão de mundo, Senhores Ministros, **fundada na ideia**, *artificialmente construída,* de que as diferenças biológicas **entre** o homem e a mulher **devem determinar** os seus papéis sociais ("*meninos vestem azul e meninas vestem rosa*"), **impõe**, *notadamente em face dos integrantes da comunidade LGBT*, **uma inaceitável restrição** às suas liberdades fundamentais, **submetendo tais pessoas** *a um padrão existencial heteronormativo*, **incompatível** *com a diversidade e o pluralismo* **que caracterizam** uma sociedade democrática, **impondo-lhes**, *ainda*, **a observância** de valores que, **além de conflitarem** com sua própria vocação afetiva, **conduzem à frustração** de seus projetos pessoais de vida.

É por isso que SIMONE DE BEAUVOIR, em sua conhecida obra "**O Segundo Sexo**" ("Le Deuxième Sexe", **tomo I**, "Les Faits et Les Mythes" **e**, **tomo II**, "L'expérience Vécue", Ed. Gallimard), **escrita** em 1949, **já manifestava** a sua percepção **em torno da realidade** *de que sexo e gênero*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

constituem expressões conceituais **dotadas** de significado **e** de sentido próprios, **sintetizando**, em uma fórmula tipicamente existencialista e fenomenológica, *de caráter tendencialmente feminista* (***op. cit.***, **vol**. 2/11, 3ª ed., 2016, Ed. Nova Fronteira), que "*On ne naît pas femme: on le devient*" ("***Ninguém*** *nasce mulher:* ***torna-se*** *mulher*").

Isso significa, *portanto*, **como já se escreveu**, *que a liberdade* **e** *a autenticidade de cada ser humano* **constituem** valores **revestidos** de inquestionável essencialidade, **a revelar** que o indivíduo, **sendo fautor** de seu próprio destino, **deve conduzir** a sua vida **segundo** suas escolhas **fundadas** em valores por ele aceitos **e** aos quais ele voluntariamente se submete **no exercício** de sua liberdade pessoal **e na prática efetiva** de sua capacidade de autodeterminação.

É essa percepção que permite estabelecer **distinção** *entre sexo* **e** *gênero*, **valendo destacar**, *por bastante esclarecedora*, **a seguinte passagem** de DANIEL GOMES DE CARVALHO, **que é Professor** de Filosofia e Sociologia, Doutor em História Social **e autor** de vasta produção bibliográfica em sua área de especialização:

> "***De acordo*** *com esse ponto de vista,* ***o sexo*** *é um fator biológico,* ***ou seja****, ligado à constituição físico-química do corpo humano.* ***Outra coisa é o gênero****. Quando se fala* ***em 'gênero feminino'****, fala-se em todas as características que a sociedade associa ao 'ser mulher'; quando se fala* ***em 'gênero masculino'****, fala-se em todas as características que a sociedade associa ao 'ser homem'.* ***Do ponto de vista****, o gênero* ***não é*** *biológico-natural,* ***mas um constructo social****.* ***Em outras palavras****, 'ser homem'* ***ou*** *'ser mulher'* ***não é um dado natural****, mas performático e social,* ***de maneira que****, ao longo da história,* ***cada*** *sociedade* ***criou*** *os padrões de ação e comportamento de determinado gênero.*
>
> ***A orientação sexual****, isto é,* ***a quais gêneros*** *nos sentimos atraídos (física, romântica ou emocionalmente), por sua vez,* ***seria ainda um terceiro fator****, diferente do gênero ou do sexo.* ***A liberdade de construção do gênero e da orientação sexual****,*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> ***diferentemente*** *do dado biológico do sexo (...)* ***dialoga*** *com o existencialismo.* ***Lembre-se****: existencialismo é uma filosofia* ***que enxerga*** *o homem* ***como constructo de si mesmo****:* ***pelas suas escolhas****,* ***é possível construir a própria existência****.* ***Evidentemente****, para os existencialistas,* ***quando nascemos****, já existe uma sociedade pronta, repleta de regras e padrões.* ***Mas****, como dizia Sartre,* ***não importa*** *o que os outros fizeram conosco,* ***mas o que fazemos com o que fizeram com os outros****. Nesse sentido, a liberdade de escolha de gênero* ***seria uma maneira*** *de exercermos essa liberdade existencial.*" (**grifei**)

A importância do tema que ora se examina **acha-se bem realçada** pela existência, *nesta Suprema Corte*, **de inúmeros processos** *de controle normativo abstrato* (**ADPF 457/TO**, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – **ADPF 462/SC**, Rel. Min. EDSON FACHIN – **ADPF 465/TO**, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – **ADPF 522/PE**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **ADPF 536/PR**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA) **que têm por objeto** diplomas legislativos **e** outros atos estatais **que buscam**, *no âmbito do sistema educacional dos Estados e dos Municípios brasileiros*, **impedir** a implementação de medidas **fundadas** na "*ideologia de gênero*", **proibindo**, em decorrência de inaceitável atitude preconceituosa, **a adoção** *dos estudos de gênero* **e** *de orientação sexual*, **o que levou** o eminente Ministro ROBERTO BARROSO, **ao deferir** provimento cautelar requerido **na ADPF** 461/DF, *de que é Relator*, **a expor as seguintes reflexões**:

> *"****A transsexualidade e a homossexualidade são um fato da vida que não deixará de existir por sua negação e que independe do querer das pessoas****.* ***Privar um indivíduo de viver a sua identidade de gênero ou de estabelecer relações afetivas e sexuais conforme seu desejo significaria privá-lo de uma dimensão fundamental da sua existência****;* ***implicaria recusar-lhe um sentido essencial da autonomia****,* ***negar-lhe igual respeito e consideração*** *com base em um critério injustificado.*" (**grifei**)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

ADO 26 / DF

Essa injustificável negação *da realidade social* **e** *dos aspectos inerentes à personalidade humana* **objetiva impedir**, *arbitrariamente*, que os membros da comunidade LGBT **possam reivindicar**, *legitimamente*, **o direito de exercerem**, *com plena liberdade*, as prerrogativas **inerentes** à sua condição pessoal **e de pretenderem acesso à proteção estatal** no âmbito de suas relações socioafetivas.

O Supremo Tribunal Federal, *em diversas ocasiões*, **veio a assinalar que** *o direito à autodeterminação* do próprio gênero **ou** à definição de sua orientação sexual, **enquanto expressões** *do princípio do livre desenvolvimento da personalidade* – **longe de caracterizar** mera *"ideologia de gênero"* **ou** teoria sobre a sexualidade humana – **qualifica-se** *como poder fundamental de qualquer* pessoa, **inclusive** daquela **que compõe** *o grupo LGBT*, poder jurídico esse **impregnado** de natureza constitucional, **e que traduz**, *iniludivelmente*, em sua expressão concreta, *um essencial direito humano* **cuja realidade** deve ser reconhecida pelos Poderes Públicos, **tal como esta Corte já o fez** quando do julgamento *da união civil homoafetiva* (**ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ**, **das quais foi Relator** o Ministro AYRES BRITTO) **e**, *também*, **no exame da controvérsia referente** à alteração do prenome da pessoa transgênero, **com redesignação** do gênero por ela própria autopercebido, **independentemente** *de cirurgia de transgenitalização* (**ADI 4.275/DF**, Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN):

> *"**1. O direito à igualdade** sem discriminações **abrange** a identidade **ou** expressão de gênero.*
>
> ***2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana** e, como tal, **cabe ao Estado apenas** o papel de reconhecê-la, **nunca** de constituí-la.*
>
> ***3. A pessoa transgênero que comprove** sua identidade de gênero **dissonante daquela** que lhe foi designada ao nascer, por autoidentificação **firmada** em declaração escrita desta sua vontade, **dispõe do direito fundamental subjetivo** à alteração do prenome e da classificação de gênero **no registro civil** pela via administrativa ou*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

judicial, ***independentemente*** *de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros,* ***por se tratar de tema relativo*** *ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.*

4. Ação direta julgada procedente."

(**ADI 4.275/DF**, Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN – **grifei**)

"***2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO*** *DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO),* ***SEJA NO PLANO*** *DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES.* ***A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO*** *COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL.* ***HOMENAGEM AO PLURALISMO*** *COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL.* ***LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas****, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário,* ***não se presta como fator de desigualação jurídica****.* ***Proibição de preconceito****, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de promover o bem de todos.* ***Silêncio normativo*** *da Carta Magna* ***a respeito*** *do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido.* ***Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da dignidade da pessoa humana****: direito à auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo.* ***Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual****. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> *constitucionalmente tuteladas.* ***Autonomia da vontade. Cláusula pétrea****. (…).*"
>
> (**ADI 4.277/DF**, Rel. Min. AYRES BRITTO – **grifei**)

É importante não desconhecer, Senhores Ministros, que esse **mesmo** entendimento *veio a ser acolhido* em procedimento consultivo **instaurado** por iniciativa da República da Costa Rica (**Parecer Consultivo** OC-24/2017), **em cujo âmbito** a Corte Interamericana de Direitos Humanos, **ao interpretar as cláusulas** *do Pacto de São José da Costa Rica*, **formalmente incorporado** ao ordenamento positivo brasileiro (**Decreto** nº 678/1992), **reafirmou**, na linha de diversos outros instrumentos convencionais **adotados** no âmbito do sistema global de direitos humanos, **a essencialidade** *do direito à identidade de gênero* **e** *à orientação sexual* da pessoa humana **e a indispensabilidade** *do respeito e da proteção estatal* à convivência harmônica e ao desenvolvimento livre, digno e pleno *das diversas expressões de gênero e da sexualidade*, **vindo a assentar**, *sobre tais aspectos*, **as seguintes conclusões**:

> "***a) O direito à identidade deriva do reconhecimento do livre desenvolvimento da personalidade e do direito à vida privada*** *(supra, pars. 88 e 89);*
>
> ***b) O direito à identidade foi reconhecido por este Tribunal como um direito protegido pela Convenção Americana*** *(supra, par. 90);*
>
> ***c) O direito à identidade inclui****, por sua vez,* ***outros direitos****, de acordo com as pessoas e as circunstâncias de cada caso,* ***embora esteja intimamente relacionado com a dignidade humana, o direito à vida e o princípio da autonomia da pessoa*** *(artigos 7 e 11 da Convenção Americana) (supra, par. 90);*
>
> ***d) O reconhecimento da afirmação da identidade sexual e de gênero como uma manifestação da autonomia pessoal*** *é um elemento constituinte e constitutivo da identidade das pessoas* ***que se encontra protegido*** *pela Convenção Americana em seus artigos 7 e 11.2 (supra, par. 98);*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

e) A identidade de gênero e sexual está ligada ao conceito de liberdade, ao direito à vida privada e à possibilidade de todo ser humano se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência*, segundo suas próprias convicções (supra, par. 93);*

f) A identidade de gênero foi definida neste parecer como a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa sente*, e pode ou não corresponder ao sexo atribuído no momento do nascimento (supra, par. 94);*

g) O sexo, o gênero, bem como as identidades, funções e atributos socialmente construídos a partir das diferenças biológicas derivadas do sexo atribuído no momento do nascimento*, longe de constituir componentes objetivos e imutáveis que individualizam a pessoa, por ser um fato de natureza física ou biológica,* ***acabam sendo traços*** *que dependem da apreciação subjetiva* ***de quem o detém e descansam*** *em uma construção da identidade de gênero* ***autopercebida****, relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação sexual e o direito à vida privada (supra, par. 95).*

h) O direito à identidade possui também um valor instrumental para o exercício de determinados direitos *(supra, par. 99);*

i) O reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o pleno gozo dos direitos humanos das pessoas transgênero*, incluindo a proteção contra a violência, a tortura, os maus-tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego, à moradia, ao acesso à seguridade social, bem como o direito à liberdade de expressão e associação (supra, par. 98), e*

j) O Estado deve assegurar que indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e com o mesmo respeito a que têm direito todas as pessoas *(supra, par. 100).*" (**grifei**)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

*6. **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*

O exame *dessa questão* **leva-me a reconhecer** que, *em tema de controle abstrato de omissão inconstitucional*, **revela-se inviável a concessão** *de tutela de índole ressarcitória*, **requerida** com o objetivo de reparar danos morais **e/ou** patrimoniais *eventualmente* sofridos por terceiros, **seja ela postulada** *em caráter individual*, **seja ela formulada** *em defesa de interesses coletivos* ou *transindividuais*.

Torna-se relevante insistir na asserção de que, **no processo** *de fiscalização normativa abstrata*, **em cujo âmbito instauram-se** relações processuais objetivas, *visa-se a uma só finalidade*: **a tutela objetiva** da ordem constitucional, **sem vinculações quaisquer** *a situações jurídicas de caráter individual* **ou** *de natureza concreta*.

A razão de ser *desse entendimento* – **adverte** o magistério da doutrina (GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, "**Curso de Direito Constitucional**", p. 1.296/1.297, item n. 2.1., 12ª ed., 2017, IDP/Saraiva; CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, "**A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**", p. 141/145, item n. 3.2.2, 2ª ed., 2000, RT; NAGIB SLAIBI FILHO, "**Ação Declaratória de Constitucionalidade**", p. 106, 2ª ed., 1995, Forense; OSWALDO LUIZ PALU, "**Controle de Constitucionalidade**", p. 192/193, item n. 9.9.1, 2ª ed., 2001, RT; ZENO VELOSO, "**Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**", p. 89, item n. 109, 3ª ed./2ª tir., 2003, Cejup; ALEXANDRE DE MORAES, "**Direito Constitucional**", p. 755/756, item n. 9.2, 27ª ed., 2011, Atlas, *v.g.*) – **repousa** na circunstância de o processo de fiscalização normativa abstrata **qualificar-se** *como processo de caráter objetivo* (**RTJ 113/22**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – **RTJ 131/1001**,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 136/467**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 164/506-509**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **repelindo**, *por isso mesmo*, **qualquer** pretensão que vise a **resguardar** interesses individuais supostamente lesados em face de situações concretas.

Essa visão do tema – *que bem reflete* a diretriz jurisprudencial **firmada** por esta Suprema Corte – **foi exposta**, *de modo claro*, por DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR ("**Controle Judicial das Omissões do Poder Público**", p. 546/547, item n. 5, 2004, Saraiva), **em lição na qual**, *ao analisar os efeitos da decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, **formula** as seguintes observações:

> "*(...)* ***Não satisfaz*** *ao propósito constitucional, outrossim,* ***cogitar-se de outros meio alternativos***, ***como***, ***por exemplo***, ***a responsabilização do Estado*** *pela recalcitrância de seus órgãos em não suprir a omissão já declarada inconstitucional.* ***O que importa***, *insista-se,* ***é assegurar a efetividade da Constituição e sua plenitude normativa e não***, *propriamente,* ***a responsabilização do Estado pelos danos porventura causados a terceiros em decorrência da persistência daquela omissão***, *que representa providência* ***meramente ancilar*** *no controle de constitucionalidade por omissão.*
>
> ***A nota fundamental do controle de constitucionalidade não é gerar responsabilidades***, ***mas sim suplantar as inconstitucionalidades***, ***para o fim de garantir a supremacia e a integralidade*** *da Constituição.*" (**grifei**)

Cumpre insistir, bem por isso, **que o sistema** de controle normativo *abstrato* de constitucionalidade **não permite** que, *em seu âmbito*, **discutam-se** *interesses individuais* **nem se examinem** *situações concretas*.

Vale relembrar, *por oportuno*, **que o processo** *de fiscalização concentrada de constitucionalidade* – **por revestir-se de caráter objetivo** – **destina-se** a viabilizar "*o julgamento* ***não de uma relação jurídica***

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

concreta, *mas de validade* ***de lei em tese*** *(...)*" (**RTJ 95/999**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **grifei**).

A importância de qualificar-se *o controle normativo abstrato de constitucionalidade* **como processo objetivo – vocacionado**, *como precedentemente enfatizado*, **à proteção** "*in abstracto*" da ordem constitucional – **impede**, *por isso mesmo*, a apreciação de **qualquer** pleito **que vise a resguardar** *situações de expressão concreta* **ou** *de interesses de caráter individual*.

É preciso ter presente que o processo de controle das omissões inconstitucionais, *em face do seu perfil objetivo*, **encerra** um juízo em torno **do reconhecimento** *da existência de imposição constitucional de legislar*, de um lado, **e da configuração** *de uma situação de inércia abusiva ou irrazoável*, de outro.

Não podem constituir objeto de análise, **neste** processo de controle concentrado, *as circunstâncias de fato* **e** *os elementos de prova* cuja constatação **permitiria** – *após necessária dilação probatória* – **determinar**, como pretendido pela agremiação partidária autora, a responsabilidade civil **objetiva** não só da União Federal, **mas**, *também*, de seus congressistas (**CF**, art. 37, **§ 6º**).

Vê-se, *daí*, **que o exame** *da pretensão de índole reparatória* **formulada** pelo autor, **além de importar** na investigação de situações concretas **e** na discussão de interesses individuais, **implicaria** *aprofundada análise de elementos probatórios*, **o que se revela inadmissível** neste processo de controle normativo abstrato, **considerado**, *estritamente*, **o teor** *do pleito ressarcitório* **deduzido** pela agremiação partidária.

Vale registrar, *por oportuno*, **que essa impossibilidade** em torno *da concreta produção probatória* **dos pressupostos legitimadores** da incidência

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

da cláusula **inscrita** no art. 37, § 6º, da Constituição, **referentemente** *a situações individuais* **ou** *transindividuais*, **não** afeta **nem** compromete o direito material *eventualmente* titularizado pelo ofendido, **a quem fica assegurado**, *por isso mesmo*, **o acesso** *às vias processuais ordinárias*, **em cujo âmbito poderá**, *valendo-se de todos os meios de prova disponíveis*, **demonstrar** *o dano moral ou patrimonial* que lhe foi infligido **e comprovar** *o nexo de causalidade material* **entre** o comportamento estatal omissivo **e** a consumação do resultado lesivo por ele sofrido.

Isso significa, *portanto*, que, **em face** *da natureza objetiva* de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, **nele não se discutem** *situações concretas* (**RTJ 170/801-802**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **eis que inadmissível proceder-se** à "*defesa de direito subjetivo*" (Min. CÉLIO BORJA, "*in*" **ADI** 647/DF – **RTJ** 140/36-**42**) **ou** *à consideração de interesses concretos* **em sede** de controle normativo abstrato:

> "***CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE – PROCESSO DE CARÁTER OBJETIVO – IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DE SITUAÇÕES INDIVIDUAIS E CONCRETAS***
>
> *– **O controle normativo** de constitucionalidade **qualifica-se** como típico processo **de caráter objetivo**, vocacionado **exclusivamente** à defesa, **em tese**, da harmonia do sistema constitucional. **A instauração** desse processo objetivo **tem por função instrumental** viabilizar o julgamento **da validade abstrata** do ato estatal em face da Constituição da República. **O exame** de relações jurídicas **concretas e individuais constitui** matéria juridicamente **estranha** ao domínio do processo de controle **concentrado** de constitucionalidade.*
>
> ***A tutela jurisdicional de situações individuais**, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, **há de ser obtida na via do controle difuso** de constitucionalidade, que, **supondo** a existência de um caso concreto, revela-se acessível a*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> ***qualquer*** *pessoa que disponha de interesse e legitimidade (**CPC**, art. 3º).*"
>
> (**RTJ 164/506-509**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

É por esse motivo que o eminente Advogado e Professor LUIZ GUILHERME MARINONI, **ao examinar** essa questão, **esclarece** que, "***enquanto a omissão inconstitucional*** *– a ilicitude –* ***é caracterizada na decisão proferida*** *na ação direta de inconstitucionalidade por omissão,* ***o dano e o nexo de causalidade dependem da propositura da ação individual*** *em que se peça o ressarcimento contra o Estado*" (INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, "**Curso de Direito Constitucional**", p. 1.310, item n. 8.70, 6ª ed., 2017, Saraiva – **grifei**).

7. ***Impossibilidade*** *jurídico-constitucional de o Supremo Tribunal Federal,* ***mediante*** *provimento jurisdicional,* ***tipificar*** *delitos* ***e cominar*** *sanções de direito penal*

Cabe indagar, *neste ponto*, **se se revela viável**, *em sede de controle abstrato de constitucionalidade*, **colmatar**, *mediante decisão desta Corte Suprema*, **a omissão** denunciada **pelo autor** da presente ação direta, **procedendo-se** *à tipificação penal* de condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT, **definindo-se**, *ainda*, **a respectiva** *cominação penal*, **superando-se**, *desse modo*, **tal como** *expressamente pretendido pelo PPS*, **o princípio** segundo o qual "*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*".

Entendo que não. É que a pretensão em referência – *por importar em inadmissível substituição* do Congresso Nacional – **veicula** *clara transgressão* ao postulado constitucional da separação de poderes **e**, também, *ofensa manifesta* ao princípio da reserva absoluta de lei formal **em matéria** *de índole penal*.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Como se sabe, *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** *desconsideração dessa garantia fundamental*, **segundo a qual** *não há crime nem pena* ***sem lei*** *anterior que os defina*, **excluída**, *portanto*, **a possibilidade** de utilização *de provimento jurisdicional* **como sucedâneo** de norma legal.

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 Civis 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,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

2010, Saraiva; LUIZ REGIS PRADO, "**Comentário ao Código Penal**", p. 375, item n. 2, 4ª ed., 2007, RT, *v.g.*).

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**).

Não cabe, pois, ao Poder Judiciário **atuar** *na anômala condição de legislador positivo* (**RTJ** 126/48 – **RTJ** 143/57 – **RTJ** 146/461-462 – **RTJ** 153/765 – **RTJ** 161/739-740 – **RTJ** 175/1137, *v.g.*), para, **em assim agindo**, proceder **à imposição de seus próprios** critérios, **afastando**, desse modo, **os fatores** que, **no âmbito** de nosso sistema constitucional, *só podem ser validamente definidos pelo Parlamento* (J. J. GOMES CANOTILHO, "**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**", p. 636, item n. 4, 1998, Almedina).

Com efeito, **se** tal fosse possível, o Poder Judiciário – **que não dispõe** de função legislativa – **passaria** a desempenhar atribuição *que lhe é institucionalmente estranha* (**a de legislador positivo**), **usurpando**, *desse modo*, **no contexto** de um sistema de poderes **essencialmente** limitados, **competência** *que não lhe pertence*, com **evidente** transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.

Não constitui demasia observar, por oportuno, **que a reserva de lei** – consoante **adverte** JORGE MIRANDA ("**Manual de Direito Constitucional**", tomo V/217-220, item n. 62, 2ª ed., 2000, Coimbra Editora) – **traduz postulado** *revestido de função excludente*, de caráter

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

negativo (**que veda**, nas matérias a ela sujeitas, **como sucede** no caso ora em exame, **quaisquer** intervenções, *a título primário*, de órgãos estatais **não legislativos**), **e cuja incidência também reforça**, *positivamente*, **o princípio que impõe** à administração **e** à jurisdição **a necessária submissão** aos comandos **fundados** *em norma legal*, **de tal modo que**, conforme **acentua** o ilustre Professor da Universidade de Lisboa, "***quaisquer intervenções*** – *tenham conteúdo normativo* ***ou*** *não normativo – de órgãos administrativos ou jurisdicionais* ***só podem dar-se a título secundário****, derivado ou executivo,* ***nunca com critérios próprios ou autônomos de decisão***" (**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*.

Superada *a questão* **referente** *à inidoneidade jurídico-processual de imposição de condenação civil ao Poder Público* **em razão** *de sua inércia inconstitucional*, **passo a examinar**, Senhor Presidente, a *relevantíssima* questão constitucional ora em julgamento, **pedindo licença**, *no entanto*, *para breve digressão histórica* **em torno** do tema **subjacente** à presente causa.

8. 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 questão *da homossexualidade*, **surgida** em um momento *no qual ainda não se debatia* **o tema** pertinente à "*ideologia de gênero*", **tem assumido**, *em nosso País*, **ao longo** de séculos de repressão, de intolerância **e** de preconceito, **graves proporções** *que tanto afetam* as pessoas **em**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

virtude *de sua orientação sexual* (**ou**, *mesmo*, de sua identidade de gênero), **marginalizando-as**, **estigmatizando-as e privando-as** de direitos básicos, **em contexto social** *que lhes é claramente hostil* **e** *vulnerador* do postulado da essencial dignidade do ser humano.

Se *revisitarmos* a legislação reinol que Portugal **impôs** ao Brasil em nosso período colonial, **e** *analisarmos* as punições cominadas no *Livro V* das Ordenações do Reino, **conhecido** como "*liber terribilis*", **tal o modo compulsivo** com que esse estatuto régio *prodigalizava* a pena de morte, **iremos constatar** *a maneira cruel* (**e terrivelmente impiedosa**) com que as autoridades da Coroa **perseguiram e reprimiram os homossexuais**.

É interessante observar *que as Ordenações do Reino* – as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) **e** as Ordenações Filipinas (1603) –, **marcadas** por *evidente hostilidade* aos atos de sodomia, **também qualificada** como "*pecado nefando*" (**ou**, *na expressão literal* daqueles textos legislativos, **como** "*cousa indigna de se exprimir com palavras: cousa da qual não se pode fallar sem vergonha*", **cominaram** *sanções gravíssimas* que viabilizavam, *até mesmo*, a imposição do "*supplicium extremum*" **aos autores** dessas práticas sexuais **tidas** por "*desviantes*", **como revela** VERONICA DE JESUS GOMES, *em Dissertação de Mestrado* ("**Vício dos Clérigos: A Sodomia nas Malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa**", Niterói, UFF, 2010):

> *"**As 'Ordenações' do Reino português foram rigorosas no julgamento do pecado/crime ao preverem penas bastante severas aos sodomitas**, incluindo a morte, **como já assinalavam**, no século XV, **as 'Ordenações Afonsinas'**. **A pena capital** foi confirmada pelas leis posteriores, **quando houve** melhor sistematização e recrudescimento das regras penais. **As 'Ordenações Manuelinas'** (1514/1521) **mantiveram a fogueira** para os transgressores, **equipararam o crime de sodomia** ao de lesa-majestade, **ou seja**, **quem cometesse um ato sodomítico** sofreria **as mesmas** sanções **de quem traísse** a pessoa do rei **ou** o seu*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

real estado, ***declarando*** *que 'todos seus bens sejam confiscados pera a Coroa dos Nossos Reynos […], assi propriamente como os daquelles, que cometem o crime da lesa Magestade contra seu Rey e Senhor'.*

Além disso, ***condenou seus filhos e descendentes à infâmia***, ***proibindo-lhes*** *a ocupação de cargos públicos,* ***além de incitar*** *a delação,* ***prometendo*** *um terço da fazenda dos acusados* ***aos que apontassem culpados****, 'em segredo* ***ou*** *em publico'. Aquele que soubesse de algum 'desviante' e não o delatasse, qualquer que fosse sua pessoa, teria todos os bens confiscados e seria degredado para sempre dos reinos e senhorios portugueses.*

Quanto aos parceiros dos sodomitas, ***o Código Manuelino*** *previa que,* ***em caso*** *de delação, que culminasse na prisão do acusado, lhe fosse perdoada toda pena cível, 'e crime contheuda nesta Ordenaçam; (…)'.* ***As disposições*** *ali registradas* ***valiam tanto*** *para os que pecaram* ***antes*** *de sua promulgação* ***quanto*** *para os que, porventura, cometessem o dito crime* ***dali*** *em diante.*

As regras valiam também para a sodomia feminina*, que, a partir de então, passou a configurar-se como um crime julgado pelas ordenações régias. (…).*

As Ordenações Filipinas *(1603)* ***confirmaram a pena capital aos sodomitas*** *de qualquer qualidade,* ***incluídas*** *as mulheres,* ***mantendo o confisco*** *de bens* ***e a infâmia*** *de seus descendentes,* ***da mesma maneira que o estabelecido para os que cometessem o crime de lesa-majestade****. Os delatores agora teriam direito à metade da fazenda do culpado.* ***Em caso*** *de delatados despossuídos,* ***a Coroa pagaria cem cruzados*** *ao 'descobridor',* ***quantia*** *que seria devida apenas em caso de prisão do sodomita.* ***Da mesma forma*** *que as Manuelinas,* ***condenavam ao confisco total de bens e ao degredo perpétuo*** *os que não colaborassem com a justiça* ***e reafirmavam*** *a indulgência perante os que delatassem os parceiros.*

.....

Esse código legislativo apresentou inovações *que merecem ser destacadas.* ***O discurso persecutório às práticas homoeróticas parece recrudescer****. A molície entre pessoas* ***do mesmo*** *sexo, que* ***não*** *constava nas duas primeiras ordenações,* ***passou a ser punida***

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

gravemente com a pena do degredo para as galés 'e outras penas extraordinárias, segundo o modo e perseverancia ***do peccado****':*

(…)

Duas testemunhas *de diferentes atos de molície eram requeridas para que o delito fosse provado e o legislador se preocupou com a identidade das testemunhas, que não deveriam ter seus nomes revelados, mas segundo o arbítrio do julgador.* ***Até então, não havia preocupação quanto às carícias homoeróticas por parte da legislação régia****. As 'Ordenações Afonsinas' observaram apenas os atos sodomíticos em si e as 'Ordenações Manuelinas' incluíram as mulheres****, a bestialidade (praticada por ambos),*** ***além do uso*** *de roupas de homens por mulheres e vice-versa.* ***Nos Códigos Filipinos****,* ***ainda que os 'tocamentos desonestos'*** *não fossem o bastante para comprovar o delito,* ***passaram a ser gravemente punidos*** *com o degredo para as galés ou outras penas, dependendo da contumácia e pertinácia do indivíduo.*

Outro aspecto que merece ser ressaltado é a introdução da tortura no título referente à sodomia*.* ***Sempre*** *que houvesse culpados ou indícios de culpa, que,* ***conforme*** *o Direito,* ***bastassem****,* ***o sujeito era enviado para o tormento****, para que revelasse os parceiros e quaisquer outras pessoas* ***que tivessem cometido sodomia ou soubessem*** *de sua prática.* ***A tortura de réus*** *negativos* ***ou*** *'vacilantes'* ***foi um procedimento judiciário comum*** *nos códigos legislativos europeus. (…).*

Em Portugal*,* ***a preocupação*** *com a utilização da técnica* ***como forma de arrancar*** *as confissões* ***era tamanha*** *que as 'Ordenações Manuelinas'* ***aconselhavam*** *que não fossem aplicadas seguidas sessões de tormento ao mesmo réu, para que, com 'medo da dor', ratificasse uma falsa confissão. (…).*

As três 'Ordenações' não foram os únicos códigos legislativos portugueses *que censuraram e penalizaram sodomitas* ***e*** *praticantes de molície.* ***As chamadas 'Leis Extravagantes' também tiveram o mesmo objetivo****.* ***Em 09 de março de 1571****, uma 'Lei Extravagante',* ***promulgada*** *por D. Sebastião,* ***ditava*** *que 'as Pessoas, que com outras do mesmo sexo commetterem o peccado de mollicie, serão castigadas gravemente com o degredo de Galés, e outras*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> *penas extraordinarias, segundo o modo e perseverança do peccado'. **Em 1606**, o rei Felipe II **ratificou** a lei de D. Sebastião **contra** a molície, **em que se determinava** que os culpados fossem presos e, sendo peões, recebessem a pena vil do açoite com baraço e pregão, devendo ser degredados por sete anos para as galés. Em caso de pessoas de 'melhor qualidade', seriam degredadas para Angola, sem remissão. **Todavia**, **os reincidentes mais devassos e escandalosos** poderiam ser condenados à morte, '**perdendo** as famílias nobres sua dignidade e privilégios'.*" (**grifei**)

A atividade persecutória *que a Coroa real portuguesa* **promoveu** *contra os homossexuais*, em Portugal **e** em seus domínios ultramarinos, **intensificou-se**, *ainda mais*, **com o processo** de expansão colonial lusitana, **a ponto** de *el-Rei* D. Sebastião, **preocupado** *com as relações homossexuais* **entre** portugueses **e** os povos por estes conquistados, **haver editado** *a Lei sobre o Pecado de Sodomia*, **como assinala** o ilustre Antropólogo **e** Professor LUIZ MOTT ("**Relações Raciais entre Homossexuais no Brasil Colonial**").

Naquela fase de nosso processo histórico, *no entanto*, **não foram apenas** as autoridades *seculares* **que dispensaram** *esse duríssimo tratamento* aos homossexuais. *Também a Igreja*, **a partir** de 1553 (**como informa** RONALDO VAINFAS, **em sua obra** "*Confissões da Bahia*"), **reprimiu-os e puniu-os**, *severamente*, em nosso País, **como se vê** dos documentos **que registram a atuação** *do Santo Ofício no Brasil*, **como aqueles que se referem**, *por exemplo*, **à Primeira Visitação do Santo Ofício** (1591) **e que teve**, *à sua frente*, **o Inquisidor** Heitor Furtado de Mendonça, **consoante relata** MINISA NOGUEIRA NAPOLITANO ("*A Sodomia Feminina na Primeira Visitação do Santo Ofício ao Brasil*"):

> *"**As punições previstas em tais leis tinham**, sobretudo, **a finalidade** de suscitar o medo, explicitar a norma e dar o exemplo a*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> *todos aqueles que assistissem às sentenças e às penas sofridas pelos culpados,* ***fossem humilhações*** *perante todo o público,* ***fosse*** *a flagelação do seu corpo* ***ou****, até mesmo,* ***a morte na fogueira****, chamada de pena capital.* ***Essas punições*** *possuíam menos o intuito de punir os culpados* ***do que espalhar*** *o terror, a coerção, o receio.* ***Elas espalhavam*** *um verdadeiro temor,* ***fazendo*** *com que as pessoas que presenciassem esses espetáculos punitivos examinassem suas consciências, refletissem acerca de seus delitos.* ***O ritual punitivo era uma cerimônia política*** *de reativação do poder* ***e*** *da lei do monarca.*
>
> ***A sodomia*** *propriamente dita,* ***segundo o livro Quinto*** *das Ordenações Filipinas,* ***se equiparava ao de lesa-majestade*** *e se estendia* ***tanto*** *aos homens* ***quanto*** *às mulheres* ***que cometessem*** *o pecado contra a natureza.* ***Todos os culpados seriam queimados e feitos por fogo em pó****,* ***seus bens confiscados*** *para a coroa* ***e seus filhos e netos*** *seriam tidos como infames e inábeis.*" (**grifei**)

Embora a atuação do Tribunal do Santo Ofício **somente** tenha ocorrido **no final** do Século XVI, *com a sua Primeira Visitação* à Bahia (1591), **o fato** é que, *culminando* um processo de negociações diplomáticas **iniciadas**, *ainda*, sob D. Manuel I, *o Venturoso*, **a Inquisição** *foi instituída*, em Portugal, **no reinado** de D. João III, *pelo Romano Pontífice*, Paulo III, **que promulgou** a Bula "*Cum ad nihil magis*", de 23/05/1536, **que restaurou** *anterior* documento pontifício, **com igual** denominação **e** finalidade, **editado**, em 1531, pelo Papa Clemente VII.

Esse evento, *analisado* por diversos autores (PEDRO CARDIM, "**Religião e Ordem Social**", "*in*" Revista de História das Idéias, Coimbra, 2001; FRANCISCO BETHENCOURT, "**Os Equilíbrios Sociais do Poder**", "*in*" História de Portugal, **organizada** por José Mattoso, 1993, Lisboa, Estampa, *v.g.*), **veio a ser fortalecido**, *naquele momento histórico*, em suas graves consequências, **pela forte e decisiva influência** resultante do Concílio de Trento (1545-1563), **cujas deliberações – as denominadas**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

resoluções tridentinas – **exacerbaram**, *ainda mais*, **a reação hostil** *ao comportamento homossexual*, **valendo rememorar**, *por oportuno*, **o registro** feito por VERONICA DE JESUS GOMES (*op. cit.*):

> "***Marcado por 'um entendimento da realeza onde o religioso e o político surgem lado a lado, chegando mesmo a interpenetrar-se', o Estado português**, ao buscar a ortodoxia religiosa **e** moral de seus súditos, **criou a Inquisição**, uma instituição de caráter híbrido, já que, **mesmo** se constituindo como 'tribunal eclesiástico, **não deixa** de se afirmar como tribunal régio'.*
>
> .....
>
> ***Ainda no século XVI, o Santo Oficio lusitano, certamente influenciado** pelas idéias de reforma propostas pelo 'Concílio de Trento', **não se voltou apenas** contra os erros de fé, **tendo recebido a incumbência** de julgar certos 'desvios morais', **isto é**, **pecados/crimes** que, até então, **estavam** sob jurisdição civil **e** eclesiástica. **As disposições tridentinas demonstraram ojeriza às práticas dos sodomitas**. **Ao atentar para os perigos da perda** da graça da justificação, que, uma vez recebida, **podia ser despojada** não apenas pela infidelidade, através da qual se extinguia a própria fé, **mas também através de qualquer outro pecado mortal**, mesmo quando a fé não acabava, **as determinações do concílio lembraram** as afirmações do apóstolo Paulo **que assinalou** a exclusão de efeminados e sodomitas do reino de Deus.*" (**grifei**)

Os exemplos de nosso passado colonial **e o registro** de práticas sociais **menos** antigas **revelam** *o tratamento preconceituoso, excludente* **e** *discriminatório* **que tem sido dispensado** *à vivência homoerótica* em nosso País.

Vê-se, *daí*, **que a questão da homossexualidade**, *desde* os pródromos de nossa História, **foi inicialmente tratada** sob o signo *da mais cruel* das repressões (LUIZ MOTT, "**Sodomia na Bahia: O amor que não ousava dizer o nome**"), **experimentando**, *desde então*, em sua abordagem pelo

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Poder Público, tratamentos normativos *que jamais se despojaram* da eiva do preconceito **e** da discriminação.

Por isso, Senhor Presidente, **é que se impõe proclamar**, *agora mais do que nunca*, **que ninguém**, *absolutamente ninguém*, **pode** ser privado de direitos **nem** sofrer **quaisquer** restrições de ordem jurídica **por motivo** *de sua orientação sexual* **ou**, *ainda*, **em razão** *de sua identidade de gênero*.

Isso significa *que também os homossexuais* (**e** também, *os integrantes da comunidade LGBT*) **têm** o direito de receber **a igual** proteção das leis **e** do sistema político-jurídico **instituído** pela Constituição da República, **mostrando-se** arbitrário **e** inaceitável **qualquer** medida *que exclua*, *que discrimine*, *que fomente* a intolerância, *que estimule* o desrespeito **e** *que desiguale* as pessoas **em razão** *de sua orientação sexual* **ou** *de sua identidade de gênero*.

Essa afirmação, *mais* do que simples proclamação retórica, **traduz** o reconhecimento, **que emerge** do quadro das liberdades públicas, de que o Estado **não pode** tolerar comportamentos **nem formular** prescrições normativas que provoquem, **por efeito** de seu conteúdo discriminatório, **a exclusão jurídica** de grupos, *minoritários ou não*, **que integram** a comunhão nacional.

*9. **A violência** contra integrantes da comunidade LGBT ou "**A banalidade do mal homofóbico e transfóbico**" (PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI): **Uma inaceitável** (e cruel) **realidade contemporânea***

Os atos lesivos praticados contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transgêneros **e demais** integrantes do grupo LGBT **têm atingido** um nível preocupante, **além de inaceitável**, na escala de violência **e** de ódio **dirigidos** aos membros de referido grupo, **a ponto** de o eminente Advogado Dr. PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI, *em suas diversas*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

manifestações sobre a questão (**inclusive** na petição inicial **desta** ação), **parafraseando** HANNAH ARENDT ("**Eichmann em Jerusalém – A Banalidade do Mal**"), **qualificar** *essa gravíssima realidade contemporânea* **como expressão** *da* "*banalidade do mal homofóbico e transfóbico*".

Os dados estatísticos **revelados** pelos "*amici curiae*" **demonstram que a comunidade LGBT** no Brasil é, *reiteradamente*, **vítima das mais diversas** formas de agressão **motivadas**, *única e exclusivamente*, **pela orientação sexual e/ou identidade de gênero** dos indivíduos, **sendo** as agressões físicas – *lesões corporais e homicídios* – **a concretização efetiva** *do comportamento racista* **dirigido** contra essa minoria, **dissonante** do padrão hétero-normativo **prevalecente** na sociedade brasileira.

Nesse sentido, **cabe referir** que o "*Grupo Gay da Bahia – GGB*", **admitido** nestes autos como "*amicus curiae*" **e** em funcionamento desde 18/03/1983, **monitora** os dados relacionados à violência contra a população LGBT, **tendo apresentado**, *anualmente*, **relatórios que demonstram** que o Brasil é "*o campeão mundial desse tipo de crime*". **Eis algumas das conclusões** reveladas pelos estudos elaborados por referida entidade **com base** em informações obtidas na rede mundial de computadores, nos meios de comunicação social e, *ainda*, por intermédio de voluntários que atuam em atividade de cooperação com o grupo LGBT:

> **a**) **aumento** de 30%, em 2017 **em relação** ao ano anterior, dos homicídios **contra** o grupo LGBT, **atingindo** o número de 445 mortes no período;
>
> **b**) **56% dos assassinatos** ocorrem em via pública;
>
> **c**) **das 445 vítimas** referidas, **194** (43,6%) **eram gays**, **191** (42,9%) **trans**, **43** (9,7%) **lésbicas**, **5** (1,1%) **bissexuais e 12** (2,7%) **heterossexuais**, estes incluídos porque foram mortos em circunstâncias que revelam condutas homofóbicas dos agressores, *v.g.* **em defesa** de gays amigos/parentes;

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> **d**) **o número de transgêneros mortos** entre 2016 e 2017 **demonstra que o Brasil** é o primeiro colocado no "*ranking*" mundial, **tal como referido** pelo Relatório Mundial da Transgender Europe, organização que registra dados relacionados ao tema;
>
> **e**) **jovens que são rejeitados** por sua família têm alto índice de tentativa de suicídio (8,4 vezes mais);
>
> **f**) **foram registrados**, até outubro, no ano de 2018, 347 homicídios de pessoas LGBT no país.

Cabe acentuar, Senhores Ministros, *considerada a alta taxa de subnotificação*, **que os dados acima podem ser imprecisos**, *conforme reconhecido* **pela própria** associação autora da pesquisa (fls. 19 de sua manifestação), **sendo certo**, *no entanto*, que "*(...)* ***o Poder Público apresentou um relatório sobre homofobia e transfobia, com dados referentes a 2011: foram registradas 6.809 denúncias*** *de violações aos direitos humanos da população LGBT, dentre as quais* ***278*** *foram* ***homicídios, merecendo destaque o fato de que a maioria dos casos de violência contra LGBT é praticada por pessoas conhecidas da vítima*** *(61,9%), como* ***familiares*** *e* ***vizinhos****, e a maior parte das violências (42%)* ***ocorre no ambiente doméstico*** *(21,1% dos casos, dentro da casa da própria vítima, 7,5% na casa do suspeito)* ***e as agressões ocorridas nas ruas somam 30,8%***" (Manifestação Grupo Gay da Bahia, fls. 19 – **grifei**).

Ainda com o intuito de demonstrar a violência contra LGBT's, **vale advertir** que, *cotidianamente*, **a imprensa veicula** notícias relacionadas ao tema, *como se observa de inúmeras manchetes*, **das quais transcrevo** algumas a seguir, **reveladoras** do inegável comportamento *racista* **e** *preconceituoso* **dirigido**, *com clara motivação de ódio*, contra essas pessoas *absurdamente consideradas inferiores* **pelos delinquentes** *que as agridem covardemente*:

> **i**) "***'Ele tem ódio de homossexuais', diz delegado sobre homicídio em Agudos***" (http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2014/04/ele-tem-odio-de-homossexuais-diz-delegado-sobre-homicidio-em-agudos.html);

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

ii) "***Cabeleireiro é apedrejado até a morte na Zona Norte de Natal, diz polícia***" (http://g1.globo.com/m/rio-grande-do-norte/noticia/2014/11/cabeleireiro-e-apedrejado-ate-a-morte-de-natal-diz-policia.html);

iii) "***Homem que tirou foto antes de esquartejar admite ódio por gays***" (http://g1.globo.com/santos-regiao/noticia/2014/11/homem-que-tirou-foto-antes-de-esquartejar-admite-odio-por-gays.html);

iv) "***Agricultor é morto a facadas pelo filho na Zona da Mata de PE – Rapaz de 20 anos não aceitava que o pai fosse homossexual***."(http://g1.globo.com/pernambuco/noticia/2014/11/agricultor-e-morto-facadas-pelo-filho-na-zona-da-mata-de-pe.html);

v) "***Menino teve fígado dilacerado pelo pai, que não admitia que criança gostasse de lavar louça – Alex, de 8 anos, era espancado repetidas vezes para aprender a 'andar como homem'***" (http://g1.globo.com/rio/menino-teve-figado-dilacerado-pelo-pai-que-nao-admitia-que-crianca-gostasse-de-lavar-louca-1785342);

vi) "***Homem é suspeito de tentar estuprar filha lésbica para fazê-la 'virar mulher'***" (http://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2016/01/homem-e-suspeito-de-tentar-estuprar-filha-lesbica-para-faze-la-virar-mulher.html);

vii) "***'Vai virar mulher de verdade': lésbicas são vítimas de estupro corretivo***" (https://universa.uol.com/noticias/redacao/2017/11/02/vai-virar-mulher-de-verdade-estupro-corretivo-vitimiza-mulheres-lésbicas.html);

viii) "***Turista gay é espancado por grupo em SP e 'post' viraliza: 'Não foi minha escolha'***" (https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/turista-gay-e-espancado-por-grupo-em-sp-e-post-viraliza-nao-foi-minha-escolha.ghtml);

ix) "***Polícia investiga homicídio de travesti que foi espancada até a morte em CE***" (http://g1.globo.com/ceara/noticia/2017/03/policia-investiga-homicidio-de-travesti-que-foi-espancada-ate-morte-no-ce.html);

x) "***Jovem gay é morto a facadas próximo a parque em São Paulo***" (http://atarde.uol.com.br/brasil/noticias/1639657-jovem-gay-e-morto-a-facadas-proximo-a-parque-em-sao-paulo);

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> **xi**) "***Corpo queimado em canavial é de rapaz morto pela mãe por ser gay***" (O Estado de S. Paulo 14 Julho 2017/10h57);
>
> **xii**) "***Morre transexual que foi esfaqueada no Centro de Aracaju***" (http://g1.globo.com/se/sergipe/noticia/2018/10/19/transexual-e-esfaqueada-no-centro-de-aracaju.ghtml);
>
> **xiii**) "'***Nunca tinha passado por isso'*, *diz* ***lésbica agredida em lanchonete de SP***" (http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2011/01/nunca-tinha-passado-por-isso-diz-lesbica-agredida-em-lanchonete-de-sp.html);

Importante destacar, *ainda*, **nesse quadro** *de inadmissível violação a direitos humanos* **essenciais** da população LGBT, **as estatísticas** relacionadas **aos indivíduos transexuais que**, *enquanto parte integrante* do grupo vulnerável em questão, **são os mais vitimados** por atos de violência **motivados** pelo preconceito, pelo ódio **e** pelo racismo manifestados contra esses "'*outsiders*" **que sofrem** *intensa marginalização social*.

Relatórios de organizações civis **que monitoram** os dados relacionados ao tema – ***tais como*** **a TGEU** – *Transgender Europe* **e** o GGB – Grupo Gay da Bahia – **revelam ser** o "*Brasil campeão mundial da transfobia*", "*o país que mais mata travestis e transexuais no mundo*", **onde**, de forma assustadora, "*o risco de uma 'trans' ser assassinada é 14 vezes maior que um gay*", **tendo sido registradas** 598 mortes de transexuais e de travestis entre janeiro de 2011 **e** janeiro de 2016, **segundo informações** constantes do "*site*" *https://homofobiamata.wordpress.com*.

Entendo, *Senhor Presidente*, **que esses números assustadores** *que venho de referir* **autorizam e validam** a argumentação feita pelo ilustre subscritor da inicial, Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, **de que se verifica**, no Brasil, *nesse contexto*, "*verdadeira BANALIDADE DO MAL HOMOFÓBICO E TRANSFÓBICO*, *adaptando aqui célebre expressão de HANNAH ARENDT,* ***no sentido*** *de termos pessoas comuns (e não 'monstros') achando-se detentoras de um pseudo 'direito' de agredir, ofender, discriminar e mesmo matar pessoas por sua mera orientação sexual homoafetiva/biafetiva ou identidade de gênero transgênera...*", **tudo**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

a revelar inegável **e** inaceitável comportamento racista, **na acepção** referida neste voto contra os LGBT's, **tendo-os** *por seres menores, inferiores, degradados em sua essencial dignidade*, **que devem** – *segundo perversamente acreditam os seus agressores* – **ser excluídos da sociedade**!!!

10. 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 agremiação partidária autora, **ao ajuizar** a presente ação constitucional, **enfatiza** que as cláusulas **inscritas** no art. 5º, **incisos** XLI e XLII, da Constituição **consubstanciam** *verdadeiras imposições legiferantes*, que, dirigidas ao Poder Público, **têm por finalidade** vinculá-lo à efetivação de uma prestação positiva **destinada** à proteção das pessoas, *inclusive na esfera penal*, contra atos de preconceito ou de discriminação, *em todas as suas formas de manifestação*, **inclusive** quando perpetrados **por motivo fundado** *na orientação sexual* **ou** *na identidade de gênero* da vítima.

Isso significa, *segundo alega a autora*, **que a omissão** da União Federal **em adotar** as medida necessárias **à elaboração** de normas destinadas **à punição** dos atos resultantes de preconceito **contra** os homossexuais, os transgêneros **e demais** integrantes da comunidade LGBT **configuraria claro descumprimento**, *por omissão seletiva*, do comando impositivo de legislar **emergente** da Constituição da República, **pois o Congresso Nacional**, *longe de atuar como agente concretizador* das medidas protetivas *de natureza penal* **exigidas** pelo texto constitucional – **em ordem a garantir** *o pleno exercício* do direito personalíssimo (e ineliminável) à orientação sexual **e** à identidade de gênero –, **estaria realizando**, *de modo insuficiente*, **a prestação estatal determinada** pelo ordenamento constitucional.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

É preciso ter presente, *nesse contexto*, **que o direito à legislação** só pode ser legitimamente invocado na presente sede processual, **quando também existir** – *simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional* – **a previsão do dever estatal** de criar normas legais, **como sucede** na espécie, **em que** a Constituição **claramente veicula**, *em bases impositivas*, **inquestionável** *mandado de incriminação*: "***a lei punirá qualquer*** *discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*" (**CF**, art. 5º, XLI – **grifei**) **e** "*a prática do racismo constitui crime (...), nos termos da lei*" (**CF**, art. 5º, XLII).

Vê-se, *daí*, **que a omissão** do Congresso Nacional em produzir normas legais de proteção penal à comunidade LGBT – **por configurar** *inadimplemento manifesto* de uma indeclinável obrigação jurídica que lhe foi imposta **por superior** determinação constitucional – **traduz** situação configuradora de ilicitude afrontosa ao texto da Lei Fundamental da República.

Assim, e para que possa atuar a norma **pertinente ao instituto** *da ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, **revela-se essencial** que se estabeleça *a necessária correlação* **entre a imposição constitucional de legislar**, *de um lado*, **e a constatação de inércia congressual**, *de outro*, **de tal forma** que, **inadimplida** a obrigação jurídico-constitucional **de produção** de provimentos legislativos, **tornar-se-á possível imputar comportamento moroso** ao Estado (ao Poder Legislativo da União, *no caso*) **e reconhecer admissível**, para efeito de eventual colmatação da omissão denunciada, o acesso legítimo à presente ação de controle normativo abstrato.

Esse aspecto revela-se impregnado *de inquestionável relevo jurídico*, **ainda mais se se considerar** que o magistério jurisprudencial **desta** Suprema Corte (**HC 104.410/RS**, Rel. Min. GILMAR MENDES, *v.g.*), **tem assinalado**, *em sucessivos julgamentos*, **que os direitos fundamentais assumem** *não apenas* a função de garantir às pessoas o acesso a posições jurídicas *oponíveis ao Poder Público*, **mas também expressam** *o dever do Estado de tornar efetiva a proteção* a esses mesmos direitos *eventualmente*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

expostos a situações de dano efetivo ou potencial, **enfatizando**, *no ponto*, que a Constituição Federal **estabelece**, *por meio de* "*mandados de criminalização*", **comandos imperativos** dirigidos ao legislador, **concitando-o a elaborar** normas de direito penal **destinadas** *a proteger as liberdades fundamentais* **contra** *injustas agressões* provenientes de terceiros, **tal como ordenam** as normas *constantes dos incisos XLI e XLII* do art. 5º de nossa Lei Fundamental, cuja implementação se busca efetivar **mediante** utilização **da presente** ação constitucional:

> "***1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. 1.1. Mandados constitucionais de criminalização: A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que***, *em princípio*, ***não outorgam direitos***, ***mas que***, *antes*, ***determinam a criminalização de condutas*** (***CF, art. 5º, XLI, XLII***, *XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º*). ***Em todas essas é possível identificar um mandado de criminalização expresso***, *tendo em vista os bens e valores envolvidos.* ***Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção*** *('Eingriffsverbote')*, ***expressando também um postulado de proteção*** *('Schutzgebote')*. ***Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso*** *('Übermassverbote')*, ***como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela*** *('Untermassverbote')*. ***Os mandados constitucionais de criminalização***, *portanto*, ***impõem ao legislador***, *para seu devido cumprimento*, ***o dever de observância*** *do princípio da proporcionalidade* ***como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente*** *(…)*."
>
> (**HC 104.410/RS**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **grifei**)

Tenho para mim, *presente esse contexto*, **que a análise** desta demanda constitucional **impõe** que se considere o *relevantíssimo* problema suscitado pela **omissão** do Estado, **decorrente da inércia** de suas instituições (do Poder Legislativo da União, *na espécie*), **quanto à efetivação** *das imposições legiferantes* **fundadas** *em cláusulas constitucionais mandatórias*.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Impõe-se ressaltar, *desde logo*, que, *na tipologia das situações inconstitucionais*, **inclui-se**, *também*, aquela que deriva do descumprimento, **por inércia estatal**, de norma impositiva **de determinado** comportamento **atribuído** ao Poder Público **pela própria** Constituição.

O desrespeito à Constituição *tanto* pode ocorrer mediante **ação** estatal *quanto* mediante **inércia** governamental.

A situação de inconstitucionalidade, *portanto*, **pode derivar** *de um comportamento ativo* do Poder Público, **que age ou edita** normas **em desacordo** com o que dispõe a Constituição, **ofendendo-lhe**, *assim*, os preceitos **e** os princípios que nela se acham consignados. **Essa conduta estatal**, que importa em um "*facere*", **gera** a inconstitucionalidade **por ação**.

Pode ocorrer, *no entanto*, **como sucede** na espécie ora em exame, que o Poder Público **deixe de adotar** as medidas *legislativas*, **que sejam necessárias** para tornar *efetivos*, *operantes* **e** *exequíveis* os próprios preceitos da Constituição. **Em tal situação**, o Estado *abstém-se de cumprir* **o dever de prestação** que a Constituição lhe impôs. **Desse** "*non facere*" **ou** "*non praestare*", **resulta** *a inconstitucionalidade por omissão*, **que pode ser total**, *quando é nenhuma* a providência adotada, **ou parcial**, *quando é insuficiente* a medida efetivada pelo Poder Público.

Impende enfatizar, *bem por isso*, **que as omissões inconstitucionais** dos Poderes do Estado, **notadamente** do Legislativo, **não podem ser toleradas**, *eis que o desprestígio da Constituição* – **resultante da inércia** *de órgãos meramente constituídos* – **representa** *um dos mais tormentosos aspectos do processo de desvalorização funcional* da Lei Fundamental da República, **ao mesmo tempo** em que **estimula**, *gravemente*, **a erosão** *da consciência constitucional*, **evidenciando**, *desse modo*, **o inaceitável desprezo** dos direitos básicos e das liberdades públicas pelo aparelho estatal.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Cumpre reconhecer, *desse modo*, que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão – **considerada** a sua específica destinação constitucional – **busca neutralizar** as consequências lesivas decorrentes **da ausência** de regulamentação normativa **de preceitos** inscritos na Carta Política **e que dependem** *da intervenção concretizadora do legislador*, **traduzindo** *significativa reação jurídico-institucional* do **vigente** ordenamento político, **que a estruturou** como instrumento destinado **a impedir** *o desprestígio da própria Carta da República*.

A imposição constitucional de legislar, de um lado, **e** *a situação de omissão abusiva* **no adimplemento** da prestação legislativa, de outro – **caracterizada**, *esta última*, diante do *estado de mora do legislador*, pela superação excessiva de prazo razoável –, **qualificam-se**, desse modo, *como requisitos condicionantes* da declaração de inconstitucionalidade **por omissão**.

Isso significa, *portanto*, **que a ação direta por omissão** deve ser vista **e** qualificada **como instrumento de concretização** das cláusulas constitucionais **frustradas**, *em sua eficácia*, **pela inaceitável omissão** do Poder Público, **impedindo-se**, *desse modo*, **que se degrade** *a Constituição* **à inadmissível** condição subalterna de um estatuto **subordinado** à vontade ordinária do legislador comum.

A ação direta por omissão, *por isso mesmo*, **deve traduzir significativa reação jurisdicional autorizada** pela Carta Política, que a **forjou** como instrumento destinado **a impedir o desprestígio** da própria Constituição, **consideradas as graves consequências** que decorrem **do desrespeito** ao texto da Lei Fundamental, **seja** por ação do Estado, **seja**, *como no caso*, **por omissão** – *e prolongada inércia* – do Poder Público.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

*11. **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*

O exame do quadro delineado nos presentes autos **evidencia a existência**, *na espécie ora em análise*, *de nexo de causalidade* **entre** *a imposição constitucional de legislar*, de um lado, **e** *a configuração objetiva da ausência de provimento legislativo*, de outro, cuja edição se revela necessária **à punição** *de atos e comportamentos* **resultantes** de discriminação ou de violência contra a pessoa **em razão** *de sua orientação sexual* **ou em decorrência** *de sua identidade de gênero*.

A **hipótese** versada nesta ação constitucional **traduz** – *como precedentemente enfatizado* no douto parecer do Ministério Público Federal – **uma típica situação** *de desrespeito* à Lei Fundamental, **por omissão normativa** *unicamente imputável* ao Congresso Nacional, **eis que** – *decorridos mais de trinta (30) anos* da promulgação da Carta Política –, esta, **no que concerne** à discriminação contra homossexuais e transgêneros, **ainda não constituiu** objeto da necessária regulação legislativa viabilizadora da proteção penal a ser dispensada aos integrantes da comunidade LGBT.

O dever jurídico de editar a lei em questão **revela-se imputável**, *no caso*, **ao Congresso Nacional**, destinatário específico **da imposição legiferante** inscrita no art. 5º, **incisos XLI e XLII**, da Lei Fundamental, **por efeito** do que dispõe o art. 22, **inciso I**, da Constituição.

Tem-se, *pois*, que é **unicamente** atribuível ao Poder Legislativo da União a obrigação jurídica de formulação de diplomas legislativos **indispensáveis** à efetivação *dos mandados de incriminação* **a que aludem** os incisos XLI **e** XLII do art. 5º da Constituição.

Decorridos mais de trinta (30) anos **da promulgação** *da vigente* Carta Política, **ainda não se registrou** – no que concerne **à punição** *dos atos e*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

comportamentos **resultantes** de discriminação contra pessoas **em razão** *de sua orientação sexual* **ou em decorrência** *de sua identidade de gênero* – **a necessária** *intervenção concretizadora* do Congresso Nacional, **que se absteve**, *até o presente momento*, **de editar** o ato legislativo **essencial** ao desenvolvimento da **plena** eficácia jurídica dos preceitos constitucionais em questão.

Tenho por inacolhível, *por isso mesmo*, **a alegação** de que a mera existência de proposição legislativa no Congresso Nacional **afastaria**, *por si só*, **a configuração**, *na espécie*, **de inércia** por parte do Poder Legislativo.

Cabe observar, *no ponto,* que, *após mais de (05) anos de tramitação*, **o Projeto de Lei** nº 5.003/2001, **proposto** pela *então* Deputada Federal Iara Bernardi, *em 07/08/2001*, **com o objetivo** de definir "*os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero*", **foi aprovado**, *em 23/11/2006*, pela Câmara dos Deputados, **vindo a ser encaminhado** ao Senado Federal, **no qual passou** a ser designado como *Projeto da Câmara nº 122/2006*.

Essa proposição legislativa (PL nº 122/2006), *por sua vez*, **então** em tramitação no Senado Federal, **não obstante decorridos** *mais de oito (08) anos* de seu recebimento na Câmara Alta, **teve encerrada** a sua apreciação, **ao final** da 54ª legislatura, **eis que**, **segundo** *as normas regimentas* (**RISF**, art. 322, § 1º), **impõe-se** *o arquivamento automático* das proposições **que se encontrem** em processamento *há mais de duas legislaturas*.

É certo que, por meio do Requerimento nº 46/2011, **subscrito** por ilustres Senadores, **entre os quais** a Senadora Marta Suplicy, **foi requerido**, nos termos do Regimento Interno da Casa Legislativa (**RISF**, art. 322, § 1º), **o desarquivamento** do PL nº 122/2006, **vindo** o pleito em questão **a ser aprovado** em 09/02/2011, **havendo** referido projeto de lei *retornado à apreciação* das comissões temáticas.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Essa medida, *contudo*, **sofreu a oposição** de parlamentares, **contrários** ao adimplemento **das já referidas** *cláusulas constitucionais de incriminação*, da homofobia e da transfobia, **circunstância essa** que os levou, *em clara manobra protelatória*, **destinada a frustrar** a tramitação legislativa do projeto de lei **que tipificava** crimes contra a comunidade LGBT, **a aprovar** o Requerimento nº 1.443/2013, do Senador Eduardo Lopes, **que importou** na anexação do projeto em questão (PL da Câmara nº 122/2006) ao de instituição do Novo Código Penal brasileiro (PL do Senado nº 236/2012), **criando**, *desse modo*, evidente embaraço e retardamento na apreciação do projeto apresentado pela Deputada Federal Iara Bernardi (PLC nº 5.003/2001 que se converteu, no Senado, no PL nº 122/2006).

O teor das informações oficiais produzidas nestes autos pelo Presidente do Senado Federal **revela** que o Projeto da Câmara 122/2006, **que se acha**, *atualmente*, **anexado** ao projeto *do novo* Código Penal brasileiro (**PL** nº 236/2012), **não obstante** *transcorridos mais de dezessete (17) anos* **desde** a sua proposição, **sequer** teve concluída a apreciação, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, **encontrando-se**, até o presente momento, "*sem prazo para ser votado*".

Não obstante respeitável o esforço dispensado pelo Congresso Nacional **no sentido de instaurar** o debate legislativo **em torno da questão** *da criminalização da homofobia*, **revela-se inquestionável**, *no entanto*, **a ausência conspícua** *de qualquer providência efetiva* **no sentido de superar** *a situação de inequívoca e irrazoável* "*inertia deliberandi*" **ora constatada** no presente caso.

Esse quadro *de permanente indefinição* **que inviabiliza** a efetivação, *pelo Congresso Nacional*, dos comandos constitucionais **que consagram** o dever estatal **de prestar** *tutela penal efetiva* **contra** a prática da discriminação **dirigida** *aos homossexuais* **e** *aos transgêneros* **foi objeto de severas críticas** por parte da ilustre Dra. MARIA BERENICE DIAS,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Desembargadora aposentada do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, **que assim descreveu** *o longo itinerário* a que estão sujeitas as propostas legislativas **que tratam** do tema **no âmbito** das Casas do Congresso ("**Rumo a um Novo Direito**", "*in*" "Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo", p. 41, item n. 6, 3ª ed., 2017, RT):

> "***Inúmeros projetos de lei já foram apresentados. A tramitação é exasperantemente lenta. São arquivados, desarquivados, apensados, em um constante ir e vir. E, se o projeto não é votado e o relator não é reeleito, no final da legislatura, a proposição é arquivada e é preciso recomeçar todo um novo calvário*** *para que seja desarquivada e apresentada por outro Relator.*
>
> ***O PCL 122/2006****, que visa criminalizar a homofobia,* ***alterando*** *a Lei 7.716/1986,* ***que define*** *os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor,* ***foi aprovado*** *pela Câmara dos Deputados.* ***O Senado****, porém,* ***determinou o apensamento ao projeto de reforma do Código Penal****.* ***Ou seja****,* ***simplesmente morreu****,* ***ou foi assassinado****,* ***verdadeiro crime de ódio***." (**grifei**)

Cabe rememorar, *por oportuno*, **que esta** Suprema Corte **já teve o ensejo de assinalar** *que o estado de mora legislativa* **pode restar configurado** *tanto na fase inaugural* do processo de elaboração das leis ("*mora agendi*"), *quanto no estágio de deliberação* sobre as proposições já veiculadas ("*mora deliberandi*"), **desde que evidenciada**, *pela superação excessiva de prazo razoável*, inércia abusiva e inconstitucional do Poder Legislativo:

> "*2.* ***Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação*** *do art. 18, § 4º, da Constituição,* ***é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência****. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo,* ***não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas****,* ***conduta esta que pode***

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> ***pôr em risco a própria ordem constitucional***. *A 'inertia deliberandi' das Casas Legislativas* ***pode ser objeto*** *da ação direta de inconstitucionalidade* ***por omissão***."
>
> (**ADI 3.682/MT**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **grifei**)

A constatação objetiva de que se registra, *na espécie*, **hipótese** de *mora inconstitucional*, **apta a instaurar** situação *de injusta omissão* **geradora** *de manifesta lesividade* à posição jurídica das pessoas tuteladas pela cláusula constitucional *inadimplida* (**CF**, art. 5º, XLI e XLII), **justifica**, *plenamente*, **a intervenção** do Poder Judiciário, *notadamente* a do Supremo Tribunal Federal.

Não tem sentido *que a inércia* dos órgãos estatais, **evidenciadora** de comportamento *manifestamente* inconstitucional, **possa ser tolerada**.

Admitir-se tal situação *equivaleria* **a legitimar** a fraude à Constituição, **pois**, *em última análise*, **estar-se-ia a sustentar** a impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal, **não obstante** agindo em sede de controle concentrado (**CF**, art. 102, I, "**a**"), **proceder** à colmatação de uma omissão normativa *flagrantemente* inconstitucional.

Isso significa *que não se pode* identificar **na própria** inércia estatal **a existência** de fator exculpatório (*e pretensamente* legitimador) do *inadimplemento* **de uma grave** obrigação constitucional.

O fato indiscutível, Senhor Presidente, **é que este processo suscita** *questões de fundamental importância para os homossexuais*, *os transgêneros* **e** *demais integrantes do grupo LGBT*, **pois não se pode ignorar** que, *lamentavelmente*, essas **pessoas** *são vítimas de continuadas violações de seus direitos e de inaceitável tratamento preconceituoso e excludente*, **seja** no meio social em que vivem, **seja**, *muitas vezes*, **em razão** de inadmissíveis comportamentos assumidos pelo próprio aparelho de Estado ou por seus agentes.

Preconceito, **discriminação**, **exclusão e**, *até mesmo*, **punições das mais atrozes**: *eis o extenso e cruel itinerário* que tem sido historicamente percorrido,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

ao longo dos séculos, em nosso País, *pela comunidade LGBT*, **lamentavelmente exposta**, *mesmo hoje*, **a atos de violência** *configuradores de crimes de ódio* **perpetrados** *por irracionais impulsos homofóbicos ou transfóbicos*.

Em contexto como o que resulta **destes** autos, **a colmatação** *de omissões inconstitucionais* **nada mais revela** *senão* um gesto de respeito **que esta** Alta Corte **manifesta** pela *autoridade suprema* da Constituição da República.

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. 5ª, XLI e XLII, de nossa Lei Fundamental) – **qualifica-se** como comportamento *revestido* da maior 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, *tal como tem advertido* o Supremo Tribunal Federal:

> "***DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO***
>
> *– **O desrespeito** à Constituição **tanto** pode ocorrer mediante **ação** estatal **quanto** mediante **inércia** governamental. A situação de inconstitucionalidade **pode derivar** de um **comportamento ativo** do Poder Público, **que age ou edita** normas **em desacordo** com o que dispõe a Constituição, **ofendendo-lhe**, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. **Essa conduta estatal**, que importa em um '**facere**' (atuação positiva), **gera** a inconstitucionalidade **por ação**.*
>
> *– **Se** o Estado **deixar de adotar** as medidas **necessárias** à realização concreta dos preceitos da Constituição, **em ordem a torná-los efetivos**, operantes e exeqüíveis, **abstendo-se**, em conseqüência, **de cumprir o dever de prestação** que a Constituição lhe impôs, **incidirá em violação negativa** do texto*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> *constitucional. Desse '**non facere**' ou '**non praestare**', resultará a inconstitucionalidade **por omissão**, que pode ser **total**, quando é **nenhuma** a providência adotada, **ou parcial**, quando é **insuficiente** a medida efetivada pelo Poder Público. (…).*"
>
> (**ADI 1.458-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

As situações configuradoras **de omissão inconstitucional** – *ainda que se cuide de omissão parcial* derivada **da insuficiente concretização**, *pelo Poder Público*, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política – **refletem** comportamento estatal *que deve ser repelido*, **pois a inércia do Estado** qualifica-se, *perigosamente*, como um dos processos *deformadores* **da Constituição**, **expondo-se**, *por isso mesmo*, **à censura** do magistério doutrinário (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, "**Processos Informais de Mudança da Constituição**", p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad; JORGE MIRANDA, "**Manual de Direito Constitucional**", tomo II/406 e 409, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora; J. J. GOMES CANOTILHO **e** VITAL MOREIRA, "**Fundamentos da Constituição**", p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora).

O fato inquestionável é um só: *a inércia estatal em tornar efetivas* as imposições constitucionais **traduz inaceitável gesto de desprezo** pela Constituição **e configura** comportamento que revela **um incompreensível** *sentimento de desapreço* pela autoridade, pelo valor **e** pelo alto significado **de que se reveste** a Constituição da República.

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição *sem* a vontade de fazê-la cumprir integralmente **ou**, *então*, *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*, com frontal desrespeito aos direitos das minorias, **notadamente** *daquelas expostas a situações de vulnerabilidade*.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

A percepção da gravidade **e** das consequências lesivas **derivadas** *do gesto infiel* do Poder Público **que transgride**, *por omissão* **ou** *por insatisfatória concretização*, **os encargos** de que se tornou depositário **por efeito** de expressa determinação constitucional **foi revelada**, entre nós, *já no período monárquico*, **em lúcido magistério**, por PIMENTA BUENO ("**Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**", p. 45, **reedição** do Ministério da Justiça, 1958) **e reafirmada** por eminentes autores contemporâneos, **em lições que acentuam** *o desvalor jurídico* **do comportamento estatal** *omissivo*, **como se vê**, *p. ex.*, em JOSÉ AFONSO DA SILVA ("**Aplicabilidade das Normas Constitucionais**", p. 224, item n. 4, 8ª ed., 2012, Malheiros):

> "***Não basta**, com efeito, **ter** uma constituição promulgada e formalmente vigente; **impende atuá-la**, completando-lhe a eficácia, para que seja totalmente cumprida (…).*" (**grifei**)

É por essa razão que J. J. GOMES CANOTILHO **e** VITAL MOREIRA ("**Fundamentos da Constituição**", p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora), **analisando a força normativa da Constituição** – e assinalando que a eficácia preponderante **e** subordinante de suas cláusulas **impede o reconhecimento** *de situações inconstitucionais* –, **expendem**, *na perspectiva da inquestionável preeminência normativa da Carta Política*, o seguinte e preciso magistério:

> *"(…) **tanto se viola** a Lei fundamental quando as acções estaduais não estão em conformidade com as suas normas e princípios, **como quando** os preceitos constitucionais **não são** '**actuados**', **dinamizados ou concretizados** pelos órgãos que constitucionalmente **estão vinculados** a fornecerem-lhes operatividade prática.*
>
> *A Constituição **impõe-se** normativamente, não só quando há uma **acção inconstitucional** (fazer o que ela proíbe), **mas também***

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> ***quando existe uma omissão inconstitucional*** *(**não fazer** o que ela impõe que seja feito).*" (**grifei**)

Essa **mesma** visão **reflete-se** na lição de ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ ("**Processos Informais de Mudança da Constituição**", p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad):

> "***A inércia caracteriza-se pela não aplicação intencional, provisória mas prolongada, das disposições constitucionais*** *pelos poderes incumbidos de lhes dar cumprimento e execução.*
>
> ***Configura inegável processo de mudança constitucional; embora não altere*** *a letra constitucional,* ***altera-lhe o alcance, na medida em que paralisa*** *a aplicação constitucional.* ***Tal paralisação, não*** *desejada ou prevista pelo constituinte,* ***é de ser tida como inconstitucional****.*
>
> ***Afeta, também, o sentido da Constituição****.*
>
> *Destinada esta à aplicação efetiva, qualquer obstáculo que se lhe anteponha desvirtua sua finalidade, resultando numa inconstitucionalidade (…).* ***Por outro lado****, indiretamente,* ***a inércia dá causa à ocorrência de outros processos de mutação constitucional****. O distanciamento, no tempo, entre a elaboração constitucional e a sua efetiva aplicação, sofre, inexoravelmente, a influência das transformações sociais diuturnas e constantes, de tal sorte que, após uma prolongada dilatação na aplicação do texto, é provável que esta, quando se efetivar, dê à Constituição sentido e significado diversos daqueles acolhidos no momento da formação da norma fundamental.*
>
> ***Como modalidade*** *de mutação constitucional,* ***a inércia é processo pernicioso****, que acarreta conseqüências desastrosas à vida constitucional dos Estados.*
>
> *De um lado, porque, ao contrário dos demais processos de mutação constitucional, raramente busca adaptar a Constituição à realidade.* ***Na maioria das vezes****,* ***serve como instrumento*** *exatamente* ***para evitar tal adaptação****.*
>
> *De outro lado,* ***porque a inércia arrasta consigo a descrença na Constituição****.*" (**grifei**)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Desse modo, e ante a **irrecusável supremacia** da Carta Política, **revela-se essencial impedir o desprestígio** da própria Constituição, *seja por ação*, *seja por omissão* dos órgãos, instituições **e** autoridades da República.

Cabe referir, *no ponto*, **em face** de sua **inquestionável atualidade**, **a autorizada** lição de PONTES DE MIRANDA ("**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969**", tomo I/15-16, 2ª ed., 1970, RT), **cujo magistério** contém *grave advertência*, que **por ninguém** pode ser ignorada:

> "***Nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la***. *Ou de só se cumprir nos princípios de que se precisa, ou se entende devam ser cumpridos – o que é pior (…).* ***No momento, sob a Constituição que****, bem ou mal,* ***está feita****,* ***o que nos incumbe****, a nós, dirigentes, juízes e intérpretes,* ***é cumpri-la****. Só assim saberemos a que serviu e a que não serviu, nem serve. Se a nada serviu em alguns pontos, que se emende, se reveja. Se em algum ponto a nada serve – que se corte nesse pedaço inútil. Se a algum bem público desserve, que pronto se elimine. Mas, sem a cumprir, nada saberemos. Nada sabendo, nada poderemos fazer que mereça crédito.* ***Não a cumprir é estrangulá-la ao nascer***." (**grifei**)

É preciso proclamar que as Constituições **consubstanciam** ordens normativas cuja eficácia, autoridade e valor **não podem** ser afetados **ou** inibidos pela **voluntária inação** ou por **ação insuficiente** das instituições estatais. **Não se pode tolerar** que os órgãos do Poder Público, **descumprindo**, *por inércia e omissão*, **o dever de emanação normativa** que lhes foi imposto, **infrinjam**, *com esse comportamento negativo*, a própria autoridade da Constituição **e afetem**, *em consequência*, **o conteúdo eficacial** dos preceitos **que compõem** a estrutura normativa da Lei Maior.

O fato irrecusável *é um só*: **o desprestígio da Constituição** – *por inércia de órgãos meramente constituídos* – **representa** um dos mais graves

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

aspectos da patologia constitucional, **pois reflete inaceitável** desprezo, **por parte** das instituições governamentais, **da autoridade suprema** da Lei Fundamental do Estado.

Essa constatação, *feita* por KARL LOEWENSTEIN ("**Teoria de la Constitución**", p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), **coloca em pauta** *o fenômeno da erosão da consciência constitucional*, **motivado** pela instauração, no âmbito do Estado, *de um preocupante processo de desvalorização funcional* da Constituição escrita, **como já ressaltado**, pelo Supremo Tribunal Federal, **em diversos julgamentos**, *como resulta* de decisão **consubstanciada** em acórdão assim ementado:

> *"**A TRANSGRESSÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL PODE CONSUMAR-SE MEDIANTE AÇÃO (VIOLAÇÃO POSITIVA) OU MEDIANTE OMISSÃO (VIOLAÇÃO NEGATIVA)***
>
> *– **O desrespeito à Constituição tanto** pode ocorrer mediante **ação** estatal **quanto** mediante **inércia** governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um **comportamento ativo** do Poder Público, **seja** quando este **vem a fazer** o que o estatuto constitucional **não lhe permite**, **seja**, ainda, quando vem a editar normas em desacordo, formal ou material, com o que dispõe a Constituição. Essa conduta estatal, que importa em um '**facere**' (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade **por ação**.*
>
> *– **Se o Estado**, no entanto, **deixar de adotar** as medidas **necessárias à realização concreta** dos preceitos da Constituição, **abstendo-se**, em conseqüência, **de cumprir** o dever de prestação que a própria Carta Política lhe impôs, incidirá em **violação negativa** do texto constitucional. Desse '**non facere**' ou '**non praestare**' resultará a inconstitucionalidade **por omissão**, que pode ser **total** (quando é **nenhuma** a providência adotada) ou **parcial** (quando é **insuficiente** a medida efetivada pelo Poder Público). **Entendimento** prevalecente na **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal: **RTJ 162/877-879**, Rel. Min. CELSO DE MELLO (**Pleno**).*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

– ***A omissão do Estado*** – ***que deixa de cumprir***, *em maior ou em menor extensão,* ***a imposição*** *ditada pelo texto constitucional –* ***qualifica-se*** *como comportamento revestido da maior 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 e princípios da Lei Fundamental.*

DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA

– O Poder Público – ***quando se abstém*** *de cumprir, total ou parcialmente,* ***o dever de legislar****, imposto em cláusula constitucional,* ***de caráter mandatório*** *– infringe,* ***com esse comportamento negativo****, a própria integridade da Lei Fundamental,* ***estimulando****, no âmbito do Estado, o* ***preocupante*** *fenômeno da* ***erosão da consciência constitucional*** *(****ADI 1.484-DF****, Rel. Min. CELSO DE MELLO).*

– ***A inércia estatal*** *em adimplir as imposições constitucionais* ***traduz inaceitável gesto de desprezo*** *pela autoridade da Constituição* ***e configura****, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado.* ***É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo*** *do que elaborar uma Constituição* ***sem*** *a vontade de fazê-la cumprir integralmente* ***ou****, então, de* ***apenas*** *executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável* ***somente*** *nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes,* ***em detrimento*** *dos interesses maiores dos cidadãos.*

DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO E DEVER CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR: A NECESSÁRIA EXISTÊNCIA DO PERTINENTE NEXO DE CAUSALIDADE

– ***O direito à legislação*** *só pode ser invocado pelo interessado, quando* ***também*** *existir –* ***simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional*** *– a previsão do* ***dever estatal*** *de emanar*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> *normas legais.* ***Isso significa*** *que o direito individual à atividade legislativa do Estado* ***apenas*** *se evidenciará naquelas* ***estritas*** *hipóteses em que o desempenho da função de legislar* ***refletir****, por efeito de* ***exclusiva*** *determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável* ***imposta*** *ao Poder Público.*
>
> ***Para que possa atuar*** *a norma pertinente ao instituto do mandado de injunção, revela-se* ***essencial*** *que se estabeleça a* ***necessária correlação*** *entre a* ***imposição constitucional de legislar****, de um lado,* ***e o conseqüente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação****, de outro,* ***de tal forma*** *que,* ***ausente*** *a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos,* ***não se tornará possível*** *imputar comportamento moroso ao Estado,* ***nem pretender*** *acesso legítimo à via injuncional.* ***Precedentes****. (…).*"
>
> (**RTJ 183/818-819**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

Todas essas premissas *que venho de expor* **autorizam-me a reconhecer** a existência, *na espécie*, **de situação** *de evidente e inconstitucional inércia estatal* **inteiramente imputável** ao Congresso Nacional.

Essa clara omissão normativa, *que se acha objetivamente constatada* na presente causa, **revela-se lesiva** ao texto da Carta Política, **porque transgressora**, *por injustificável inação congressual*, **das cláusulas constitucionais** *de proteção penal* **previstas nos incisos** XLI e XLII do art. 5º da Lei Fundamental, **o que torna plenamente justificável a utilização**, *na espécie*, do instrumento processual **de que se valeu** o Partido Popular Socialista, **autor** da presente ação direta.

12. ***Soluções possíveis*** *para a colmatação do estado de mora inconstitucional*

Assentadas as premissas *a que anteriormente aludi* **nos itens** n. 10 **e** n. 11 do meu voto, **torna-se importante reconhecer** que este Supremo Tribunal Federal, **ao examinar** o alcance da cláusula **inscrita no inciso XLI** do art. 5º da Constituição ("*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*"), **além daquela fundada**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

no inciso XLII desse **mesmo** art. 5º de nossa Carta Política, **já deixou positivado**, *em expressivo precedente*, **que tais preceitos veiculam** *mandados expressos de criminalização*, **que impõem** ao Congresso Nacional, **para efeito** de seu integral adimplemento, **a obrigação constitucional** *de editar legislação* ***incriminadora*** *de condutas*, positivas ou negativas, **cuja prática implique** comportamentos discriminatórios e atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais, **em ordem a que se viabilize**, *em favor das vítimas*, **a necessária**, **completa e adequada** *proteção de índole penal*.

Esse entendimento, segundo o qual **o inciso XLI** do art. 5º da Carta Política **encerra ordem de legislar vinculada** à formulação de legislação criminal (**e não**, *apenas*, **de mera** responsabilização civil) **e destinada** a atuar como um eficaz mecanismo de proteção a direitos fundamentais, **tem o beneplácito** de autores como LUIZ CARLOS DOS SANTOS GONÇALVES ("**Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**", p. 157/160, itens ns. 11.2 e 11.3, 2007, Forum), **cuja lição**, no tema, *por sua inteira correção*, **vale reproduzir**:

> "*(...)* ***Quando se diz****, por exemplo,* ***no artigo 5º, inciso XLI****, que a 'lei punirá' discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais (…),* ***é de punição penal que se trata****.*
>
> ….....
>
> ***O rol das ordens expressas de criminalização*** *alcançado pelo critério exposto no capítulo anterior* ***é elucidativo da função dada a elas*** *pela Constituição de 1988* ***e que é objeto*** *desta tese.* ***Trata-se de mecanismos de proteção de direitos fundamentais****.*
>
> ***O primeiro****, relativo às discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais* ***é eloquente****. Discriminação é o tratamento diferenciado, é a eleição de critérios. Estes não podem malferir direitos e liberdades fundamentais. Toda escolha deve ser feita em consonância com os direitos e liberdades fundamentais, sob pena de sanção.* ***Trata-se de norma tutelar da igualdade e dignidade humana*** *que comanda a proteção penal dos direitos e liberdades fundamentais.*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> ***A proibição do racismo e a mensagem no sentido de sua criminalização, por igual, versam sobre o direito fundamental à igualdade e à dignidade da pessoa humana***.
>
> ….....
>
> ***Concluímos*** *que as ordens constitucionais de criminalização* ***são um instrumento*** *da Constituição* ***para oferecer proteção adequada e suficiente*** *a alguns direitos fundamentais,* ***diante de lesões ou ameaças*** *vindas de agentes estatais ou de particulares.*" (**grifei**)

O exame *da doutrina* (LUCIANO FELDENS, "**Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição Penal**", 2ª ed., 2012, Livraria do Advogado, *v.g.*) **e** *da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* **permite reconhecer** que a função precípua **desempenhada** *pelos mandados constitucionais de criminalização* **consiste em tornar efetivo** *o dever estatal de prestação normativa em matéria penal*, **como se vê**, *p. ex.*, **do lapidar voto** proferido pelo eminente Ministro GILMAR MENDES **no julgamento plenário da ADI** 3.112/DF, **no qual se pôs em destaque** a questão, *ora renovada na presente causa*, **concernente** *aos deveres do Estado de proteção e tutela* **em face da necessidade** de preservação da integridade de direitos **e** de liberdades fundamentais, **notadamente** *de grupos vulneráveis*, **sob pena** de a inércia do Poder Público **transgredir** *o princípio que veda a proteção deficiente*:

> *"**A Constituição de 1988 contém um significativo elenco** de normas que, em princípio, **não outorgam** direitos, **mas que**, antes, **determinam a criminalização de condutas**.*
>
> ***Mencionem-se**, a propósito, **as seguintes disposições constantes do art. 5º**:*
>
> > *'**XLI** – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;*
> >
> > ***XLII** – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> *XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;*
>
> *XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;'*
>
> *….....*

***Em todas essas normas é possível identificar um mandado de criminalização expresso**, tendo em vista os bens **e** valores envolvidos.*

***Em verdade**, tais disposições **traduzem uma outra dimensão** dos direitos fundamentais, **decorrente** de sua feição objetiva na ordem constitucional.*

***Tal concepção legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar** os direitos de qualquer indivíduo **em face** das investidas do Poder Público (**direito fundamental** enquanto direito de proteção ou de defesa – 'Abwehrrecht'), **mas também a garantir** os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros ('Schutzpflicht des Staats').*

***A forma como esse dever será satisfeito constitui**, muitas vezes, **tarefa** dos órgãos estatais, **que dispõem** de alguma liberdade de conformação. Não raras vezes, a ordem constitucional **identifica o dever de proteção e define** a forma de sua realização.*

***A jurisprudência** da Corte Constitucional alemã **acabou por consolidar entendimento** no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais **resulta** o dever do Estado **não apenas** de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, **mas também de proteger tais direitos** contra a agressão **ensejada** por atos de terceiros.*

***Essa interpretação da Corte Constitucional empresta sem dúvida uma nova dimensão** aos direitos fundamentais, **fazendo** com que o Estado evolua da posição de 'adversário' para uma função de guardião desses direitos.*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

É fácil ver que a idéia de um dever genérico de proteção *fundado nos direitos fundamentais* ***relativiza*** *sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal,* ***permitindo que se reconheça*** *uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica.*

Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, ***tem-se****, inequivocamente,* ***a identificação de um dever*** *deste de tomar todas* ***as providências necessárias*** *para a realização ou concretização dos direitos fundamentais.*

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção *('Eingriffsverbote'),* ***expressando também um postulado de proteção*** *('Schutzgebote').* ***Utilizando-se da expressão de Canaris****,* ***pode-se dizer*** *que os direitos fundamentais* ***expressam não apenas*** *uma proibição do excesso ('Übermassverbote'),* ***mas também podem ser traduzidos*** *como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela ('Untermassverbote').*

Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã*,* ***pode-se estabelecer*** *a seguinte classificação do dever de proteção:*

> ***a)*** ***dever de proibição*** *('Verbotspflicht'), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;*
>
> ***b)*** ***dever de segurança*** *('Sicherheitspflicht'), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas;*
>
> ***c)*** ***dever de evitar riscos*** *('Risikopflicht'), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.*

Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção *ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção.* ***A Corte Constitucional***

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

acabou por reconhecer esse direito, ***enfatizando que a não-observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental*** *previsto no art. 2º, II, da Lei Fundamental.*

Assim, as normas constitucionais brasileiras referidas explicitam o dever de proteção identificado *pelo constituinte* ***e traduzido*** *em mandados de criminalização expressos* ***dirigidos*** *ao legislador.*

Como bem anota Luciano Feldens, *os mandados constitucionais de criminalização* ***atuam como limitações*** *à liberdade de configuração do legislador penal* ***e impõem a instituição*** *de um sistema de proteção por meio de normas penais.*

Registre-se que os mandados de criminalização expressos não são uma singularidade da Constituição brasileira. Outras Constituições adotam *orientações assemelhadas (Cf.* ***Constituição espanhola****, art. 45, 1, 2 e 3; art. 46, 'c' e art. 55;* ***Constituição italiana****, art. 13;* ***Constituição da França****, art. 68;* ***Lei Fundamental da Alemanha****, art. 26, I).*

É inequívoco*, porém,* ***que a Constituição brasileira de 1988 adotou****, muito provavelmente,* ***um dos mais amplos, senão o mais amplo 'catálogo' de mandados de criminalização expressos*** *de que se tem notícia.*

….....

Na jurisprudência *do Tribunal Constitucional alemão,* ***a utilização do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente pode ser encontrada na segunda decisão sobre o aborto*** *('BverfGE' 88, 203, 1993).* ***O 'Bundesverfassungsgericht' assim se pronunciou****:*

> *'O Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que levem a alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – a uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência).*
>
> *(…)*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> *É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (…). Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis.(…)'*

***Os mandados constitucionais de criminalização**, portanto, **impõem ao legislador**, para o seu devido cumprimento, **o dever de observância** do princípio da proporcionalidade **como proibição** de excesso **e como proibição de proteção insuficiente**. **A idéia é a de que a intervenção estatal por meio** do Direito Penal, **como 'ultima ratio', deve ser sempre guiada** pelo princípio da **proporcionalidade**.*

***A reserva de lei penal configura-se como reserva legal** proporcional ('Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes'): a proibição de excesso ('Übermassverbot') funciona como limite máximo, e a proibição de proteção insuficiente, ('Untermassverbot') como limite mínimo da intervenção legislativa penal.*

***Abre-se**, com isso, **a possibilidade do controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal**.*

***Se é certo**, por um lado, **que a Constituição confere** ao legislador uma margem discricionária para a avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico penal, e, por outro, que a mesma Constituição também impõe ao legislador os limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade, **é possível concluir pela viabilidade da fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa**. **O Tribunal está incumbido de examinar** se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais."* (**grifei**)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Uma vez reconhecida, *portanto*, **a existência de mora** *imputável ao Congresso Nacional*, **e tendo presente** o contexto que se delineia **neste** caso (**inércia do Parlamento** *na implementação legislativa* **de cláusulas veiculadoras** *de mandado de incriminação*), **desenham-se**, *fundamentalmente*, **as seguintes possibilidades** de colmatação do "*vacuum legis*", **a saber**:

> (**a**) **cientificação** do Congresso Nacional, **para que adote**, *em prazo razoável*, as medidas **necessárias** à efetivação da norma constitucional (**CF**, art. 103, § 2º, **c/c** Lei nº 9.868/99, art. 12-H ,"*caput*"); **ou**, *então*,
>
> (**b**) **reconhecimento imediato**, por esta Corte, *de que a homofobia* **e** *a transfobia*, **quaisquer** que sejam as formas pelas quais se manifestem, **enquadram-se**, *mediante interpretação conforme à Constituição*, **na noção conceitual** *de racismo* **prevista** na Lei nº 7.716/89, **em ordem a que se tenham** como tipificados, **na condição de delitos** previstos nesse diploma legislativo, *comportamentos discriminatórios* **e** *atentatórios* aos direitos e liberdades fundamentais **do grupo vulnerável** LGBT.

*12.1. **A cientificação** ao Congresso Nacional quanto ao seu estado de mora inconstitucional*

A própria Constituição da República – **ao dispor** *sobre a situação de inconstitucionalidade por omissão* – **resultante** do descumprimento, *pelo Poder Público*, de medida **ou** providência destinada **a tornar efetiva** norma constitucional **impositiva** *do dever de legislar* – **formula solução vocacionada** a suprir o estado de vácuo normativo, **como se dessume** da cláusula fundada **no § 2º** do seu art. 103.

O mero apelo ao legislador, *no entanto*, **nem sempre** se tem demonstrado solução eficaz, *quando não inócua*, **em razão** da indiferença revelada pelo Poder Legislativo, **que persiste**, não obstante a decisão

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

emanada desta Corte, **em permanecer** em estado de crônico **e** reiterado inadimplemento da prestação legislativa que lhe incumbe promover.

O Supremo Tribunal Federal, **ao longo** dos últimos trinta anos, **evoluiu**, *significativamente*, **a propósito** desse tema, no plano jurisprudencial, **buscando construir soluções** que pudessem fazer cessar *esse estado de inconstitucional omissão normativa*.

Esta Corte Suprema passou, *então*, **a valer-se da definição** *de prazo razoável* **como simples parâmetro** *de ordem temporal*, **para que** o Congresso Nacional **adote** as medidas legislativas **indispensáveis** à implementação de sua obrigação constitucional de dispor sobre determinada matéria (**MI 232/RJ**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **MI 283/DF**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **MI 284/DF**, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO – **MI 562/RS**, Red. p/ o acórdão Min. ELLEN GRACIE, *v.g.*) **a cujo respeito** a Carta Política **impôs-lhe o dever** de editar provimento *de caráter legislativo*.

Nesse sentido, podem ser referidos **diversos** precedentes, **como aqueles consubstanciados na ADI 2.240/BA**, Rel. Min. EROS GRAU (prazo de 24 meses), **na ADI 3.316/MT**, Rel. Min. EROS GRAU (prazo de 24 meses), **na ADI 3.489/SC**, Rel. Min. EROS GRAU (prazo de 24 meses), **na ADI 3.689/PA**, Rel. Min. EROS GRAU (prazo de 24 meses), **na ADI 3.819/MG**, Rel. Min. EROS GRAU (prazo de 06 meses) **e na ADI 4.270/SC**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA (prazo de 12 meses), *v.g.*.

É importante assinalar, *neste ponto*, **tal como enfatizou** o Plenário do Supremo Tribunal Federal, **que a definição** de certo lapso de tempo **não configura** imposição de prazo para a atuação legislativa do Parlamento, "*mas apenas fixação de um parâmetro temporal razoável*" (**ADI 3.682/MT**, Rel. Min. GILMAR MENDES), **para que o Legislativo possa colmatar** o estado de inconstitucionalidade **em que se acha** o Congresso Nacional por efeito de sua própria omissão.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

O eminente Ministro GILMAR MENDES, **em voto lapidar** proferido como Relator **no julgamento da ADI** 3.682/MT, **no qual examinou** *a questão do controle de constitucionalidade das omissões normativas* – **embora reconhecendo** que esta Corte **tenha considerado inexistir** *omissão inconstitucional* do legislador **quando já desencadeado** o processo legislativo (**fases** de discussão e deliberação) – **advertiu** que "*Essa orientação há de ser adotada com temperamento*", **em razão** de certas proposições legislativas, **dada a complexidade da matéria** nelas veiculada, **não poderem** ser **concluídas** *em prazo exíguo*.

Ainda que assim se possa considerar *em situações ordinárias*, **o fato é que a superação irrazoável** do período de apreciação parlamentar do projeto de lei, **revelando** *conduta procrastinatória e abusiva*, **não pode** ser coonestada por esta Corte, **sob pena** de **perpetuar-se**, *a partir da inércia intencional do Parlamento*, **um estado de crônica inconstitucionalidade**, cuja ocorrência **não deve ser tolerada**!

Daí porque, *no precedente já referido*, o **eminente** Ministro GILMAR MENDES, **ao pronunciar-se** pelo reconhecimento, *em tal hipótese*, de situação **configuradora** de omissão inconstitucional do Parlamento, **assim se manifestou**:

> "***Essas peculiaridades*** *da atividade parlamentar,* ***que afetam****, inexoravelmente,* ***o processo legislativo****,* ***não justificam****, todavia,* ***uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa*** *das Casas Legislativas,* ***conduta esta que pode pôr em risco*** *a própria ordem constitucional.*
>
> ***Não tenho dúvida****, portanto,* ***em admitir que também a 'inertia deliberandi' das Casas Legislativas pode ser objeto*** *da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.* ***Dessa forma****,* ***pode*** *o Supremo Tribunal Federal* ***reconhecer a mora do legislador em deliberar*** *sobre a questão,* ***declarando****, assim,* ***a inconstitucionalidade da omissão***." (**grifei**)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Se o Congresso Nacional, *no entanto*, **a despeito** de cientificado por esta Corte de sua omissão, **deixar de adotar** as providências cabíveis *no prazo estipulado*, **legitimar-se-á**, segundo jurisprudência **firmada** por esta Corte, **a possibilidade** do Supremo Tribunal Federal **formular** solução jurisdicional **que viabilize**, *enquanto não sobrevier a legislação reclamada*, **a aplicação** da norma constitucional **impregnada** *de eficácia limitada*.

Foi o que sucedeu, *p. ex.*, **com o exercício** do direito de greve por servidores públicos civis.

No caso que ora refiro, esta Corte, **reconhecendo a ausência** da legislação indispensável à prática do direito de greve autorizada aos servidores civis pelo art. 37, VII, da Constituição, **determinou a aplicação** do diploma legislativo **que regula** o exercício desse mesmo direito no âmbito do setor privado, **em ordem a viabilizar**, "*como alternativa legítima*", **a proteção judicial efetiva** requerida ao Supremo Tribunal Federal (**MI 670/ES**, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES – **MI 708/DF**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **MI 712/PA**, Rel. Min. EROS GRAU).

Posta a questão nos termos hoje **prevalecentes** na jurisprudência desta Corte Suprema, **tornar-se-ia acolhível** o pedido do autor da presente ação direta, **em ordem a reconhecer** *a mora inconstitucional* do Congresso Nacional **e declarar a omissão** que lhe foi atribuída, **definindo-se** o prazo de 12 (doze) meses para o Senado Federal, **desanexando do** PLS 236/2012 (**que institui** o novo Código Penal brasileiro) **o Projeto de Lei** nº 122/2006, **dar-lhe** *tramitação autônoma* **e apreciá-lo** em seguida, *sem indevidas dilações*, **eis que já aprovado** pela Câmara dos Deputados, **muito embora** nem sempre resulte eficaz *esse apelo ao legislador*, **o que justifica**, *no caso*, **a adoção imediata**, *por esta Corte*, da medida **indicada no item n. 12.2**, *a seguir examinado*.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Observo que a providência ora requerida pela agremiação partidária **refere-se** ao PLS 122/2006 (**projeto** *Iara Bernardi*), **pelo fato** *de ele já haver tramitado* **e** *sido aprovado* pela Câmara dos Deputados, **achando-se**, *por isso mesmo*, **em fase procedimental** *mais avançada* do que o PLS 515/2017, **ainda** *em estágio incipiente no Senado Federal*, em sua Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

12.2. ***Enquadramento imediato*** *das práticas de homofobia e de transfobia*, ***mediante interpretação conforme***, *no conceito de racismo previsto na Lei nº 7.716/89*

A douta Procuradoria-Geral da República, **em seu fundamentado** parecer, **opina no sentido de** "*(...)* ***conferir-se interpretação conforme*** *à Constituição ao conceito de raça* ***previsto*** *na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989,* ***a fim de que se reconheçam*** *como crimes* ***tipificados*** *nessa lei comportamentos discriminatórios* ***e*** *preconceituosos* ***contra a população LGBT*** *(lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). (...)*" (**grifei**), **havendo** a eminente Chefia do Ministério Público da União **tido o cuidado** de assinalar que sua proposta **não traduz** aplicação "*de analogia 'in malam partem'*":

> "***III.1 HOMOFOBIA COMO CRIME RESULTANTE DE DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO DE RAÇA***
>
> ***O constituinte originário****, fundado na metanorma da dignidade do ser humano,* ***dedicou-se*** *especificamente* ***à erradicação*** *de práticas discriminatórias. São exemplos de normas voltadas a essa finalidade o princípio da igualdade, inscrito no art. 5º, 'caput', da Constituição da República, e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como objetivo fundamental da República, insculpido no art. 3º, IV, da CR. Além disso,* ***conferiu à lei*** *a função de punir discriminação atentatória de direitos e liberdades*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

fundamentais (art. 5º, XLI, CR) ***e definiu*** *o racismo como crime inafiançável e imprescritível.*

Condutas ***contrárias*** *à liberdade de orientação sexual* ***possuem*** *nítido caráter discriminatório* ***e*** *violador da dignidade do ser humano,* ***em patente confronto*** *com esse conjunto de normas constitucionais.* ***A homofobia*** *decorre* ***da mesma*** *intolerância que suscitou* ***outros tipos*** *de discriminação,* ***como aqueles*** *em razão de cor, procedência nacional, religião, etnia, classe e gênero. (...).*

.....

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

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

.....

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

A definição de raça e racismo *é, em realidade, desenvolvida de acordo com o contexto histórico* ***e varia conforme*** *o tempo e o local;* ***não depende*** *necessariamente de similaridade física entre as*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> *pessoas que compõem o grupo racializado. **Em outras palavras**, **o conceito de raça é fluido**, de maneira que se tornam possíveis o surgimento de novos grupamentos considerados raças e o desaparecimento de outros grupos racializados.*
>
> .....
>
> ***Dessa maneira**, considerando o conceito histórico de raça e, por consequência, de racismo, a homofobia e a transfobia, como comportamentos discriminatórios voltados à inferiorização do ser humano simplesmente pela orientação sexual, incluem-se entre os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça.*
>
> .....
>
> ***Interpretação atualizada** da Constituição da República, **calcada nos princípios** da igualdade **e** da dignidade do ser humano, **evidencia que a Lei 7.716/1989 abrange** atos discriminatórios **e** preconceituosos **praticados e motivados** por orientação sexual **e/ou** identidade de gênero.*" (**grifei**)

A visão **exposta** pelo Ministério Público Federal **é também compartilhada** *por autores eminentes* (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, "**Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**", p. 305, item n. 8, 5ª ed., RT; CLARA MOURA MASIERO, "**Virada Teórico-Democrática ao Problema da Legitimidade da Jurisdição Constitucional e o Mandado de Injunção sobre a Criminalização da Homofobia e da Transfobia**", "*in*" "**Controvérsias Constitucionais Atuais n. 2**", **organizado** por Paulo Farjet, Geraldo Jobim e Marco Felix Jobim, p. 71/74, 2014, Livraria do Advogado; PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI, "**Constitucionalidade (e Dever Constitucional) da Classificação da Homofobia e Transfobia como Crimes de Racismo**", "*in*" "Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo", **coordenado** por Maria Berenice Dias, p. 87/138, 3ª ed., 2017, RT, *v.g.*), **que entendem constitucionalmente lícito proceder-se**, *mediante interpretação conforme*, **ao enquadramento** *dos atos homofóbicos* **e** *transfóbicos* **no conceito** *de racismo*, **em ordem** a prevenir **e** a reprimir comportamentos **que objetivam excluir e marginalizar**, *no contexto das práticas sociais* **e** *do sistema jurídico*, **um determinado** grupo **identificado não** por sua configuração física **ou** étnica, **mas**, *sim*, **por um**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

conjunto de ideais, valores e condutas que se revelam **comuns** aos integrantes daquele **mesma** comunidade.

As manifestações de preconceito traduzem *uma compreensão equivocada* dos fenômenos existenciais, **apoiada** *em opiniões* **e** *crenças* **formadas** *sem o necessário e adequado* conhecimento dos fatos, **acolhida** por um determinado grupo social **que nutre e fomenta** a perpetuação de tais ideias **opondo-se** a qualquer possibilidade de refutação ou diálogo assentado em bases racionais.

Sempre que um modelo de pensamento, **fundado** *na exploração da ignorância* **e** *do preconceito*, **põe em risco a preservação** dos valores *da dignidade humana*, *da igualdade* **e** *do respeito mútuo* entre as pessoas, **incitando** *a prática da discriminação* dirigida contra uma comunidade exposta aos riscos da perseguição e da intolerância, **mostra-se indispensável** que o Estado **ofereça proteção adequada** aos grupos hostilizados, **adotando** mecanismos eficientes, **aptos a evitar** os confrontos sociais **e a reprimir** os atos de injusta agressão, **sob pena de ofensa** ao postulado **que veda** *a proteção penal insuficiente*.

De nada valerão os direitos **e de nenhum** significado revestir-se-ão as liberdades, **se** os fundamentos em que eles se apoiam – **além de desrespeitados** pelo Poder Público **ou transgredidos** por particulares – **também deixarem** de contar com o suporte e o apoio de mecanismos institucionais, **destinados** *a dar efetividade* **e** *expressão concreta* aos princípios consagrados pela Lei Fundamental.

A cláusula inscrita no art. 5º, inciso XLI, da Constituição da República – **para além de consagrar** *o repúdio estatal* a todas as modalidades de preconceito e de intolerância – **consubstancia** *verdadeiro mandamento constitucional de criminalização* que, **dirigido** ao Poder Público, **tem por finalidade** vinculá-lo ao compromisso **de instituir**, *por meio de normas penais*, **um sistema protetivo** dos direitos e das liberdades

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

fundamentais *ameaçados* **ou** *expostos a risco* **em decorrência** de quaisquer atos de discriminação que, *por suas diversas formas de manifestação*, **desrespeitarem** *a essencial dignidade das pessoas.*

No mesmo sentido, a Constituição Federal, **ao estabelecer** que "*a prática do racismo constitui crime (…), nos termos da lei*" (**CF**, art. 5º, XLII), **também fixou um comando**, *dirigido ao legislador*, **para que este**, *explicitando a vontade manifestada pelo constituinte*, **dispense** *efetiva tutela penal* aos valores fundamentais **cuja incolumidade** é expressamente **reclamada** pelo texto constitucional.

A Constituição Federal de 1988 **e todos os documentos internacionais destinados a promover** a eliminação de quaisquer formas, **sempre odiosas**, de discriminação racial, **reconheceram**, *tal como proclamado* pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e a Cultura, **na Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais** (1978), "*a unidade intrínseca da espécie humana e, por conseguinte, a igualdade fundamental de todos os seres humanos e de todos os povos*", **afirmando**, com irrecusável correção, que "*Todos os seres humanos pertencem à mesma espécie e têm a mesma origem*", **pois** "*Nascem iguais em dignidade e direitos e todos formam parte integrante da humanidade*", **razão pela qual** "*a diversidade das formas de vida e o direito à diferença não podem, em nenhum caso, servir de pretexto aos preconceitos raciais*", **mesmo porque** as diferenças entre os povos do mundo **não justificam** qualquer classificação hierárquica entre as nações e as pessoas.

Cabe registrar, *no ponto*, **a censura manifestada** pelo Supremo Tribunal Federal (**HC 82.424/RS**, *Pleno*) **contra a defesa da ideia** *descabida de lógica e de razão* **subjacente** à teoria racial **que propõe** a subdivisão artificial **da espécie humana** *em agrupamentos raciais distintos*.

Em referido julgamento, esta Suprema Corte **reafirmou**, *de maneira inequívoca*, **a proclamação** consagrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) **de que todos os membros** *da família humana*,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

sem *qualquer distinção*, **são dotados** *de igual dignidade e valor*, **inerentes** *à própria condição humana*, **de modo que a pretensão de subdividir** a humanidade em grupos distintos ("*raças*"), **além de ressentir-se** *de qualquer legitimidade* científica **ou** jurídica, **revela-se inconciliável** com os padrões éticos e morais **definidos** *na ordem internacional* **e** *na Constituição da República*:

> "(…) ***3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência.*** *Com a definição e o mapeamento do genoma humano,* ***cientificamente não existem distinções entre os homens****,* ***seja*** *pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos* ***ou por quaisquer outras*** *características físicas,* ***visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais****.*
>
> ***4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que****, por sua vez,* ***gera a discriminação e o preconceito segregacionista****.*
>
> ***5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior****, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio:* ***inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo****,* ***sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático****.* ***Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo****. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País.*
>
> ***6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais****,* ***que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais****, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> *nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, 'negrofobia', 'islamafobia' e o anti-semitismo.*
>
> *7. **A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza**, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, **para que fique**, 'ad perpetuam rei memoriam', **verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática**.*
>
> *8. **Racismo**. **Abrangência**. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. **Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal**, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.*
>
> *9. **Direito comparado**. **A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial**. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos **que consagraram entendimento que aplicam sanções** àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo."*
>
> (**HC 82.424/RS**, Red. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA, **Pleno – grifei**)

Irrepreensível, *neste ponto*, **o magistério**, *sempre douto e erudito*, **do eminente** Professor CELSO LAFER, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, **cujo parecer** – oferecido **nos autos do HC** 82.424/RS – **bem analisa a questão em foco**:

> "***O conteúdo jurídico** do preceito constitucional **consagrado** pelo art. 5º, XLII, **do crime da prática do racismo**, tipificado pela legislação infra-constitucional, **reside** nas teorias e preconceitos **que***

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> ***estabelecem*** *diferenças entre grupos e pessoas, a eles atribuindo as* ***características de uma 'raça'*** *para* ***discriminá-las***. ***Daí a repressão*** *prevista no* ***art. 20*** *da Lei 7.716/89, com a redação dada pela* ***Lei 8.081/90***. ***Só existe uma 'raça'*** *– a espécie humana – e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os índios, os ciganos* ***ou quaisquer outros grupos****, religiões ou nacionalidades* ***não formam raças distintas***. ***É o que diz a Declaração da UNESCO*** *de 1978 sobre Raça e Racismo;* ***é o que dizem*** *autores citados pelo impetrante,* ***que mostram que 'raça' é uma construção histórico-social, voltada para justificar a desigualdade****. Esta omissão é o ponto de partida da falaciosa argumentação do impetrante. Com efeito,* ***os judeus não são uma raça****,* ***mas também não são raça*** *os negros, os mulatos, os índios* ***e quaisquer outros integrantes da espécie humana que****, no entanto,* ***podem ser vítimas da prática do racismo****. É o caso, por exemplo, dos párias na Índia, discutido na Conferência de Durban sobre Racismo, vítimas de um preconceito de origem e não de marca, para recorrer à distinção de Oracy Nogueira.* ***Interpretar o crime da prática do racismo a partir do conceito de 'raça'****, como argumenta o impetrante, exprime* ***não só uma seletividade que coloca em*** *questão a universalidade, interdependência e inter-relacionamento, que compõem a indivisibilidade dos direitos humanos, afirmada, em nome do Brasil, pelo Ministro Maurício Corrêa em Viena.* ***Representa****, sobretudo,* ***reduzir o bem jurídico tutelado pelo Direito brasileiro****,* ***o que não é aceitável*** *como critério de interpretação dos direitos e garantias constitucionais. No limite, esta linha de interpretação restritiva pode levar à inação jurídica por força do argumento* ***contrario sensu****, que cabe em matéria penal. Com efeito,* ***levadas às últimas*** *conseqüências, ela converteria a prática do racismo, por maior que fosse o esmero na descrição da conduta,* ***em crime impossível pela inexistência do objeto: as raças*** *(…).*" (**grifei**)

A preocupação, *manifestada em âmbito internacional,* **com a possibilidade** de as novas descobertas científicas no campo da genética **reacenderem** antigos discursos de caráter racista **sustentados** pela

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

equivocada defesa da existência *de grupos humanos distintos* **em razão** de suas características biológicas *supostamente* diferenciadas **suscitou** discussões **em torno** de princípios morais **que orientam** a bioética, **levando o tema** a ser debatido pela Conferência Geral da UNESCO que, em sua 29ª sessão (1997), **ao adotar** a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, **refutou** "*qualquer doutrina que estabeleça a desigualdade entre homens e raças*", **reafirmando** *a irredutibilidade dos seres humanos a seus perfis genéticos*, **eis que** "*A todo indivíduo é devido respeito à sua dignidade e aos seus direitos, **independentemente** de suas características genéticas*" (Artigo 2, "**a**"), **de modo que** "*Esta dignidade torna imperativa **a não redução dos indivíduos** às suas características genéticas **e o respeito à sua singularidade e diversidade***" (Artigo 2, "**b**").

Em uma palavra: **nem** gentios, **nem** judeus; **nem** patrícios, **nem** plebeus; **nem** homossexuais, **nem** transsexuais; **nem** cisgêneros, **nem** transgêneros. **Sem** qualquer hierarquia **ou** distinção de origem, de raça, de orientação confessional ou de fortuna, **somos todos pessoas**, essencialmente dotadas de **igual** dignidade **e impregnadas** de razão e consciência, **identificadas pelo vínculo comum** que nos projeta, **em unidade solidária**, *na dimensão incindível do gênero humano*.

É por isso que *a doutrina* (SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG, "**Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio**", p. 203/205, item n. 1.1, 2009, RT; FABIANO AUGUSTO MARTINS SILVEIRA, "**Da Criminalização do Racismo**", p. 77/85, item n. 2.4.1.1, 2007, Del Rey; ALEXANDRE ASSUNÇÃO E SILVA, "**Liberdade de Expressão e Crimes de Opinião**", p. 117/118, item n. 1.1, 2012, Atlas, *v.g.*), **na linha** *do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte* (**HC** 82.424/RS), **reconhecendo a imprestabilidade do conceito** de *"raça"* como forma de identificação das comunidades humanas, **tem assinalado** que o racismo *nada mais é* do que uma ideologia, **fundada** *em critérios pseudo-científicos*, **que busca justificar** *a prática da discriminação e da exclusão*, **refletindo** *a distorcida visão de mundo* **de quem busca construir**, de modo arbitrário,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

hierarquias artificialmente apoiadas em suposta hegemonia de um certo grupo de pessoas **sobre os demais** existentes *nas diversas* formações sociais.

Daí o integral acerto da análise que faz NORBERTO BOBBIO ("**Elogio da Serenidade**", p. 127/128, item n. 3, Unesp, 2002), **a respeito** dos fundamentos ideológicos *do pensamento racista*, **cuja perversa visão de mundo traduz**, *nada mais*, **do que um processo** *de discriminação e exclusão sociais* de um grupo **em relação** a outros:

> "***Para que se possa falar de ideologia (ou teoria) racista, são necessárias as seguintes três condições, que podemos definir como os postulados do racismo como visão de mundo:***
>
> ***1. A humanidade está dividida em raças diversas, cuja diversidade é dada por elementos de caráter biológico e psicológico, e também em última instância por elementos culturais, que, porém, derivam dos primeiros.*** *Dizer que existem raças significa dizer que existem grupos humanos cujos caracteres são invariáveis e se transmitem hereditariamente (…).*
>
> *….....*
>
> ***2. Não só existem raças diversas, mas existem raças superiores e inferiores.*** *Com essa afirmação, a ideologia racista dá um passo avante. Mas fica diante da dificuldade de fixar os critérios com base nos quais se pode estabelecer com certeza que uma raça é superior a outra (...).*
>
> *….....*
>
> ***3. Não só*** *existem raças,* ***não só*** *existem raças superiores e inferiores,* ***mas as superiores, precisamente porque são superiores, têm o direito de dominar*** *as inferiores,* ***e de extrair disso****, eventualmente,* ***todas as vantagens possíveis*** *(…)."* (**grifei**)

Cabe rememorar, bem por isso, *que essa mesma percepção do tema* **foi também acolhida** por esta Suprema Corte *no julgamento anteriormente referido* (**HC** 82.424/RS), **valendo destacar**, *por sua inteira correção*,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

fragmento do voto vencedor proferido pelo eminente e saudoso Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Redator p/ o acórdão, **cuja compreensão** em torno da questão foi por ele assim sintetizada:

> "*(…)* ***a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial. Não existindo base científica para a divisão do homem em raças, torna-se ainda mais odiosa qualquer ação discriminatória da espécie****. Como evidenciado cientificamente,* ***todos os homens que habitam o planeta, sejam*** *eles pobres, ricos, brancos, negros, amarelos, judeus ou muçulmanos,* ***fazem parte de uma única raça****, que é a espécie humana, ou a raça humana. Isso ratifica não apenas a igualdade dos seres humanos, realçada nas normas internacionais sobre direitos humanos, mas também os fundamentos do Pentateuco ou Torá acerca da origem comum do homem.*
>
> *….....*
>
> *24.* ***Em conseqüência, apesar da diversidade de indivíduos e grupos segundo características das mais diversas, os seres humanos pertencem a uma única espécie, não tendo base científica as teorias*** *de que grupos raciais ou étnicos são superiores ou inferiores,* ***pois na verdade são contrárias*** *aos princípios morais e éticos da humanidade.* ***Pode-se concluir****, assim,* ***que o vetusto conceito*** *– agora cientificamente ultrapassado –* ***não nos serve para a solução do caso****.*
>
> *….....*
>
> ***36. Assim esboçado o quadro, indiscutível que o racismo traduz valoração negativa de certo grupo humano, tendo como substrato*** *características socialmente semelhantes,* ***de modo a configurar*** *uma raça distinta,* ***à qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante****. Materializa-se à medida que as qualidades humanas são determinadas pela raça ou grupo étnico a que pertencem,* ***a justificar a supremacia de uns sobre os outros****."* (**grifei**)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

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.

A identidade fundamental **que evidencia** a correlação **entre a homofobia** (e a transfobia) **e o racismo** *torna-se ainda mais acentuada* **se se considerar que** *tanto no plano internacional* (Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial) *quanto na ordem positiva interna* (Estatuto da Igualdade Racial) **os critérios que identificam** a discriminação racial **resultam da conjugação** *de dois fatores* **presentes** em ambas as situações: **a motivação** *orientada pelo preconceito* **e a finalidade** de submeter a vítima *a situações de diferenciação* quanto ao acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades **tanto** no domínio público **quanto** na esfera privada.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Na verdade, **o exame** do conteúdo material *dos estatutos internacionais* **que integram** o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos – *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (**1948**), *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial* (**1965**), *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* (**1966**), *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (**1966**), *Declaração de Durban e Programa de Ação* (**2001**), *entre outros* – **revela** que a comunidade internacional **elegeu** *o termo racismo* como expressão **que designa**, *sob o mesmo signo*, **todas as formas** de discriminação e de intolerância que, **representando a negação** *da igualdade e da dignidade* que qualificam os seres humanos, **fomentam** *o ódio* e *a divisão* **entre** grupos sociais.

Eis porque a Assembleia Geral das Nações Unidas, *em 18/12/2013*, **implementando** a Resolução nº 68/150, **nomeou** Relator Especial para a elaboração *do Relatório sobre as formas contemporâneas* de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerâncias relacionadas, que, **ao apresentar**, *em 21/08/2014*, **suas** *conclusões e recomendações*, **advertiu** *sobre a necessidade* de os Estados-membros **adotarem** *em sua legislação penal* **a previsão** de que ofensas **cometidas** *por razões ou motivações* racistas, xenofóbicas, antissemíticas **ou** *homofóbicas* **constituem** *circunstâncias que agravam* as condutas criminosas, **devendo resultar**, por isso mesmo, *em punições mais elevadas*.

Essa relação *de essencial correspondência* **que reúne**, sob a mesma lógica discriminatória, **todas as formas** de preconceito e intolerância contra os grupos sociais, **foi bem demonstrada** por DANIEL BORRILLO que, **em lapidar reflexão crítica** sobre a homofobia, **expendeu** as seguintes observações ("**Homofobia – História e Crítica de um Preconceito**", p. 34/39, 2010, Autêntica):

> "***Enquanto violência global caracterizada pela supervalorização de uns e pelo menosprezo de outros***, *a homofobia* ***baseia-se*** *na mesma lógica* ***utilizada por outras formas de inferiorização***: ***tratando-se de ideologia racista, classista ou***

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> ***antissemita, o objetivo perseguido consiste sempre em desumanizar o outro, em torná-lo inexoravelmente diferente. À semelhança de qualquer outra forma de intolerância, a homofobia articula-se em torno de emoções*** *(crenças, preconceitos, convicções, fantasmas...),* ***de condutas*** *(atos, práticas, procedimentos, leis...)* ***e de um dispositivo ideológico*** *(teorias, mitos, doutrinas, argumentos de autoridade...).*
>
> *.....*
>
> *(…)* ***O problema da homofobia supera a questão gay, inscrevendo-se na mesma lógica de intolerância que****, em diferentes momentos da História,* ***produziu a exclusão tanto dos escravos e dos judeus quanto dos protestantes*** *(…);*
>
> ***À semelhança do que ocorre em relação à diferença cultural entre nacional e estrangeiro*** *(****espécie de eufemismo do racismo****),* ***a diferença sexual entre heterossexual e homossexual é apresentada como um indicador objetivo do sistema desigual de atribuição e de acesso aos bens culturais, a saber, direitos, capacidades, prerrogativas, alocações, dinheiro, cultura, prestígio etc. E, embora o princípio da igualdade seja formalmente proclamado, é efetivamente em nome das diferenças e ao dissimular precavidamente qualquer intenção discriminatória, que os dominantes entendem reservar um tratamento desfavorável aos dominados. A construção da diferença homossexual é um mecanismo jurídico bem rodado que permite excluir gays e lésbicas do direito comum*** *(universal),* ***inscrevendo-os*** *(as)* ***em um regime de exceção*** *(particular).*" (**grifei**)

Em obra coletiva coordenada por MARIA BERENICE DIAS, **eminente** Desembargadora aposentada, **hoje** ilustre Advogada ("**Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**", 3ª ed., 2017, RT), **desenvolveu-se estudo**, *da lavra do preclaro Advogado* PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI ("*op. cit.*", p. 90/92, item n. 1.1, p. 123/124, item n. 7, e p. 136, item n. 8), **sobre a obrigação constitucional**, imposta ao Estado brasileiro, de "*criminalizar a homofobia e a transfobia de forma específica*",

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

valendo reproduzir, "*in extenso*", **por ser expressivo** da orientação adotada **por este meu voto**, *o seguinte fragmento dessa reflexão doutrinária*:

> "*(...)* ***fica evidente*** *que 'a homofobia [e a transfobia] se aproxima[m] (e se articula[m] a) outras formas de discriminação como a xenofobia, o racismo e o antissemistismo,* ***pois consiste em considerar o outro*** *(no caso, homossexuais e transgêneros)* ***como desigual****, inferior, anormal',* ***sendo que*** *'a homo[trans]fobia, em qualquer circunstância,* ***é um fator de sofrimento e injustiça****, ameaça constante de subalternização',* ***do que devem ser reconhecidas a homofobia e a transfobia como espécies do gênero racismo****. É, inclusive,* ***o que já foi reconhecido*** *pela Organização das Nações Unidas (ONU),* ***que deixou registrado*** *em uma mensagem em vídeo,* ***veiculado*** *no dia 17 de maio,* ***data*** *do Dia Internacional Contra a Homofobia e a Transfobia, por meio da Alta Comissária da ONU para os Direitos Humanos (Navi Pillay).*
>
> ***Sobre o tema****,* ***cabe anotar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos****, no caso Vejdeland e outros vs. Suécia,* ***reiterou seu posicionamento*** *no sentido de que a discriminação por orientação sexual* ***é tão séria/grave*** *quanto a discriminação por 'raça, origem e cor',* ***do que****, acrescentamos,* ***merece a mesma punição criminal****, o mesmo valendo para a discriminação por identidade de gênero.*
>
> ***Nesse sentido****, para Daniel Borrillo: '****A homofobia é um preconceito e uma ignorância que consiste em crer na supremacia da heterossexualidade****'.* ***Segundo o autor****: 'A homofobia é a atitude de hostilidade contra as/os homossexuais; portanto, homens ou mulheres. (...)* ***Do mesmo modo*** *que a xenofobia* ***ou*** *o antissemitismo,* ***a homofobia é*** *uma manifestação arbitrária* ***que consiste em designar*** *o outro* ***como contrário****, inferior ou anormal;* ***por sua diferença irredutível****,* ***ele é posicionado a distância****,* ***fora do universo comum dos humanos****. (...)* ***Confinado*** *no papel de marginal* ***ou*** *excêntrico,* ***o homossexual é apontado*** *pela norma social como bizarro* ***ou*** *extravagante. (...)* ***À semelhança*** *do negro, do judeu ou de qualquer estrangeiro,* ***o homossexual é sempre o outro****,* ***o diferente****,* ***aquele com quem é***

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

***impensável qualquer identificação**. (...) **No âmago desse tratamento discriminatório**, a homofobia **desempenha** um papel importante na medida em que ela é uma forma de inferiorização, **consequência direta** da hierarquização das sexualidades, **além de conferir** um 'status' superior à heterossexualidade, **situando-a** no plano do natural, do que é evidente. (...) **A diferença homo/hétero não é só constatada**, mas serve, sobretudo, **para ordenar** um regime das sexualidades **em que os comportamentos heterossexuais são os únicos que merecem a qualificação** de modelo social **e** de referência para qualquer outra sexualidade. **Assim**, nessa ordem sexual, **o sexo biológico** (macho/fêmea) **determina um desejo sexual unívoco** (hétero), **assim como um comportamento social específico** (masculino/feminino). **Sexismo e homofobia aparecem**, portanto, **como componentes necessários do regime binário das sexualidades**. (...) **A homofobia torna-se**, assim, **a guardiã das fronteiras** tanto sexuais (hétero/homo), **quanto de gênero** (masculino/feminino). **Eis porque os homossexuais deixaram de ser as únicas vítimas** da violência homofóbica, **que acaba visando**, igualmente, **todos aqueles que não aderem à ordem clássica dos gêneros**: travestis, transexuais, bissexuais, mulheres heterossexuais dotadas de forte personalidade, homens heterossexuais delicados ou que manifestam grande sensibilidade (...) **A heterossexualidade aparece**, assim, **como o padrão para avaliar todas as outras sexualidades**. **Essa qualidade normativa** – e o ideal que ela encarna – **é constitutiva de uma forma específica de dominação**, **chamada 'heterossexismo**, **que se define** como a crença na existência de uma hierarquia das sexualidades, **em que a heterossexualidade** ocupa a posição superior. **Todas as outras formas de sexualidade** são consideradas, na melhor das hipóteses, **incompletas**, **acidentais e perversas**; **e**, na pior, **patológicas**, **criminosas**, **imorais e destruidoras da civilização'**.*

Considerando que o racismo é uma ideologia segregacionista que prega a inferioridade** de alguns **relativamente** a outros (**STF**, **HC** 82.424/RS, **e Guilherme de Souza Nucci**), **percebe-se que a homofobia e a transfobia são

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

***espécies do gênero racismo**, **nesta acepção de racismo social adotada** pelo STF **como adiante** se demonstra pormenorizadamente.*

***Assim**, **quando se fala em criminalização da discriminação por orientação sexual**, real ou atribuída, **refere-se à conduta de destratar ou arbitrariamente diferenciar** o tratamento de pessoas **em razão da homossexualidade**, **bissexualidade ou heterossexualidade dela ou a ela atribuída**, e, da mesma forma, **quando se fala em criminalização da discriminação por identidade de gênero**, real ou atribuída, **refere-se à conduta de destratar ou arbitrariamente diferenciar** o tratamento de pessoas **em razão** da travestilidade, transexualidade, transgeneridade em geral ou cisgeneridade. **Ressalte-se que não há** nenhuma relação entre 'orientação sexual' e 'pedofilia', **como alguns insistem em afirmar**, **pois a orientação sexual se refere ao sexo/gênero que atrai a pessoa de maneira erótico-afetiva** (**e a identidade de gênero se refere ao gênero com o qual a pessoa se identifica**), ao passo que a pedofilia refere-se à atração sexual por crianças, o que não tem nenhuma relação com a orientação sexual da pessoa. Jamais a pedofilia seria considerada protegida pela criminalização de tais discriminações.*

Logo, trata-se de conceitos absolutamente claros em seu conteúdo que, como tais, podem perfeitamente ser objeto de leis criminalizadoras, da mesma forma que os conceitos de 'cor, etnia, religião e procedência nacional' o são na atual Lei de Racismo (Lei 7.716/89).

.....

Nesse sentido**, **considerando o conceito ontológico-constitucional de racismo explicitado pelo STF no julgamento do HC** 82.424/RS, **no sentido de ser o racismo toda e qualquer ideologia que pregue a inferioridade de um grupo relativamente a outro e a consequente superioridade deste sobre aquele**, **e considerando que a homofobia e a transfobia se enquadram** nesse conceito por inegavelmente defenderem a inferioridade de pessoas LGBT **relativamente** a pessoas heterossexuais cisgêneras, **tem-se que as condutas homofóbicas e transfóbicas se

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

enquadram no conceito constitucional de racismo e devem, *como tal,* ***ser criminalizadas pelo legislador****, por se enquadrarem na ordem constitucional de criminalizar* ***relativa*** *ao racismo.*

Todavia, caso disso *(equivocadamente)* ***se discorde, então é inegável que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, outro mandado de criminalização constitucionalmente imposto ao legislador. Afinal, homofobia e transfobia acabam gerando a opressão de pessoas LGBT*** *no exercício de seus direitos fundamentais à livre orientação sexual, à livre identidade de gênero (art. 5º, § 2º, da CF/1988), à tolerância e à segurança (art. 5º, 'caput'),* ***visto que não se pode seriamente dizer*** *que uma pessoa estaria tendo sua orientação sexual* ***ou*** *identidade de gênero respeitada* ***ou mesmo tolerada*** *quando ela é ofendida, discriminada, ameaçada, agredida e, principalmente, assassinada.* ***Ademais, evidentemente dito dispositivo constitucional exige a criminalização específica*** *das discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais,* ***por considerá-las*** *mais graves do que as discriminações não atentatórias aos mesmos.*

Logo, inegavelmente a homofobia e a transfobia encontram-se no âmbito de proteção/incidência de uma ordem constitucional de legislar criminalmente: a nosso ver, na ordem de criminalizar o racismo*, por se enquadrar no conceito ontológico-constitucional de racismo reconhecido pelo STF no HC 82.424/RS,* ***mas****, no mínimo,* ***no conceito de discriminações atentatórias*** *a direitos e liberdades fundamentais.* ***Isso significa que*** *(muito)* ***longe de ser 'inconstitucional'****, referida criminalização é constitucionalmente obrigatória.*

.....

Ante o exposto, percebe-se que a criminalização da discriminação *por orientação sexual* ***e*** *por identidade de gênero* ***é absolutamente constitucional****, por força do dever fundamental de tolerância,* ***que é pressuposto*** *da vida em sociedade* ***e oriundo*** *dos princípios da dignidade da pessoa humana (****que veda*** *o tratamento indigno de pessoas por sua mera orientação sexual,* ***por isso implica***

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> *uma instrumentalização de tais pessoas* ***em prol*** *de uma ideologia social que, no caso de homossexuais, bissexuais e transexuais,* ***implica*** *a sua instrumentalização* ***em prol*** *de um ideal heterossexista de sociedade,* ***que só aceita a heterossexualidade*** *como sexualidade 'aceitável') e do Estado de Direito (que tem na tolerância pressuposto para o convívio social).*
>
> ***Ademais***, ***percebe-se que***, *inegavelmente,* ***a homofobia e a transfobia encontram-se no âmbito de proteção/incidência*** *de (ao menos)* ***uma ordem constitucional de legislar criminalmente****:* ***a nosso ver***, ***na ordem de criminalizar o racismo*** *(art. 5º, XLII, da CF/1988),* ***por se enquadrar*** *no conceito ontológico-constitucional de racismo* ***reconhecido*** *pelo STF* ***no HC*** *82.424/RS (ideologia que pregue a inferioridade de um grupo relativamente a outro),* ***mas***, *no mínimo,* ***no conceito de discriminações atentatórias*** *a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, da CF/1988).* ***Isso significa que***, *(muito) longe de ser 'inconstitucional',* ***referida criminalização*** *é constitucionalmente obrigatória.*" (**grifei**)

Essa **mesma** visão **em torno** da discriminação homofóbica/transfóbica **veio a ser sustentada** pela douta Procuradoria-Geral da República que, **ao manifestar-se** nestes autos, **enfatizou** que "*A homofobia decorre* ***da mesma intolerância*** *que suscitou* ***outros tipos de discriminação****, como aqueles em razão de cor, procedência nacional, religião, etnia, classe, gênero*", **vindo a reconhecer**, *por isso mesmo,* que "*a prática do racismo* ***abrange*** *atos homofóbicos* ***e*** *transfóbicos*" (**grifei**).

Cabe destacar, *por oportuno*, **no sentido** *que venho de expor*, **o autorizado** magistério doutrinário de GUILHERME DE SOUZA NUCCI **a propósito** da matéria em exame ("**Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**", p. 305, item n. 8, 5ª ed., RT):

> "*(...)* ***raça é termo infeliz e ambíguo****,* ***pois quer dizer tanto*** *um conjunto de pessoas com os mesmo caracteres somáticos* ***como também*** *um grupo de indivíduos de mesma origem étnica, linguística ou social.* ***Raça****, enfim,* ***é um grupo de pessoas que comunga de***

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

ideias ou comportamentos comuns, ***ajuntando-se para defendê-los***, ***sem que***, *necessariamente*, ***constituam um homogêneo conjunto de pessoas fisicamente parecidas***. *Aliás, assim pensando,* ***homossexuais discriminados podem ser, para os fins de aplicação desta Lei, considerados como grupo racial***. *(…)* ***Parece-nos que é racismo****, desde que, na esteira da interpretação dada pelo STF,* ***qualquer forma de 'fobia', dirigida ao ser humano, pode ser manifestação 'racista'. Daí porque inclui-se no contexto da Lei 7.716/89. Nem se fale em utilização de analogia 'in malam partem'. Não se está buscando****, em um processo de equiparação por semelhança,* ***considerar*** *o ateu ou o homossexual alguém 'parecido' com o integrante de determinada 'raça'.* ***Ao contrário****,* ***está-se negando existir um conceito de 'raça' válido*** *para definir qualquer agrupamento humano,* ***de forma que 'racismo' ou****, se for preferível,* ***a discriminação ou preconceito de 'raça' é somente uma manifestação de pensamento segregacionista, voltado a dividir os seres humanos, conforme qualquer critério leviano e arbitrariamente eleito****, em castas,* ***privilegiando umas em detrimento de outras***. ***Vamos além****. Impedir a entrada, por exemplo, em um estabelecimento comercial, de pessoa pobre, é pura discriminação. Embora 'pobreza' não seja, no critério simplista do termo, uma 'raça', é um mecanismo extremamente simples de se diferençar seres humanos. Logo, é mentalidade 'racista'. Ser judeu, para o fim de considerar atos antissemitas como manifestações de 'racismo', logo crime imprescritível, foi interpretação constitucionalmente válida.* ***Logo, ser ateu, homossexual, pobre, entre outros fatores, também pode ser elemento de valoração razoável para evidenciar a busca de um grupo hegemônico qualquer de extirpar da convivência social indivíduos indesejáveis****. Não se pode considerar 'racismo' atacar judeus, unicamente por conta de lamentáveis fatos históricos, como o holocausto, mas, sobretudo, porque todos são seres humanos e 'raça' é conceito enigmático e ambíguo, merecedor, pois, de uma interpretação segundo os preceitos de igualdade, apregoada pela Constituição Federal, em função do Estado Democrático de Direito."* (**grifei**)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Impende registrar, *no ponto*, **a valiosa lição** de FABIANO AUGUSTO MARTINS SILVEIRA, **que analisa**, *com propriedade*, **a noção** de racismo *como elemento normativo* dos crimes **previstos** na Lei nº 7.716/89 ("**Da Criminalização do Racismo: Aspectos Jurídicos e Sociocriminológicos**", p. 79/84, item n. 2.4.1.1, 2007, Del Rey):

> "*(...)* ***Na verdade, o que define determinado agrupamento humano como raça não são as qualidades biológicas inatas do grupo, se é que as tem, mas a presença de um discurso racializante que permeia as relações intergrupais. Esse discurso é construído historicamente por quem recebe o qualificativo racial, ou por quem o manipula exteriormente*** *(ainda que manipulação sutil e constantemente negada, como no caso brasileiro),* ***ou por ambos. Como quer que seja, o discurso racializante não se prende*** *às dessemelhanças físicas entre grupos contrastados,* ***podendo****, inclusive,* ***inventá-las artificialmente. Assim, as diferenças físicas e/ou culturais entre*** *determinados grupos* ***não criam****, elas mesmas,* ***a ideia de raça. Podem ser capturadas****, no entanto,* ***por um discurso cujo propósito é o de agudizar ao máximo tais diferenças e de fazer acreditar que elas existem em termos raciais – a tônica discursiva****, com efeito,* ***poderá recair ora*** *sobre o elemento biológico,* ***ora*** *sobre o elemento cultural,* ***mas****, em maior ou menor intensidade, ambos tendem a combinar-se.*
>
> ***O discurso racializante****, pois,* ***pode proliferar-se mesmo quando inexistem claras diferenças físicas entre as parcelas cotejadas, conquanto dissimule****, mediante um verniz racial,* ***conflitos subjacentes de outra natureza****. Com efeito,* ***o pano de fundo do conceito de raça reuniria situações conflitantes, manifestas em diferentes disputas*** *(daí a complexidade etiológica do racismo), mormente a religiosa, a de classe ou a de culturas.* ***O essencial****, portanto,* ***para caracterizar o racismo*** *(e a raça como sua ideia principal),* ***menos do que as diferenças físicas e/ou culturais eventualmente existentes entre agrupamentos humanos, é a presença de um discurso racializante superficial,***

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> ***verificável do ponto de vista político-histórico e dotado de razoável repercussão social. Esse discurso, calçado no preconceito, é que grava grupos como raças, podendo ser reproduzido por falsas teorias, crenças, narrações místicas, propagandas****, etc.*
>
> *….....*
>
> ***Como elemento normativo dos crimes raciais, a partícula raça****, em suma,* ***cumpre a função de detectar os grupos aos quais se aplicam os conectores preconceito e discriminação****. Tem-se, com efeito, 'preconceito de raça' e 'discriminação de raça'. Vale dizer, preconceito e discriminação que recaem sobre determinadas parcelas pelo fato de serem apontadas como racialmente inferiores (ou simplesmente como raças).*" (**grifei**)

Sob tal perspectiva, **revela-se inadmissível**, *no que concerne à exegese* que possa ser dada ao art. 5º, incisos XLI e XLII, da Carta Federal, **a interpretação** *de que resulte a frustração dos objetivos* **perseguidos pelo texto constitucional**.

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*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

formas executivas que esses comportamentos **podem** assumir, **concretizando**, *assim*, **qualquer** que tenha sido o meio empregado, **a prática inaceitável** da intolerância racial.

Torna-se de fundamental importância reconhecer **que o processo hermenêutico não pode comprometer** *a força normativa da Carta Federal*, **expondo**, *perigosamente*, **a autoridade suprema** da República **a critérios de exegese que culminem por subtrair** *aos postulados da dignidade da pessoa humana* **e** *da igualdade jurídica* a sua máxima eficácia, **tornando-os**, *em consequência*, **fórmulas vazias**, *incompreensivelmente destituídas* de significação **e** *despojadas da abrangência* **que lhes quis** emprestar o próprio legislador constituinte.

Daí a correta afirmação de que, *no processo de indagação constitucional*, **impõe-se** ao intérprete, **mediante** *adequada pré-compreensão dos valores* que informam e estruturam o próprio texto da Constituição, **conferir-lhes** sentido que permita deles extrair a sua máxima eficácia, **em ordem** a dar-lhes significação **compatível** com os altos objetivos indicados na Carta Política.

O Estado **tem o dever** de atuar **na defesa** de postulados essenciais, **como o são aqueles** que proclamam a dignidade da pessoa humana **e** a permanente hostilidade **contra qualquer** comportamento que possa gerar o desrespeito à alteridade, **com inaceitável ofensa** aos valores da igualdade e da tolerância, **especialmente** *quando as condutas desviantes* instaurarem tratamentos discriminatórios **fundados** *em inadmissíveis visões excludentes*.

Aceitar tese diversa **significaria** *tornar perigosamente menos intensa* **e** *socialmente mais frágil* **a proteção** que o ordenamento jurídico **dispensa**, *no plano nacional e internacional*, aos grupos **que se expõem** *a uma situação de maior vulnerabilidade*, **como sucede** com os integrantes da comunidade LGBT.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Não custa relembrar que, *em matéria de direitos humanos*, a interpretação jurídica **há de considerar**, *necessariamente*, as regras e cláusulas do direito interno **e** do direito internacional, **cujas prescrições tutelares** revelam-se – **na interconexão normativa** que se estabelece entre tais ordens jurídicas – **elementos de proteção** vocacionados **a reforçar** a imperatividade do direito constitucionalmente garantido.

Cabe advertir, *de outro lado*, neste ponto, **que a interpretação** do ordenamento positivo, **notadamente** quando efetivada pelo Poder Judiciário, **não se confunde** *com o processo de produção normativa*.

Com efeito, **esta Suprema Corte**, *por mais de uma vez*, **já acentuou** *que o procedimento hermenêutico* realizado por órgãos do Poder Judiciário **objetiva extrair** *a interpretação dos diversos diplomas legais vigentes* **que compõem** o quadro normativo positivado pelo Estado, para, **em razão** *da inteligência* **e** *do sentido exegético* que lhes der, **obter os elementos necessários** *à exata aplicação do direito*, **não se confundindo**, *por isso mesmo*, com o processo de elaboração legislativa (**AI 161.396-AgR/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*):

> *"**A INTERPRETAÇÃO DO ORDENAMENTO POSITIVO NÃO SE CONFUNDE COM O PROCESSO DE PRODUÇÃO NORMATIVA***
>
> *– **O ordenamento normativo nada mais é senão a sua própria interpretação, notadamente quando a exegese das leis e da Constituição emanar do Poder Judiciário**, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota da definitividade.*
>
> ***A interpretação**, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, **tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, não se confundindo**, por isso mesmo, **com o ato estatal de produção normativa**. **Em uma palavra**: **o exercício de interpretação da Constituição e dos textos legais** –*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> *por caracterizar* ***atividade típica*** *dos Juízes e Tribunais – **não importa em usurpação das atribuições normativas** dos demais Poderes da República. **Precedentes**."*
>
> (**AI 266.576-AgR/MG**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

É preciso advertir, *bem por isso*, **que o processo de interpretação** dos textos legais e da Constituição, *ao contrário* do que sustentam, *nos presentes autos*, os Senhores Presidentes da República **e** do Congresso Nacional e a Senhora Advogada-Geral da União, **não importa em usurpação** das atribuições normativas dos demais Poderes da República.

O autor da presente ação constitucional **alega** que a noção conceitual de "*raça*" **que compõe** a estrutura normativa *dos tipos penais incriminadores* **previstos** na Lei nº 7.716/89 *tem merecido* **múltiplas interpretações**, **revestindo-se**, *por tal razão*, *de inegável conteúdo polissêmico*, consoante o evidenciam **diversas** manifestações produzidas por ilustres doutrinadores que, **interpretando** os dispositivos em questão, **reconhecem possível** a configuração do crime de racismo **quando** o delito resultar de discriminação **ou** de preconceito dirigido à vítima **em razão** de sua orientação sexual **ou** de sua identidade de gênero.

Esse quadro, *bastante expressivo*, **justifica** a utilização, *na espécie*, **do método** *da interpretação conforme*, **no que se refere** ao conceito de "*raça*", **para os fins** a que se refere a Lei nº 7.716/89, **considerada**, *para tanto*, **a constelação axiológica que qualifica** a própria declaração de direitos **proclamada** pela Lei Fundamental da República.

A constatação da existência *de múltiplas expressões semiológicas* **propiciadas** pelo conteúdo normativo da ideia de "*raça*" **permite reconhecer que se mostra plenamente adequado** o emprego, *na espécie*, **tal como preconizado** pela douta Procuradoria-Geral da República, *da técnica de decisão* **e** *de controle de constitucionalidade* **fundada** *no método da interpretação conforme à Constituição*, **na linha da jurisprudência constitucional** desta Suprema Corte (**RTJ 126/48**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **RTJ 137/90**, Rel.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Min. MOREIRA ALVES – **RTJ 164/548**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **RTJ 173/447-448**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **RTJ 173/778-779**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **ADI 1.556-MC/PE**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **ADI 1.586-MC/PA**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – **ADI 1.668-MC/DF**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, *v.g.*) **e segundo entendimento fundado no magistério da doutrina** (GILMAR FERREIRA MENDES, "**Jurisdição Constitucional**", p. 316/326, item n. III, 4ª ed., 2004, Saraiva; KARL LARENZ, "**Metodologia da Ciência do Direito**", p. 410/414, 2ª ed., trad. de José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian; JORGE MIRANDA, "**Manual de Direito Constitucional**", tomo II/232, item n. 57, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora; J. J. GOMES CANOTILHO, "**Direito Constitucional**", p. 235, 5ª ed., 1991, Livraria Almedina, Coimbra; CELSO RIBEIRO BASTOS, "**Curso de Direito Constitucional**", p. 101/102, 11ª ed., 1989, Saraiva; OSWALDO LUIZ PALU, "**Controle de Constitucionalidade**: **Conceito**, **Sistemas e Efeitos**", p. 188/189, item n. 9.8, 2ª ed., 2001, RT; ZENO VELOSO, "**Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**", p. 169/175, itens ns. 189/198, 3ª ed./2ª tir., 2003, Del Rey; GUILHERME PEÑA DE MORAES, "**Direito Constitucional – Teoria da Constituição**", p. 122/123, item n. 3.3, 3ª ed., 2006, Lumen Juris; CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, "**A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**", p. 262/270, item n. 3.2.9, 2ª ed., 2000, RT; NELSON NERY JUNIOR/ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, "**Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**", p. 560/563, 2006, RT; WALBER DE MOURA AGRA, "**Curso de Direito Constitucional**", p. 569, item n. 28.17, 2ª ed., 2007, Forense; UADI LAMMÊGO BULOS, "**Curso de Direito Constitucional**", p. 349/350, item n. 13, 2007, Saraiva, *v.g.*).

Em suma: **o entendimento** que venho de expor **não envolve aplicação analógica** (e gravosa) das normas penais **previstas** na Lei nº 7.716/89, **pois**, *como ninguém o ignora*, **não se admite** a utilização de analogia "*in malam partem*" em matéria penal, **como tive o ensejo de assinalar** em passagem anterior deste voto (**item** n. 12.2), **valendo destacar**, *por relevante*, **que se orienta**, *nesse sentido*, **a jurisprudência desta**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

própria Corte Suprema (**HC 97.261/RS**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – **RHC 95.782/MG**, Rel. Min. LUIZ FUX, *v.g.*).

Não se cuida, *também*, **de formulação** de tipos criminais, **nem** de cominação de sanções penais, **eis que**, *como precedentemente por mim enfatizado*, **mostra-se juridicamente inviável**, *sob perspectiva constitucional*, **proceder-se à tipificação** de delitos **e à cominação** de penas *mediante provimentos jurisdicionais*, **ainda que emanados** do Supremo Tribunal Federal (**item** n. 7).

O que estou a propor, *como anteriormente acentuei*, **limita-se** *à mera subsunção de condutas homotransfóbicas* **aos diversos** preceitos primários de incriminação **definidos** em legislação penal **já existente** (**a Lei** nº 7.716/89, *no caso*), **na medida em que** atos de homofobia **e** de transfobia **constituem** concretas manifestações de racismo, **compreendido este** *em sua dimensão social*: **o denominado** *racismo social*.

Já se viu, a partir do importante precedente firmado no julgamento plenário **do HC** 82.424/RS, **que o conceito de racismo** – que envolve clara manifestação de poder – **permite identificá-lo** como instrumento **de controle** *ideológico*, **de dominação** *política*, **de subjugação** *social* **e de negação** *da alteridade, da dignidade e da humanidade* **daqueles** que, **por não integrarem** *o grupo social dominante* **nem pertencerem** *ao estamento que detém posição de hegemonia* em uma dada estrutura social, **são considerados** "*outsiders*" **e degradados**, *por isso mesmo*, **à condição de verdadeiros** *marginais* do ordenamento jurídico, **expostos**, *em consequência de odiosa e injusta inferiorização*, **a uma perversa e profundamente lesiva** *situação de exclusão* do sistema de proteção do Direito.

Daí a constatação *de que o preconceito* **e** *a discriminação* **resultantes da aversão** *aos homossexuais* **e** *aos demais integrantes do grupo LGBT* (**típicos componentes** *de um grupo vulnerável*) **constituem a própria manifestação** – *cruel*, *ofensiva* **e** *intolerante* – **do racismo**, **por representarem** a expressão de sua **outra** face: *o racismo social*.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

O eminente Ministro NELSON JOBIM, **ao participar** do julgamento **do HC** 82.424/RS ("*Caso Ellwanger*"), **em sua confirmação** de voto, **demonstrou** o sentido **e** o alcance exatos da palavra "*racismo*", **tal como utilizada no inciso XLII** do art. 5º da Constituição, **esclarecendo**, *em verdadeira interpretação autêntica* – **pois integrou** a Assembleia Nacional Constituinte **e**, *nessa condição política*, **interveio** *nos respectivos debates* – **a compreensão** em torno da abrangência da expressão normativa "*racismo*":

> *"**A questão**, portanto, **é esta**: **as opiniões que pretendem produzir o ódio racial** contra judeus, contra negros, **contra homossexuais**, **devem**, ou não, **ser tratadas** de forma diferente **daquelas opiniões** que causam ordinariamente a ofensa ou a raiva? **Por óbvio**, **o ódio racial causa lesão ao objetivo** de uma política de igualdade, **que é uma política democrática**. **A igualdade**, portanto, **é precondição para a democracia** (…). **As opiniões consubstanciadas no preconceito e no ódio racial não visam contribuir** para nenhum debate **inerente** às deliberações democráticas **para o qual surge** a liberdade de opinião. **Não visam contribuir para nenhuma deliberação**, **não comunicam idéias que possam instruir** o compromisso **que preside** a deliberação democrática. **Os crimes de ódio não têm a intenção de transmitir ou receber comunicação alguma** para qualquer tipo de deliberação. **O objetivo**, seguramente, **é outro**. **Não está na base do compromisso do deliberar democrático**. **Quer**, isto sim, **impor condutas antiigualitárias de extermínio**, **de ódio** e **de linchamento**; **desconhecer o lócus da liberdade de expressão** e seu objetivo no processo democrático **leva ao desastre**; **a miopia do fundamentalismo histórico conduz ao absurdo**. **A liberdade de opinião na democracia é instrumental ao debate e à formação da vontade da maioria com respeito à minoria**. (…).*
>
> *…….*
>
> ***No debate da Constituinte**, registrado nos anais, **falava-se no negro**, **mas estavam lá** os judeus, **estavam lá os homossexuais e tivemos a oportunidade de discutir isso**. **O Ministro Maurício Corrêa lembra que circularam** dentro da*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> *Assembléia Constituinte* ***todas aquelas minorias que poderiam ser objeto do racismo***. ***Nunca se pretendeu****, com o debate,* ***restringir ao negro***. ***Não há necessidade de trazer esse debate****,* ***porque a Assembléia Constituinte não vai restringir****, no texto,* ***ao negro****,* ***mas vai deixar em aberto para o exercício futuro de virtuais racismos não conhecidos no momento de 88 e que possam ser conhecidos num momento do ano 2000***." (**grifei**)

Na realidade, **o sentido** de "*raça*" – que **não** se resume **nem** se limita a um conceito *de caráter estritamente fenotípico* – **representa** *uma arbitrária construção social*, **desenvolvida** em determinado momento histórico, **objetivando** criar mecanismos *destinados a justificar a desigualdade*, com a instituição de hierarquias artificialmente **apoiadas** na hegemonia de determinado grupo de pessoas **sobre os demais estratos** que existem em uma particular formação social.

É por essa razão *que o conceito geral e abstrato de racismo* **reveste-se** *de caráter amplo*, **sob cuja égide tornam-se enquadráveis** *as práticas de homofobia* **ou** *de transfobia*, **como observa** PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI ("**Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais ao Legislativo**", p. 457, item n. 2, 2019, Livraria e Editora Spessotto):

> "*(...) 'o* ***racismo consiste*** *em processos de diferenciação, classificação e hierarquização, para fins de exclusão, expulsão e erradicação, através de processos de estigmatização, desqualificação moral e, eventualmente, internação ou expulsão'.* ***Nesse conceito geral e abstrato de racismo****,* ***a homofobia e a transfobia se enquadram****, da mesma forma que a negrofobia, a xenofobia, a etnofobia e antissemitismo, critérios já autonomamente positivados pela Lei Antirracismo,* ***servindo o critério de 'raça'*** *como cláusula valorativa* ***apta a permitir*** *a evolução do conceito de racismo* ***para outras situações que também se enquadrem*** *neste estrito conceito ontológico-constitucional de racismo.*" (**grifei**)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Com tais mecanismos, Senhores Ministros, **viabiliza-se** *a prática do racismo*, **muito bem definido**, *em sua sustentação oral*, **pelo eminente** Vice-Procurador-Geral da República, Dr. LUCIANO MAIA, **como** "*um processo de desumanização do outro*" **e que busca possibilitar**, *a partir de uma distorcida e perversa visão de mundo*, **a adoção**, *por um grupo hegemônico*, **de processos** *de discriminação* **e** *de exclusão sociais* **em relação** *a outros grupos* **por ele** *dominados* **e** *reduzidos*, **em razão** *de sua orientação sexual* **e/ou** *identidade de gênero*, **a uma condição de inferioridade** quanto ao acesso **e** ao gozo de direitos, de bens, de serviços e de oportunidades.

Foi precisamente esse o sentido que o Supremo Tribunal Federal **deu ao tema** ora em exame, **no que se refere** *à noção mesma de racismo*, **quando do julgamento** do "*caso Ellwanger*", **como resulta claro** de expressiva passagem do voto **proferido** pelo eminente Ministro MAURÍCIO CORRÊA, **que se tornou** Redator para o acórdão:

> "*85. **Como afirmei** quando do pedido de vista, **revela-se essencial**, na espécie, **que se proceda a uma interpretação teleológica e sistêmica** da Carta Federal, **a fim de conjugá-la com circunstâncias históricas**, **políticas e sociológicas**, para que se localize o sentido da lei para aplicá-la. **Os vocábulos raça e racismo não são suficientes**, por si sós, **para se determinar o alcance da norma**. **Cumpre ao juiz**, como elementar, nesses casos, **suprir a vaguidade da regra jurídica**, **buscando o significado** das palavras nos valores sociais, éticos, morais e dos costumes da sociedade, observado o contexto e o momento histórico de sua incidência.*
>
> *….....*
>
> *97. **Por tudo o que já foi dito**, **permito-me arrematar que racismo**, **longe de basear-se no conceito simplista de raça**, **reflete**, na verdade, **reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia** entre os grupos humanos, **suficiente para justificar atos de segregação**, **inferiorização**, **e até de eliminação de pessoas**. **Sua relação com o termo raça**, até pela etimologia, **tem a perspectiva da raça enquanto***

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> ***manifestação social***, *tanto mais que agora, como visto, em virtude de conquistas científicas acerca do genoma humano,* ***a subdivisão racial da espécie humana não encontra*** *qualquer sustentação antropológica,* ***tendo origem em teorias racistas*** *que se desenvolveram ao longo da história, hoje condenadas pela legislação criminal.*" (**grifei**)

As razões ora expostas bem demonstram que a interpretação veiculada neste voto, **por meramente adequar**, *mediante reconhecimento de sua identidade conceitual*, **comportamentos** *homofóbicos* **e** *transfóbicos* **à norma** de tipificação penal **que define** a prática do racismo, **permitem constatar** que referidas condutas ilícitas **ajustam-se** à noção de racismo *em sua dimensão social*, **não havendo que se cogitar**, *por isso mesmo*, da existência, *no caso*, **de sentença** desta Corte Suprema **que se qualifique** como provimento jurisdicional *de caráter aditivo*.

Inacolhível, *portanto*, **a alegação** de que a decisão do Supremo Tribunal Federal **a ser proferida** no caso presente **qualificar-se-ia** *como sentença aditiva*, **conforme sustenta** o Senado Federal, **pois**, *na realidade*, **está-se a utilizar o modelo** *de decisão de caráter estritamente interpretativo*, **sem** que se busque reconstruir, *no plano exegético*, **a própria noção** de racismo, **cujo sentido amplo e geral** *já foi reconhecido* pelo Supremo Tribunal Federal **em relevantíssimo** precedente ("*caso Ellwanger*"), **que observou**, *na espécie*, **o próprio sentido que emergiu** dos debates **travados** no seio da Assembleia Nacional Constituinte, **como enfatizou** o eminente Ministro NELSON JOBIM, **em passagem** por mim anteriormente referida – *e realçada* – neste voto.

A Câmara Alta, *no entanto*, **afirma** que a pretensão do PPS, **caso** deferida, **importaria** em *indevida* ampliação **da esfera de abrangência** da Lei nº 7.716/89, **que pune** a prática do racismo, **por alcançar** situações originariamente **não** previstas em referido diploma legislativo, **convertendo** o julgado **desta** Corte **em sentença** *de perfil marcadamente*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

aditivo, **do que resultaria** ofensa ao princípio da separação de poderes, **com evidente subversão** do sistema constitucional de freios e contrapesos.

O exame do magistério doutrinário **em torno** *das chamadas sentenças aditivas*, **notadamente** em sede penal (ADEMAR BORGES DE SOUZA FILHO, "**Sentenças Aditivas na jurisdição constitucional brasileira**", 2016, Fórum; FERNANDO MAICON PRADO TASCHETTO, "**As Sentenças Aditivas e As Sentenças Substitutivas – Direito Italiano e Brasileiro**", 2016, Fabris Editor; ANTÔNIO VELOSO PELEJA JÚNIOR, "**Sentenças Aditivas e Jurisdição Constitucional**", 2017, Juruá Editora, *v.g.*), **posto em confronto** com a pretensão de inconstitucionalidade deduzida **neste** processo, **não obstante** as *diversas* abordagens teóricas **efetuadas** *brilhantemente* por esses autores **a propósito** de tema **impregnado** de tamanha relevância, **torna possível concluir**, *segundo penso*, que, *no caso ora em julgamento*, **inexiste reconstrução jurisdicional** de tipos penais, **inocorre extensão** de legislação criminal a situações **ou** a comportamentos absolutamente estranhos **ou** despojados de um vínculo mínimo de pertinência com a descrição típica nela contida, **nem se verifica** qualquer inovação **no plano** do ordenamento penal, **pela inserção**, *nele*, **de nova hipótese de incidência** de norma incriminadora.

A própria utilização, *na espécie*, da técnica *da interpretação conforme* **revela que não se está a proferir**, *no caso*, **qualquer** *sentença de caráter aditivo*, **mesmo porque**, *como se sabe*, **um dos pressupostos** para que seja legitimamente proferida uma decisão de perfil aditivo **consiste na impossibilidade** de o Tribunal **resolver** a controvérsia jurídica **mediante** emprego do método *da interpretação conforme à Constituição*, **método este** *que está sendo adotado* para **resolver** o litígio ora em julgamento, **consoante** precedentemente por mim assinalado **neste** voto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

13. ***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 ausência *de efetiva reação estatal* **às injustas agressões** praticadas contra grupos sociais vulneráveis **e a recusa** do Poder Público **a enfrentar e superar** as barreiras **que inviabilizam** a busca da felicidade **por parte** de homossexuais e transgêneros **vítimas** de inaceitável tratamento discriminatório, **traduzem** omissão **que frustra** a autoridade do Direito, **que desprestigia** o interesse público, **que gera** o descrédito das instituições **e que compromete** o princípio da igualdade.

Com o propósito *de endereçar uma solução* a esse problema, **o Conselho de Direitos Humanos** da Organização das Nações Unidas, em junho de 2011 – *expressando grave preocupação* com os atos de violência e discriminação praticados, **em todas** as regiões do mundo, **contra** pessoas **em razão de** sua orientação sexual **ou** de sua identidade de gênero – **adotou a Resolução** nº 17/19 **sobre** "Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero", **solicitando** ao Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos **a elaboração de propostas** destinadas a orientar os Estados **na implementação** de medidas para proteger os grupos sociais **expostos** aos riscos da intolerância.

O relatório submetido pelo Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos **e aprovado** pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU **apresentou evidencias** *de um padrão sistemático de violência e discriminação* **motivado** pela orientação sexual **ou** pela identidade de gênero das pessoas, **vindo a reconhecer** *que a falha das autoridades estatais* **em criar** mecanismos de proteção aos direitos e liberdades ameaçados, **além de configurar transgressão** aos compromissos **assumidos** pelos Estados (**inclusive** o Brasil) na ordem

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

internacional, **ocasiona**, *ainda*, **a exposição** *dos integrantes da comunidade LGBT* **aos riscos** da violência, da opressão e do constrangimento, *tanto* na esfera pública *quanto* no âmbito privado, **seja em decorrência** da atuação de agentes estatais, de particulares, de grupos **ou** de organizações extremistas, **seja**, *até mesmo*, **em face de comportamento** de membros *da própria* família da vítima.

É por isso mesmo, *Senhor Presidente*, **que este julgamento assume importância fundamental** no processo de ampliação e de consolidação dos direitos fundamentais das pessoas **e constitui** momento culminante na efetivação do dogma – **segundo proclama** *a Introdução aos Princípios de YOGYAKARTA* (**2006**) – **de que todos os seres humanos** nascem livres e iguais em dignidade e direitos, **pois todos** os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis, inexauríveis e inter-relacionados, **sendo certo**, *presente esse contexto*, **que a orientação sexual e a identidade de gênero** são essenciais à dignidade e à humanidade de cada pessoa, **não devendo** constituir motivo de discriminação ou abuso.

Violações de direitos humanos **que atingem** pessoas *por motivo de orientação sexual ou de identidade de gênero* **traduzem** situações que um Estado **fundado** em bases democráticas **não pode** tolerar **nem** admitir.

É por essa razão que, **entre** *os Princípios de YOGYAKARTA* – **que exprimem** postulados sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos **em relação** *à orientação sexual* **e** *à identidade de gênero* –, **há um**, *o Princípio n. 3*, **que proclama** o direito titularizado por qualquer pessoa "*de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. **As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida**. **A orientação sexual e a identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial** de sua personalidade **e um dos aspectos mais básicos** de sua autodeterminação, dignidade e liberdade*" (**grifei**).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Isso significa *que os homossexuais, os transgêneros* **e** *demais integrantes do grupo LGBT* **têm** a prerrogativa, como pessoas livres e iguais em dignidade e direitos, de receber **a igual** proteção das leis **e** do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, **mostrando-se** arbitrário **e** inaceitável **qualquer** estatuto *que exclua*, *que discrimine*, *que fomente* a intolerância, *que estimule* o desrespeito **e** *que desiguale* as pessoas **em razão** de sua orientação sexual **ou** de sua identidade de gênero.

Essa afirmação, *mais* do que simples proclamação retórica, **traduz** o reconhecimento, **que emerge** do quadro das liberdades fundamentais, de que o Estado **não pode** adotar medidas **nem formular** prescrições normativas que provoquem, **por efeito** de seu conteúdo discriminatório, **a exclusão jurídica** de grupos *minoritários* **que integram** a comunhão nacional.

É por tal razão **que o magistério da doutrina** – **apoiando-se** *em valiosa hermenêuticas emancipatória e construtiva* **e invocando** *princípios fundamentais* (**como** os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação **e** da busca da felicidade) – *tem revelado admirável percepção* quanto ao significado *de que se reveste o reconhecimento* **do direito personalíssimo à orientação sexual e à identidade de gênero**, *em ordem a permitir* que se extraiam, *em favor das pessoas em geral* **e** *dos homossexuais e transsexuais em particular*, relevantes consequências **no plano** jurídico.

Incumbe, *por isso mesmo*, **a esta** Suprema Corte, **considerada** a natureza *eminentemente* constitucional dessa cláusula **impeditiva** de tratamento discriminatório, **velar** pela integridade dessa proclamação, **pois**, *em assim agindo*, **o Supremo Tribunal Federal**, ao proferir este julgamento, **estará viabilizando** *a plena realização* **dos valores** da liberdade, da igualdade **e** da não discriminação, **que representam** fundamentos essenciais **à configuração** de uma sociedade *verdadeiramente* democrática.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Busca-se, neste processo, **a consecução** de um fim revestido **de plena** legitimidade jurídica, política e social, que, *longe de dividir* pessoas, grupos **e** instituições, **deve estimular** a união **de toda** a sociedade **em torno** de um objetivo comum, **pois decisões** *que fazem cessar o estado de invisibilidade* imposto à coletividade dos homossexuais, transgêneros **e** demais integrantes da comunidade LGBT – estado esse **de que resultam** situações *de injusta exclusão jurídica* por eles sofrida, **em contextos fundados** em preconceitos inaceitáveis **e que não mais resistem** ao espírito do tempo – **possuem a virtude** de congregar aqueles **que reverenciam** os valores da igualdade, da tolerância **e** da liberdade.

Esta decisão – *que torna efetivo* o princípio da igualdade, *que assegura respeito* à liberdade pessoal **e** à autonomia individual, *que confere primazia* à dignidade da pessoa humana **e que**, *rompendo* paradigmas históricos e culturais, *remove obstáculos* que **inviabilizam** a busca da felicidade **por parte** de transgêneros **vítimas** de inaceitável tratamento discriminatório – *não é nem pode ser* qualificada como decisão proferida contra alguém, **da mesma forma** que não pode ser considerada um julgamento a favor **de apenas** alguns, **mas**, *sim*, **de toda** a coletividade social.

O fato irrecusável, *no tema ora em exame*, **é um só**: *os atos de preconceito ou de discriminação* ***em razão*** *da orientação sexual* ***ou*** *da identidade de gênero* **não podem** ser tolerados. Ao contrário, **devem** ser reprimidos e neutralizados, **pois se revela essencial** que o Brasil **dê um passo** significativo **contra** a discriminação **e contra** o tratamento excludente **que têm marginalizado** *grupos minoritários* em nosso País, **como** a comunidade LGBT, *o que torna imperioso acolher* novos valores **e consagrar** uma nova concepção de Direito **fundada** em nova visão de mundo, **superando** os desafios impostos pela necessidade *de mudança de paradigmas*, **em ordem a viabilizar**, como política de Estado, a instauração **e** a consolidação de uma ordem jurídica *genuinamente inclusiva*.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

*14. 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*

Regimes democráticos **não convivem** com práticas de intolerância **ou**, *até mesmo*, com comportamentos de ódio, **pois** uma de suas características essenciais **reside**, *fundamentalmente*, **no pluralismo** de ideias **e na diversidade** de visões de mundo, **em ordem a viabilizar**, *no contexto de uma dada formação social*, **uma comunidade inclusiva** de cidadãos, **que se sintam livres e protegidos** contra ações promovidas pelo Estado **ou** praticadas por particulares **que lhes restrinjam** o pleno exercício de suas prerrogativas e liberdades constitucionais *por motivo de orientação sexual* **ou** *de identidade de gênero*.

A intolerância **e** *as práticas discriminatórias dela resultantes*, **motivadas** por impulsos irracionais, **especialmente** *quando dirigidas contra grupos minoritários*, **representam um gravíssimo desafio** que se oferece à sociedade civil **e a todas** as instâncias de poder situadas **no âmbito** do aparelho de Estado, **com particular destaque** para o Supremo Tribunal Federal.

Vê-se, *portanto*, **que a intolerância**, *que traduz a antítese da ideia de respeito à alteridade*, **transgride**, *de modo frontal*, **valores básicos**, como a dignidade da pessoa humana **e** o próprio significado da noção de pluralismo (**CF**, art. 1º, III e V), **que compõem**, *enquanto fundamentos estruturantes que são*, **o próprio** conceito de Estado Democrático de Direito.

O que se mostra irrecusável, *presente essa configuração da ordem democrática*, **é o fato** de que a observância desses padrões constitucionais, **notadamente** *o veto absoluto* **a qualquer** discriminação **atentatória** aos direitos

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

e liberdades fundamentais (**CF**, art. 5º, XLI), **representa** fator essencial à preservação e consolidação de uma sociedade política aberta e plural.

O estatuto constitucional das liberdades públicas, *bem por isso*, **ao delinear** o regime jurídico a que elas estão sujeitas – **e considerado o substrato ético** que as informa –, **permite** que sobre tais prerrogativas **incidam** limitações de ordem jurídica **destinadas**, *de um lado*, **a proteger** *a integridade do interesse social* **e**, *de outro*, **a assegurar** *a coexistência harmoniosa das liberdades*, **pois nenhum** direito ou garantia pode ser exercido **em detrimento** da ordem pública **ou com desrespeito** aos direitos e garantias de terceiros, **ainda** *que integrantes de grupos minoritários*.

Mostra-se relevante destacar, **considerado** *o valor incomparável da tolerância*, **a proclamação** aprovada, em 1995, pela Conferência Geral da UNESCO ("**Declaração de Princípios sobre a Tolerância**"), **que a define como** "*a harmonia na diferença*" **e como** "*o sustentáculo dos direitos humanos, do pluralismo (inclusive o pluralismo cultural), da democracia e do Estado de Direito*", **ao mesmo tempo em que adverte** que "*praticar a tolerância não significa (…) renunciar às próprias convicções*", **traduzindo**, *ao contrário*, **um dos efeitos virtuosos** dessa atitude positiva **em face** de terceiros, **o que estimulará**, *naturalmente*, **a aceitação e o respeito** *pela diversidade das pessoas* **e** *pela multiculturalidade dos povos*, **assim evitando** que irrompam, *no seio das formações sociais*, a exclusão, a marginalização, a violência **e** a discriminação **contra** *os grupos vulneráveis*, **como** a comunidade LGBT.

É por tal razão que a incitação ao ódio público *contra qualquer* pessoa, povo ou grupo social **não está protegida** pela cláusula constitucional **que assegura a liberdade de expressão**.

Cabe relembrar, *neste ponto*, **a própria** Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo Art. 13, **§ 5º**, **exclui**, *do âmbito de proteção da liberdade de manifestação do pensamento*, "*toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência".

Bastante expressiva, também, *a esse respeito*, **foi a decisão** que *o Plenário* do Supremo Tribunal Federal **proferiu** no julgamento **da ADPF 291/DF**, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, que restou consubstanciado **em acórdão assim ementado**:

> *"**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ART. 235 DO CÓDIGO PENAL MILITAR, QUE PREVÊ O CRIME DE PEDERASTIA OU OUTRO ATO DE LIBIDINAGEM. NÃO RECEPÇÃO PARCIAL PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988.***
>
> ***1. No entendimento majoritário do Plenário do Supremo Tribunal Federal, a criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar justifica-se**, em tese, **para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses** (art. 142 da Constituição). **No entanto**, **não foram recepcionadas pela Constituição de 1988 as expressões pederastia ou outro e homossexual ou não**, **contidas**, respectivamente, **no 'nomen iuris' e no 'caput' do art. 235 do Código Penal Militar**, mantido o restante do dispositivo.*
>
> ***2. Não se pode permitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Manifestação inadmissível de intolerância que atinge grupos tradicionalmente marginalizados.***
>
> ***3. Pedido julgado parcialmente procedente.***"
>
> (**ADPF 291/DF**, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, **Pleno**, **grifei**)

Eis porque, Senhor Presidente, **a importante** *Conferência Internacional de Durban*, em 2001, na África do Sul, **reconheceu** que o racismo, a discriminação étnico-racial, a xenofobia **e** todas as demais formas de intolerância correlata (**como a homofobia e a transfobia**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

enquanto formas contemporâneas de racismo) **constituem** *a própria negação* dos princípios, dos propósitos e dos objetivos **proclamados** *tanto pela Carta de São Francisco*, **que instituiu**, *em setembro de 1945*, **a Organização das Nações Unidas**, *quanto pela Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana*, **promulgada** em 10/12/1948.

Claro e significativo o relevo dessa Conferência, cujo real significado **consistiu** na enfática proclamação **de que os valores** da solidariedade, do respeito, da tolerância, da alteridade **e** do multiculturalismo **representam**, *na verdade*, **os fundamentos ético-jurídicos** no combate incessante ao racismo, à discriminação racial, à xenofobia **e** *a todas as modalidades correlatas de intolerância*.

15. 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*** *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***

Não vislumbro a ocorrência *de qualquer* ofensa **ou** dano potencial à liberdade religiosa, *qualquer que seja a dimensão em que esta se projete* (**como** a liberdade de culto, *p. ex.*), **se** o Estado **adotar** medidas **que visem** a prevenir **e** a reprimir, no plano criminal, **práticas** de caráter homotransfóbico, **da mesma forma** que o Poder Público **prevê** a figura penal **consistente** na punição, *como delito*, **do crime** *contra o sentimento religioso*, **punível** nos casos de ultraje a culto **ou** vilipêndio a ato ou a objeto de culto religioso, **tal como definido** no art. 208 do Código Penal.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

É inquestionável que a liberdade religiosa **qualifica-se** como pressuposto essencial e necessário **à prática** do regime democrático. **A livre** expressão de ideias, pensamentos e convicções, *em sede confessional*, **não pode e não deve ser impedida** pelo Poder Público **nem submetida** a ilícitas interferências do Estado.

E a razão é uma só, **pois a livre** expressão de ideias, pensamentos e convicções – **inclusive** *em questões religiosas ou confessionais* – **não pode e não deve ser impedida** pelo Poder Público **ou** por grupos antagônicos **nem pode ser submetida** a ilícitas interferências do Estado, de qualquer cidadão **ou**, *ainda*, de instituições da sociedade civil.

O regime constitucional *de proteção às liberdades do pensamento* **permite asseverar que a adoção** pelo Estado de meios **destinados a impedir** *condutas homofóbicas e transfóbicas* **em hipótese alguma poderá** *coarctar*, *restringir* **ou** *suprimir* a liberdade de consciência **e** de crença, **nem autorizar** *qualquer medida* **que interfira** nas celebrações litúrgicas **ou que importe** em cerceamento à liberdade de palavra, **seja** como instrumento de pregação da mensagem religiosa, **seja**, *ainda*, como forma de exercer o proselitismo em matéria confessional, **quer** *em espaços públicos*, **quer** *em ambientes privados*.

Não se pode ignorar, Senhor Presidente, **que as liberdades do pensamento**, *inclusive quando exercidas em domínio religioso*, **qualquer** que seja a denominação confessional envolvida, *são prerrogativas essenciais*, de extração **eminentemente** constitucional, **cujo efetivo respeito** – *por qualificar-se como pressuposto necessário* à própria legitimação material do regime democrático – **impõe-se** *ao Estado e a seus agentes*.

A livre expressão e divulgação de ideias *não deve* (**nem** pode) *ser impedida* pelo Estado, **cabendo advertir**, *no entanto* – **precisamente por não se tratar** de direito absoluto –, **que eventuais abusos** cometidos no exercício dessa prerrogativa constitucional **ficarão sujeitos** à apreciação do Poder Judiciário, **mediante** controle jurisdicional "*a posteriori*".

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Na realidade, qualquer interpretação em sentido diverso **transgrediria** *o espírito de liberdade* **que deve** *informar*, *animar* **e** *condicionar* as relações entre o indivíduo **e** o Estado, **especialmente** se se considerar **que o pluralismo de ideias**, *enquanto fundamento desta República*, **mesmo** quando praticado em âmbito religioso, **revela-se subjacente** à própria concepção do Estado democrático de direito, **consoante prescreve** o art. 1º da Constituição do Brasil.

Na verdade, a Lei Fundamental da República, *em norma inteiramente compatível com a natureza democrática* do regime político **que hoje caracteriza** o perfil do Estado brasileiro, **proclama** *a liberdade de manifestação do pensamento*, **assegurando**, *em consequência*, em favor de todos, **a livre expressão e transmissão** de ideias, **sem a possibilidade** *de qualquer* interferência **prévia** do aparelho estatal, **seja** para favorecer, **seja** para coarctar o exercício da liberdade religiosa.

Entendo, *por isso mesmo*, **que a prática** *do proselitismo*, inclusive em temas de caráter religioso, **representa** elemento de concretização **do direito** *à livre difusão de ideias* **ou** *de manifestações doutrinárias*, **mesmo** *aquelas de caráter teológico*.

O fato é que a Constituição Federal, **ao estabelecer** *que são essencialmente livres* a manifestação do pensamento **e** a comunicação de ideias, **assegura**, *por isso mesmo*, **o pleno exercício** da liberdade de transmissão de valores, **sem** possibilidade *de prévia* interferência estatal (**CF**, art. 220, § 1º, **c/c** o art. 5º, IV e IX).

Não tem sentido, Senhor Presidente, **proibir-se o exercício** da liberdade de pensamento, **especialmente** no plano da difusão de ideias, **inclusive** de natureza confessional **ou** de conteúdo teológico, sendo plenamente lícito desenvolver-se, nessa área específica, atividade *de*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

proselitismo, **sendo irrelevante**, *sob tal aspecto*, **que se trate** *de proselitismo de natureza religiosa*, **ou** *de caráter político-ideológico*, **ou**, ainda, *de qualquer outra índole*.

O Estado não pode, no contexto de uma sociedade **que se caracteriza** por seu perfil democrático, *interditar*, *obstruir*, *embaraçar* **ou** *censurar* ideias, convicções, opiniões ou informações, *qualquer que seja o caráter de que se revistam*, **especialmente** quando se tratar de crenças religiosas, **sem incorrer**, *caso assim venha a agir*, **em inaceitável interferência** *em domínio naturalmente estranho* às atividades governamentais.

É por essa razão, Senhor Presidente, **que não hesito** em proclamar e em destacar *a relevantíssima circunstância* de que, **no contexto** de uma sociedade **fundada** em bases democráticas, **torna-se imperioso reconhecer** *que temas de caráter teológico* **ou** *concepções de índole filosófica, política, cultural* ou *ideológica*, **quaisquer** que sejam – *que busquem atribuir densidade teórica* a ideias propagadas pelos seguidores *de qualquer* corrente de pensamento – **estão**, *necessariamente*, **fora do alcance** *do poder censório e jurídico-penal do Estado*, **sob pena** *de gravíssima frustração e aniquilação* **da liberdade constitucional** de expressão **e** de disseminação (**sempre** legítima) das mensagens **inerentes** às posições doutrinárias em geral.

O fato é que a Carta Política estabelece que **nenhum** dispositivo, **inclusive** *aqueles de natureza criminal*, **pode constituir** embaraço à plena liberdade de consciência, de culto **ou** de expressão do pensamento e de difusão de ideias, mensagens ou doutrinas, **notadamente** aquelas de conteúdo religioso. **E mais**: **cabe referir**, *em tema de divulgação efetuada* por ministros e autoridades religiosas, **como** *pastores evangélicos*, *sacerdotes católicos*, *rabinos* **e** *imans*, entre outros, **que o exercício** de suas atividades **e a propagação** de suas mensagens religiosas, *que se processam em clima de absoluta liberdade* **em razão** da proteção constitucional **dispensada** à prática do ministério e do culto religiosos, **também não impedem** *o*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

proselitismo, **tal como já proclamou** o Plenário do Supremo Tribunal Federal, **como se vê** de decisão que se acha consubstanciada em acórdão assim ementado:

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. LEI N. 9.612/98. RÁDIODIFUSÃO COMUNITÁRIA. PROBIÇÃO DO PROSELITISMO. INCONSTITUCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DIRETA.*
>
> *1. **A liberdade de expressão** representa **tanto** o direito **de não ser** arbitrariamente privado **ou impedido** de manifestar seu próprio pensamento **quanto o direito coletivo** de receber informações e de conhecer a expressão do pensamento alheio.*
>
> *2. **Por ser um instrumento** para a garantia de outros direitos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **reconhece a primazia** da liberdade de expressão.*
>
> *3. **A liberdade religiosa não é exercível apenas em privado, mas também no espaço público, e inclui o direito de tentar convencer os outros, por meio do ensinamento, a mudar de religião. O discurso proselitista é**, pois, **inerente** à liberdade de expressão religiosa. **Precedentes**.*
>
> *4. A liberdade política pressupõe a livre manifestação do pensamento e a formulação de discurso persuasivo e o uso do argumentos críticos. Consenso e debate público informado pressupõem a livre troca de ideias e não apenas a divulgação de informações.*
>
> *5. O artigo 220 da Constituição Federal expressamente consagra a liberdade de expressão sob qualquer forma, processo ou veículo, hipótese que inclui o serviço de radiodifusão comunitária.*
>
> *6. **Viola a Constituição Federal a proibição de veiculação de discurso proselitista** em serviço de radiodifusão comunitária.*
>
> *7. Ação direta **julgada** procedente."*
>
> (**ADI 2.566/DF**, Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN – **grifei**)

Regimes democráticos *não convivem* com práticas de intolerância *nem se mostram compatíveis* com restrições de caráter censório **em matéria**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

de comunicação, de transmissão, de circulação de opiniões, de propagação e de pregação de mensagens de conteúdo religioso, **pois** uma de suas características essenciais **reside**, *fundamentalmente*, **no pluralismo** de ideias **e na diversidade** de visões de mundo, **em ordem a viabilizar**, *no contexto de uma dada formação social*, **uma comunidade inclusiva** de cidadãos, de fiéis e de líderes religiosos, *que se sintam livres* **e** *protegidos* contra ações estatais **que lhes restrinjam** os direitos **por motivo** de crença religiosa **ou** de convicção política ou filosófica.

O que se mostra irrecusável, *presente essa configuração da ordem democrática*, **consiste** no fato de que a observância desses padrões constitucionais, **notadamente** *o veto absoluto* **a qualquer** discriminação **atentatória** aos direitos e liberdades fundamentais (**CF**, art. 5º, XLI), **representa** *fator essencial* à preservação e consolidação de uma sociedade política *livre*, *aberta* **e** *plural*.

Nesse contexto, Senhor Presidente, **emerge**, como significativo valor que dá expressão às prerrogativas político-jurídicas reconhecidas **em favor** do indivíduo, **a liberdade** de consciência, de crença e de manifestação de pensamento em geral, **que se qualifica** como um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos em uma República que se apresente **estruturada** em bases democráticas **e regida**, *por isso mesmo*, **pelo princípio fundamental** do pluralismo político.

Tenho sempre enfatizado, *nesta Corte*, que **nada** se revela *mais* nocivo **e** *mais* perigoso do que a pretensão do Estado de reprimir, de cercear **ou** de embaraçar a liberdade de expressão, *mesmo* que se objetive – **com apoio** *no direito fundamental à livre manifestação de opiniões* – **expor e transmitir** ideias, **oferecer** propostas doutrinárias, **apresentar** formulações **ou** sustentar posições teológicas **que a maioria** da coletividade *eventualmente* repudie, **pois**, *nesse tema*, **guardo a convicção** de que **o pensamento** *há de ser livre*, *permanentemente livre*, *essencialmente livre*.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Inquestionável, *desse modo*, **que a livre** expressão de ideias, pensamentos e convicções *não pode* **e** *não deve ser impedida* pelo Poder Público *nem submetida* a ilícitas interferências do Estado.

Ninguém, *ainda que investido de autoridade estatal*, **pode** prescrever **o que será ortodoxo** *em religião* – **ou** em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, jurídica, social, ideológica ou política – **ou** estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição à própria manifestação do pensamento. **Isso** porque "*o direito de pensar, falar e escrever livremente, sem censura, sem restrições ou sem interferência governamental*" **representa**, conforme **adverte** HUGO LAFAYETTE BLACK, **que integrou** a Suprema Corte dos Estados Unidos da América (1937-1971), "***o mais precioso privilégio dos cidadãos***..." ("**Crença na Constituição**", p. 63, 1970, Forense).

Resulta claro, *pois*, que o tratamento constitucional **dispensado**, *entre outras prerrogativas fundamentais da pessoa*, à liberdade de manifestação do pensamento **e** ao exercício do direito **de professar** *qualquer* fé religiosa, **de pregar** a mensagem que lhe é inerente, **de propagá-la e de conquistar** prosélitos **deslegitima** qualquer medida individual **ou** governamental de intolerância **e** de desrespeito ao princípio básico **que consagra** o pluralismo de ideias **e** a plena liberdade de culto e de celebração litúrgica.

Sabemos que a liberdade de expressão, **revestida** *de essencial transitividade*, **destina-se** a proteger *qualquer pessoa* cujas opiniões, **inclusive** *em matéria teológica*, **possam**, *até mesmo*, **conflitar** com as concepções prevalecentes, *em determinado momento histórico*, no meio social, **impedindo** que incida *sobre ela*, por conta **e** por efeito de suas convicções, *não obstante minoritárias*, **notadamente** *as de caráter religioso*, **qualquer** tipo de restrição de índole política **ou** de natureza jurídica, *pois*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

todos hão de ser igualmente livres para exprimir ideias, **ainda que estas** possam revelar-se *em desconformidade frontal* **com a linha** de pensamento dominante no âmbito da coletividade.

As ideias, *nestas compreendidas as mensagens e 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.

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 religiosa*, **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*.

Daí a essencialidade de propiciar-se *a livre circulação de ideias*, **particularmente** *no plano das formulações de índole confessional*, **eis que** tal prerrogativa individual **representa** um signo **inerente** às formações democráticas **que convivem** com a diversidade, *vale dizer*, **com pensamentos antagônicos que se contrapõem**, *em permanente movimento dialético*, a padrões, convicções e opiniões que exprimem, *em dado momento histórico-cultural*, o "*mainstream*", **ou seja**, *a corrente dominante* em determinada sociedade.

Irrecusável, contudo, *que o direito de dissentir*, **que constitui** irradiação das liberdades do pensamento, **não obstante** a sua extração eminentemente constitucional, **deslegitima-se** quando a sua

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

exteriorização **atingir**, *lesionando-os*, **valores e bens jurídicos** *postos sob a imediata tutela da ordem constitucional*, **como sucede** com o direito de terceiros à incolumidade de seu patrimônio moral.

Bastante expressiva, *a esse respeito*, **a decisão** *que o Plenário do Supremo Tribunal Federal* **proferiu**, *por unanimidade*, **no julgamento da ADPF** 187/DF, **de que fui Relator**, *que restou consubstanciado*, no ponto ora em exame, *em acórdão assim ementado*:

> *"(…) **A LIBERDADE DE EXPRESSÃO** COMO UM DOS MAIS PRECIOSOS PRIVILÉGIOS DOS CIDADÃOS EM UMA REPÚBLICA **FUNDADA** EM BASES DEMOCRÁTICAS – **O DIREITO À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO:** NÚCLEO DE QUE SE IRRADIAM OS DIREITOS DE CRÍTICA, DE PROTESTO, DE DISCORDÂNCIA **E** DE LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS – (…) – **DISCUSSÃO** QUE DEVE SER REALIZADA DE FORMA RACIONAL, **COM RESPEITO** ENTRE INTERLOCUTORES **E SEM POSSIBILIDADE LEGÍTIMA** DE REPRESSÃO ESTATAL, **AINDA QUE AS IDEIAS PROPOSTAS** POSSAM SER CONSIDERADAS, PELA MAIORIA, ESTRANHAS, INSUPORTÁVEIS, EXTRAVAGANTES, AUDACIOSAS **OU** INACEITÁVEIS – **O SENTIDO DE ALTERIDADE** DO DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO **E O RESPEITO** ÀS IDEIAS QUE CONFLITEM COM O PENSAMENTO **E** OS VALORES DOMINANTES NO MEIO SOCIAL – **CARÁTER NÃO ABSOLUTO** DE REFERIDA LIBERDADE FUNDAMENTAL (**CF**, art. 5º, **incisos** IV, V e X**; CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**, Art. 13, § 5º) – **A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL** À LIBERDADE DE PENSAMENTO **COMO SALVAGUARDA** NÃO APENAS DAS IDEIAS E PROPOSTAS **PREVALECENTES** NO ÂMBITO SOCIAL, **MAS**, SOBRETUDO, **COMO AMPARO EFICIENTE ÀS POSIÇÕES QUE DIVERGEM**, AINDA QUE RADICALMENTE, **DAS CONCEPÇÕES PREDOMINANTES** EM DADO MOMENTO HISTÓRICO-CULTURAL, **NO ÂMBITO** DAS FORMAÇÕES SOCIAIS – **O PRINCÍPIO***

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> ***MAJORITÁRIO***, *QUE DESEMPENHA IMPORTANTE PAPEL NO PROCESSO DECISÓRIO,* ***NÃO PODE LEGITIMAR*** *A SUPRESSÃO, A FRUSTRAÇÃO* ***OU*** *A ANIQUILAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS,* ***COMO O LIVRE EXERCÍCIO*** *DO DIREITO DE REUNIÃO* ***E A PRÁTICA LEGÍTIMA*** *DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO,* ***SOB PENA DE COMPROMETIMENTO*** *DA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL –* ***A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA*** *DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO –* ***INADMISSIBILIDADE*** *DA 'PROIBIÇÃO ESTATAL DO DISSENSO' –* ***NECESSÁRIO RESPEITO*** *AO DISCURSO ANTAGÔNICO* ***NO CONTEXTO*** *DA SOCIEDADE CIVIL,* ***COMPREENDIDA*** *COMO ESPAÇO PRIVILEGIADO* ***QUE DEVE*** *VALORIZAR O CONCEITO DE 'LIVRE MERCADO DE IDEIAS' –* ***O SENTIDO*** *DA EXISTÊNCIA DO 'FREE MARKETPLACE OF IDEAS' COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL* ***E*** *INERENTE AO REGIME DEMOCRÁTICO (****AC 2.695-MC/RS****, REL. MIN. CELSO DE MELLO) –* ***A IMPORTÂNCIA*** *DO CONTEÚDO ARGUMENTATIVO DO DISCURSO FUNDADO EM CONVICÇÕES DIVERGENTES – A LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS* ***COMO SIGNO IDENTIFICADOR*** *DAS SOCIEDADES ABERTAS, CUJA NATUREZA* ***NÃO SE REVELA COMPATÍVEL*** *COM A REPRESSÃO AO DISSENSO* ***E QUE ESTIMULA*** *A CONSTRUÇÃO DE ESPAÇOS DE LIBERDADE EM OBSÉQUIO AO SENTIDO DEMOCRÁTICO* ***QUE ANIMA*** *AS INSTITUIÇÕES DA REPÚBLICA (…).*"
>
> (**ADPF 187/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

Vê-se, *portanto*, **que o direito ao dissenso – desde** que **não** resvale, *abusivamente*, **quanto** ao seu exercício, *para o campo do direito penal*, **vindo a concretizar**, *p. ex.*, **em virtude de conduta desviante**, *qualquer* dos delitos contra a honra (calúnia, difamação **ou** injúria) –, **encontra** *suporte legitimador* em nosso ordenamento jurídico, **mesmo** que *de sua prática* **possam resultar**, *especialmente no domínio religioso ou espiritual*, posições,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

opiniões **ou** ideias **que não reflitam** o pensamento *eventualmente prevalecente* em dado meio social **ou** que, *até mesmo*, **hostilizem** *severamente*, **por efeito** *de seu conteúdo argumentativo*, **a corrente majoritária** de pensamento em determinada coletividade.

Memoráveis, *por isso mesmo*, **as palavras** do *Justice* OLIVER WENDELL HOLMES, JR. (que foi Juiz da Suprema Corte dos EUA), **no caso** "*United States v. Rosika Schwimmer*" (279 **U.S.** 644), **proferidas**, *em 1929*, em notável e histórico *voto vencido* (**hoje qualificado** como uma "*powerful dissenting opinion*"), **então** inteiramente acompanhado pelo Juiz Louis Brandeis, **nas quais** HOLMES **deixou positivado** um "*dictum*" imorredouro **fundado** na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, **que reproduzo**, *a seguir*, **em livre tradução**:

> "*(...)* ***but*** *IF there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought – not free thought for those who agree with us BUT freedom for the thought that we hate.*" ("***mas****, se há algum princípio da Constituição que deva ser imperiosamente observado,* ***mais*** *do que qualquer outro,* ***é o princípio*** *que consagra a liberdade de expressão do pensamento,* ***mas não a liberdade*** *do pensamento* ***apenas em favor*** *daqueles* ***que concordam*** *conosco,* ***mas****, sim,* ***a liberdade do pensamento*** *que nós próprios odiamos e repudiamos.*") (**grifei**)

Trata-se *de fragmento histórico* **e** *retoricamente poderoso* **que bem define** *o verdadeiro sentido da proteção constitucional* à liberdade de manifestação do pensamento: **garantir** *não apenas* **o direito** *daqueles que pensam como nós*, **mas**, *igualmente*, **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 pluralismo (*que legitima a livre circulação de ideias* **e que**, *por isso mesmo, estimula a prática da tolerância*) **exprime**, *por tal razão*, **um dos fundamentos estruturantes** do Estado Democrático de Direito! **É o que**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

expressamente proclama, em seu art. 1º, inciso V, **a própria** Constituição da República.

É que pronunciamentos *de índole religiosa* **que extravasam** os limites da livre manifestação de ideias, **degradando-se** ao nível primário do insulto, da ofensa **e**, *sobretudo*, **do estímulo à intolerância e ao ódio público** *contra os integrantes da comunidade LGBT*, por exemplo, **não merecem** a dignidade da proteção constitucional **que assegura** a liberdade de expressão do pensamento, **que não pode compreender**, *em seu âmbito de tutela*, manifestações **revestidas** de ilicitude penal.

Isso significa, *portanto*, **que a prerrogativa** concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente **que deva ser** o seu campo de incidência, **não constitui** meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, **especialmente** *quando as expressões de ódio público* – **veiculadas** com **evidente superação** dos limites da propagação de ideias – **transgridem**, *de modo inaceitável*, valores tutelados **pela própria ordem constitucional**.

Esta Suprema Corte, *por mais de uma vez*, **ao pronunciar-se** sobre a **extensão** dos direitos e garantias individuais, **fez consignar** a seguinte advertência, **que cumpre ser relembrada**:

> "***Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto***, *mesmo porque razões de* ***relevante*** *interesse público* ***ou*** *exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades* ***legitimam***, *ainda que* ***excepcionalmente***, *a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas,* ***desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição***.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> ***O estatuto constitucional das liberdades públicas****, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas –* ***e considerado o substrato ético*** *que as informa –,* ***permite*** *que sobre elas* ***incidam*** *limitações de ordem jurídica,* ***destinadas****, de um lado,* ***a proteger*** *a integridade do interesse social* ***e****, de outro,* ***a assegurar*** *a coexistência harmoniosa das liberdades,* ***pois nenhum direito ou garantia*** *pode ser exercido* ***em detrimento*** *da ordem pública* ***ou com desrespeito*** *aos direitos e garantias de terceiros.*"
>
> (**RTJ** 173/805-810, **807-808**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

Não foi por outra razão que esta Suprema Corte, **ao julgar o RHC 146.303/RJ**, Red. p/ o acórdão Min. DIAS TOFFOLI, **examinando o tema** *da liberdade religiosa*, **na perspectiva** *dos excessos* **decorrentes** do seu exercício, **reconheceu que a superação abusiva** dos limites da pregação religiosa **não tem** o amparo da Constituição da República, **pois** a liberdade de expressão, **quando implicar** transgressão ao ordenamento penal, **mostrar-se-á conflitante** com o texto constitucional:

> "***Recurso ordinário em 'habeas corpus'. Denúncia. Princípio da correlação. Observância. Trancamento da ação penal. Descabimento. Liberdade de manifestação religiosa. Limites excedidos. Recurso ordinário não provido****.*
>
> ….....
>
> ***2. O direito à liberdade religiosa*** *é, em grande medida,* ***o direito à existência*** *de uma multiplicidade de crenças/descrenças religiosas,* ***que se vinculam e se harmonizam*** *– para a sobrevivência de toda a multiplicidade de fés protegida constitucionalmente –* ***na chamada tolerância religiosa****.*
>
> *3.* ***Há que se distinguir*** *entre o discurso religioso (****que é centrado*** *na própria crença e nas razões da crença)* ***e o discurso sobre a crença alheia****,* ***especialmente quando se faça*** *com intuito de atingi-la, rebaixá-la* ***ou*** *desmerecê-la (ou a seus seguidores).* ***Um é tipicamente a representação*** *do direito à liberdade de crença religiosa;* ***outro****, em sentido diametralmente oposto,* ***é o ataque ao mesmo direito*** *(…).*" (**grifei**)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Cabe referir, *por oportuno*, julgamento **emanado** da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, *proferido em 07/04/2003*, no exame do caso ***Virginia v. Black et al.***, **quando** essa Alta Corte **concluiu que não é incompatível** com a Primeira Emenda (**que protege** a liberdade de expressão naquele país) a lei penal **que pune**, *como delito*, **o ato de queimar uma cruz** ("*cross burning*") **com a intenção** de intimidar, **eis que** o gesto de queimar uma cruz, **com tal intuito**, representa, *no meio social em que praticado*, **um iniludível símbolo de ódio** destinado a transmitir *àqueles a quem se dirige tal mensagem* **o propósito criminoso de ameaçar**.

Em tal julgamento, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América – **cuja jurisprudência** *em torno da Primeira Emenda* **orienta-se** no sentido de reconhecer, **quase incondicionalmente**, a prevalência da liberdade de expressão (**adotando**, *por isso mesmo*, **o critério da** "*preferred position*") – **proclamou**, *não obstante*, que essa proteção constitucional **não é absoluta**, *sendo lícito ao Estado punir* certos comportamentos **cuja exteriorização traduza** a concretização *de propósitos criminosos*.

Disso tudo resulta que pregações religiosas, sermões **ou** homilias, **enquanto expressões legítimas** de transmissão, de divulgação **e** de circulação de ideias **em matéria** de doutrina religiosa **ou** de exposição de princípios teológicos **têm o amparo** do texto constitucional **que protege** aqueles que, **na condição** *de líderes* **ou** *de autoridades religiosas*, **desempenham**, junto às respectivas congregações, **atividade pastoral ou de natureza confessional**.

A exposição e a reprodução de narrativas, conselhos, lições **ou** orientações **constantes** de *qualquer* livro sagrado **referentes** a *qualquer* religião – **como** a Bíblia, a Torah, o Alcorão, a Codificação Espírita, os Vedas hindus e o Dhammapada budista, *entre outros* – **não se revelam** aptos a configurar delitos contra a honra, **porque veiculados com o intuito** de divulgar o pensamento **resultante** do magistério teológico **e** da filosofia espiritual **que são próprios** de cada uma dessas denominações

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

confessionais, **circunstância que descaracteriza**, por si só, o "*animus injuriandi vel diffamandi*", **tornando legítimos**, *por isso mesmo*, o discurso **e** a pregação enquanto expressões dos postulados de fé de tais religiões.

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.

É por essa razão que autores **como** NELSON HUNGRIA ("**Comentários ao Código Penal**", vol. VI/50, item n. 125, 5ª ed./1ª tir., 1982, Forense), MAGALHÃES NORONHA ("**Direito Penal**", vol. 2/114-115, item n. 340, 26ª ed., 1994, Saraiva), DAMÁSIO E. DE JESUS ("**Código Penal Anotado**", p. 406, 4ª ed., 1994, Saraiva), HELENO CLÁUDIO FRAGOSO ("**Lições de Direito Penal – Parte Especial – arts. 121 a 212 CP**", p. 133/134, item n. 182, 11ª ed., 1995, Forense) **e** JULIO FABBRINI MIRABETE e RENATO N. FABBRINI ("**Manual de Direito Penal**", vol. II/121, item n. 8.1.7, 27ª ed., 2010, Atlas), **ao analisarem** o tipo subjetivo nos crimes **contra** a honra, **exigem**, *sempre*, como elemento **essencial** à caracterização de tais delitos, **o propósito de ofender**.

A intenção de ofender, *desse modo*, **constitui** um dos "*essentialia delicti*". **Sem** o propósito deliberado de ofender – **que traduz** elemento subjetivo do tipo penal –, **não se realiza** o crime de difamação, de injúria **ou** de calúnia.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

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.*").

Cumpre ressaltar, *por oportuno* **e** *relevante*, **que o Supremo Tribunal Federal**, *revelando essa* ***mesma*** *percepção a respeito do tema*, **tem reconhecido** que as referidas *excludentes anímicas*, **quando presentes** no discurso **alegadamente ofensivo**, *descaracterizam a própria delituosidade* do comportamento dos agentes (**HC 68.166/DF**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – **HC 72.062/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 98.237/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **Inq 2.699-QO/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RHC 65.241/PR**, Rel. Min. CÉLIO BORJA – **RHC 66.018/SP**, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, *v.g.*):

> "***CRIME CONTRA A HONRA*** – ***Calúnia, difamação e injúria inferidas de depoimento prestado em juízo*** – ***Inadmissibilidade*** – ***Simples narração do que o depoente sabia, de ciência própria ou por ouvir dizer*** – ***Ausência***, *pois,* ***de justa causa para a ação penal*** – ***Trancamento*** – *'Habeas corpus'* ***concedido*** – *Recurso* ***para tanto*** *provido* – ***Inteligência*** *dos arts. 138 a 140 do Código Penal e 648, n. I, do Código de Processo Penal.*"
>
> (**RT 514/448**, Rel. Min. LEITÃO DE ABREU – **grifei**)

> "– ***Nos delitos*** *de calúnia, difamação e injúria,* ***não se pode prescindir****, para efeito de seu formal reconhecimento, da vontade deliberada e positiva do agente de vulnerar a honra alheia.* ***Doutrina e jurisprudência****.*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> – ***Não há crime contra a honra***, *se o discurso contumelioso do agente,* ***motivado*** *por um estado de justa indignação,* ***traduz-se*** *em expressões,* ***ainda*** *que veementes,* ***pronunciadas*** *em momento de exaltação emocional* ***ou proferidas*** *no calor de uma discussão.* ***Precedentes***."
>
> (**RTJ 168/498-499**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

A proteção constitucional à liberdade religiosa **traduz** natural consequência **do caráter laico** que assume, *em nosso sistema político-jurídico*, o Estado republicano brasileiro.

Ninguém pode ser punido em nosso ordenamento positivo *por blasfêmia* **ou** *por apostasia*, **pois**, *como tenho enfatizado ao longo deste voto*, o Estado laico **não tem** *qualquer* interesse *de índole religiosa*, **sendo-lhe indiferente** a escolha pessoal *de qualquer* cidadão em matéria confessional, **a quem se reconhece** o direito de professar **ou** de não professar qualquer corrente religiosa, **permitindo-se-lhe**, *ainda*, **sem que possa sofrer** qualquer restrição em sua esfera jurídica, **celebrar** cultos absolutamente **divorciados** do sentimento geral de religiosidade **prevalecente** no âmbito social.

O que não se revela lícito a qualquer pessoa, *no entanto*, **além de não poder ofender** a honra de terceiros **em razão** de sua preferência religiosa, **é escarnecer de alguém**, *em público*, **por motivo** de crença **ou** função religiosa, **ou**, *então*, **de impedir ou perturbar** cerimônia ou prática de culto religioso **ou**, *ainda*, **vilipendiar**, publicamente, ato ou objeto de culto religioso.

Por tal razão, o Código Penal, **objetivando proteger** *o sentimento religioso*, **que representa** o bem jurídico penalmente tutelado pelo ordenamento estatal, **pune o crime** de ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo, **como resulta claro** do art. 208 de nosso estatuto repressivo.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

É por isso que a jurisprudência dos Tribunais **tem reconhecido a possibilidade de incriminação daquele que**, "*embriagado (...), ingressa na igreja, no momento da celebração da missa, perturbando a cerimônia com palavrões*" (**RT** 491/318) **ou**, então, "*agindo com o intuito de perturbar o culto religioso, entre outros artifícios, direciona possantes auto-falantes para o prédio da igreja e liga os aparelhos em altíssimo volume, com músicas carnavalescas, e, em outras oportunidades, faz uso de estampidos de bombas juninas, tudo para impedir as orações e os cânticos dos fiéis*" (**RJDTACRIM**, vol. 6/128).

Também incide no art. 208 do Código Penal **aquele** que, **objetivando impedir** a realização de casamento **em templo religioso**, **perturba** a cerimônia e a prática desse ato, **tumultuando**, **desorganizando e alterando** o seu regular desenvolvimento, **vindo a forçar** o celebrante de abreviar a realização da cerimônia (**RT** 533/349).

Vale mencionar que, *mesmo cerimônias completamente divorciadas das crenças religiosas tradicionais* prevalecentes na coletividade, **como as práticas rituais e culturais indígenas**, quando objeto de escárnio, de vilipêndio, de perturbação ou de impedimento, **merecem igual proteção** da legislação penal, **consoante estabelece** o próprio Estatuto do Índio em seu art. 58, inciso I.

De outro lado, a casuística jurisprudencial **registra as diversas situações** em que se reconheceu incidir, *em defesa do sentimento religioso*, a norma penal em questão (**CP**, art. 208):

> "***Interrupção de culto na Igreja Pentecostal no momento em que, pelo alto-falante, se anunciava que uma criança iria ressuscitar naquele local*** – '***Foi abusivo*** *o ato do réu, que,* ***não compreendendo*** *o sentido da cerimônia e da conclamação do povo ao culto,* ***com inspiração em conhecida passagem*** *do Evangelho,* ***desbordou*** *para o escândalo,* ***vociferando*** *em público, de maneira a interromper o ato que se realizava no templo repleto de fiéis.* ***Desrespeitou*** *a garantia constitucional do livre exercício do culto*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

*religioso e sua liturgia. Podem os dirigentes da Igreja ter exagerado na forma de atrair as pessoas à celebração do culto daquele dia, excitando-lhe a curiosidade com a anunciada ressurreição de uma criança. **Nem por isso, todavia, poderia o réu arvorar-se em censor da atividade religiosa, interromper aquela solenidade**.*"

(**TACRIM/SP**, **AC 534.549-2**, Rel. Juiz FÁBIO DE ARAÚJO – **grifei**)

"***Efetuar disparos de arma de fogo diante da capela** em que o sacerdote **proferia o sermão** da missa, **perturbando**, deste modo, **o culto**, configura o delito do art. 208 do CP, **que exige** apenas o dolo eventual.*"

(**RT 419/293**, Rel. Juiz CUNHA CAMARGO – **grifei**)

"***Para a configuração do crime do art. 208 do CP**, é necessário que o escárnio seja dirigido a determinada pessoa, **sendo que a assertiva** de que determinadas religiões **traduzem** 'possessões demoníacas' ou 'espíritos imundos', **espelham tão-somente**, **posição ideológica**, **dogmática**, de crença religiosa, **não tipificando** o crime de vilipêndio, ou ultraje a culto.*"

(**RJD/TACRIM-SP**, vol. 23/374, Rel. Juiz RÉGIO BARBOSA – **grifei**)

"***O agente que**, embriagado, **ingressa** na igreja, **profere** impropérios, **empurra** os fiéis **e ofende o pastor** que preside o culto, **incide** na sanção do art. 208 do CP.*"

(**RTJE**, vol. 140/273, Rel. Juiz XAVIER DE AQUINO – **grifei**)

"***Pratica** o delito do art. 208 do CP **quem**, voluntária e injustamente, **coloca em sobressalto** a tranqüilidade dos fiéis ou do oficiante, **ao perturbar** cerimônia de culto religioso.*"

(**RT 405/291**, Rel. Juiz LAURO MALHEIROS – **grifei**)

Sabemos todos, Senhor Presidente, **que o advento** da proclamação da República **importou em ruptura** de antiga tradição que, **oriunda** de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

nosso passado colonial, **prevaleceu** no Brasil **desde** o seu Descobrimento até a instauração da nova ordem política em 15 de novembro de 1889 **e que consagrava**, *entre nós*, **o catolicismo** *como religião oficial do Estado*.

Essa situação **prolongou-se** durante o período colonial, **como se vê** da legislação reinol **e**, *sobretudo*, das Ordenações do Reino (*Afonsinas*, *Manuelinas* **e** *Filipinas*), **subsistindo na fase** da dominação espanhola (1580/1640) **e projetando-se** até a instituição do Brasil como Reino Unido ao de Portugal e Algarves (1815).

Com a independência nacional, o Brasil **manteve** a sua condição *de Estado confessional*, **pois** a Carta Política de 25/03/1824 **proclamava**, em seu art. 5º, que "***A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império***. *Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de Templo*", **estabelecendo**, *ainda*, que "***Ninguém pode ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado*** *(…)*" (art. 179, n. V – **grifei**).

Com a República, no entanto, *como anteriormente assinalado*, **sobreveio a ruptura** preconizada pelos positivistas, **cujo suporte legitimador** apoiou-se *no Decreto nº 119-A, de 07/01/1890*, **editado** pelo Governo Provisório, **que aprovou** o projeto **elaborado** por Ruy Barbosa **e** Demetrio Nunes Ribeiro.

Em decorrência desse ato, **operou-se** uma rígida, formal e orgânica separação entre Igreja e Estado, **afastando** da jovem República brasileira *a nota de confessionalidade* **que caracterizara**, *até então*, o Estado no Brasil, **que passou a ostentar o perfil** *de Estado verdadeiramente laico*, **como se pode ver**, *p. ex.*, **do Decreto** nº 181, de 24/01/1890, **cujo texto veio a reconhecer** *como juridicamente válido*, *de forma absolutamente inovadora*, **apenas** o casamento civil.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Vê-se, *portanto*, **que é na República** que se situa o marco histórico-temporal **consagrador** *do princípio básico da laicidade estatal*, de cuja incidência **derivam**, *pelo menos*, **três consequências** *de fundamental importância*: (**a**) **a separação** orgânica entre Igreja e Estado, **a propiciar** uma nítida linha divisória **entre** *a esfera secular ou temporal*, de um lado, **e** *o domínio espiritual*, de outro; (**b**) **a neutralidade** axiológica do Estado em matéria confessional, **a significar** que o Poder Público **não tem** preferência **nem** aversão *a qualquer* denominação religiosa; **e** (**c**) **o respeito incondicional** à liberdade religiosa, cuja prática **não** pode sofrer interferência do aparelho de Estado, **seja** para favorecer **aquele que a exerce ou aquele que opta por não professar** religião alguma, **seja**, *ainda*, para prejudicá-los.

Ninguém desconhece *que o caráter confessional do Estado monárquico brasileiro*, com seus consectários de ordem institucional, **como o direito** de Padroado, **o beneplácito** régio **e o recurso** à Coroa, **culminaria** *por tornar inevitáveis os conflitos* **entre** a Igreja Católica Romana **e** o Trono Imperial, **como sucedeu** no contexto **da conhecida** *Questão Religiosa* **ou** *Questão Episcopo-Maçônica* (1872-1875), **sem se falar**, como relembra JOÃO CAMILLO DE OLIVEIRA TÔRRES ("**A Democracia Coroada**", p. 403, 2ª ed., 1964, Vozes), **da supressão** do noviciado nas Ordens Religiosas **e das tentativas cismáticas e das propostas regalistas** do Padre Diogo Antônio Feijó, **que sustentava** *a legitimidade da interferência do poder civil em assuntos eclesiásticos*, **tanto que tal comportamento político** deu origem, *no Período Regencial*, **notadamente** entre 1831 e 1834, *à crise da Questão Clerical*, **que consistiu** *na proposta de abolição do celibato sacerdotal*.

Na base desses conflitos **estava a tentativa de submeter**, *ao poder secular do Estado*, **o exercício** dos direitos eclesiásticos **titularizados** pela Igreja Romana. **Esse fato vem corroborado** em cartas particulares **dirigidas** por Bispos diocesanos ao Imperador, **nas quais são relatadas** "*ingerências descabidas de autoridades civis na vida eclesiástica*", **sempre com**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

o objetivo de subordinar a Igreja ao Estado, **tanto que houve** tentativas, **como aquela empreendida** por Bernardo Pereira de Vasconcelos, "*em seus dias veementes de líder oposicionista no Primeiro Reinado*", **de instituir**, *no Estado monárquico brasileiro*, uma Igreja **estruturada** segundo as concepções **regalistas** de poder, **em clara demonstração** de "*nacionalismo religioso*".

Esse quadro histórico **revela-nos** *a alta inconveniência* **de adotar-se** determinada religião **como sendo** a religião de um particular Estado nacional. **É que a confessionalidade** do Estado **acaba por suprimir** a independência necessária de que deve gozar a Igreja, *qualquer que seja a denominação religiosa que ela represente*. **Quando Campos Salles**, *em sua condição de Presidente-eleito do Brasil*, **visitou** a Santa Sé, *em agosto de 1898*, **manteve encontro formal** com o Papa Leão XIII. **Conforme relata** TOBIAS MONTEIRO ("**O Presidente Campos Salles na Europa**", p. 144, Itatiaia/EDUSP), o Romano Pontífice, **dirigindo-se** a Campos Salles, "*encareceu as vantagens por ela* [Igreja Católica] *conquistadas entre nós* ***depois*** *da Proclamação da República*", **em uma clara** (e diplomática) **referência ao grave conflito** que irrompera, *havia pouco mais de um quarto de século*, **entre** o Império do Brasil **e** a Igreja Católica Apostólica Romana.

Torna-se importante reconhecer, *bem por isso*, **a essencial necessidade** de se estabelecerem espaços de independente atuação, **sem** recíprocas interferências, **entre** a Igreja **e** o Estado, **criando-se** o que Thomas Jefferson, **já Presidente** dos Estados Unidos da América, **em carta dirigida** à Congregação da Igreja Batista, em Danbury, no Estado de Connecticut, em 01 de janeiro de 1802, **denominara** "*a wall of separation between Church and State*", **demonstrando**, *assim*, a nítida percepção **de que a separação formal** (**e efetiva**) **entre** Igreja **e** Estado **constitui pressuposto necessário** à realização de um duplo e fundamental objetivo: *de um lado*, **impedir** que o poder do Estado venha a interferir no direito ao livre exercício dos cultos religiosos, **quaisquer** que sejam, **transgredindo**, *desse modo*, **a prática** da liberdade religiosa; **e**, *de outro*, **obstar** que grupos religiosos, **inclusive facções** fundamentalistas, **intervindo** no

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

desempenho das funções governamentais, **venham a apropriar-se** do aparelho estatal, **submetendo-o** aos desígnios de uma dada confissão religiosa.

Quando os Fundadores da República, *no Brasil*, **conceberam** essa forma de Governo, **preocuparam-se**, *desde logo*, **ao viabilizarem** as novas conquistas **e** avanços, **em implementar** *a separação institucional entre Igreja e Estado* (**Decreto** nº 119-A/1890), **que se consolidou**, *em momento posterior*, **com a promulgação** da Constituição republicana de 1891, **que veio a consagrar**, *de maneira bastante expressiva*, **o princípio da laicidade estatal**.

Cabe advertir, *no entanto*, **que a fórmula constitucional** *da laicidade do Estado* **não significa** que o Estado republicano brasileiro **tornou-se** *um Estado ateu*, **nem sequer anticlerical**, **valendo rememorar**, *no ponto*, **a correta observação** de JOÃO CAMILLO DE OLIVEIRA TÔRRES ("**A Democracia Coroada**", p. 405, 2ª ed., 1964, Vozes), **para quem** *"A Constituição de 1891 escapou de ser nitidamente anticlerical, para ser, apenas, laica. Tolerava-se, mas não se combatia frontalmente a religião*".

Na realidade, esse mesmo autor **reconhece** *como um dos efeitos positivos* **resultantes** *da separação formal entre a Igreja e o Estado* a emancipação da instituição religiosa **em face** do Poder Público, **pois**, "*se a Igreja foi despojada de tudo, ficou, ao mesmo tempo, livre dos empecilhos que a dependência do poder temporal acarreta*" ("***op. loc. cit.***").

Essa rígida separação – existente **sob a égide** da Constituição de 1891 (**que determinava**, em seu art. 72, § 6º, **fosse** "*leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos*") – **sofreu** *significativo abrandamento* **motivado** por pressão da Igreja Católica, **que obteve** *solução de compromisso* **consubstanciada** *em verdadeira fórmula transacional* **acolhida** e **formalmente positivada** pela Constituição republicana de 1934, que, *entre as várias aproximações estabelecidas entre Igreja e Estado*, **contemplou**, em seu art. 153, **a possibilidade** do ensino religioso, de frequência

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

facultativa, **ministrado segundo** os princípios da confissão religiosa do aluno, nas escolas públicas primárias, secundárias, normais **e** profissionais, **tanto quanto** conferiu eficácia jurídico-civil ao "*casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa (…)*" (**CF/1891**, art. 146).

A consagração constitucional *do Estado laico* **traduz** decisivo fator **para o exercício** da liberdade religiosa, **que representa**, *no quadro das liberdades fundamentais*, **projeção concretizadora** do direito à livre manifestação de ideias e de convicções, **tudo a revelar a importância** *da laicidade do Estado* **e a indispensabilidade** *de sua neutralidade axiológica* **em relação** *a qualquer* denominação confessional.

A solução de consenso *que prevaleceu* em 1934 **ainda subsiste**, *de certo modo*, **sob a égide da vigente** Constituição republicana, que, **embora mantendo** – *como se impõe* – **a separação formal** entre Igreja e Estado (**CF**, art. 19, I), **não se revela** *anticlerical* **nem hostil** *a qualquer denominação religiosa*, **seja ela** *cristã*, *não cristã* **ou**, até mesmo, *pagã*, **pois consagra** a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença (**CF**, art. 5º, VI), **garante** o livre exercício dos cultos religiosos (**CF**, art. 5º, VI), **assegura** a proteção aos locais de culto **e** às práticas litúrgicas (**CF**, art. 5º, VI), **estabelece** que ninguém será privado de seus direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, **salvo se as invocar** para eximir-se de obrigação legal **a todos** imposta (**CF**, art. 5º, VIII), **impede** que aquele que alega objeção de consciência sofra privação de sua cidadania, **desde que desempenhe** *prestação civil alternativa* (**CF**, art. 143, § 1º), **concede** imunidade tributária *aos templos de qualquer culto*, **assim neutralizando** *eventual* tentativa do Poder Público de valer-se, **mediante** manipulação de sua competência impositiva, **de medidas** *que impliquem censura fiscal lesiva à liberdade religiosa* (**CF**, art. 150, VI, "**b**"), **permite** a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares *de internação coletiva* (**CF**, art. 5º, VII) **e atribui** eficácia jurídico-civil ao casamento religioso (**CF**, art. 226, § 2º).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Uma das dimensões em que se projeta *o princípio da laicidade* estatal **reside na observância**, *pelo Poder Público*, **de seu dever de neutralidade axiológica** *em matéria confessional*, **a significar** que o Estado **não pode** estabelecer **ou** subvencionar cultos religiosos, **ou**, *ainda*, **embaraçar-lhes** o exercício, **como igualmente não pode nem deve manifestar** preferência **ou revelar** repulsa *a qualquer* organização ou denominação religiosa.

O saudoso Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, **ao proferir voto vencido** nesta Suprema Corte em 17/11/1949, **no julgamento do MS 1.114/DF**, Rel. Min. LAFAYETTE DE ANDRADA, **no qual se discutiu a legitimidade constitucional** de intervenção do Presidente da República **nas práticas litúrgicas** *da cismática Igreja Católica Apostólica Brasileira*, **após repudiar** a possibilidade de ingerência da autoridade civil **na esfera de celebração religiosa** de determinada organização confessional, **impondo-lhe indevidas restrições** *quanto à utilização de vestimentas, de manifestações externas* **e** *de celebrações rituais*, **deixou consignadas**, *em seu magistral pronunciamento*, **algumas advertências** *que cumpre não ignorar*:

> "(…) ***parece-me que o poder civil, o poder temporal, infringiu, frontalmente, o princípio básico de toda a política republicana, que é a liberdade de crença***, *da qual decorreu, como conseqüência lógica e necessária, a separação da Igreja e do Estado.*
>
> ***Reclamada essa separação pela liberdade de crença, dela resultou***, *necessariamente,* ***a liberdade de exercício de culto***.
>
> ***Devemos estes grandes princípios*** *à obra benemérita de Demétrio Ribeiro,* ***de cujo projeto surgiu***, *em 7 de janeiro de 1890,* ***o sempre memorável ato*** *que separou, no Brasil, a Igreja do Estado.*
>
> ***É de se salientar***, *aliás,* ***que a situação da Igreja Católica Apostólica Romana, separada*** *do Estado,* ***se tornou muito melhor***. ***Cresceu ela, ganhou*** *prestígio,* ***graças à emancipação do regalismo que a subjugava*** *durante o Império.* ***Foi durante o Império*** *que se proibiu a entrada de noviços nas ordens religiosas;* ***foi durante o Império*** *que se verificou a luta entre maçons e católicos,*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> ***de que resultou a deplorável prisão*** *dos Bispos D. Vital Maria Gonçalves de Oliveira e D. Macedo Costa, bispos de Olinda e do Pará;* ***foi durante o Império*** *que prevaleceu a legislação de mão morta.*
>
> ***Com a República****,* ***o prestígio da Igreja Católica cresceu****, como todos reconhecemos.*
>
> ***Deve-se*** *(…)* ***atribuir****, como glória da Igreja Católica Apostólica Romana,* ***o ter-se ela batido pela separação*** *da Igreja do Estado,* ***o princípio civil*** *da separação da Igreja do Estado.* ***O princípio civil*** *da separação da Igreja do Estado* ***foi o princípio*** *que a Igreja Católica* ***defendeu*** *nos seus começos,* ***talvez contrariado*** *na teocracia católico-feudal da Idade Média.* ***Mas não há dúvida*** *em que a separação da Igreja e do Estado,* ***pela qual se bateu*** *a própria Igreja Católica,* ***e que é a base política republicana****,* ***só concorreu*** *para que ela crescesse de prestígio.*
>
> *….*
>
> ***Proíbe****, em conseguinte,* ***a Constituição que o poder temporal embarace*** *o exercício* ***de qualquer*** *culto religioso. (…).*
>
> *….*
>
> ***É este princípio fundamental da política republicana****,* ***este princípio da liberdade de crenças****,* ***que reclama a separação*** *da Igreja do Estado* ***e que importa****, necessariamente* ***na liberdade*** *do exercício do culto; (…).*" (**grifei**)

Todos sabemos que a laicidade traduz, *desde 1890*, **um postulado essencial** da organização institucional do Estado brasileiro, **representando**, *nesse contexto*, **uma decisão política fundamental** adotada pelos Fundadores da República, **cuja opção** – consideradas as circunstâncias históricas **então** presentes – **teve em perspectiva**, *como anteriormente já referido*, a desgastante experiência **proporcionada** pela Carta Política do Império do Brasil, **notadamente** aquela **resultante** *do gravíssimo conflito* que se instaurou **entre** o Estado monárquico brasileiro **e** a Igreja Católica Romana, **a conhecida** *Questão Religiosa* **ou** *controvérsia episcopo-maçônica* (1872-1875), **que opôs** o trono imperial ao altar católico.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

A laicidade do Estado, *enquanto princípio fundamental da ordem constitucional brasileira*, **que impõe** a separação entre Igreja e Estado, **não só reconhece**, *a todos*, **a liberdade de religião** (**consistente** no direito de professar **ou** de não professar *qualquer* confissão religiosa), **como assegura** *absoluta igualdade dos cidadãos* **em matéria** de crença, **garantindo**, *ainda*, às pessoas *plena liberdade de consciência e de culto*.

O conteúdo material da liberdade religiosa – **que se qualifica** *como direito fundamental do indivíduo* – **compreende**, *na abrangência de seu significado*, entre outras prerrogativas essenciais, **a liberdade** de crença (**que traduz** uma das projeções da liberdade de consciência), **a liberdade** de culto, **a liberdade** de organização religiosa, **a liberdade** de fazer proselitismo, **a liberdade** de não aderir a religião alguma, **a liberdade** de alterar suas preferências confessionais, **a liberdade** de não sofrer qualquer restrição de ordem jurídica em virtude de suas convicções religiosas **e a liberdade** de ver-se respeitado, em sua esfera de autonomia pessoal, pelo Poder Público, quanto às opções religiosas que fizer, **valores esses** que representam elementos necessários **à própria** configuração da ideia de democracia, **cuja noção se alimenta**, *continuamente*, **do respeito ao pluralismo**.

Torna-se importante registrar, *no ponto*, **o tratamento normativo**, *inquestionavelmente liberal*, que Portugal **dispensou** *à liberdade religiosa*, **como se vê da Lei nº 16**, de 22/06/2001, que, **ao assegurar**, *em plenitude*, **o exercício** dos direitos individuais **e** coletivos *em matéria confessional*, **definiu**, *em caráter não taxativo*, **o conteúdo** da liberdade religiosa, **distinguindo**, *sob tal perspectiva*, **entre** *o conteúdo positivo* **e** *o conteúdo negativo* dessa fundamental prerrogativa de ordem jurídico-constitucional **garantida** *a todos* os cidadãos, **sem** exceção.

Esse diploma legislativo, **ao enunciar**, *em bases meramente exemplificativas*, **o conteúdo positivo** da liberdade religiosa, **assim dispôs**:

"Artigo 8º

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Conteúdo da liberdade de consciência, de religião e de culto

A liberdade de consciência, de religião e de culto compreende o direito de:

a) Ter*, não ter e deixar de ter religião;*

b) Escolher *livremente, mudar ou abandonar a própria crença religiosa;*

c) Praticar *ou não praticar os actos do culto, particular ou público, próprios da religião professada;*

d) Professar *a própria crença religiosa, procurar para ela novos crentes, exprimir e divulgar livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento em matéria religiosa;*

e) Informar *e se informar sobre religião, aprender e ensinar religião;*

f) Reunir-se*, manifestar-se e associar-se com outros de acordo com as próprias convicções em matéria religiosa, sem outros limites além dos previstos nos artigos 45º e 46º da Constituição;*

g) Agir *ou não agir em conformidade com as normas da religião professada, no respeito pelos direitos humanos e pela lei;*

h) Escolher *para os filhos os nomes próprios da onomástica religiosa da religião professada;*

i) Produzir *obras científicas, literárias e artísticas em matéria de religião.*" (**grifei**)

De outro lado, **o conteúdo negativo** da liberdade religiosa, **tal como delineado** por referida legislação, **compreende** *importantes restrições* estabelecidas **em favor** da pessoa, **em ordem a protegê-la** *contra indevidas interferências* na esfera íntima de sua própria individualidade:

"***Artigo 9º***

Conteúdo negativo da liberdade religiosa

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> ***1 — Ninguém pode**:*
>
> ***a) Ser obrigado** a professar uma crença religiosa, a praticar ou a assistir a actos de culto, a receber assistência religiosa ou propaganda em matéria religiosa;*
>
> ***b) 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;*
>
> ***c) Ser perguntado** por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou prática religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder;*
>
> ***d) Ser obrigado** a prestar juramento religioso.*" (**grifei**)

Nesse contexto, *e considerado o delineamento constitucional da matéria em nosso sistema jurídico*, **impõe-se**, como elemento **viabilizador** da liberdade religiosa, **a separação institucional** entre Estado **e** Igreja, **a significar**, *portanto*, que, **no Estado laico**, *como o é o Estado brasileiro*, **haverá**, *sempre*, uma clara **e** precisa **demarcação** de domínios próprios de atuação **e** de incidência do poder civil (**ou** secular) **e** do poder religioso (**ou** espiritual), **de tal modo** que a escolha, ou não, de uma fé religiosa revele-se questão de ordem **estritamente** privada, **vedada**, no ponto, **qualquer** interferência estatal, **proibido**, *ainda*, ao Estado **o exercício** de sua atividade **com apoio** em princípios teológicos, **ou** em razões de ordem confessional, **ou**, ainda, em artigos de fé, **sendo irrelevante** – em face **da exigência constitucional** de laicidade do Estado – **que se trate** de dogmas **consagrados** por determinada religião **considerada hegemônica** no meio social, **sob pena** de concepções de certa denominação religiosa **transformarem-se**, *inconstitucionalmente*, **em critério definidor** das decisões estatais **e** da formulação e execução de políticas governamentais.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

O fato irrecusável é que, **nesta** República laica, **fundada** em bases democráticas, **o Direito não se submete** à religião, **e** as autoridades incumbidas de aplicá-lo **devem despojar-se** *de pré-compreensões* em matéria confessional, **em ordem a não fazer repercutir**, sobre o processo de poder, **quando** no exercício de suas funções (**qualquer** que seja o domínio de sua incidência), **as suas próprias** convicções religiosas.

Vale referir, *bem por isso*, **o preciso magistério** de DANIEL SARMENTO ("**Legalização do Aborto e Constituição**", "*in*" "Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos", p. 03/51 e p. 26/27, 2007, Lumen Juris):

> "***A Constituição de 88 não se limitou a proclamar***, *como direito fundamental,* ***a liberdade de religião*** *(art. 5º, inciso VI).* ***Ela foi além***, ***consagrando***, *no seu art. 19, inciso I,* ***o princípio da laicidade do Estado***, ***que impõe*** *aos poderes públicos* ***uma posição de absoluta neutralidade*** *em relação às diversas concepções religiosas. (…).*
>
> ***A laicidade do Estado***, *levada a sério,* ***não se esgota na vedação*** *de adoção explícita pelo governo de determinada religião,* ***nem tampouco na proibição*** *de apoio ou privilégio público a qualquer confissão.* ***Ela vai além***, ***e envolve*** *a pretensão republicana de delimitar espaços próprios* ***e*** *inconfundíveis para o poder político* ***e*** *para a fé.* ***No Estado laico***, ***a fé é questão privada***. ***Já o poder político***, *exercido pelo Estado na esfera pública,* ***deve basear-se em razões igualmente públicas – ou seja***, *em razões cuja possibilidade de aceitação pelo público em geral* ***independa*** *de convicções religiosas* ***ou*** *metafísicas particulares.* ***A laicidade do Estado não se compadece com o exercício da autoridade pública com fundamento em dogmas de fé – ainda que professados*** *pela religião majoritária –,* ***pois ela impõe*** *aos poderes estatais uma postura de imparcialidade* ***e*** *eqüidistância* ***em relação*** *às diferentes crenças religiosas, cosmovisões e concepções morais que lhes são subjacentes.*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> ***Com efeito***, ***uma das características essenciais das sociedades contemporâneas é o pluralismo***. *Dentro de um mesmo Estado,* ***existem*** *pessoas que* ***abraçam*** *religiões diferentes –* ***ou que não adotam nenhuma*** *–;* ***que professam*** *ideologias distintas;* ***que têm concepções*** *morais filosóficas díspares* ***ou*** *até antagônicas.* ***E****,* ***hoje****,* ***entende-se que o Estado deve respeitar*** *estas escolhas e orientações de vida,* ***não lhe sendo permitido*** *usar do seu aparato repressivo,* ***nem mesmo*** *do seu poder simbólico,* ***para coagir*** *o cidadão* ***a adequar*** *sua conduta às concepções hegemônicas na sociedade,* ***nem tampouco para estigmatizar*** *os 'outsiders'.*
>
> ***Como expressou*** *a Corte Constitucional alemã,* ***na decisão*** *em que considerou inconstitucional* ***a colocação de crucifixos*** *em salas de aula de escolas públicas, 'um Estado no qual membros de várias ou até conflituosas convicções religiosas ou ideológicas devam viver juntos só pode garantir a coexistência pacífica se se mantiver neutro em matéria de crença religiosa (…). A força numérica ou importância social da comunidade religiosa não tem qualquer relevância.'.*
>
> *(…)* ***O princípio majoritário*** *(…)* ***não é outra coisa senão a transplantação para o cenário político-institucional da idéia de intrínseca igualdade entre os indivíduos****.* ***Mas as pessoas só são tratadas como iguais quando o Estado demonstra por elas o mesmo respeito e consideração****. E não há respeito e consideração quando se busca impingir determinado comportamento ao cidadão não por razões públicas, que ele possa aceitar através de um juízo racional, mas por motivações ligadas a alguma doutrina religiosa ou filosófica com a qual ele não comungue nem tenha de comungar."* (**grifei**)

Em matéria confessional, *portanto*, o Estado brasileiro **há de manter-se** *em posição de estrita neutralidade axiológica*, **em ordem a preservar**, *em favor dos cidadãos*, **a integridade** do seu direito fundamental à liberdade religiosa.

O Estado não tem – *nem pode ter* – **interesses confessionais**. Ao Estado **é indiferente** o conteúdo **das ideias religiosas** que eventualmente venham a circular **e** a ser pregadas por **qualquer** grupo confessional, **mesmo porque não é lícito** ao Poder Público interditá-las **ou** censurá-las,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

sem incorrer, caso assim venha a agir, **em inaceitável** interferência em domínio **naturalmente** estranho às atividades estatais.

É por essa razão, Senhor Presidente, **que cabe destacar a relevantíssima** circunstância de que, **no contexto** de uma sociedade **fundada** em bases democráticas, **torna-se imperioso reconhecer** *que temas de caráter teológico* **ou** *concepções de índole filosófica* – **que busquem** atribuir densidade teórica a ideias propagadas pelos seguidores **de qualquer** fé religiosa – **estão**, *necessariamente*, **fora do alcance** do poder censório do Estado, **sob pena** de gravíssima **frustração e aniquilação** da liberdade constitucional de crença **e** de disseminação (**sempre legítima**) das mensagens **inerentes** às doutrinas confessionais em geral.

Relembro, *neste ponto*, **o que disse logo no início** deste voto: **a separação constitucional** entre Estado e Igreja, **além de impedir** que o Poder Público *tenha preferência* **ou** *guarde hostilidade* **em relação a qualquer** denominação religiosa, **objetiva resguardar** 2 (duas) posições **que se revestem** de absoluta importância: (**1**) **assegurar**, *de um lado*, aos cidadãos, a liberdade religiosa **e** a prática de seu exercício, **e** (**2**) **obstar**, *de outro*, que grupos fundamentalistas **se apropriem** do aparelho de Estado, **para**, com apoio em convicções **ou** em razões de ordem confessional, **impor** *aos demais cidadãos* **a observância** de princípios teológicos e de diretrizes religiosas.

Note-se, *por necessário*, que **este** Supremo Tribunal Federal **deve sustentar** o seu julgamento em razões *eminentemente não religiosas*, **considerada** a realidade de que o Estado brasileiro, **fundado** no pluralismo de ideias **e apoiado** em bases democráticas, **qualifica-se** como uma República **essencialmente** laica **e não** confessional, **para que não se repita**, *uma vez mais*, **o gravíssimo** erro histórico **em que incidiu**, em 1633, o Tribunal do Santo Ofício, **que constrangeu** Galileu Galilei ("*eppur si muove!*"), **sob pena** de condenação à morte na fogueira, **a repudiar** as suas afirmações (cientificamente corretas) **a propósito** do sistema heliocêntrico, **reputadas incompatíveis** com a Bíblia pelas autoridades **e** teólogos da Igreja de Roma.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

É importante assinalar, *nesse ponto*, **as reflexões** que BARUCH DE ESPINOSA **expôs** em seu "**Tratado Teológico-Político**" (2ª ed., 2008, Martins Fontes), "*um livro forjado no inferno*", **segundo** um de seus críticos, **que constitui**, *no entanto*, **a despeito** *das inúmeras objeções contra ele feitas*, **um dos textos filosóficos** *mais relevantes e influentes* na história do pensamento ocidental, **a ponto** de a comunidade hebraica de Amsterdam havê-lo anatematizado, **impondo-lhe** *o* "*herem*".

Com efeito, ESPINOSA, cuja vida foi **inteiramente** dedicada, *no plano filosófico*, **ao exame** da questão fundamental da liberdade humana, **jamais se despojou** de seu espírito crítico, **havendo sido punido**, pela Sinagoga Portuguesa de Amsterdam, *como salientado*, **com a sanção** *do* "*herem*", **vale dizer**, com a exclusão da comunidade hebraica daquela cidade **por razões** que claramente se apoiavam *em lamentável juízo de intolerância*, **que considerou heréticos**, tanto o pensamento antagônico quanto as lições desse filósofo holandês, **que assinalava**, *em suas reflexões teóricas*, que a narrativa contida na Bíblia **deveria expor-se**, *como qualquer outro livro*, à crítica histórica, pelo fato, *segundo ele*, de a Bíblia constituir "*uma obra metafórico-alegórica que não pede leitura racional (…)*".

E tudo isso porque ESPINOSA, cujo pensamento filosófico **exaltava** a liberdade individual, **especialmente** em matéria religiosa, **procedeu**, *nessa única obra publicada em vida*, **à defesa incondicional** da liberdade de expressão, **o que levou estudiosos** de suas ideias a reconhecer, em seu "*Tratado Teológico-Político*", **que esse livro consubstanciava**, verdadeiramente, "*um elogio da tolerância e uma apologia da democracia*".

Na visão filosófica de ESPINOSA, **tornava-se claro** que assuntos de teologia e questões de Estado revelavam-se matérias **que não deveriam confundir-se**, pois tinha ele, *por incontestável*, **que nem a teologia** deveria

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

subordinar-se à razão de Estado **nem esta** ao pensamento teológico, **mesmo porque** as convicções no domínio religioso **pertencem**, *exclusivamente*, **ao plano** da razão individual **e** ao foro íntimo *de cada ser humano*, **que é**, *no âmbito da religião*, **a suprema autoridade**.

A necessária delimitação **entre a esfera religiosa**, *que concerne ao espírito*, **e o domínio secular**, *que é regido pelo Estado*, **constitui** fator, *por excelência*, da liberdade humana, **pois** – adverte ESPINOSA nessa obra escrita **em pleno** século XVII –, "*o verdadeiro fim do Estado é (…) a liberdade*" ("*op. cit.*", cap. XX, p. 302).

Inquestionável, *desse modo*, **que o Estado – quando busca impor** o predomínio de uma dada religião **ou quando pretende restringir** os direitos de quem professa (**ou deixa** de professar) determinada fé religiosa, **instituindo** medidas de repressão **ou** de discriminação contra aqueles que exercem as prerrogativas **inerentes** à liberdade religiosa – **revela**, *em toda a sua onipotência*, **a face intolerante** que as modernas Constituições de Estados democráticos **repudiam**, *certamente atentas* a uma advertência **que**, **atravessando** os séculos **e apoiada** no pensamento filosófico de ESPINOSA – **que põe ênfase** na questão da liberdade humana **e que exalta** a virtude da tolerância –, **reconhece** os perigos **resultantes** do extravasamento, *pela teologia*, dos limites que a circunscrevem, **projetando-a** *sobre domínios a ela estranhos*, **com o propósito de controle** das instituições seculares **e**, *por consequência*, **de subjugação** do espírito que anima **e** alimenta o direito inalienável de ser *essencialmente* livre.

Cabe reconhecer, em suma, *desse modo*, **que os postulados** *da igualdade* **e** *da dignidade pessoal* dos seres humanos **constituem limitações externas** à liberdade de expressão, **que não pode**, *e não deve*, **ser exercida** *com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas* **tendentes a fomentar e a estimular** *situações de intolerância e de ódio público*.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

16. ***Democracia constitucional*, *proteção*** *dos grupos vulneráveis* ***e função contramajoritária*** *do Supremo Tribunal Federal no exercício de sua jurisdição constitucional*

Cabe registrar, *por necessário*, **que este julgamento reflete**, *com absoluta fidelidade*, **a função contramajoritária** que *ao Supremo Tribunal Federal* **incumbe desempenhar** no âmbito do Estado Democrático de Direito, **em ordem a conferir** *efetiva proteção às minorias*.

Trata-se, *na realidade*, **de tema** que, *intimamente associado* ao debate constitucional **suscitado** nesta causa, **concerne** ao *relevantíssimo* papel que compete a esta Suprema Corte exercer **no plano** da *jurisdição das liberdades*: o de órgão **investido** do poder **e** da responsabilidade institucional **de proteger** *as minorias* **contra** *eventuais* excessos *da maioria* **ou**, *ainda*, **contra** omissões que, **imputáveis** *aos grupos majoritários*, tornem-se lesivas, **em face** da inércia do Estado, **aos direitos** daqueles **que sofrem** *os efeitos perversos* do preconceito, da discriminação **e** da exclusão jurídica.

Esse particular aspecto da questão **põe em relevo** *a função contramajoritária* do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, **considerada** a circunstância de que as pessoas transgêneros **representam** parcela minoritária da população.

O Poder Legislativo, *certamente influenciado* por valores **e** sentimentos **manifestados** *por grupos confessionais*, tem-se mostrado **infenso**, *nesse tema específico*, **à necessidade** de adequação do ordenamento nacional **a essa realidade emergente** das práticas e costumes sociais.

Tal situação **culmina** por gerar um quadro *de* (*inaceitável*) *submissão* de grupos minoritários **à vontade hegemônica** da maioria, **o que compromete**, *gravemente*, por reduzi-lo, **o próprio** *coeficiente de legitimidade democrática* da instituição parlamentar, **pois**, *ninguém o ignora*, o regime democrático **não** tolera **nem** admite a opressão *da minoria* por grupos majoritários.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

É evidente que o *princípio majoritário* **desempenha** importante papel no processo decisório **que se desenvolve** no âmbito das instâncias governamentais, **mas não pode legitimar**, *na perspectiva de uma concepção material* de democracia constitucional, **a supressão**, **a frustração e a aniquilação** de direitos fundamentais, **como** o livre exercício da igualdade **e** da liberdade, **sob pena** de descaracterização **da própria essência** que qualifica o Estado Democrático de Direito.

Cumpre enfatizar, *presentes tais razões*, que o Supremo Tribunal Federal, **no desempenho** da jurisdição constitucional, **tem proferido**, *muitas vezes*, **decisões** *de caráter nitidamente contramajoritário*, **em clara demonstração** de que os julgamentos desta Corte Suprema, *quando assim proferidos*, **objetivam preservar**, em gesto **de fiel** execução dos mandamentos constitucionais, **a intangibilidade** de direitos, interesses **e** valores **que identificam** *os grupos minoritários* **expostos** *a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política*, **que**, *por efeito de tal condição*, **tornam-se objeto** de intolerância, de perseguição, de discriminação **e** de injusta exclusão.

Na realidade, **o tema da preservação e do reconhecimento** *dos direitos das minorias* **deve compor**, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, *a agenda* desta Corte Suprema, **incumbida**, *por efeito* de sua destinação institucional, **de velar pela supremacia** da Constituição **e de zelar pelo respeito** aos direitos, *inclusive de grupos minoritários*, que encontram fundamento legitimador **no próprio** estatuto constitucional.

Com efeito, *a necessidade de assegurar-se*, em nosso sistema jurídico, **proteção** *às minorias* **e** *aos grupos vulneráveis* **qualifica-se**, *na verdade*, **como fundamento imprescindível** *à plena legitimação material* do Estado Democrático de Direito.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

É por isso *que tenho por inteiramente procedentes* **as observações** que fez, **em precisa abordagem** do tema, *o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual* no julgamento **da ADI 4.277/DF**:

> "***O papel*** *desempenhado pelos direitos fundamentais* ***na restrição*** *da soberania popular* ***decorre da limitação*** *imposta pelo princípio do Estado de direito,* ***que não admite*** *a existência de poderes absolutos,* ***nem mesmo*** *o da soberania popular, e do fato de que uma dimensão formal de democracia* ***não está habilitada*** *para proteger efetivamente o funcionamento democrático do Estado.*
>
> ***Portanto****, da mesma forma* ***que se veda à maioria*** *que faça determinadas escolhas –* ***suprimindo*** *direitos necessários à participação política de determinados cidadãos –,* ***é igualmente vedado*** *a essa maioria que deixe de tomar decisões necessárias à efetivação da igualdade entre os indivíduos.*
>
> *….....*
>
> ***Para salvaguardar*** *os requisitos essenciais à participação dos indivíduos no processo democrático,* ***o Judiciário*** *é mais uma vez chamado a tomar tal posição de vanguarda,* ***garantindo*** *o livre exercício da liberdade e igualdade,* ***atributos*** *da cidadania,* ***e principalmente a dignidade humana****. É preciso atuar onde não há certeza* ***e*** *efetividade do sistema nas relações privadas,* ***em prol*** *dessas garantias.*
>
> ***Com efeito****,* ***não pode o Estado democrático de direito conviver*** *com o estabelecimento de uma diferença* ***entre*** *pessoas* ***e*** *cidadãos* ***com base*** *em sua sexualidade.* ***Assim como é inconstitucional*** *punir, perseguir* ***ou*** *impedir o acesso dos homossexuais a bens sócio-culturais* ***e é igualmente inconstitucional*** *excluir essa parcela de cidadãos do direito à segurança em suas relações afetivas.*
>
> *….....*
>
> ***Nesse passo****, o Poder Judiciário* ***assume sua mais importante função****: a de atuar* ***como poder contramajoritário****; de proteger as minorias* ***contra*** *imposições dezarrazoadas* ***ou*** *indignas das maiorias.* ***Ao assegurar*** *à parcela* ***minoritária*** *da população o*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> *direito* ***de não se submeter*** *à maioria, o Poder Judiciário* ***revela*** *sua verdadeira força* ***no equilíbrio*** *entre os poderes* ***e*** *na função como garante dos direitos fundamentais.*" (**grifei**)

Para que o regime democrático *não se reduza* a uma categoria político-jurídica *meramente* conceitual **ou** *simplesmente* formal, **torna-se necessário assegurar** *às minorias*, **notadamente** em sede jurisdicional, *quando tal se impuser*, **a plenitude de meios** que lhes permitam exercer, **de modo efetivo**, os direitos fundamentais **que a todos**, *sem distinção*, são assegurados, **pois ninguém** se sobrepõe, *nem mesmo os grupos majoritários*, **aos princípios superiores** consagrados pela Constituição da República.

Isso significa, portanto, *numa perspectiva pluralística*, **em tudo compatível com os fundamentos estruturantes** da própria ordem democrática (**CF**, art. 1º, V), **que se impõe** a organização de um sistema **de efetiva** proteção, *especialmente* no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades **e** garantias fundamentais *em favor das minorias*, sejam elas quais forem, para que tais prerrogativas essenciais **não se convertam** em fórmula **destituída** de significação, **o que subtrairia** – *consoante adverte a doutrina* (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, "**Fundamentos de Direito Constitucional**", p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – **o necessário** *coeficiente de legitimidade jurídico-democrática* ao regime político vigente em nosso País.

17. A busca da felicidade como projeção do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana

Enfatizo, *ainda*, **como já acentuei** em votos **proferidos** nesta Suprema Corte, **que a proposta** ora veiculada nesta sede de controle abstrato **encontra** *suporte legitimador* em postulados fundamentais, **como** os da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade **e**, *sobretudo*, o da *busca da felicidade*, **que decorre**, *por implicitude*, do núcleo de que se irradia **o valor fundante** da dignidade da pessoa humana.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Vale destacar, *nesse contexto*, **o papel relevante** que assume **o postulado** da dignidade da pessoa humana – cuja **centralidade** (**CF**, art. 1º, III) **confere-lhe** a condição de **significativo** vetor interpretativo, *verdadeiro valor-fonte* que conforma **e** inspira **todo** o ordenamento constitucional **vigente** em nosso País –, **que traduz**, *de modo expressivo*, **um dos fundamentos** em que se assenta, *entre nós*, a ordem republicana e democrática **consagrada** pelo sistema de direito constitucional positivo, **tal como tem reconhecido** a jurisprudência **desta** Suprema Corte em **decisões** que, *no ponto*, **refletem**, *com precisão*, **o próprio** magistério da doutrina (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "**Poder Constituinte e Poder Popular**", p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, "**Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro**", p. 106, 2006, Del Rey; INGO W. SARLET, "**Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**", p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, "**Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**", 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, "**O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**", 2002, Saraiva; LUIZ EDSON FACHIN, "**Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**", 2008, Renovar, *v.g.*).

Reconheço, *bem por isso*, Senhor Presidente, *que o direito à busca da felicidade* – que se mostra **gravemente** comprometido **quando** o Estado, muitas vezes **influenciado** *por correntes majoritárias*, **omite-se** na formulação de medidas **destinadas** a assegurar *a grupos minoritários*, como os integrantes da comunidade LGBT, **a fruição** de direitos fundamentais – **representa** derivação **do princípio** da dignidade da pessoa humana, **qualificando-se** como **um dos mais** significativos *postulados constitucionais implícitos* **cujas raízes** mergulham, *historicamente*, **na própria** Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

O texto dessa Declaração, *fortemente influenciado* pelas ideias iluministas, **precedidas**, *no ponto*, **pelo pensamento** de John Locke, **resultou** de projeto elaborado por Comissão **designada** pelo Segundo Congresso Continental dos Estados Unidos da América, **constituída** por Thomas Jefferson, *seu principal autor*, John Adams, Benjamim Franklin, Robert R. Livingston **e** Roger Sherman, **ainda que alguns autores** – como RAY RAPHAEL ("**Mitos sobre a Fundação dos Estados Unidos: a verdadeira história da independência norte-americana**", p. 125, **traduzido** por Maria Beatriz de Medina, Civilização Brasileira, 2006) – **mencionem** o fato de que "*Jefferson estava em condições de aproveitar o trabalho de muitos outros,* ***inclusive*** *o de George Mason,* ***que acabara*** *de redigir um documento muito parecido, a Declaração de Direitos da Virgínia*" (**grifei**).

Não é por outra razão que STEPHANIE SCHWARTZ DRIVER ("**A Declaração de Independência dos Estados Unidos**", p. 32/35, **tradução** de Mariluce Pessoa, Jorge Zahar Ed., 2006), **referindo-se** à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América *como típica manifestação* do Iluminismo, **qualificou** *o direito à busca da felicidade* como prerrogativa fundamental **inerente** a todas as pessoas:

> "***Em uma ordem social racional****, de acordo com a teoria iluminista,* ***o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca*** *da sua mais alta aspiração,* ***que é****, essencialmente,* ***a felicidade ou o bem-estar****. O homem é motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade), e a sociedade/governo é uma construção social destinada a proteger cada indivíduo, permitindo a todos viver juntos de forma mutuamente benéfica.*" (**grifei**)

A força normativa *de que se acham impregnados* os princípios constitucionais **e a intervenção decisiva** representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional **exprimem** aspectos *de alto relevo* **que legitimam** a atuação do Supremo Tribunal Federal e que lhe permitem, *numa perspectiva* de implementação concretizadora, **a plena realização**, *em sua dimensão global*, **do próprio** texto normativo da Constituição.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Nesse contexto, *o postulado constitucional da busca da felicidade*, **que decorre**, *por implicitude*, **do núcleo** de que se irradia **o princípio** da dignidade da pessoa humana, **assume** papel de extremo relevo **no processo** de afirmação, gozo **e** expansão dos direitos fundamentais, **qualificando-se**, em função de sua própria teleologia, **como fator** de neutralização de práticas **ou** de omissões lesivas **cuja ocorrência** possa comprometer, afetar **ou**, *até mesmo*, esterilizar direitos **e** franquias individuais.

Registre-se, *por oportuno*, que o Supremo Tribunal Federal, *por mais de uma vez* (**ADI 3.300-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **STA 223-AgR/PE**, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **reconheceu**, no princípio constitucional (*implícito*) **da busca da felicidade**, **um** "*importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais*", **como anota o ilustre** Advogado SAUL TOURINHO LEAL, *em preciosa obra monográfica* ("**Direito à Felicidade**", 2018, Almedina).

Desnecessário referir a circunstância **de que a Suprema Corte** dos Estados Unidos da América **tem aplicado** esse princípio *em alguns* precedentes – **como** *In Re Slaughter-House Cases* (83 **U.S.** 36, 1872), *Butchers' Union Co. v. Crescent City Co.* (111 **U.S.** 746, 1884), *Yick Wo v. Hopkins* (118 **U.S.** 356, 1886), *Meyer v. Nebraska* (262 **U.S.** 390, 1923), *Pierce v. Society of Sisters* (268 **U.S.** 510, 1925), *Griswold v. Connecticut* (381 **U.S.** 479, 1965), *Loving v. Virginia* (388 **U.S.** 1, 1967), *Zablocki v. Redhail* (434 **U.S.** 374, 1978), *v.g.* –, **nos quais** esse Alto Tribunal, **ao apoiar** os seus "*rulings*" **no conceito** *de busca da felicidade* ("*pursuit of happiness*"), **imprimiu-lhe** *significativa expansão*, **para**, *a partir* da exegese da cláusula consubstanciadora desse direito inalienável, **estendê-lo** a situações **envolvendo a proteção** da intimidade **e a garantia** dos direitos *de casar-se* com pessoa de outra etnia, *de ter a custódia* dos filhos menores, *de aprender* línguas estrangeiras, *de casar-se novamente*, *de exercer* atividade empresarial **e** *de utilizar* anticoncepcionais.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Vale mencionar o fato de que *a busca da felicidade* **foi também positivada**, *no plano normativo*, **nos textos** da Constituição do Japão de 1947 (Artigo 13), da Constituição da República Francesa de 1958 (**Preâmbulo**, *no qual se faz remissão* à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, **em que se contém** o reconhecimento desse direito fundamental) **e** da Constituição do Reino do Butão de 2008 (**Preâmbulo**).

Parece-me irrecusável, *desse modo*, **considerado** o objetivo fundamental da República de "*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*" (**CF**, art. 3º, IV), **que o reconhecimento** *do direito à busca da felicidade, enquanto ideia-força* que emana, *diretamente*, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, **autoriza**, *presente o contexto em exame*, **o acolhimento** do pleito ora em julgamento.

18. ***Uma observação final****: o significado da defesa da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal*

Cabe assinalar, *por necessário e relevante*, **que se impõe** *ao Supremo Tribunal Federal*, **tornado guardião** da ordem constitucional **por deliberação soberana** da própria Assembleia Nacional Constituinte, **reafirmar**, *a cada momento*, **o seu respeito**, **o seu apreço e a sua lealdade** *ao texto sagrado da Constituição democrática do Brasil*.

Nesse contexto, **incumbe** aos Juízes da Corte Suprema do Brasil **o desempenho do dever** que lhes é inerente: *o de velar* pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, *o de repelir* condutas governamentais abusivas, *o de conferir* prevalência à essencial dignidade da pessoa humana, *o de fazer cumprir* os pactos internacionais que protegem os grupos vulneráveis expostos a práticas discriminatórias *e o de neutralizar* qualquer ensaio de opressão estatal **ou** de agressão perpetrada por grupos privados.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

O Supremo Tribunal Federal, *por isso mesmo*, **possui** a exata percepção dessa realidade **e**, *por tal razão*, **tem consciência** *do grave compromisso* que incide sobre esta Alta Corte **consistente em preservar** a intangibilidade da Constituição que nos governa a todos, **sendo o garante** de sua integridade, **impedindo** que razões de pragmatismo (ou de indiferença) governamental **ou** de mera conveniência de grupos, instituições ou estamentos **prevaleçam e deformem**, *inclusive mediante comportamento omissivo*, **o significado** da própria Lei Fundamental.

Torna-se de vital importância reconhecer que o Supremo Tribunal Federal **não pode renunciar** ao exercício desse encargo, **pois**, *se* a Suprema Corte **falhar** no desempenho da **gravíssima** atribuição **que lhe foi outorgada** pela própria Assembleia Constituinte, *a integridade* do sistema político, *a proteção* das liberdades públicas, *a estabilidade* do ordenamento normativo do Estado, *a segurança* das relações jurídicas *e a legitimidade* das instituições da República **restarão** profundamente comprometidas.

Nenhum dos Poderes da República **pode** submeter a Constituição *a seus próprios* desígnios, **ou** a manipulações hermenêuticas, **ou**, *ainda*, a avaliações discricionárias **fundadas em razões** de conveniência política, de pragmatismo institucional **ou** de inadmissível preconceito social, **eis que** a relação *de qualquer* dos Três Poderes com a Constituição **há de ser**, *necessariamente*, **uma relação de incondicional respeito**, *sob pena* de juízes, legisladores **e** administradores **converterem** o alto significado do Estado Democrático de Direito *em uma palavra vã* **e** *em um sonho frustrado* pela prática autoritária (e abusiva) do poder, **seja** por ação, **seja** por omissão.

Nada compensa a ruptura da ordem constitucional, *porque nada recompõe os gravíssimos efeitos* que derivam do gesto **de infidelidade** ao texto da Lei Fundamental.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

É por isso que se pode proclamar que o Supremo Tribunal Federal **desempenha** as suas funções institucionais **e exerce** a jurisdição que lhe é inerente **de modo compatível** com os estritos limites que lhe traçou a própria Constituição, **pois** esta Corte Suprema **não** tolera a prepotência dos governantes, **não** admite os excessos e abusos que emanam *de qualquer* esfera dos Poderes da República, **nem** se curva a pressões **advindas** de grupos sociais majoritários **que buscam impor** exclusões **e negar** direitos a grupos vulneráveis.

Isso significa reconhecer *que a prática da jurisdição constitucional*, **quando provocada** por aqueles atingidos pelo arbítrio, pela violência, pelo preconceito, pela discriminação e pelo abuso, **não pode ser considerada** – **ao contrário** do que muitos **erroneamente** supõem e afirmam – *um gesto de indevida interferência* da Suprema Corte **na esfera orgânica** *dos demais* Poderes da República.

O Supremo Tribunal Federal, **ao suprir as omissões inconstitucionais** dos órgãos estatais **e ao adotar** medidas que objetivem restaurar a Constituição violada **pela inércia** dos poderes do Estado, **nada mais faz** *senão cumprir* a sua missão constitucional **e demonstrar**, *com esse gesto*, **o respeito incondicional** que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

Não constitui demasia destacar a importância do Poder Judiciário na estrutura institucional **em que se organiza** o aparelho de Estado, **pois** os magistrados e Tribunais, *notadamente este Supremo Tribunal Federal*, **exercem papel** que se reveste de significativo relevo político-jurídico nas formações sociais que integram, **eis que não há**, *na história das sociedades políticas*, **o registro de um povo** que, **despojado** de um Judiciário independente, **tenha conseguido**, *mesmo assim*, preservar os seus direitos e conservar a sua própria liberdade.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

É significativo que se discuta, *portanto*, **o tema** pertinente aos direitos humanos, **valendo destacar**, nesse contexto, *a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana*, **promulgada** em Paris, pela III Assembleia Geral da ONU, **há 70 (setenta) anos**, *em 10/12/1948*.

Esse estatuto das liberdades públicas **representou**, no cenário internacional, **importante** marco histórico **no processo** de consolidação **e** de afirmação dos direitos fundamentais da pessoa humana, **pois refletiu**, nos trinta artigos que lhe compõem o texto, **o reconhecimento solene**, pelos Estados, **de que todas as pessoas nascem** livres **e** iguais em dignidade e direitos, **são dotadas** de razão e consciência **e titularizam** prerrogativas jurídicas inalienáveis que constituem o fundamento da liberdade, da justiça e da paz universal.

Com essa proclamação formal, os Estados componentes da sociedade internacional – **estimulados** por um insuprimível senso de responsabilidade **e conscientes** do ultraje representado *pelos atos hediondos* cometidos pelo regime nazi-fascista, **inclusive contra homossexuais** (forçados a ostentar, **nos campos** de concentração **e** de extermínio, *o triângulo rosa*, **se** *gays*, **ou** *o triângulo negro*, **se** *lésbicas*), **bem assim** pelos gestos de desprezo e de desrespeito sistemáticos praticados pelos sistemas totalitários de poder – *tiveram a percepção histórica* de que era preciso forjar as bases jurídicas e éticas **de um novo modelo que consagrasse**, *em favor das pessoas*, **a posse da liberdade** em todas as suas dimensões, **assegurando-lhes** o direito de viverem protegidas do temor e a salvo das necessidades.

É preciso, *pois*, que o Estado, *ao magnificar e valorizar* o significado real **que inspira** a Declaração Universal dos Direitos das Pessoas Humanas, **pratique**, *sem restrições*, *sem omissões* **e** *sem tergiversações*, **os postulados** que esse extraordinário documento de proteção internacional **consagra** *em favor de todo o gênero humano*.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

Torna-se essencial, *portanto*, **ter consciência** de que se revela inadiável conferir real efetividade, **no plano interno**, aos compromissos internacionais **assumidos** pelo Estado brasileiro **em tema** de direitos humanos.

A questão dos direitos essenciais da pessoa humana – **precisamente** porque o reconhecimento de tais prerrogativas **funda-se** em consenso verdadeiramente universal ("*consensus omnium gentium*") – **não mais constitui** *problema de natureza filosófica* **ou** *de caráter meramente teórico*, **mas representa**, *isto sim*, **tema fortemente impregnado** de significação política, **na medida** em que se torna fundamental e inadiável instituir meios destinados a protegê-los, **conferindo-lhes** *efetividade e exequibilidade* no plano das relações entre o Estado e os indivíduos.

É esse, *pois*, **o grande desafio** com que todos – *governantes e governados* – **nos defrontamos** no âmbito de uma sociedade democrática: **extrair** *das declarações internacionais* **e** *das proclamações constitucionais* de direitos **a sua máxima eficácia**, em ordem a tornar possível **o acesso** dos indivíduos **e** dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, **quaisquer** que sejam as gerações **ou** as dimensões em que estes se projetem (PAULO BONAVIDES, "**Curso de Direito Constitucional**", p. 560/578, 21ª ed., 2007, Malheiros; ALEXANDRE DE MORAES, "**Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**", p. 96/99, itens ns. 5.1 e 5.2, 7ª ed., 2007, Atlas; CELSO LAFER, "**A Reconstrução dos Direitos Humanos**", p. 125/134, 1988, Companhia das Letras, *v.g.*).

19. Conclusão

Encerro o meu voto, *Senhor Presidente*, **enfatizando que este processo revela** que, *nele*, **está em debate**, *uma vez mais*, **o permanente** conflito *entre civilização e barbárie*, **cabendo** ao Supremo Tribunal Federal

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

fazer prevalecer, *em toda a sua grandeza moral*, **a essencial e inalienável** dignidade das pessoas, **em solene reconhecimento** de que, **acima** da estupidez humana, **acima** da insensibilidade moral, **acima** das distorções ideológicas, **acima** das pulsões irracionais **e acima** da degradação torpe dos valores que estruturam a ordem democrática, *deverão sempre preponderar* os princípios **que exaltam e reafirmam** a superioridade ética dos direitos humanos, **cuja integridade será preservada**, *aqui e agora*, **em prol** *de todos os cidadãos* **e em respeito** *à orientação sexual* **e** *à identidade de gênero* **de cada pessoa que vive sob a égide** dos postulados **que informam** *o próprio conceito de República*.

Aceitar tese diversa **significaria** *tornar perigosamente menos intensa* **e** *socialmente mais frágil* a proteção que o ordenamento jurídico **dispensa**, *no plano nacional e internacional*, **aos grupos** formados com base na orientação sexual **ou** na identidade de gênero, **notadamente** àquelas pessoas que se expõem, como os integrantes da comunidade LGBT, *a uma situação de maior vulnerabilidade*.

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. **E**, *ao fazê-lo*, **formulo** as seguintes proposições que compendiam o pensamento que expus ao longo desta decisão:

> **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*, **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*");

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

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.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

20. Dispositivo

Sendo assim, *em face das razões expostas*, **e acolhendo**, *ainda*, **os fundamentos** do parecer do eminente Dr. RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS, *então* Procurador-Geral da República, **conheço**, *em parte*, **da presente** ação direta de inconstitucionalidade por omissão, **para**, *nessa extensão*, **julgá-la procedente**, *com eficácia geral* **e** *efeito vinculante*, nos termos a seguir indicados:

> (**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*,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D

> **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*.

É o meu voto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código F3A8-005D-D9C4-9167 e senha 1418-05D4-C6DF-6D9D