

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) MINISTRO(A) QUE VIER A ASSUMIR A RELATORIA DA ADO 26,¹ DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

ADO n.º 26

CIDADANIA, atual denominação do **PPS – Partido Popular Socialista**, devidamente qualificado nos autos da ação em epígrafe, e **ABGLT – Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos**, devidamente qualificada nos autos do MI 4733, julgado em conjunto com esta ADO 26, que impetraram em face do **CONGRESSO NACIONAL**, por seu advogado signatário (em comum), vêm, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fulcro no seu direito constitucional de petição e no disposto no artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil, **manifestar-se sobre os EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO² e da “FRENTE PARLAMENTAR MISTA PELA FAMÍLIA E APOIO À VIDA” (sic),³ PEDINDO A CONDENAÇÃO DAS MESMAS POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ, por flagrante violação do princípio da boa-fé objetiva e da lealdade processual e pelo caráter manifestamente protelatório dos embargos, bem como RATIFICAR OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS PELO PETICIONÁRIO (Cidadania)**, pelas razões que passa a explicitar:

Explique-se, *ab initio*, que a ABGLT participa desta petição por também ser representada pelo advogado signatário no MI 4733, que foi julgado em conjunto com esta ADO 26, por versarem sobre o mesmo tema, atuando em conjunto na defesa da população LGBTI+ (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Intersexos e demais pessoas não-heterossexuais e não-cisgêneras – minorias sexuais e de gênero), contra a discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero que ambos os embargos desejam, na prática, permitir...

Em **síntese**, a Advocacia-Geral da União opôs embargos declaratórios alegando que haveria: **(i) “contradição interna” (sic)** do V. Acórdão da ADO 26 (e do MI 4733) consigo mesmo, por, ao mesmo tempo, de um lado, apontar uma *omissão inconstitucional (absoluta)* do Congresso Nacional na criminalização específica da homotransfobia e, de outro, afirmar que a interpretação da Lei Antirracismo (Lei n.º 7.716/89) seria apta a abarcar a homotransfobia como espécie de racismo social; **(ii) “necessidade” de explicitar o direito fundamental à liberdade religiosa**, para saber se a liberdade acadêmica e científica estariam prejudicadas; **(iii) “necessidade” de explicitar um pseudo “direito” de SEGREGAR pessoas LGBTI+ de espaços**

¹ Com a efetivação da aposentadoria do Ministro Celso de Mello, parece equivocado endereçar ao nome do então grande *Decano* desta Suprema Corte. Então, deixa-se o endereçamento de forma genérica, para quem vier a assumir a condição de *Relator(a)* do processo.

² Petição eletrônica n.º 158 desta ADO 26.

³ Petição eletrônica n.º 160 desta ADO 26.

públicos em geral, tais como vagões, *banheiros* e outros, para o fim de supostamente preservar a “intimidade” das [demais] pessoas ali presentes, à luz de crenças religiosas.

Como a pretensão da AGU é muito evidentemente obter **teratológico efeito infringente** com seus embargos declaratórios, **o que é confesso pelos embargos da “Frente Parlamentar Mista da Família e Apoio à Vida” (sic)**, cabível a presente manifestação, nos termos do art. 1.023, §2º, do CPC/2015, que garante o direito de manifestação da parte contrária em hipóteses tais.

Antes de adentrar nas razões acerca da mais pura e genuína **MÁ-FÉ, enquanto violação do princípio da boa-fé objetiva**, de tal peticionamento da AGU (*pelo menos quanto aos temas dos itens “ii” e “iii”, acima*), por oportuno, **requer-se a ratificação dos embargos de declaração já protocolados pelo Peticionário neste processo (petição eletrônica n.º 151), não obstante tanto a lei (art. 218, §4º, do CPC/2015) e precedente desta Suprema Corte (EDecl no AI n.º 703.269)**, para, pelas razões nele expostas (**doc. anexo**), se entenda que determinou-se a aplicação da Lei n.º 7.716/89 (Lei Antirracismo) para punir atos de homotransfobia por ter sido a homotransfobia reconhecida como espécie de racismo, enquanto **crime “por raça”** (na acepção político-social e não biológica do termo), donde, por consequência lógica, **todos os crimes raciais (“por raça”) constantes de outras leis, como a injúria racial do Código Penal, abarcam a homotransfobia**. Afinal, *não faz sentido jurídico nenhum, em termos lógico-sistemáticos*, a homotransfobia ser crime “por raça” para fins da Lei n.º 7.716/89 (Lei Antirracismo), mas não ser crime “por raça” para fins de outras leis. **Mesmo quem discorda da decisão de mérito desta ADO 26 (e do MI 4733) tem a obrigação, à luz do princípio da boa-fé objetiva, de reconhecer as consequências lógicas da referida decisão, a despeito da discordância**. Ratificam-se, aqui, as razões daqueles embargos, **requerendo-se** seu provimento por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Passemos, assim, à análise e refutação dos **teratológicos** embargos declaratórios da AGU e da “Frente” em questão.

1. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO INTERNA. Interpretação conforme a Constituição como técnica de controle de constitucionalidade, que tem como pressuposto lógico afastar uma interpretação inconstitucional para impor uma interpretação constitucional. Inépcia ou má-fé (objetiva) do argumento.

A alegação da AGU de suposta “contradição interna” (sic) do reconhecimento de uma omissão inconstitucional ao mesmo tempo em que ela é afastada por *interpretação conforme a Constituição* configura, na **melhor das hipóteses**, pura e simples **ignorância** caracterizadora de verdadeira **inépcia** profissional, por desconhecimento do **significado basilar** deste

relevante instituto de controle de constitucionalidade (algo inadmissível na Advocacia-Geral da União), ou, na **pior**, pura, simples e genuína **má-fé**, no mínimo enquanto violação do **princípio da boa-fé objetiva**. É algo que se pode admitir como dúvida “legítima”, *no máximo*, apenas ao *senso comum teórico*, de profissionais do Direito que não estudam nada além de *Manuais* para atuarem como “operadores do Direito” no varejo da advocacia (sic). **O mesmo se diga da alegação dos embargos da “Frente”, ao dizerem que não teria sido cabível o uso da interpretação conforme a Constituição no presente caso.**

Com efeito,⁴ a crítica ignora dois temas centrais. *Primeiro*, que, **a interpretação conforme a Constituição afigura-se como técnica de controle de constitucionalidade**,⁵ de sorte que, se isso é assim (e o é), então pode ser usada para o **controle da omissão inconstitucional**, atribuindo ao texto normativo um sentido que não é a ele usualmente atribuído pela jurisprudência em geral. **Não há sentido lógico-racional que justifique ser a interpretação conforme técnica de controle de constitucionalidade apenas para evitar a retirada de textos normativos do mundo jurídico (ou seja, para evitar a inconstitucionalidade por ação), donde passível de utilização também para se afastar uma inconstitucionalidade por omissão.** Pois, em ambos os casos, a interpretação *tradicional*, mais *intuitiva*, do texto normativo, demandará pelo reconhecimento de sua inconstitucionalidade, donde se a técnica da *interpretação conforme* pode ser usada para afastar a inconstitucionalidade *por ação*, não faz sentido nenhum não se permitir que ela seja utilizada para se afastar a inconstitucionalidade *por omissão*.

Em segundo lugar, é preciso lembrar que pelo menos desde Kelsen e sua tese da moldura normativa, é pacífico ou amplamente hegemônico que a *norma jurídica* é fruto da *interpretação* de textos normativos, desde que respeitados os limites semânticos do texto (o *limite do teor literal*, na expressão de Roxin). Então, o Judiciário *cria* normas jurídicas, embora com liberdade menor que o Poder Legislativo (tese kelseninana da diferença quantitativa, e não qualitativa, entre Legislativo e Judiciário, bem como tese alexyana do discurso jurídico como um *caso especial* de argumentação prática geral, limitado pela lei, pelos precedentes e pela dogmática jurídica). Nesse

⁴ Este e os parágrafos a seguir configuram transcrição de IOTTI, Paulo. **O STF, a Homotransfobia e seu Reconhecimento como Crime de Racismo. Análise e defesa da decisão do STF que reconheceu a homotransfobia como crime de racismo**, Bauru: Ed. Spessoto, 2020, item 5.1.

⁵ Cf, *v.g.*: APPIO, Eduardo Fernando. **Interpretação Conforme a Constituição: Instrumentos de Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais**, 3.^a tiragem, Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 35-36; MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 10^a Ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2015, p. 1312-1317; ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, 3^a Ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019, p. 655-656, onde se diz: “A interpretação conforme a Constituição (verfassungskonform Gesetzaulsegung) é uma forma de controle de constitucionalidade, excluindo por inconstitucionalidade determinadas hipóteses de aplicação (Anwendungsfalle) do programa normativo, sem que implique qualquer alteração do texto legal” (grifo nosso).



sentido, considerando que **é fato notório que o Judiciário em geral (bem como a sociedade aberta de intérpretes) não interpretava(m) os crimes raciais como abarcando a homotransfobia, tem-se que havia efetiva omissão normativa** que inviabilizava a punição criminal da homotransfobia. De sorte que absolutamente legítima e necessária a utilização da **interpretação conforme a Constituição como técnica de controle de constitucionalidade, para se afastar a omissão inconstitucional**, pela atribuição de interpretação juridicamente possível, por compatível com o *limite do teor literal* (Roxin) da *moldura normativa* (Kelsen), ou seja, por **compatível com os limites semânticos dos textos normativos, relativamente aos conceitos legais e constitucionais de “raça” e “racismo”, superando-se em definitivo sua compreensão puramente “biológica/fenotípica” (que não abarca a homotransfobia) para se adotar uma compreensão político-social (que abarca a homotransfobia)**. Embora a *interpretação conforme* tenha sido criada para evitar a declaração de inconstitucionalidade de textos normativos, retirando-os do mundo jurídico, nada impede que sua compreensão notória enquanto mecanismo de controle de constitucionalidade justifique sua utilização no controle da omissão inconstitucional. Afinal, **se ela pode afastar uma exegese que exija a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, por igualdade de razões ela pode ser usada para afastar a pecha de omissão inconstitucional parcial de uma lei que seja passível de interpretação de forma a afastar tal omissão inconstitucional**. Só um “originalismo” absolutamente injustificável, por irracional, “impediria” a compreensão da técnica da interpretação conforme a Constituição nesse sentido.

Logo, **não há incompatibilidade entre o reconhecimento de que um texto normativo, tal como normalmente interpretado, incorre em omissão inconstitucional (parcial), e a utilização da técnica da interpretação conforme a Constituição para se afastar esse vício de inconstitucionalidade por omissão, mediante interpretação menos intuitiva, mas compatível com os limites semânticos do texto normativo, por sua polissemia semântica isto permitir.**⁶

Como se vê, a **distinção entre omissão normativa (no sentido de norma como fruto de interpretação de texto normativo) de omissão legislativa afasta a crítica da AGU**, quando disse que se trataria de uma fiscalização da omissão inconstitucional do Judiciário e não do Legislativo (fl. 22 dos embargos). **Sem falar que é teratológico negar que houve também fiscalização da omissão legislativa**, pois se atestou o dever do Congresso Nacional criar uma lei formal que puna criminalmente a

⁶ Nesse sentido: VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais ao Legislativo. A Eficácia Jurídica Positiva das Ordens Constitucionais de Legislar em geral e dos Mandados de Criminalização em particular**, 3ª Ed., Bauru: Ed. Spessoto, 2019, Capítulo 01, item 2.1.1, onde se explica tal técnica de controle de constitucionalidade.

homotransfobia, **não obstante** se tenha reconhecido, também, a **omissão normativa** apta a abarcar o Judiciário na **correta interpretação, conforme a Constituição**, do sentido de raça e racismo, na acepção político-social apta a abarcar a homotransfobia.

Dessa forma, a alegação da AGU sobre suposta “contradição interna” (sic) e da “Frente” de suposto descabimento do seu uso neste caso demonstra **profunda ignorância, verdadeira inépcia profissional, sobre o sentido notório e evidente da interpretação conforme a Constituição** enquanto técnica de controle de constitucionalidade, razão pela qual sua tese deve ser rejeitada, o que desde já se requer. Afinal, é **indefensável** a afirmação de que “onde há omissão, não há conflito a ser resolvido por interpretação conforme” (p. 21-22 dos embargos), porque se soluciona/afasta a *omissão inconstitucional parcial*, pela interpretação conforme, adotando-se uma interpretação possível à luz da ambiguidade de interpretações possíveis, adotando-se a interpretação que afasta a omissão inconstitucional, como os **votos desta Suprema Corte** muito bem explicaram (cf. infra).

1.1. Fundamentação do acórdão da ADO 26 para o uso da técnica da interpretação conforme.

Veja-se que esta Suprema Corte explicou o conteúdo e a aplicabilidade da técnica da *interpretação conforme a Constituição* no V. Acórdão (absurdamente) embargado pela AGU, senão vejamos:

Nos termos do voto do **Ministro Celso de Mello**:

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.): [...] 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. 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; CLÊMERTON 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 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*. [...]

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).⁷ (grifos nossos)

Para o **Ministro Alexandre de Moraes:**

A impossibilidade de colmatação da omissão constitucional por meio de criação de novo tipo penal pelo Poder Judiciário e a vedação de utilização de aplicação analógica *in peius* das normas penais como fonte criadora de infrações penais e respectivas sanções não se confundem com o legítimo exercício hermenêutico desta SUPREMA CORTE, em sede de jurisdição constitucional, absolutamente necessário, na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, especialmente no sentido de “investigar e coordenar por modo sistemático” (VICENTE RÁO. O direito e a vida dos direitos. São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 542. v. 2), “estabelecendo normas que não se contém estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente”, como salientado pelo mestre MIGUEL REALE, ao concluir que o ato de julgar “não se reduz a uma atitude passiva diante dos textos legais” (Lições preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 168). No âmbito da Jurisdição Constitucional, a função hermenêutica da SUPREMA CORTE permite a utilização da denominada interpretação conforme a Constituição, que será possível para adequar e compatibilizar o significado da lei aos exatos comandos constitucionais, quando a norma apresentar vários significados, uns compatíveis com as normas constitucionais e outros não, ou, no dizer de CANOTILHO, “a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela” (Direito constitucional e teoria da Constituição. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 230). A finalidade maior dessa técnica é compatibilizar o ordenamento jurídico com o texto constitucional, concretizando sua interpretação com os valores nele consagrados, tendo esta SUPREMA CORTE admitido várias possibilidades de sua utilização (Pleno, ADI 3.046-9/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; Pleno – Adin 1.344-1/ES – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 19 abr. 1996, p. 12.212; Pleno – Adin 1.719-9 – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 27 fev. 1998, capa; Pleno – Adin 1.150-2/RS – Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, 17 abr. 1998, capa; Pleno – Adin 1.719-9 – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 27

⁷ P. 128-132 do PDF do acórdão da ADO 26.

fev. Diário da Justiça, Seção I, 25 fev. 1997; Pleno – Adin 1.600-8/UF – medida liminar – Rel. Min. Sydney Sanches, Diário da Justiça, Seção I, 6 fev. 1998, p. 2). **A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal.** Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente maior conformidade com as normas constitucionais. Em termos interpretativos, portanto, os Princípios Fundamentais da República e seus objetivos, bem como da plena efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais, sempre devem ter precedência, de maneira a concretizar a real força normativa da Constituição, por meio de sua unidade e máxima efetividade. A supremacia absoluta das normas constitucionais e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da República obrigam o intérprete, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função interpretativa, a aplicar não só a norma mais favorável à proteção aos Direitos Humanos, mas, também, a eleger em seu processo hermenêutico, a interpretação que lhe garanta a maior e mais ampla proteção (RAUL MACHADO HORTA, Estudos de direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 239-240; INGO WOLFGANG SARLET. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso no direito constitucional brasileiro. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, 14, nº 57, out./dez. 2006; VITAL MOREIRA. Fundamentos da constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. P. 136; JORGE MIRANDA. Manual de direito constitucional. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. 4 t.. t. II, p. 228-229).

Os dispositivos penais da Lei 7.716/1989 devem ser interpretados em consonância com os fundamentos da República – em especial, o **princípio da dignidade da pessoa humana** (CF, art. 1º, III) –, **seus objetivos fundamentais** – entre eles, a **construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação** (CF, art. 3º, I e IV) –, **o princípio da igualdade** (CF, art. 5º, caput e inciso I) **e a aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais** (CF, art. 5º, § 1º). A análise desses dispositivos demonstra não haver qualquer diferenciação valorativa constitucional entre a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional e a discriminação ou preconceito em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero. O mandamento constitucional veda quaisquer formas de discriminação e determina a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, com a finalidade de proteção de grupos minoritários vulneráveis contra atos de segregação que inferiorizam seus membros, a partir de critérios “arbitrários e levianos”, componentes de um “discurso racializante superficial” (GUILHERME DE SOUZA NUCCI. Leis penais e processuais comentadas. São Paulo: RT, 2016, p. 305 e ss.; FABIANO AUGUSTO MARTINS SILVEIRA. Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. P. 82 e ss.). **Na presente hipótese, consequentemente, está presente o necessário “espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas”, uma vez que a Lei 7.716/1989 deve ser interpretada em conformidade com o texto constitucional que, expressamente, veda não somente preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade; mas estende a proibição a quaisquer outras formas de discriminação, garantindo a igualdade de todos, independentemente de orientação sexual ou identidade e gênero em busca de uma sociedade livre, justa e solidária, baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e efetivada pela aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, entre elas, os incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal.**

Dessa maneira, é possível a **utilização da interpretação conforme** para garantir a supremacia incondicional do texto constitucional em relação a todo ordenamento jurídico e sua força normativa inquestionável, com a reafirmação de coercibilidade jurídica dos incisos XLI e XLII do artigo 5º da CF, e possibilidade de punição criminal de condutas discriminatórias e desrespeitosas aos direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT (condutas homofóbicas e transfóbicas). (grifos nossos)

Nos termos do voto do **Ministro Roberto Barroso**:

47. No **paradigmático Caso Ellwanger**, o STF fixou o entendimento de que “o racismo é antes de tudo uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, refletindo, 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”. Diante desse conceito, encampado por esta Corte, **a vedação constitucional ao racismo é abrangente o suficiente para abarcar a proibição de toda e qualquer forma de ideologia que pregue a inferiorização e a estigmatização de grupos, a exemplo do que acontece com a comunidade LGBTI+.**⁸ (grifos nossos)

Para o **Ministro Luiz Fux**:

Por já restarem definidas na Lei 7.716/89, com precisão e de forma cristalina, as práticas atentatórias a direitos e liberdades fundamentais de grupos estigmatizados, motivadas por discriminação, a interpretação conforme, que explicita ser essa a melhor exegese do texto legal, não viola a legalidade estrita. É que a existência de certo grau de indeterminação no conceito de raça enseja uma relativa plurivalência, que não descaracteriza a tipicidade legal da norma penal incriminadora. Ao contrário, “o legislador não pode abandonar por completo os conceitos valorativos, expostos como cláusulas gerais, os quais permitem, de certa forma, uma melhor adequação da norma de proibição com o comportamento efetivado” (**BITTENCOURT, Cezar Roberto**. Tratado de Direito Penal, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2009 P. 12). A proibição absoluta da utilização de conceitos normativos gerais, assim como seu uso excessivo, impede a efetiva proteção dos bens jurídicos relevantes. Dentre os critérios arrolados por Claus Roxin para delimitar um uso equilibrado de cláusulas gerais, figura o princípio da ponderação, que apregoa que a admissibilidade dos conceitos que necessitam de complementação valorativa depende de os interesses de uma justa solução do caso concreto serem preponderantes em relação ao interesse da segurança jurídica (**ROXIN, Claus**. Derecho penal - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madri: Civitas, 1997. p. 172). In casu, a ponderação sequer se revela necessária. **Não há violação à segurança jurídica, porquanto a delimitação do conceito jurídico-constitucional de raça e racismo fora firmada em precedente do Plenário desta Corte, sendo presentemente reiterada em decisão dotada de eficácia geral a que se atribui efeitos ex nunc.** [...] Note-se, ainda, que, ao resignificar o conceito de racismo, este Supremo não colmatou qualquer lacuna, o que permite o afastamento desde logo do argumento da analogia. [...] Partindo do conceito literal de raça, esta Corte extraiu, no julgamento do HC 82.424, mais do que o conceito de raça negra, para reconhecer abrangidas outras formas de discriminação. Ao se evitar a supremacia de um grupo humano sobre o outro, respaldada por uma ideologia de dominação, a prática de racismo vai muito além da discriminação – também gravíssima – por cor ou ascendência.⁹ (grifos nossos)

⁸ P. 294 do PDF do acórdão da ADO 26.

⁹ P. 431-432, 435-436 do PDF do acórdão da ADO 26.

Para a **Ministra Rosa Weber**:

No julgamento do HC 82.424/RS, este Supremo Tribunal Federal reconheceu que a definição do conceito jurídico-constitucional de racismo reúne a compatibilização de fatores etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos e biológicos. Desse modo, a sua **abrangência semântica**, a partir da interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, não prescinde da conjugação de 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. Resulta viável, portanto, o acolhimento do pedido de interpretação conforme da Lei nº 7.716/1989**, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, nos termos do voto do eminente Ministro Celso de Mello.¹⁰ (*grifos nossos*)

Como se vê, **os votos desta Suprema Corte explicaram as razões do cabimento do uso da interpretação conforme a Constituição** no presente caso, donde os embargos da AGU merecem ser rejeitados, inclusive aplicando-se a ela as penas de **litigância de má-fé**, por alegar, de forma indefensável, suposta “contradição interna” (sic) que não existe no acórdão.

1.2. Formalismo exacerbado e princípio da fungibilidade das ações de controle concentrado de constitucionalidade. A fala do Ministro Gilmar Mendes no julgamento de mérito desta ADO 26 (e do MI 4733).

Excelências, note-se que, a se acolher a **tese inepta da AGU** sobre o tema implicaria, como **consequência lógica**, afirmar-se que, **no mérito**, as ações seriam procedentes, devendo a homotransfobia ser reconhecida como espécie de racismo (crime “por raça”), na acepção político-social do termo (cf. STF, HC 82.424/RS e doutrina de Guilherme Nucci, transcrita na petição inicial e no acórdão), mas que, **“preliminarmente”**, a ação não deveria ter sido conhecida. Em suma, **a AGU pleiteia o puro e simples formalismo exacerbado para, por via transversa, pretender um absurdo efeito infringente a seus embargos declaratórios**, para tentar reverter a decisão por via transversa. **Algo de mais pura e genuína má-fé, porque o tema não atende aos requisitos legais dos embargos declaratórios para poder ensejar um tal “efeito infringente” (sic).**

Contudo, sobre o tema, para além do combate ao formalismo exacerbado, vale citar uma extremamente **relevante fala do Ministro Gilmar Mendes**, quando do julgamento desta ADO 26 (e do MI 4733). Isso porque, afirmou Sua Excelência, **caso não fosse admitida a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, o STF poderia aplicar o princípio da fungibilidade das ações de controle concentrado de constitucionalidade e conhecer do tema por Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de interpretação conforme à Constituição dos crimes raciais (“por raça”)**, para neles incluir a homotransfobia. Como, inclusive, já fez outras vezes, como, por exemplo,

¹⁰ P. 394 do PDF do acórdão da ADO 26.

quando converteu a ADPF 132 em ADI, durante o julgamento das uniões homoafetivas!

Vejamos o inteiro teor da fala do Ministro Gilmar Mendes, *em resposta a crítica (“data maxima venia”, totalmente equivocada) do Ministro Marco Aurélio:*

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vale o mito que Vossa Excelência veiculou inicialmente: na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cabe declarar a existência ou não da mora do Congresso Nacional. É a primeira vez que se parte na própria ação direta de inconstitucionalidade por omissão para interpretação conforme. [...]

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - **Só para fazer também um acréscimo e uma reflexão**, a propósito desse aparte do Ministro Marco Aurélio. Temos **precedentes**, que ontem foram citados, a propósito de até uma relativa **fungibilidade entre a ADI e Ação Direta por Omissão**, que acabamos por aplicar no caso do FPE. Portanto, a rigor, **essas ações se desenvolvem de uma maneira peculiar, por isso que o Tribunal, inclusive, expressamente naquele precedente, assentou essa possibilidade**. Também o mandado de injunção - e, aí, é uma outra questão, já foi observado no voto do Ministro Fachin - mas, hoje, inclusive, está placitado, está positivado na própria lei, e, no caso específico, inclusive, é o mandado de injunção de caráter coletivo que o Supremo, já, há muito, reconheceu, a partir do mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção acaba por ter também, digamos assim, um caráter, ao mesmo tempo, subjetivo e objetivo, porque ele, de alguma forma, permite colmatar a lacuna de maneira geral; isso foi objeto até discussão na questão do direito de greve. Depois, veio uma reclamação aqui - acho que do Estado de São Paulo -, a propósito da greve da polícia, e dissemos: Cabível também a reclamação, portanto, entendendo que haveria essa dupla faceta, hoje reconhecida na própria lei que teve a construção do Ministro Teori Zavascki. Então, portanto, só para definir, estamos aqui diante, é claro que isso está in fieri ainda a questão da omissão, como disse o Ministro Alexandre, a *ab initio*, é uma questão muito nova, considerando o próprio experimento institucional brasileiro. Então, a toda hora, surgem nuances e facetas. Mas é importante fazer esse tipo de anotação, porque, **em tese, poderia ter havido, por exemplo, uma ADIn...**

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Trecho cancelado tendo em vista a juntada de voto escrito.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - **Uma ADIn ou uma ADPF, pedindo a interpretação conforme do dispositivo da Lei do Racismo na temática**. Em suma, há várias formas de abordar esse plexo desse sistema.¹¹ (*grifos nossos*)

ORA, o que pretende a Advocacia-Geral da União com essa tese?! Que o Partido Peticionário ingresse com **nova ação de controle concentrado** de constitucionalidade para se **obter a mesma decisão de mérito** já obtida por intermédio desta ADO 26 e do MI 4733?! Porque o advogado signatário *garante* a Vossas Excelências que é o que aconteceria se essa hipótese absurda viesse a ocorrer (e evidentemente confia-se que essa Suprema Corte não irá acolher essa pretensão teratológica da AGU). Chegaremos *mesmo* a esse nível de **formalismo exacerbado, de culto da forma pela forma, de maneira absolutamente irracional?! É isso mesmo que se está a defender?!**

¹¹ Cf. <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso: 15.10.2020. P. 221-222 do PDF eletrônico do acórdão da ADO 26.

Então, à toda evidência, o *mínimo do mínimo* seria a conversão da atual ADO 26 em ADI com pedido de interpretação conforme para manter a sua procedência no mérito, o que desde já se requer nesta hipótese subsidiária. Situação esta que resolve o suposto “problema” visualizado pela AGU, ao dizer que, a seu ver, seria somente via ADI ou ADPF com pedido de interpretação conforme que se poderia resolver o tema (p. 22 dos embargos). O repúdio jurisprudencial ao formalismo exacerbado demanda a solução aqui proposta, na longínqua hipótese de Vossas Excelências acolherem a tese da AGU, que ignora o conceito basilar da interpretação conforme (cf. supra).

2. DO MÉRITO.

2.1. Inexistência de obscuridade ou omissão a justificar os embargos. Tema da liberdade religiosa expressamente tratado na TESE aprovada por esta Suprema Corte. Ratio decidendi que obviamente se aplica ao tema da liberdade de expressão. Absoluta MÁ-FÊ DA AGU ao fingir que o tema não está expressamente tratado pela decisão.

À luz dos princípios da boa-fé objetiva e da cooperação processual, só se podem admitir debates processuais dentro do paradigma das discordâncias entre pessoas **racionais e de boa-fé**, mediante argumentos de razão pública. Sobre o tema, *data maxima venia*, **as teses de mérito dos embargos da AGU, definitivamente, não respeitam o requisito da boa-fé objetiva**, enquanto padrão de conduta impositivo à pessoa mediana, no sentido de que, se alegar que “não sabia” do que vai aqui se tratar, *tenha a obrigação de saber* e será tratada como se soubesse.

Excelências, a TESE aprovada por esta Suprema Corte, em seu item 2, tratou explicitamente do tema que a AGU pede agora a reanálise, senão vejamos:

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;** (*grifos nossos*)

ORA, como se pode *SERIAMENTE* dizer que a decisão seria “omissa” ou “obscura” (sic) em termos do direito fundamental à liberdade religiosa quando ela, pelos votos e pela Tese aprovada, *EXPRESSAMENTE* delimitou que não há prejuízo à liberdade religiosa e mesmo à condenação às práticas homossexuais e LGBTI+ em geral *DESDE QUE* não configurem *DISCURSO DE ÓDIO*, muito bem definido pela decisão como aquele que incite à violência, à segregação e/ou à discriminação?! Situação que os votos expressamente consignaram também para a liberdade de expressão (cf. infra). É pura e simplesmente *TERATOLÓGICA* a alegação da AGU de que a decisão não teria tratado do tema, especialmente ao ponto de justificar o cabimento de embargos declaratórios. Trata-se de postura que configura a mais pura e genuína *MÁ-FÉ*, no mínimo enquanto violação do princípio da boa-fé objetiva, porque não se pode *SERIAMENTE* dizer que o tema não teria sido tratado na decisão, que inclusive o tratou com a densidade e o rigor necessários...

Vejamos, ainda, trechos dos **votos** proferidos no julgamento.

Nos termos do item 15 do voto do **Ministro Celso de Mello**:

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. [...] 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. [...] 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. [...] 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 proselitismo [...]

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. [...] 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. [...]

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 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. **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. [...]**

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

Para o **Ministro Alexandre de Moraes**:

Entendo necessário, da mesma maneira que o fez nosso ilustre decano, Ministro CELSO DE MELLO, apontar a **compatibilização da presente interpretação conforme com a liberdade religiosa consagrada constitucionalmente, que não pode e não está sendo criminalizada pela presente interpretação**. Conforme salientei no julgamento da ADI 4.439 (ensino religioso), uma das premissas básicas para a análise da liberdade

de expressão religiosa é entender a importância da interdependência e complementariedade das noções de Estado Laico e Liberdade de Crença e de Culto, sob a luz da tolerância e diversidade de opiniões. A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de ideias e pensamentos – políticos, filosóficos, religiosos – e da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo. A mesma tolerância que esta CORTE consagrou em diversas oportunidades em relação à liberdade de manifestação de concepções políticas, ideológicas, de gênero, a partir da diversidade de opiniões sobre os mesmos fatos e fenômenos, tem total aplicabilidade em relação às manifestações religiosas; independentemente de setores e grupos sociais entenderem que a maioria das crenças religiosas tem ideias conservadoras em relação a temas importantes às minorias. A abrangência do preceito constitucional da liberdade religiosa é ampla, pois, sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, deuses ou entidades, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto, bem como o direito de duvidar, não acreditar ou professar nenhuma fé, consagrando, inclusive o dever do Estado de absoluto respeito aos agnósticos e ateus. Cada uma das crenças religiosas em seu núcleo imprescindível, formado por dogmas de fé, protegidos integralmente pela liberdade de crença, não sendo possível ao Estado exigir neutralidade de crenças e cultos. [...] A plena liberdade religiosa deve assegurar o respeito à diversidade dos dogmas e crenças, sem a hierarquização de interpretações bíblicas e religiosas de um ou mais grupos em detrimento dos demais, que vem acarretando tantos sofrimentos desde as cruzadas e guerras santas até os atos de terrorismo em nome da fé. [...] Insisto, um Estado não consagra verdadeiramente a liberdade religiosa sem absoluto respeito aos seus dogmas, suas crenças, liturgias e cultos. O direito fundamental à liberdade religiosa não exige do Estado concordância ou parceria com uma ou várias religiões; exige, tão somente, respeito ; impossibilitando-o de censurar manifestações, mutilar dogmas religiosos ou sancionar a livre manifestação de expressão religiosa. [...] **Obviamente, a proteção constitucional à liberdade religiosa, assim como a liberdade de expressão, não admite o discurso de ódio, que abrange, inclusive, declarações que defendam ou incitem tratamento desumano, degradante e cruel; ou que incitem violência física ou psicológica contra grupos minoritários.**¹² (*grifos nossos*)

Na emblemática e densa síntese do **Ministro Roberto Barroso**:

33. O reconhecimento da omissão inconstitucional na criminalização da homofobia e da transfobia **em nada diminui a relevância da liberdade religiosa. O entendimento aqui defendido não implica criminalização dos discursos religiosos contrários às relações homoafetivas.** Tampouco significa que as religiões não possam vocalizar suas crenças ou participar do diálogo amplo e aberto que caracteriza a democracia contemporânea. Penso ser perfeitamente possível que, em uma sociedade moderna, plural e inclusiva, haja discursos condenando a homoafetividade como conduta contrária à Bíblia, à Torá ou ao Alcorão. Embora não concorde com a ideia, condenar relações homoafetivas com fundamento em sincera convicção religiosa não constitui crime. 34. **O que não se admite é que, sob o pretexto de se preservar a liberdade religiosa, mantenha-se a sistemática violação de direitos fundamentais da comunidade LGBTI+. A alarmante violência contra esse grupo social não pode permanecer impune.** Nas sociedades contemporâneas, o exercício da liberdade religiosa implica a convivência respeitosa entre cosmovisões distintas, prevalecendo no

¹² P. 266-270 do PDF do acórdão da ADO 26.

espaço público a razão pública e valores laicos que possam ser compartilhados por todos e por cada um, independentemente de suas convicções pessoais privadas. O respeito a cosmovisões distintas não pode conviver com a violência, discursos de ódio e incitação à discriminação contra pessoas que não vivem sob os mesmos dogmas e convicções. 35. Digo isso com a **convicção de que nenhuma pessoa genuinamente religiosa defende que homossexuais sejam mortos, agredidos ou discriminados, como se não fossem iguais perante a lei e perante Deus, para os que creem**. A verdadeira espiritualidade é fraterna, tolerante e acolhedora. Instrumentalizar a religião para fazer o mal a um grupo de pessoas que são o que são – e não o que escolheram, porque a homossexualidade e a transexualidade não são escolhas – é negar a **regra de ouro**, que é a síntese mais completa da Torá e dos Evangelhos: não fazer ao próximo o que não gostaria que fizessem a si. [...] ¹³ (*grifos nossos*)

Nos termos do voto do **Ministro Gilmar Mendes**:

Uma outra preocupação que, nós sabemos, gravita no âmbito do Congresso Nacional é a questão da liberdade religiosa e a possibilidade, portanto, de crenças pregarem posições contrárias, inclusive a eventual situação de homossexualismo, foi enfatizada no voto e faz parte, portanto, da parte dispositiva. **A liberdade religiosa não está ameaçada**. Portanto, também, aqui, com muito descortino, **cuidou o eminente Relator de explicitar que não se trata de alimentar uma guerra cultural, ao revés, trata-se de proteger segmentos que de fato são discriminados**.¹⁴ (*grifos nossos*)

Para a **Ministra Cármen Lúcia**:

25. Naquele caso líder [HC 82.424/RS], **este Supremo Tribunal Federal afastou-se da invocação dos direitos constitucionais da liberdade de pensamento e expressão (art. 5º, inc. IV) para justificar, incitar e promover a opressão**. [...] **A inviolabilidade da liberdade de crença e consciência (art. 5º, inc. VI), constitucionalmente assegurada, não se fragilizam porque não se conjuga nem compatibiliza com a violação dos direitos à liberdade, à vida e à dignidade do outro, daquele que se apresenta com convicções de consciência diversas**. [...] 28. O traço histórico de perseguição das comunidades homo e transexuais, conduzida por uma ideologia supremacista, impõem a subsunção da homotransfobia ao gênero racismo, na linha do que decidido por este Supremo Tribunal Federal no habeas corpus n. 82.424. [...] 34. **A Constituição da República repudia qualquer forma de discriminação** e impõe ao legislador ordinário agir para refrear toda prática que dê sequência aos processos históricos de perseguição e degradação humanas contra os homo e transsexuais.¹⁵ (*grifos nossos*)

Então, merecem ser absolutamente rejeitados os embargos declaratórios (também) nesta parte, **aplicando-se multa por litigância de má-fé**, o que desde já se requer, porque o tema da liberdade religiosa foi **expressamente** tratado pela decisão e a Tese que dela resultou, inclusive com a profundidade/densidade que o tema merece, donde viola o princípio da boa-fé objetiva essa argumentação da AGU.

2.1.1. Uma digressão necessária. A criminalização por conceitos valorativos como algo compatível com o princípio da taxatividade penal

¹³ P. 289 do PDF do acórdão da ADO 26.

¹⁴ P. 358 do PDF do acórdão da ADO 26.

¹⁵ P. 479, 482, 485 e 495 do PDF do acórdão da ADO 26.

à luz da doutrina e da jurisprudência penais-constitucionais mundiais. A doutrina de Claus Roxin, de Cesar R. Bittencourt e de Lothar Kuhlen. Não faz o menor sentido exigir-se uma maior precisão taxativa dos crimes de racismo homotransfóbico do que a que se exige (por exemplo) dos crimes de discriminação religiosa (art. 20 da Lei 7.716/89).

O pleito da AGU sobre uma suposta “necessidade” de maior especificação da abrangência da homotransfobia como crime de racismo tem um **contexto evidente**, a saber, os protestos de parlamentares fundamentalistas e reacionários em geral que **indagam (demonstrando profundo desconhecimento de dogmática jurídica basilar) quais condutas passariam a ser consideradas “crime de homotransfobia”**. Exigem uma especificação concreta, **embora sem trazer nenhuma proposição concreta** nesse sentido, de especificação por regras, aplicáveis por *silogismo perfeito* beccariano (sic).

Ocorre que isso é uma postura de gravíssima incoerência, que não respeita as exigências normativas de coerência e integridade do Direito, consagradas na clássica doutrina de Dworkin e, inclusive, positivadas pelo atual Código de Processo Civil (art. 926), lembrando-se que também o Legislativo deve respeitar tais exigências de coerência e integridade (segundo o próprio Dworkin).

ORA, EXCELÊNCIAS, é fato notório que, como tal, não supõe comprovação (CPC, 374, I), embora a prova esteja na *letra das leis penais vigentes* no país, que **desde sempre se aceita a criminalização por conceitos valorativos**, ou seja, conceitos que não estão definidos em todos os seus elementos pela lei penal e que, por isso, precisam ser **concretizados pelo Judiciário**, pelo labor hermenêutico-interpretativo. Tomem-se, como exemplos: **(i) o crime de injúria**, quando fala que é crime “*ofender a dignidade e o decoro*” da vítima – **o que é isto? A lei penal não define**, quem define é o Judiciário, na análise do caso concreto; **(ii) as agravantes genéricas de motivo fútil ou torpe** – **o que é isto? A lei penal não define**, quem o faz é o Judiciário, na análise do caso concreto (e o princípio da taxatividade aplica-se também a agravantes genéricas); **(iii) o que seria “ordem pública”**, como causa de prisão cautelar?! **A lei penal e processual penal não definem**, quem o faz é o Judiciário, na análise do caso concreto. E assim sucessivamente, “mil” outros exemplos poderiam ser dados.

Isso prova cabalmente que **a técnica legislativa criminalizadora sempre admitiu a criminalização por conceitos valorativos, desde que não intoleravelmente vagos, consoante terminologia alemã, e não se pode seriamente dizer que um crime de “praticar o preconceito ou a discriminação” seria algo “intoleravelmente vago”, porque qualquer pessoa sabe que a conduta de discriminar (e praticar o preconceito) significa agir de forma arbitrária, sem justo motivo, de forma caprichosa, por pura e simples desaprovação moral da**

peessoa discriminada. Se isso é assim para o art. 20 da Lei 7.716/89 para os crimes de praticar o preconceito ou a discriminação por “cor, etnia, religião ou procedência nacional”, também deve sê-lo para os crimes tais “por raça”, na acepção político-social que abarque a homotransfobia, logo, os crimes motivados na orientação sexual ou identidade de gênero das vítimas, enquanto critérios raciais.

Note-se que o voto do **Ministro Celso de Mello**, honrando o advogado signatário com a citação de sua doutrina, bem afirmou que **raça afigura-se como um conceito valorativo da lei penal, que é passível de interpretação conforme a Constituição para abarcar a homotransfobia** (cf. transcrição supra).

Permita-se, *data maxima venia*, transcrição da doutrina do advogado signatário,¹⁶ onde se explicam as **doutrinas de Bittencourt, Roxin, Kuhlen e do Tribunal Constitucional Alemão** sobre o tema do princípio da taxatividade e a validade da criminalização por conceitos valorativos:

Com efeito, **César Bittencourt** corretamente aduz que, embora não se deva *abusar* de **conceitos valorativos nas leis penais**, torna-se **inevitável a sua utilização** em algum grau, até pela **impossibilidade de definição exata de toda e qualquer conduta violadora de bens jurídicos penais**. O autor anota que o Legislativo deve evitar *ao máximo* o uso de “expressões vagas, equívocas ou ambíguas”, todavia, aduz que, “por sua própria natureza, a ciência jurídica admite certo grau de *indeterminação*, visto que, como regra, os termos usados pelo legislador admitem várias interpretações”. Destarte, o Legislativo não pode abandonar totalmente os “conceitos valorativos, expostos nas cláusulas gerais, os quais permitem, de certa forma, uma melhor adequação da norma de proibição com o comportamento efetivado”. Mas rechaça a atitude do Legislativo que “utiliza excessivamente conceitos que necessitem de complementação valorativa, isto é, que não descrevem a conduta proibida” e requerem, por isso, um juízo valorativo do magistrado para complementar a descrição típica, de sorte a violar a segurança jurídica. Em razão disso, **propõe um “meio-termo” entre os extremos da proibição total do uso de conceitos normativos gerais e do uso exagerado dessas cláusulas gerais valorativas, “que não descrevem com precisão as condutas proibidas”, mediante um “uso equilibrado das ditas cláusulas gerais valorativas”, para possibilitar a “abertura do Direito Penal à compreensão e regulação da realidade dinâmica da vida em sociedade, sem fissuras, com a exigência de segurança jurídica do sistema penal, como garantia de que a total indeterminação será inconstitucional”**.¹⁷

Em sentido similar, **Roxin** afirma que uma **lei penal será suficientemente clara** quando da mesma **“se possa deduzir um claro fim de proteção do legislador e que, com segurança, o teor literal siga marcando os limites de uma extensão arbitrária**

¹⁶ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais ao Legislativo. A Eficácia Jurídica Positiva das Ordens Constitucionais de Legislar em geral e dos Mandados de Criminalização em particular**, 3ª Ed., Bauru: Ed. Spessoto, 2019, Capítulo 03, item 2.1.

¹⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 1 vol., p. 91-92 (nota do original).

da interpretação”,¹⁸ o que **não exclui a utilização de cláusulas gerais e conceitos valorativos pela lei penal**. Anota que não é raro encontrarem-se conceitos vagos e carentes de complementação valorativa nos preceitos penais, admitindo, assim, certo grau de indeterminação legal como inevitável mesmo nas leis penais, porque se as leis só tivessem que usar conceitos descritivos e não valorativos, então teriam que ser “*infinitamente largas o que presentar tal rigidez en su aplicación que podrían producirse resultados sumamente desafortunados a efectos políticocriminales*” (gerando, assim, verdadeiro dilema entre segurança jurídica e adequação penal à efetiva proteção de bens jurídico-penais).¹⁹ Nesse sentido, o autor aponta que **há fenômenos sociais, como a injúria, que simplesmente não podem ser descritos senão mediante formulações valorativas**. Daí a necessidade de um limite a partir do qual a indeterminação legal penal se tornará inconstitucional. Aduz que muitos autores invocam o **topos da “máxima precisão possível”** enquanto dever do Legislativo, cujas leis seriam inconstitucionais na medida em que houvesse a possibilidade de uma “redação legal mais precisa”, mas rechaça esse **critério, “contanto razoável”**, por entender que nem toda redação legal “menos feliz” deveria ser inconstitucional. Rechaça, também, os **critérios do Tribunal Constitucional Federal alemão**, pelos quais a exigência de determinação legal cresceria de acordo com o tamanho da pena e (o critério) que aceite uma ponderação que dê prevalência aos interesses de justa resolução do caso concreto sobre o interesse de segurança jurídica, pelo uso de conceitos indeterminados, por entender que isso relativiza, *de modo inadmissível*, o princípio da legalidade penal. Por isso, **o autor chega à solução já citada, de concluir pela suficiente determinação da lei penal criminalizadora e utilizadora de cláusulas gerais ou conceitos valorativos, visto que do tipo penal para que se possa deduzir um claro fim de proteção do Legislativo, respeitante do teor literal e que não se configure como interpretação arbitrária**.²⁰ Além de entender que, com o teor literal, o Legislativo cria um marco de regulação que é preenchido e concretizado pelo juiz, no julgamento do caso concreto, por defender que o princípio da vinculação do juiz à lei se satisfaz pelo fato de o juiz não ser livre na interpretação, por estar vinculado às decisões valorativas legais, que ele se limita a concretizar, complementando a norma mediante seu labor interpretativo.²¹

¹⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general – fundamentos – la estructura de la teoría general del delito**. Tradução e notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Dias y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. tomo I, p. 169 (nota do original).

¹⁹ BACIGALUPO, Enrique. **Sobre la Justicia y la Seguridad Jurídica en el Derecho Penal**. In: MONTIEL, Juan Pablo. *La Crisis del Principio de Legalidad en el Nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?* Madrid-Barcelona-Buenos Aires e São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 71. E o autor conclui que, na prática, em geral, o legislador opta por formulações amplas, cuja concreção termina, invariavelmente, nas mãos dos tribunais. No mesmo sentido, sobre a taxatividade das leis penais, **Pablo Sánchez-Ostiz** aduz que usualmente “*se entiende que, cuanto más precisión, más garantista será el Derecho penal; pero, a la vez y en la misma medida, más ineficiente, pues pronto quedará obsoleto. Con otras palabras: cuanto más se encauce y limite en la ley penal la labor judicial de aplicación del Derecho, tanto más se corre el riesgo de su obsolescencia*” (OSTIZ-SÁNCHEZ, Pablo. **Relevancia de las Definiciones Legales en la Aplicación del Derecho Penal**. In: MONTIEL, Juan Pablo. *La Crisis del Principio de Legalidad en el Nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?* Madrid-Barcelona-Buenos Aires e São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 208-209) (nota do original).

²⁰ ROXIN, 1997, tomo I, p. 169-172. Da mesma forma, **Lothar Kuhlen** aduz que entender o princípio da taxatividade (mandado de precisão) como estabelecendo a punibilidade de forma tão exata que a amplitude e o âmbito de aplicação dos tipos penais sejam, para os destinatários da norma e a partir dela mesma, reconhecíveis e suscetíveis de conhecimento, sugere um entendimento do princípio da taxatividade que o converte em algo pura e simplesmente irrealizável, razão pela qual é preciso interpretar o mandado de certeza da lei pena com razoabilidade, de sorte que não é realista exigir que uma lei penal a respeito de cuja aplicabilidade teria que ser inequívoca em qualquer caso (KUHLEN, 2012-a, p. 157). (nota do original).

²¹ ROXIN, 1997, tomo I, p. 148-150 [...] (nota do original).

Sob outra perspectiva, Lothar Kuhlen afirma o **princípio da taxatividade enquanto um mandado de otimização**, no sentido de que a punibilidade das ações e suas consequências jurídicas devem ser legalmente descritas com tanta exatidão quanto seja tolerável segundo os outros fins em colisão, igualmente legítimos. Assim, **a violação do princípio da taxatividade se dará apenas quando se concluir que teria sido possível, “sem dificuldades”, uma regulamentação legal mais precisa que a realmente adotada e sem afetação considerável dos princípios em colisão.**²² Aduz que, a partir do momento que a jurisprudência aceita leis que, em si mesmas, deixam algo a se determinar, isso repercute na compreensão do princípio da taxatividade, que passa a ser compreendido como abrangendo um trabalho conjunto entre o Legislativo e a jurisprudência na definição das condutas puníveis. Pois se os esforços de precisão podem ser realizados também por intermédio da interpretação judicial da lei, evidentemente não se pode esperar da lei, em si mesma, o grau máximo de exatidão pretendido. Exemplifica com a definição do conceito de “grande escala” do § 263, 3º, parágrafo único, ap. 2º, nº 2 do Código Penal alemão, que o Tribunal Constitucional considerou “em si mesmo indeterminado”, mas que obteve – através da sua concretização jurisprudencial – “contornos satisfatórios das demandas de segurança jurídica”. Ou seja, **a jurisprudência considerar um dispositivo legal como “suficientemente determinado” implica em uma valoração autorizadora de uma precisão judicial [interpretativa] ulterior da lei.**²³ Mas o autor rechaça a **interpretação do Tribunal Constitucional alemão** no sentido de que **a indeterminação legal poderia ser sanada pela sua concretização jurisprudencial de longa data, mediante uma “jurisprudência de mais de cem anos essencialmente unânime”,**²⁴ pois isso traria a consequência insustentável de que, entre duas leis com igual grau de indeterminação, em determinadas circunstâncias, somente a mais antiga [de concretização jurisprudencial tida como adequada], e não a mais recente, seria considerada constitucional. **Daí sua conclusão, com a qual se concorda, segundo a qual:**

Portanto, **não há outro remédio que não avaliar a determinação das leis em si mesmas sem perder de vista a sua concretização já realizada pela jurisprudência.** Isso não é problemático, na medida em que não se coloquem sobre a lei penal *exigências utópicas de precisão*, mas que se considere satisfatório que o legislador estabeleça a punibilidade de um tipo de conduta particular, necessária e suscetível de uma concretização mais detalhada por parte dos tribunais [...] **não se podendo impor demandas exorbitantes de exatidão das interpretações legais** [...]. A indeterminação inerente [adherida] à lei deve, na medida do possível, ser retirada através da interpretação [*BVerfG*, NJW, 2010, num. 81] [...]. [Mas] se o Direito Penal é determinado também mediante a precisão judicial da lei, o cidadão deve poder também *confiar* na interpretação dos tribunais penais [...] frente a *modificações jurisprudenciais* (destaque nosso).²⁵

Em seguida, **Lothar Kuhlen** traz trecho emblemático relativamente ao conflito entre a compreensão clássica iluminista e a compreensão contemporânea do princípio da legalidade penal:

²² KUHLEN, Lothar. **La Interpretación Conforme a la Constitución de las Leyes Penales**. Tradução de Nuria Pastor Muñoz. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, p. 158 (nota do original).

²³ *Ibidem*, p. 167 (nota do original).

²⁴ *BVerfGE*, t. 93, p. 266 e 292 (nota do original).

²⁵ KUHLEN, 2012-a, p. 168 e 171, onde o autor afirma, ainda, que este critério encontra-se satisfeito com o caso do crime de **injúria, pela “familiaridade coloquial” deste conceito na “jurisprudência secular”, que toma como “indício de sua determinação ab initio”** (nota do original).

A **concepção clássica do princípio da legalidade** se baseia na ideia iluminista de uma lei penal precisa, interpretada metódica e de forma verificável por um juiz e aplicada a um caso individual. A sujeição do juiz à lei, intensificada através da proibição de analogia, é suficiente, segundo esta crença, para garantir que o castigo de um cidadão não seja determinado pelo juiz, isto é, uma pessoa individual, mas pela lei, ou seja, uma norma geral. **Essa concepção não é conciliável nem com a teoria do Direito moderno, nem com a legislação penal atual, caracterizada pela abstração e pela perda de determinação.** Uma análise mais realista não pode evitar reconhecer uma contribuição dos tribunais na configuração do Direito Penal. Isso não pode deixar de acarretar consequências para uma **compreensão adequada do princípio da legalidade.** No presente artigo, conseqüentemente, se demonstrou que o reconhecimento de uma determinação do Direito Penal através da lei e dos tribunais conduz, por um lado, a que as exigências de determinação da lei em si mesma se reduzam e, por outro, a que os tribunais estejam subordinados a novas sujeições, especialmente ao mandado de determinação interpretativa (destaque nosso).²⁶

Provavelmente, essa **compreensão da taxatividade – enquanto mandado de otimização** – decorre do teor do artigo 103 da Lei Fundamental alemã, que proíbe ao Legislativo estabelecer “leis penais imprecisas, cuja descrição típica seja de tal forma indeterminada, que possa dar lugar a **dúvidas intoleráveis** sobre o que seja ou não permitido ou proibido”. Não obstante, trata-se de **compreensão inerente ao princípio da taxatividade (ou seja, a proibição apenas de “dúvidas intoleráveis” é mera enunciação, declarativa, de seu conteúdo imanente)**, na medida em que se afigura como **irreal exigir-se uma delimitação exaustiva de toda e qualquer conduta que se considere criminosa, na linha do silogismo perfeito de Beccaria.** Uma exigência máxima de taxatividade sobrecarregaria toda prática legislativa e levaria ao extremo de se considerar detentores de “indefinição inconstitucional” muitas partes de disposições relativas a consequências jurídicas, além de preceitos principais da teoria da imputação da parte geral.²⁷ Pense-se no caso do **crime de injúria**, tal como definido pelo artigo

²⁶ *Ibidem*, p. 169. Em seguida, o autor cita a **decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão** (*BVerfG*, NJW, 2010, p. 3209), que considerou que o tipo penal de abuso de confiança “ainda é conciliável” com o princípio da taxatividade, bem como que a interpretação deste tipo pela jurisprudência “se corresponde a grandes rasgos con las exigencias del principio de legalidad” (*Ibidem*, p. 170). [...] (nota do original)

²⁷ JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade.** Tradução de Cerléia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 101-102 (nota do original). Explique-se, por oportuno, que na citada obra, está expresso que não se concorda com a tese de Jakobs de superação do princípio da legalidade penal estrita quando “cumpridos quatro requisitos”, a saber: evolução conceitual, arbitrariedade da valoração resultante de entendimento contrário, igual necessidade de regulação e aptidão (dessa superação) para solucionar o problema concreto (*Ibidem*, p. 130-134), pois garantias constitucionais, como o princípio da legalidade penal estrita, devem ser aplicadas sempre, em favor de quem quer que seja. Ali (na citada obra) e aqui (nesta peça), afirma-se que “Contra isso [tal tese de Jakobs], Roxin aduz que tal concepção gera a perda de todo efeito limitador que se pretende com a legalidade estrita para criminalização de condutas [ROXIN, 1997, tomo I, p. 156]. Ao passo que a afirmação de Jakobs, no sentido de que *lacunas* sobre temas que precisam de *igual regulação*, sob pena de *arbitrariedade*, por tratar com *desigualdade* casos de igual categoria, constitui uma argumentação tipicamente *analógica*, de tratamento de situações distintas por razões de equivalência, superando-se, assim, o *limite do teor literal*, que é, precisamente, o que visa evitar a *proibição de analogia in malam partem* (ou “proibição de generalização”, na terminologia preferida pelo autor)”. VECCHIATTI, *Op. Cit.*, cap. 03, item 2.1. **Ao passo que o reconhecimento da homotransfobia como crime de racismo (crime “por raça”) respeita o limite do teor literal, por ser**

140 do Código Penal: “Injuriar alguém, *ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro*”. Que dizer, então, do crime de rixa, onde o Código Penal se limita a criminalizar “*Praticar rixa, salvo para separar os contendores*” (artigo 137). Ou, ainda, as qualificadoras do crime de homicídio: **motivo fútil ou torpe** (artigo 121, § 2º, incisos II e III). **Para se atender à pretensão de taxatividade máxima das origens iluministas, seria preciso que a lei penal definisse o que entende por “dignidade”, “decoro”, “fútil”, “torpe” e “rixar”, para citar apenas estes exemplos, porém, notoriamente, não se impugna (pelo menos a doutrina em geral não o faz) ditos dispositivos como inconstitucionais, por excessivamente vagos. Daí que a utilização de conceitos jurídicos indeterminados que não gerem dúvidas intoleráveis sobre que espécie de condutas estão proibidas deve se aceitar pelo princípio da lex certa.** Do contrário, os próprios *elementos normativos do tipo*, teriam que ser considerados *necessariamente* inconstitucionais, o que, absolutamente, não é o entendimento prevalecente, embora haja quem entenda que eles *enfraquecem* a função de garantia da legalidade penal.²⁸ (grifos nossos)

Como se vê, a AGU incorre na **gravíssima incoerência** do senso comum teórico (de puro simplismo acrítico) sobre o tema, porque **exige maior precisão taxativa** dos crimes de homotransfobia do que a que ela exige, por exemplo, dos crimes contra a liberdade religiosa *do mesmo art. 20 da Lei 7.716/89...* Sendo que as razões supra **infirmam a pretensão da AGU** de criticar a decisão à luz do princípio da **taxatividade** (fls. 30/31 dos embargos), ao passo que essa pretensão configura **mera insurgência/discordância** com o teor do acórdão, que notoriamente não é passível de ser objeto de embargos de declaração...

Propõe-se, inclusive, uma **interpretação conforme a Constituição** dos crimes de praticar, induzir ou incitar o preconceito e a discriminação *por raça* nos termos do art. 1º, §1º, da **Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial**,²⁹ internalizada no Brasil pelo Decreto n.º 65.810/1969, segundo o qual “*a expressão ‘discriminação racial’ significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública*”. É, aliás, o conceito de discriminação racial constante de nosso **Estatuto da Igualdade Racial**, em seu art. 1º, parágrafo único, I.

um sentido possível dos crimes raciais, na acepção político-social e não biológica de raça. Nesse sentido: VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **STF não legislou nem fez analogia ao reconhecer homofobia como racismo.** In: Revista Consultor Jurídico, 19.08.2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/paulo-iotti-stf-nao-legislou-equipararhomofobia-racismo>>. Acesso: 15.10.2020.

²⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: a nova parte geral.** 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 97 (nota do original).

²⁹ *Insight* de **Thiago G. Viana**, Mestre em Direito e Especialista em Direito Penal e Criminologia, que inclusive realizou sustentação oral no julgamento da ADO 26 e do MI 4733, enquanto advogado do GGB – Grupo Gay da Bahia.



Logo, nenhuma dificuldade há sobre a definição do conceito de *discriminação*, para o fim da discriminação homotransfóbica como espécie de discriminação racial, para quem tem um *mínimo* de estudos sobre as normas jurídicas em vigor no Brasil, lembrando-se que ninguém pode alegar o desconhecimento da lei (logo, deste conceito de discriminação racial) para o fim de descumpri-la (cf. art. 3º da LINDB).

2.2. DA NEFASTA PRETENSÃO A UM PSEUDO “DIREITO DE DISCRIMINAR” POR RAZÕES RELIGIOSAS. Tergiversação da AGU que traduz a nefasta tendência mundial de fundamentalistas e reacionários de *usar a linguagem dos direitos humanos contra os direitos humanos*. Pretensão teratológica em um Estado Laico e à luz do próprio direito fundamental de liberdade religiosa das *minorias sexuais e de gênero e das minorias religiosas em geral*.

Excelências, é **simplesmente chocante** a pretensão da AGU em seus embargos declaratórios. Abstráida a questão de não merecerem ser conhecidos por não haver omissão, obscuridade, contradição ou erro material que configuram suas hipóteses de taxativo cabimento, considera-se inclusive importante esta Suprema Corte **rechaçar veementemente, no mérito, a teratológica pretensão de lesa-humanidade pretendida pelo fundamentalismo mal disfarçado da AGU**, que tenta tergiversar com uma linguagem de direitos humanos para, na verdade, defender a violação dos direitos humanos de minorias sexuais e de gênero (pessoas LGBTI+).

Cite-se a emblemática posição de **Thiago Amparo**, Doutor em Direito e Professor da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV/SP), a qual se ratifica integralmente:

*ATENÇÃO: no caso da LGBTfobia no STF, é **escandaloso** que a AGU peça agora que se reconheça como ‘**excludente de ilicitude**’ toda e qualquer liberdade religiosa (não só nos templos mas na mídia tb) + ‘**controle de acesso de espaços’ contra LGBTs (p. ex., banheiros) + lib. Profissional**. Em sede de embargos de declaração (para sanar contradições, omissões na decisão da LGBTfobia), o que a AGU quer é **ESVAZIAR a criminalização da LGBTfobia**. Se for reconhecida a **liberdade de discriminar** em várias esferas, **como quer a AGU, na prática não terá crime de LGBTfobia**. P/ LGBTs, **AGU quer ‘controle do acesso a espaços de convivência pública sob imperativo de reserva de intimidade’ e diz que se aplica a ‘restrição de ingresso em banheiros, vestiários, vagões de transporte público e até estabelecimentos de cumprimento de pena’**. É **SEGREGAÇÃO**.³⁰ (grifos nossos)*

Excelências, essa pretensão da AGU em seus embargos é **surreal**, não obstante siga uma **tendência mundial** de fundamentalistas religiosos(as) que pretendem **usar a linguagem dos direitos humanos**, relativamente ao direito fundamental à liberdade religiosa, **para a**

³⁰ Cf. Postagens em sua rede social no *Twitter* (@thiamparo), de 14.10.2020 (doc. anexo).

finalidade real de violar os direitos humanos, das minorias que tais fundamentalistas querem discriminar. É um deplorável fenômeno mundial que, absurdamente, ingressa no Brasil pela Advocacia-Geral da União... é simplesmente deplorável o USO IDEOLÓGICO da AGU para o fim de se promover o fundamentalismo religioso...

Na prática, tais **fundamentalistas** querem alegar que estariam sendo, supostamente, **“discriminados(as)”** (sic), pelo fato de não poderem discriminar! Chega-se ao **cúmulo** de se alegar, por vezes, que o reconhecimento do direito ao **casamento civil homoafetivo** implicaria uma suposta **“violação”** ao direito fundamental de liberdade religiosa de pessoas que entendem que a homoafetividade seria um “pecado” (sic). **Veja-se o cúmulo da inversão de valores: alegam estarem sendo “discriminados(as)”** (sic), por vezes dizendo serem vítimas de **“cristofobia”** (sic!), pelo fato de o Estado garantir a igualdade e reconhecer **os mesmos direitos civis/humanos a homossexuais e pessoas LGBTI+ em geral que se garantem a pessoas heterossexuais e cisgêneras...** embora a AGU não tenha chegado a este ponto em seus embargos, *esse é o evidente contexto mundial* que motiva sua teratológica pretensão...

Aliás, vale lembrar que já se passaram quase dez anos da decisão das uniões homoafetivas e até hoje o Congresso Nacional permanece omissivo sobre o tema, ao passo que nenhum líder religioso foi obrigado a celebrar uniões homoafetivas, donde não faz sentido jurídico nenhum o “temor” de prejuízo à liberdade religiosa em termos de respeito aos direitos da população LGBTI+...³¹

Excelências, **como se pode SERIAMENTE pretender a SEGREGAÇÃO** de pessoas LGBTI+ de **espaços públicos**?! E isso a pretexto de proteger uma suposta **“intimidade”** (sic)?! **Ora, que “intimidade” seria violada com a simples presença de pessoas LGBTI+ em espaços públicos?! Veja-se que ~~chega-se~~ chega ao cúmulo do teratológico de se pretender a **segregação em VAGÕES de transportes públicos!** Quer-se reinstaurar a nefasta doutrina do **“separados, mas iguais”** (sic) para fins de direitos LGBTI?! É isso que a AGU realmente quer?!**

Qual o próximo passo? Pretender um pseudo “direito” de demitir funcionários(as) LGBTI+ por homotransfobia?! Lembre-se que, felizmente, a Suprema Corte dos EUA felizmente rechaçou essa teratológica tese de lesa-humanidade neste ano de 2020, quando considerou a discriminação por orientação sexual ou por identidade de gênero uma forma de discriminação *por sexo*, algo que a Constituição expressamente proíbe: **caso BOSTOCK v. CLAYTON COUNTY, GEORGIA.**³²

³¹ Fica o agradecimento ao Professor Alexandre Bahia sobre esse ponto.

³² Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/17-1618_hfci.pdf>. Para síntese da decisão, vide: <<https://www.oyez.org/cases/2019/17-1618>>. Acessos: 15.10.2020.

Sabe-se muito bem que a pretensão esposada pela AGU visa atender aos reclamos de quem quer **discriminar pessoas trans no acesso a banheiros**, por exemplo, o que em si já configura deplorável **transfobia** que merece ser repudiada, enquanto **criminosa** conduta de discriminação por identidade de gênero. Mas note-se que a **AGU** fala em pessoas **LGBTI+** em geral, logo, **inclusive lésbicas, gays e bissexuais** ela quer segregar de banheiros e espaços públicos em geral!

Certamente, se tomar ciência desta petição e sobre ela se manifestar, a AGU alegará que foi “tirada de contexto” (sic), como toda pessoa que defende ideias preconceituosas afirma no mundo contemporâneo, pretendendo não assumir a responsabilidade pelas consequências lógicas do que efetivamente disse. Mas **ORA, EXCELÊNCIAS**, de que forma a suposta **“intimidade”** de pessoas heterossexuais e cisgêneras estaria supostamente **“violada”** pela mera presença de pessoas LGBTI+ em tais espaços públicos?! **A AGU não explica! Faz uma afirmação genérica, obviamente pautada em puro e simples “dano hipotético” (sic), que qualquer doutrina sobre responsabilidade civil afirma que não é critério jurídico porque não há nexos de causalidade nessa situação de “dano hipotético”** (uma espécie de “tenho medo de que talvez possa eventualmente acontecer algo ruim”...). Não explica que condutas supostamente abusivas de pessoas LGBTI+ supostamente legitimariam sua **segregação** de espaços públicos, já que **obviamente** o direito fundamental à não-discriminação não admite a pura e simples expulsão de pessoas LGBTI+ pela homotransfobia de quem quer expulsá-las... À toda evidência, a AGU pretende uma **carta em branco**, para, por **mera alegação de “liberdade religiosa” (sic)**, a pessoa possa discriminar pessoas LGBTI+, **segregando-as** de espaços públicos **a pretexto** de que sua crença religiosa “não aceitaria” a presença de **pessoas LGBTI+ assumidas e orgulhosas**³³ de sua orientação sexual ou identidade de gênero, no sentido específico de pessoas que **não têm vergonha** de ser como são e não aceitam ser discriminadas por isso.

Lembre-se que a **petição inicial** da ADO 26 (e do MI 4733) citam **decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso Vejdeland e outros v. Suécia**³⁴, declarou que a condenação criminal de indivíduos por distribuírem panfletos ofensivos a homossexuais não viola a

³³ Refute-se o simplismo acrítico violador da boa-fé objetiva que fala em “orgulho hétero” (sic), “orgulho branco” (sic) e outros conceitos teratológicos tais. O **orgulho identitário** que se afirma quando se fala em “orgulho LGBTI+”, “orgulho negro” etc não se refere a uma maior valorização da característica da minoria ou grupo vulnerável em questão, que não se considera “melhor” que a maioria; **trata-se de uma resposta à totalitária pretensão de imposição de vergonha** à minoria ou grupo vulnerável, para que ela tenha “vergonha” (sic) de ser como é (LGBTI+, negra etc). Logo, a crítica demonstra profunda **ignorância** do sentido do *orgulho identitário*, que obviamente não se aplica a grupos hegemônicos que não são vítimas de discriminações estruturais, institucionais, sistemáticas e históricas na sociedade.

³⁴ Para a íntegra da decisão, vide <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=900340&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649> (acesso em 29.04.12).

Convenção Europeia de Direitos Humanos, justamente no contexto de que a liberdade de expressão não garante um pseudo “direito” a manifestações homofóbicas/transfóbicas. No mesmo sentido, a **Suprema Corte do México** (Revisión n.º 2802/2012)³⁵, a **Suprema Corte do Canadá** [caso Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott, 2013 SCC 11]³⁶ e a **Corte Criminal de Istambul** (caso Kaos GL v. Yeni Akit)³⁷, **as quais afirmaram que discursos homofóbicos não estão protegidos pelo direito fundamental à liberdade de expressão**, no sentido de que ofensas, menosprezos e incitações ao preconceito, ao ódio e/ou à discriminação não se encontram no âmbito de proteção da liberdade de expressão, sendo **paradigmática a decisão canadense** por isto aplicar também a um religioso em razão do discurso deste, **embora invocando a Bíblia, ter sido entendido como discurso de ódio** dado seu tom inegavelmente ofensivo e de menosprezo a homossexuais em geral, como supostamente ameaçadores do ambiente das escolas públicas **(pelo uso de dois flyers: “Mantenha a Homossexualidade fora das Escolas Públicas de Saskatoon” e “Sodomitas nas nossas Escolas Públicas”, respectivamente).**

Vejam, Excelências, **é unicamente esse tipo específico de discurso (de ódio) que se quer punir criminalmente**: o discurso que pede que homossexuais e as minorias sexuais e de gênero (LGBTI+) em geral fiquem “fora das escolas” (sic), referindo-se a nós LGBTI+ por termos incontestavelmente pejorativos como **“sodomitas”** (sic), que obviamente têm um contexto pejorativo de pessoas supostamente “perigosas” **aàs** nossas crianças (sic). **Fundamentalistas e reacionários sempre invocam a falácia da “proteção de crianças” (sic) contra homossexuais que estariam querendo “convertê-las” à homossexualidade (sic).**

Contudo, sobre o tema, lembre-se da célebre decisão da **Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (2012)**, onde muito pertinentemente afirmou que, embora obviamente a proteção a crianças seja um legítimo fim estatal a ser perseguido pelo Estado, **não se podem usar estereótipos pejorativos contra minorias e grupos vulneráveis para se dizer que se estaria protegendo crianças ao se combater tais estereótipos**. Falou-se especificamente dos estereótipos sobre a homossexualidade, de sorte a ser inconveniente retirar-se a guarda das filhas de uma mãe pelo simples fato dela manter uma relação homoafetiva. Mas o **princípio** da decisão, sua **ratio decidendi**, é a **proibição do uso de estereótipos** como critério de fundamentação de políticas públicas e decisões

³⁵ Cf. <http://www2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/comunicado.asp?id=2549> (último acesso em 31.07.2013).

³⁶ Cf. <http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/12876/index.do> (último acesso em 31.07.2013).

³⁷ Cf. <http://www.lgbtqnation.com/2013/07/landmark-turkish-court-ruling-anti-gay-language-is-not-freedom-of-speech/> (último acesso em 31.07.2013).

jurídico-políticas em geral. Nesse sentido, como o signatário destacou em sede doutrinária:³⁸

Segundo a **Corte IDH**, “o objetivo geral de proteger o princípio do interesse superior da criança é, em si mesmo, um fim legítimo e é, ademais, imperioso (...) [para] propiciar o desenvolvimento dela”, contudo, “a Corte constata que a determinação do interesse superior da criança, em casos de cuidado e custódia de menores de idade deve ser buscado a partir da avaliação dos comportamentos parentais específicos e seu impacto negativo no bem-estar e no desenvolvimento da criança segundo o caso [concreto], os danos ou riscos reais e provados, e não especulativos ou imaginários. Portanto, **não podem ser admissíveis as especulações, presunções, estereótipos ou considerações generalizadas sobre características pessoais dos pais ou preferências culturais a sobre certos conceitos tradicionais da família**”, razão pela qual **“a Corte Interamericana observa que embora o ‘interesse superior da criança’ seja, em abstrato, um fim legítimo, a mera referência ao mesmo sem provar, concretamente, os riscos ou danos que poderiam decorrer da orientação sexual da mãe para as filhas não pode servir de medida idônea para a restrição de um direito protegido como o de poder exercer todos os direitos humanos sem discriminação alguma pela orientação sexual da pessoa**”. Isso porque “*O interesse superior da criança não pode ser utilizado para amparar a discriminação contra a mãe ou o pai pela orientação sexual de qualquer deles*. Desse modo, o julgador não pode tomar em consideração esta condição social como elemento para decidir sobre a guarda ou custódia”³⁹. Assim, **entende a Corte que “Uma determinação a partir de presunções infundadas e estereotipadas sobre a capacidade e idoneidade parental de poder garantir e promover o bem-estar e desenvolvimento da criança não é adequada para garantir o fim legítimo de proteger o interesse superior da criança**. A Corte considera que *não são admissíveis as considerações baseadas em estereótipos sobre a orientação sexual*, a saber, pré-concepções sobre os atributos, as condutas ou características das pessoas homossexuais ou o impacto que estes presumivelmente possam ter sobre as filhas e os filhos” (item 111). Isso porque “*A Corte considera que, para justificar uma diferença de tratamento e a restrição de um direito não pode servir de sustentação jurídica a alegada possibilidade de discriminação social, provada ou não, a que poderiam enfrentar os menores de idade por condições da mãe ou do pai*. Se é certo que certas sociedades podem ser intolerantes a condições como a raça, o sexo, a nacionalidade ou a orientação sexual de uma pessoa, *os Estados não podem utilizar isto como justificações para perpetuar tratamentos discriminatórios*. Os Estados estão internacionalmente obrigados a adotar as medidas que forem necessárias ‘para fazer efetivos’ os direitos estabelecidos na Convenção, como estipula o artigo 2º de dito instrumento interamericano, *razão pela qual devem propender, precisamente, a enfrentar as manifestações intolerantes e discriminatórias, com o fim de evitar a exclusão ou negação de uma determinada condição*”⁴⁰, na medida em que [e isso é fundamental], **embora se argumente que “o princípio do interesse superior da criança possa se ver afetado pelo risco de uma rejeição da sociedade, a Corte considera que um possível estigma social decorrente da orientação sexual da mãe ou do pai não pode ser considerado um ‘dano’ válido para os efeitos da determinação do interesse superior da criança**”. Com efeito, “Se os juízes que analisam casos como o presente constatam a existência de *discriminação social*, *é totalmente inadmissível legitimar essa discriminação com o argumento de proteger o interesse superior do menor*

³⁸ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 3ª Ed., Bauru: Ed. Spessoto, 2019, cap. 16, item 3.5.

³⁹ Itens 108 a 110 da decisão. Tradução livre..

⁴⁰ Item 119 da decisão. Tradução livre.

de idade. No presente caso, o Tribunal ressalta que, ademais, a senhora Atala não teria porque sofrer as consequências de que em sua comunidade presumivelmente as filhas poderiam ter sido discriminadas devido à sua orientação sexual”, razão pela qual “a Corte conclui que o argumento da possível discriminação social não era adequado para cumprir com a finalidade declarada de proteger o interesse superior das filhas”⁴¹.

Segundo a Corte, **“Relativamente à proibição de discriminação por orientação sexual, a eventual restrição de um direito exige uma fundamentação rigorosa e de muito peso⁴², invertendo-se, ademais, o ônus da prova, o que significa que cabe à autoridade demonstrar que a sua decisão não teria um propósito nem um efeito discriminatório⁴³”**. Isso é especialmente relevante em um caso como o presente, tendo em conta que a determinação de um dano deve sustentar-se em evidência técnica e em ditames de peritos e investigadores para fins de estabelecer conclusões que não resultem em decisões discriminatórias”, donde “*é o Estado que tem o ônus da prova para mostrar que a decisão judicial debatida se baseou na existência de um dano concreto, específico e real ao desenvolvimento das meninas*. Para isso é necessário que nas decisões judiciais sobre estes temas se definam de maneira específica e concreta os elementos de conexão e causalidade entre a conduta da mãe ou pai e o suposto impacto no desenvolvimento do filho. Do contrário, corre--se o risco de fundamentar a decisão em um estereótipo (supra, itens 109 e 111) vinculado exclusivamente à pré-concepção, descabida, de que os filhos criados por pares homossexuais necessariamente teriam dificuldades para definir seus papéis de gênero ou sexuais”⁴⁴. (grifos nossos; notas do original).

Em nota de rodapé, a **petição inicial** transcreveu trecho relevante da citada **decisão da Suprema Corte do México**, que vale aqui reiterar e que, inclusive, **responde um dos questionamentos da AGU**:

*“a Primeira Sala determinou que as expressões homofóbicas, isto é, o **discurso consistente em inferir que a homossexualidade não é uma opção sexual válida, mas uma condição de inferioridade, constituem manifestações discriminatórias**, e isso apesar de emitidas em um sentido burlesco, já que mediante as mesmas se **incita, promove e justifica a intolerância contra a homossexualidade**. Por isso, as manifestações homofóbicas são uma categoria de discursos de ódio, os quais se identificam **por provocar ou fomentar o desprezo [rechazo] contra um grupo social**. A problemática social de tais discursos decorre de que, mediante as expressões de menosprezo e insulto que contêm, os mesmos **geram sentimentos sociais de hostilidade contra pessoas ou grupos**. Por isso, a Primeira Sala determinou que as expressões empregadas no caso concreto, consistentes nas **palavras ‘bichonas’ [‘maricones’] e ‘punhal’ [‘puñal’]**, foram ofensivas, pois embora sejam expressões fortemente arraigadas na linguagem da sociedade mexicana, o certo é que as práticas que realizam a maioria dos integrantes da sociedade não podem convalidar violações a direitos fundamentais. Adicionalmente, a Primeira Sala resolveu que ditas expressões foram impertinentes, pois seu emprego não era necessário para a finalidade de disputa que se estava levando a cabo, relativa à crítica mútua entre dois jornalistas [periodistas] da cidade de Puebla. Por isso, determinou-se que as expressões ‘bichona’ e ‘punhal’, tal e como foram*

⁴¹ Itens 121 e 122 da decisão. Tradução livre.

⁴² TEDH, caso Karner vs. Austria (n.º 40016/98). Nota do original.

⁴³ TEDH, caso E.B. vs Francia (n.º 43546/02). Nota do original.

⁴⁴ Itens 124 e 125 da decisão. Tradução livre.



empregadas no presente caso, não se encontravam protegidas pela Constituição. Cabe assinalar que a Primeira Sala **não ignora que certas expressões que, em abstrato, poderiam caracterizar um discurso homofóbico, podem validamente ser empregadas em estudos de índole científica ou em obras de natureza artística, sem que por tal motivo se caracterizem como discursos de ódio** [sin que por tal motivo impliquen la actualización de discursos del odio]”. (grifos nossos; tradução livre)

Também em nota de rodapé, a **petição inicial** transcreveu trecho relevante da decisão da **Corte de Istambul**, que também é pertinente para o fim de rejeição dos embargos declaratórios da AGU:

“Dentro do escopo da notícia de que esta reclamou, **um grupo de orientação sexual diferente é claramente humilhado e insultado**. Portanto a decisão de não processar não é válida quando uma ação pública deveria ser tomada”, ao passo que “A corte ainda afirmou que **esse tipo de discurso não está dentro da proteção da liberdade de expressão ou de imprensa**. A corte decidiu que o jornal deve ser processado por violar o artigo 216 do Código Penal Turco, que **proíbe o insulto de grupos sociais**” (tradução livre). Isso porque os réus do processo classificaram um material preparado pelo grupo LGBT que moveu a ação para ajudar professores a aprenderem sobre diferentes sexualidades e combater a homofobia como **“uma tentativa de um grupo de ‘pervertidos’ e ‘desviantes’ de corromper crianças e fazê-las considerar como normal o seu comportamento ‘herético’”** (sic). (grifos nossos; tradução livre)

Reitere-se, **é esse tipo e apenas esse tipo de conduta que se pretende criminalizar**. Isso foi, inclusive, expresso na **sustentação oral** do advogado signatário neste julgamento, quando disse:

[...] A ANAJURE que falará que depois, em seu memorial, fala que a criminalização da homofobia geraria um prejuízo à liberdade religiosa. Discordo veementemente: **ninguém quer prender padres e pastores por dizerem que a homossexualidade, ou seja lá o que for, é “pecado”**. De maneira nenhuma. Somos contra o discurso de ódio. Quando despachei, anos atrás, em audiência com o eminente Ministro Barroso, citei um **exemplo que eu sempre dou: se eu vou a um padre, a um pastor, digo, “sou gay, o que a igreja tenha dizer a respeito”, e ele me diz de maneira respeitosa que, na visão dele, a Bíblia condena [a homossexualidade] e se eu não mudar os meus atos, eu não irei ao Reino dos Céus, ou irei ao Inferno, concordamos em discordar, na minha modesta opinião a ignorância é um direito fundamental não me prejudica, mas [isso] não é crime hoje, não é dano moral hoje e jamais vai sê-lo. Se for, vai ser inconstitucional, serei o primeiro a dizer isso. Mas, mesmo exemplo, eu vou ao padre, ele se afasta e fala “sodomita sujo saia daqui”, isso obviamente é um abuso do direito de liberdade de expressão, um claro animus injuriandi, que a jurisprudência diz que é um requisito para um discurso [ser considerado] ilícito⁴⁵. Então a ideia é: não queremos**

⁴⁵ Cite-se, *v.g.*, decisões do STF e do STJ: “A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que, para a incidência dos tipos penais referentes à calúnia, à difamação e à injúria, o mero *animus narrandi* não configura o dolo imprescindível à configuração de tais delitos. RHC 81.750/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 09-08-2007” (STF, Pet 5735/DF, 01ª Turma, Rel. Min. Luiz

criminalizar a liberdade religiosa de ninguém, dentro ou fora da igreja, mas não queremos que a igreja seja um âmbito de discursos de ódio. Na [petição] inicial, cito decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em que condenou, declarou constitucional e convencional uma condenação, em que, na defesa, o acusado alegou liberdade religiosa, mas para quê? Para um panfleto que **vinculava homossexualidade a pedofilia. Com todas as venias, isso é discurso de ódio, isso é injúria, não é liberdade de expressão.** E a tipicidade material do Direito Penal é mais do que suficiente [para proteção de pessoas religiosas]. Se a conduta for [enquadrada como] liberdade religiosa, mesmo que ela se enquadre no silogismo da lei penal, ela não vai ser criminalizada, por um *conceito material de tipicidade, de punibilidade*. A doutrina penal é pacífica nesse sentido.⁴⁶ [...] (*grifos nossos*)

Ressalte-se que o advogado signatário fez essa afirmação inclusive no programa **Fantástico**, da TV Globo, sobre não se querer prender padres ou pastores por dizerem que a homossexualidade seria “pecado”, mas apenas (se quer a punição) de quem profere **discursos de ódio**, tal como muito bem definidos, *taxativamente*, pelo **item 2 da TESE** aprovada por esta Suprema Corte, donde é uma fala pública e **notória**.

Excelências, é simplesmente **inadmissível** que um **Advogado-Geral da União** defenda uma tese tão absolutamente **atécnica** e, na verdade, **inepta**, demonstrando ignorar o **basilar** conceito de **tipicidade e antijuridicidade material** em sua peça. A **jurisprudência é pacífica** no sentido da necessidade de um **animus injuriandi**, ou seja, da **intenção de ofender** (*ainda que por dolo eventual*), para que um discurso seja considerado criminoso (e mesmo civilmente ilícito). É inacreditável que, em uma ação perante a Suprema Corte da Nação, tenha-se que explicar algo tão basilar, ainda mais a um Advogado-Geral da União... daí ele merecer a punição por **litigância de má-fé**, no mínimo por violação flagrante ao princípio da boa-fé objetiva...

2.2.1. A confissão da AGU sobre sua pretensão a um pseudo “direito a discriminar”. A pretensão de discriminar pessoas trans em banheiros.

Note-se que a AGU expressamente se preocupa com o crime do **art. 20 da Lei 7.716/89**, sobre *praticar, induzir ou incitar o preconceito e a discriminação*. Teve a **coragem** de fazer a seguinte colocação:

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

Fux, DJe de 13.09.2017); “Nos delitos contra a honra, é necessário, além do dolo, o propósito de ofender (*animus*) que inexistente se ocorre mero *animus narrandi*” (STJ, REsp 118.417/DF, 05ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, Dj de 25.02.1997, p. 97).

⁴⁶ Íntegra da transcrição disponível em: IOTTI, Paulo. **O STF, a Homotransfobia e seu Reconhecimento como Crime de Racismo. Análise e defesa da decisão do STF que reconheceu a homotransfobia como crime de racismo**, Bauru: Ed. Spessoto, 2020, item 3.

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

EXCELÊNCIAS, A AGU ESTÁ DEFENDENDO UM PSEUDO “DIREITO” DE ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS NÃO ATENDEREM PESSOAS LGBTI+ PELA CRENÇA RELIGIOSA DE SEUS PROPRIETÁRIOS! A nefasta decisão da Suprema Corte dos EUA nesse aspecto merece ser profundamente repudiada, do contrário, teremos que admitir que qualquer minoria ou grupo vulnerável poderia ser discriminada no atendimento empresarial. Lembre-se que, no passado, (autoproclamados) crístãos discriminavam pessoas negras alegando “liberdade religiosa”, por uma pretensa interpretação da Bíblia... Por imperativo de coerência, a AGU e quem quer que seja não pode querer um pseudo “direito” de discriminar por razões religiosas pessoas LGBTI+, mas negar essa teratologia à pretensão de discriminação a outras minorias, mas isso a AGU convenientemente deixa de abordar em sua peça... Então, a AGU quer seriamente um direito a discriminar? Isso é intolerável e inaceitável em um Estado Democrático de Direito fundado sobre o princípio da não-discriminação, como o nosso...

No mais, sobre essa nefasta decisão da Suprema Corte dos EUA que permitiu tal discriminação no caso concreto, valem algumas explicações convenientemente omitidas pela AGU, sobre ela ter expressamente afirmado que não fez um balanceamento definitivo entre o direito de liberdade religiosa, de um lado, e o direito à não-discriminação, de outro:

No referido julgamento, não obstante tenha **a Suprema Corte (felizmente) reafirmado que pessoas homossexuais não podem ser tratadas como cidadãs de segunda classe, bem como que leis estaduais podem considera-las como uma classe de pessoas com proteção especial**, entendeu que um confeitiro teria o “direito” de se negar a vender um bolo a um casal homoafetivo em razão de suas “fortes convicções religiosas”, que não teriam sido tratadas com “neutralidade” pela Comissão de Direitos Humanos do Colorado. Entendeu, ao revés, que [supostamente] referida Comissão teria tratado as convicções religiosas do confeitiro com preconceito (“bias”). Assim entendeu porque integrante de referida Comissão afirmou que a religião nunca poderia justificar discriminações sociais, algo que consideraram inadmissível, especialmente por se ter apontado, na Comissão do Colorado, que religiões já foram usadas para justificar posições nazistas e racistas, algo que, embora fato histórico e notório, a maioria da Suprema Corte considerou inadmissível.... *Ou seja, a adjetivação utilizada pela decisão do Colorado foi considerada determinante pela Suprema Corte dos EUA para considerar existente “preconceito” contra a religião do confeitiro.*

Outra questão que a Suprema Corte considerou relevante foi o fato de, em outros três casos, a Comissão do Colorado entendeu legítimo a confeitiros não venderem bolos a outros cidadãos, que requereram que nele fossem escritas mensagens condenatórias da

homossexualidade. Com toda razão, a Comissão do Colorado considerou legítimas as recusas, porque referidos confeitores se recusariam a vender bolos com tais mensagens a quaisquer pessoas (não só a pessoas religiosas), bem como considerou referidas mensagens *ofensivas*, por explicitamente homofóbicas. Ao passo que, em absolutamente legítima *distinção (distinguishing)*, afirmou que tais peculiaridades não estariam presentes no caso em julgamento, no qual o confeitiro se recusava a vender a casais homoafetivos bolos que ele venderia a quaisquer outras pessoas, de sorte a se caracterizar discriminação por orientação sexual. Contudo, a maioria da Suprema Corte considerou que seria “incoerente” considerar a recusa lícita em um caso e ilícita em outros, por entender que o Estado não poderia fazer juízo de valor sobre as mensagens escritas no bolo, pela exigência de “neutralidade [axiológica]” que deve pautar a postura do Estado frente às religiões. Nesse sentido, a maioria considerou que não teria havido discriminação por orientação sexual, por entender que o confeitiro se negaria a vender o bolo [destinado a um casamento homoafetivo] a qualquer pessoa, não somente a homossexuais. Ou seja, disse que se uma pessoa heterossexual comprasse um bolo destinado a um casamento homoafetivo, também neste caso o confeitiro não efetuaria a venda. Os votos vencidos, por sua vez, bem desmistificaram esse absurdo argumento, apontando que um bolo para um casamento homoafetivo é comprado por homossexuais, sendo um absurdo lógico a posição da maioria sobre o tema. Ao passo que bem demonstraram que, no caso dos confeitores que não venderam bolos com mensagens homofóbicas, eles não venderiam um tal bolo a nenhuma pessoa, enquanto o confeitiro homofóbico se recusou a vender um bolo que ele venderia a qualquer pessoa a um casal homoafetivo, logo, em razão da orientação sexual do casal que desejava comprar o bolo.

Não obstante, **a Suprema Corte dos EUA disse expressamente que não fez um balanceamento definitivo da tensão entre liberdade religiosa e dever de não discriminar, tendo inclusive afirmado que a jurisprudência da Corte é expressa sobre o fato de que o direito à liberdade religiosa pode ser limitado por leis gerais (como a que proíbe a discriminação por orientação sexual), bem como que homossexuais não podem ser inferiorizados juridicamente frente a heterossexuais. Afirmou expressamente que outros comerciantes não podem se utilizar deste precedente para negar atendimento a homossexuais e casais homoafetivos.** Todavia, entendeu que as convicções religiosas do confeitiro não teriam sido tratadas com “neutralidade” pela Comissão de Direitos Humanos do Colorado, sendo esta a razão que lhe fez dar a ele ganho de causa. Algo que, ainda que eventualmente tenha sido o caso (e disso discordo), não deveria ter relevância, visto que é absurdo entender que alguém teria o direito de negar atendimento comercial a pessoas dispostas a pagar por seus serviços por preconceitos, ainda que religiosos. No passado, brancos se recusavam a atender negros em estabelecimentos comerciais, também por razões morais e religiosas, algo atualmente intolerável. Logo, deve ser intolerável também a homossexuais e casais homoafetivos. Pois, como disseram em seus votos vencidos as Juízas Sonia Sotomayor e Ruth Bader Ginsburg, “independentemente do que se possa pensar das declarações de ‘um ou dois’ membros daquela comissão do Colorado que a Suprema Corte questiona, elas não deveriam se sobrepor ao fato de que Jack Philips se negou a fazer um bolo de casamento para um casal, e o motivo é que eram homossexuais”⁴⁷.

Trata-se de um lamentável retrocesso da conservadora composição da Suprema Corte dos EUA. O que assusta é a votação ter sido por 7x2 e não por 5x4. Desde a decisão de *Romer vs. Evans* (1996), o Justice Kennedy, um conservador moderado, tem sido o voto de minerva nas decisões em favor das minorias sexuais e de gênero (não obstante *Lawrence vs. Texas*, em 2003, tenha sido decidida por 6x3). Ele foi o voto decisivo nas duas decisões da Suprema Corte que reconheceram o direito ao casamento civil homoafetivo, primeiro ao declarar inconstitucional que Estados que não o celebram não concedam os direitos deferidos legalmente a *casais casados* a casais homoafetivos

⁴⁷ Cf. <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/04/internacional/1528123831_997331.html> (acesso em 21.06.2018).

que se casaram em Estados que o celebram (caso *United States vs Windsor*, 2012), pelo qual a Corte considerou inconstitucional tal discriminação, por considerar inadmissível a depreciação que isso significava a casais do mesmo gênero, bem como ao próprio direito constitucional ao casamento civil homoafetivo (caso *Obergefell vs. Hodges*, 2015), pelo direito à igual dignidade devido pelo Estado a casais homoafetivos relativamente a casais heteroafetivos. E Kennedy acaba de anunciar sua aposentadoria, o que possibilitará ao conservador Presidente Donald Trump indicar novo integrante, que pode consolidar de vez o conservadorismo daquela Corte. Só o tempo dirá.⁴⁸ (*grifos nossos*)

Certamente, **no Brasil, nosso Código de Defesa do Consumidor e a vedação constitucional a preconceitos de quaisquer espécies** obviamente torna ilegal e inconstitucional, como situação que coloca consumidores(as) LGBTI+ em situação de *manifesta desvantagem iníqua* por conta do preconceito homotransfóbico. É inacreditável a AGU, enquanto instituição de Estado e não de Governo, defender essa tese teratológica de lesa-humanidade...

Por outro lado, vejamos outro trecho dos embargos da AGU (fl. 36 dos embargos):

[...] há espaços de convivência que, embora abertos ao público em geral, possuem acesso controlado a partir do critério fisio-biológico de gênero, com o objetivo de resguardar a intimidade de frequentadores considerados vulneráveis. É o caso, por exemplo, da restrição de ingresso em banheiros, vestiários, vagões de transporte público e até estabelecimentos de cumprimento de pena. Em todos esses casos, o acesso aos espaços públicos pode ser organizado a partir do critério fisio-biológico de gênero, e não da identificação social do usuário, tendo em vista a necessidade de proteção de pessoas em situação de vulnerabilidade.

Sem tergiversar, **quer-se proibir que mulheres transexuais usem banheiros femininos e, se presas, fiquem em presídios femininos**, tanto que, na página seguinte, faz referência aos processos em trâmite nesta Suprema Corte sobre tais temas. **A pergunta que a AGU não responde é a seguinte: em que a presença de mulheres transexuais no banheiro feminino prejudicaria a intimidade ou a segurança de mulheres cisgênero? A AGU vai defender a teoria da conspiração pela qual homens cisgênero se fantasiariam de mulheres para estuprar mulheres cisgênero no banheiro? Esse temor infundado é puro e simples DANO HIPOTÉTICO, que não configura critério jurídico à luz de qualquer doutrina de responsabilidade civil, o qual viola, inclusive, o **princípio geral de direito da presunção de boa-fé**, pois não se pode pura e simplesmente presumir que as mulheres transexuais irão fazer algo de errado no banheiro feminino...**

⁴⁸ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 3ª Ed., Bauru: Ed. Spessoto, 2019, cap. 6, item 11.1.

Veja-se a pretensão de segregação da AGU, a partir de teratológicas teorias da conspiração... ela não as escreveu, mas obviamente está pautada nelas nos seus embargos...

Lembre-se que, nos célebres **casos Romer vs. Evans** (1996) e **Lawrence vs. Texas** (2003), a Suprema Corte dos EUA proibiu o uso da *mera desaprovação moral* para justificar a discriminação a pessoas LGBTI+. No **primeiro**, declarou a inconstitucionalidade da referida emenda constitucional sob o fundamento de que ela afrontou a doutrina da igual proteção, tendo em vista que privava os cidadãos homossexuais e bissexuais da proteção legal quando o legislador julgasse isso pertinente, na medida em que a proteção que tais cidadãos poderiam procurar nas leis genéricas não lhes garantiria a proteção específica da qual efetivamente precisavam. Ademais, por (arbitrariamente) não considerarem os não-heterossexuais como uma classificação suspeita ou semi-suspeita, a linha majoritária da Suprema Corte apreciou o tema pelo mais frágil dos testes de constitucionalidade por afronta à isonomia, a saber, o teste da relação racional, que visa apurar se a medida estatal em questão possui uma relação racional com um legítimo fim estatal, concluindo que não, por ser esta emenda constitucional uma **medida estatal que claramente se pauta unicamente na animosidade contra este específico grupo de pessoas, o que, corretamente, afirmou ser inconstitucional**. Outrossim, apontou que a emenda do Colorado foi, ao mesmo tempo, muito restrita e muito ampla: ela identificou todo um grupo de pessoas por um singelo traço das mesmas e, ainda, negou a elas uma ampla gama de proteção legal mediante a desqualificação do seu direito de procurar a proteção específica da lei, o que foi algo sem precedentes na jurisprudência estadunidense.

Perfeita tal exegese. Com efeito, considerações de ordem puramente moral não são válidas perante o direito à igualdade para justificar discriminações jurídicas quando as pessoas discriminadas não estão, com sua conduta, prejudicando terceiros e a sociedade como um todo, porque **o mero animus de desaprovação moral ou religiosa de uma pessoa não é algo que possa ser enquadrado como um argumento racional, de razão pública, na medida em que a mera antipatia com um grupo social não se configura como um legítimo fim estatal**. E não se pode defender seriamente que a homossexualidade, por si, seria prejudicial à sociedade, como faz o argumento *ad terrorem*, relativamente frequente no senso-comum, segundo o qual não se poderia “incentivar” a homossexualidade sob pena de “o mundo acabar”. Primeiro, reconhecer a igual da dignidade das pessoas LGBTI+ relativamente às pessoas heterossexuais e cisgêneras não significa “incentivo” a nada, **apenas garantia igual tratamento e não-discriminação**.

Sobre o **segundo** precedente citado (Lawrence), valem as palavras do voto da Justice O'Connor: “*Desaprovação moral deste grupo, como um aberto desejo a prejudicar o grupo, é um interesse que não é suficiente para satisfazer o teste de base racional da Cláusula da Igual Proteção*”, pois “nós

*nunca estabelecemos que a desaprovação moral, desacompanhada de outro declarado interesse estatal, seria uma racionalização suficiente à Cláusula da Igual Proteção a justificar uma lei que discrimina grupos de pessoas”, donde “Desaprovação moral de um grupo não pode ser um legítimo interesse governamental [...] porque as classificações legais não podem ser ‘traçadas para o propósito de trazer desvantagens ao grupo sobrecarregado pela lei’”, visto que “a Cláusula da Igual Proteção previne o Estado de criar ‘uma classificação de pessoas ocupadas consigo mesmas’” [undertaken for its own sake]. Tal posição ratificou a posição do **Justice Stevens** em seu voto-vencido na nefasta decisão de *Bowers vs. Hardwick*, afirmando-se que o fato da maioria ter tradicionalmente visto uma prática como *imoral* não se configura como uma razão suficiente para validar uma lei que proíbe tal prática.*

Logo, a mera consideração de uma prática ou de uma identidade social como “imoral” (sic), ainda que na visão da maioria da população, não constitui motivação válida ante o princípio da igualdade para caracterizar uma *discriminação constitucionalmente válida*, por inexistência de motivação lógico-racional que justifique a discriminação pretendida com base no critério diferenciador erigido, ante a **vedação do arbítrio** imanente aos princípios da isonomia,⁴⁹ da não-discriminação, razoabilidade, da proporcionalidade e do Estado de Direito.

Com efeito, na doutrina de **Adilson José Moreira**, sobre a inconstitucionalidade da discriminação negativa, que inacreditavelmente a AGU quer referendar se motivada na orientação sexual ou identidade de gênero da vítima a partir de determinadas convicções religiosas (doutrina esta que demonstra o completo descabimento da pretensão da AGU):

Discriminar significa impor desvantagens a grupos de pessoas, significa agir de forma arbitrária. Ações dessa natureza violam os **princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**, preceitos que regulam a produção, interpretação e a aplicação das normas de direito. Os sistemas jurídicos dos regimes democráticos estão baseados na *noção de justiça*, que está diretamente relacionada com a **ideia de racionalidade**. Agir de forma justa significa agir de forma justificada, e a possibilidade de justificação existe na medida em que um ato ou uma norma pode estar **fundada em uma razão válida**. O ideal de justiça decorre da expectativa que uma pessoa será tratada de acordo com as normas que governam uma determinada situação jurídica, essa expectativa está fundamentada na noção de **justiça como racionalidade**. Práticas que violam a racionalidade imanente ao sistema jurídico, racionalidade baseada no pressuposto de que a produção e a aplicação das leis têm o propósito de realizar a dignidade humana. Atos que violam o dever de que o tratamento dos indivíduos e entre indivíduos deve ser justo criam problemas de outra ordem. *Direitos fundamentais* não são apenas normas jurídicas, eles têm outra dimensão relevante. Eles possuem um aspecto material que expressa o *consenso político* de uma comunidade sobre as formas como indivíduos

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, 3ª Ed., 11ª Tir., Maio-2003, São Paulo: Malheiros Editores, p. 38-39; RIOS, Roger Raupp. **O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual: a Homossexualidade no Direito brasileiro e Norte-Americano**, Porto Alegre: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 53-54 ; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 3ª Ed., Bauru: Ed. Spessoto, 2019, cap. 03, item 1.2.

devem ser tratados dentro de uma comunidade política. **A discriminação desestabiliza a ordem jurídica porque foge do consenso moral expresso pelas normas legais sobre o tratamento de pessoas.** Atos discriminatórios violam as diferentes dimensões do princípio da igualdade, o que, mais uma vez, dificulta a realização do princípio da dignidade humana. [...] **Tratar pessoas a partir de fatores arbitrários implica a desconsideração do valor moral delas.** [...] Jeneth Karst pensa que a discriminação compromete o funcionamento da democracia porque esse regime político está baseado no *princípio da cidadania*, uma categoria que pressupõe o reconhecimento de todos os membros da comunidade política como pessoas merecedoras da *mesma consideração e respeito*. A **cidadania** implica uma forma de igualitarismo moral necessário para o funcionamento de uma sociedade fundada em princípios morais. Para o autor, a noção de cidadania está centrada no **ideal do pleno pertencimento**, o que pode acontecer quando a sociedade procura implementar uma **ética do respeito mútuo e estima recíproca**. Isso significa que as diferentes categorias de direitos deverão ser estendidas a todos para que eles possam sentir-se como membros da sociedade. Por esse motivo, a discriminação impede a afirmação da cidadania, porque ela reproduz estigmas sociais responsáveis pela construção do outro como seres incapazes de atuar no espaço público de forma competente. **Estigmas sociais que legitimam a discriminação são incompatíveis com o propósito da expansão e afirmação da cidadania**, embora nem todas as desigualdades entre pessoas produzam o estigma, as desigualdades, afirma o autor, pressupõe a inferioridade da pessoa. Segundo Karst, a existência de estigmas já é uma violação de direitos.⁵⁰ (grifos nossos)

Por fim, seja como form **o que seriam “comportamento que se revele ostensivamente atentatório aos códigos de conduta exigidos pelos princípios fundamentais das ordens religiosas”?** (fl. 37 dos embargos)

Trata-se de nova **pretensão de discriminação da AGU**, que ela, mais uma vez, **não se digna a explicar** em que, exatamente, consistiria, donde, mais uma vez, temos um **pedido INEPTO**, pois não pode esta Suprema Corte ter que “adivinhar” o que a AGU quis dizer com essa fala tão vaga...

2.2.1.1. RESPONSABILIDADE EX POST FACTO. Necessidade de se apurar o que, de fato, ocorreu, para que o Judiciário possa apurar se houve ilicitude. Descabimento da pretensão da AGU de definição prévia por silogismos perfeitos de juizes/as-boca-da-lei, numa repriminção da Escola da Exegese.

Excelências, como se vê, a AGU, agindo como se desconhecesse a forma mundial de criminalização de condutas por conceitos valorativos não-intoleravelmente vagos, pretende que esta Suprema Corte traga uma *especificação por silogismos* de várias hipóteses, antecipando-se a muitos problemas. **Ocorre que isso é inadmissível, pois contraria a regra geral quase absoluta do Direito, de responsabilidade posterior ao fato praticado (ex post facto).**

⁵⁰ MOREIRA, Adilson José. **O que é Discriminação?**, São Paulo: Ed. Letramento, 2017, p. 85-86 e 90. Grifos nossos. Transcrição feita de VECCHIATTI, *Op. Cit.*, cap. 03, item 1.2.

Como é notório, é preciso *primeiro* que um problema ocorra para que quem se sentir prejudicado(a) ingressar na Justiça, para que o Poder **Judiciário** possa, à luz das peculiaridades do caso concreto, **apurar se houve ou não excesso ilícito** a ser punido.

A AGU não está fazendo questionamentos sobre o que configuraria “praticar, induzir ou incitar o preconceito e a discriminação por religião”, que é crime à luz do mesmo art. 20 da Lei 7.716/89 que ela quer, agora, problematizar perante essa Suprema Corte. Trata-se de uma gritante incoerência de conveniência, pois a AGU quer exigir uma *taxatividade utópica/irreal, de silogismos perfeitos (não passíveis de interpretação)* para o caso da homotransfobia como crime de racismo, mas não o quer para crimes de discriminação religiosa! ORA, se ela (de forma inepta) quis que essa Suprema Corte fizesse um exercício de universalização para questões que não foram objeto da petição inicial, por qual motivo não fez o mesmo?! Gravíssima incoerência, caracterizadora de comportamento contraditório manifestamente incompatível com o princípio da boa-fé objetiva.

Logo, seus embargos devem ser pura e simplesmente rejeitados, aplicando-se as penas de **litigância de má-fé**, pelas razões expostas.

2.2.2. A questão da liberdade artística e científica.

O que a AGU quis dizer com um pretense direito uma *“reflexão relativa a hábitos da sexualidade predominante deve ser garantida, também é necessário assegurar liberdade para a consideração de morais sexuais alternativas, sem receio de que tais manifestações sejam entendidas como incitação à discriminação”*? (fl. 34 dos embargos)

Será que a AGU quer legitimar **falas nefastas como a do Ministro da Educação**, corretamente investigado por crime de homotransfobia por ter dito que homossexuais seriam fruto de **“famílias desajustadas” (sic)** e que teria **“certas reservas”** a Professores(as) transgênero nas escolas?

Os embargos simplesmente não explicaram que tipo de “reflexões” gostaria que fossem lícitas, donde o pleito respectivo é pautado por INÉPCIA, por não ser papel do Judiciário adivinhar o que a parte quis dizer com seu texto vago... E veja-se a **incoerência**: quer ter certeza de que tipos de condutas específicas, por “silogismos perfeitos”, seriam punidas por homotransfobia, desconsiderando a notória criminalização mundial por conceitos valorativos e sua validade à luz do princípio da taxatividade (cf. supra), mas quer ser o mais vago possível nas **“excludentes**

de ilicitude” (sic) que deseja produzir ilegitimamente pela via dos embargos declaratórios...

2.3. A correção da eficácia da decisão apenas para fatos a ela futuros. Novamente, ignorância da AGU sobre precedente desta Suprema Corte e sobre discussão *notória* na dogmática penal.

A AGU manifesta alguma surpresa com o fato desta Suprema Corte ter, *corretamente*, afirmado a eficácia prospectiva de sua decisão. Aparentemente, entende que se os crimes “por raça” podem ser interpretados como abarcando a homotransfobia como espécie de *racismo social* (cf. HC 82.424/RS), então isso causaria alguma perplexidade.

Contudo, **o que causa *perplexidade* é a Advocacia-Geral da União desconhecer discussão tão basilar da dogmática penal, sobre o princípio da anterioridade penal mais gravosa no contexto da *mudança de jurisprudência*.** Aparentemente na linha da AGU, **há quem entenda** que o princípio da anterioridade penal mais gravosa se aplicaria apenas a *leis*, não a mudanças de interpretação das leis, donde a **mudança de jurisprudência** não seria abarcada por tal princípio, mesmo quando se muda a interpretação da lei penal ao ponto de se considerar como *criminosa* uma conduta que assim não era considerada na antiga interpretação da mesma lei. **Em sentido diverso**, há quem entenda que essa situação, na prática, implica no reconhecimento como crime de uma conduta que assim não era considerada pela jurisprudência e que, por isso, o princípio da anterioridade da lei penal mais gravosa incidiria nessa espécie. **Concorda-se com esta segunda posição, donde se aplaude mais este acerto desta Suprema Corte**, o que se fala na qualidade de entidades (e advogado) que promoveram a ADO 26 e o MI 4733.

Permita-se, *data maxima venia*, a transcrição da doutrina do advogado signatário, onde se explica essa divergência doutrinário-jurisprudencial no debate penal *mundial*:

Sobre o **princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa**, Bacigalupo problematiza **decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão** (BGHSt 39). Nesse julgamento, sobre crimes cometidos durante o nazismo, o Tribunal entendeu que o decisivo é definir se a punibilidade estava legalmente determinada antes do cometimento do fato e que, para isto aferir, o juiz não estava vinculado somente à interpretação *puramente fática* que se expressava na prática estatal daquele tempo. Portanto, considerou que a lei penal da época era acessível a todos, sem obscuridades, donde não seria admissível a alegação de *erro sobre as leis*, porque a condenação era previsível. Assim, **para Bacigalupo, o Tribunal Constitucional entendeu que a exigência de lei *prévia* demanda apenas que o texto legal estivesse formalmente vigente na época dos fatos, mas que a sua interpretação poderia mudar radicalmente sem que isso afetasse a garantia da irretroatividade penal, o que o autor considera problemático, no que tange ao tema da retroatividade da jurisprudência desfavorável (que entende violar o princípio da confiança legítima, inerente ao princípio da segurança jurídica)**, além de considerar que o critério de previsibilidade não deve depender de previsões concretas do cidadão, mas da

concretização da proibição na lei, a saber, da determinação da matéria da proibição na lei (*lex certa*).⁵¹ Já **Radbruch** entende que, diante dos abusos cometidos nos anos do nazismo [sob beneplácito da lei], é preciso buscar uma forma de realizar a justiça com a menor perda possível de segurança jurídica, mediante um equilíbrio razoável que não se limite a ver o castigo de pessoas culpáveis como solução para problemas sociais, o que Bacigalupo não vislumbra como um bom caminho.⁵² (grifos nossos – concorda-se com **Radbruch**, ratificado por **Alexy** em seu *Conceito e Validade do Direito*, no tema da punição dos crimes praticados sob a égide do nazismo a partir de sua célebre fórmula da *extrema injustiça*).

Pois bem, **a razão de a mudança de jurisprudência penal para considerar uma conduta como crime ter que respeitar o princípio da anterioridade da lei penal já foi explicada, inclusive, em precedente desta Suprema Corte**. Com efeito, na Questão de Ordem na Ação Penal 536 (**QO na AP 536**), doravante denominada como “caso Azeredo”, relativamente a caso no qual o Deputado Eduardo Azeredo renunciou ao mandato logo após a apresentação das alegações finais, com o fim da instrução processual, o STF acolheu a proposta do relator, Ministro Barroso, de **mudança de jurisprudência [overruling]** para que, após o recebimento da denúncia nos processos com foro de prerrogativa de função propostos diretamente perante o STF, a renúncia parlamentar não importe no deslocamento de competência para o juízo de primeiro grau. Contudo, **também acolheu uma outra proposta do Ministro Barroso, no sentido de não aplicar este “novo” entendimento ao caso concreto sob julgamento**, por entender que tal se configurou como uma mudança brusca de jurisprudência “pacífica” até então, no sentido de que a renúncia, “por qualquer motivo”, geraria o deslocamento da competência, por considerar que a decisão em sentido contrário da Questão de Ordem na Ação Penal 396 (QO na AP 396), doravante denominada como “caso Donandon”, não teria tido maioria comprometida com uma “regra geral”, mas focada no caso concreto. **Decidiu-se assim porque, sendo a norma jurídica seja fruto da interpretação de textos normativos (respeitados os limites semânticos do texto), como bem apontado pelo Ministro Barroso para justificar sua posição, no sentido de que a alteração da jurisprudência consolidada alteraria as regras do jogo, a mudança de jurisprudência muda a norma jurídica aplicável**, pela norma ser fruto da interpretação de textos normativos (respeitados os limites semânticos destes).

Trata-se de algo absolutamente **basilar na hermenêutica jurídica contemporânea**, ou seja, que norma jurídica é fruto da interpretação de textos normativos (respeitados os limites semânticos destes), inclusive à luz da famosa **tese kelseniana** da diferença meramente *quantitativa, e não qualitativa*, do trabalho do Legislativo, de um lado (que pode muito mais), do

⁵¹ Cf. BACIGALUPO, Enrique. **Sobre la Justicia y la Seguridad Jurídica en el Derecho Penal**. In: MONTIEL, Juan Pablo. *La Crisis del Principio de Legalidad en el Nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?* Madrid-Barcelona-Buenos Aires e São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 66-67 e 74. **Em sentido contrário**, entendendo que a proibição da retroatividade não se aplica à mudança de jurisprudência: FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: a nova parte geral. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 95 (nota do original).

⁵² RADBRUCH *apud* BACIGALUPO, 2012, p. 80 (nota do original).

trabalho do Judiciário, de outro (que pode muito menos que o Legislativo). A famosa **tese alexyana** do discurso jurídico como um *caso especial* de argumentação prática geral, donde pode usar argumentos morais, éticos e pragmáticos, *desde que* respeitada a *limitação especial* constante da *lei*, da *jurisprudência* e da *dogmática jurídica*, também reforça essa tese.

Vejam os voto do **Ministro Alexandre de Moraes**:

Por fim, **o princípio da anterioridade deverá ser aplicado em relação à interpretação conforme dada à Lei de Racismo, por possuir efeitos vinculantes e erga omnes** (ODONE SANGUINÉ. Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 31/2000, p. 144 – 169; RENÉ ARIEL DOTTI. A jurisprudência penal no tempo: a ultratividade e a irretroatividade do julgado. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 121/2016; VINICIUS DE TOLEDO PIZA PELUSO. Analogia e Direito Penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 118/2016, p. 159 – 184, Jan - Fev / 2016).⁵³ (*grifos nossos*)

No mesmo sentido, o voto do **Ministro Roberto Barroso**:

59. Não se trata aqui da criação de condutas criminosas pela via judicial, de tipificação por analogia ou de analogia in malam partem. Trata-se, na verdade, de reinterpretar o conceito de raça de forma consentânea com a definição que o STF lhe atribuiu há mais de quinze anos, quando afirmou que “o racismo é antes de tudo uma realidade social e política” que cabe ao Direito coibir. O âmbito de incidência da norma, a definição do crime e a fixação da pena são pré-existentes. Apesar disso, **como a interpretação que ora se fixa não é a prevalecente até o momento, penso que, como decorrência do princípio da segurança jurídica, não deve retroagir em prejuízo de possíveis réus.** Por isso, essa decisão deve ser aplicada apenas a condutas praticadas após a conclusão deste julgamento.⁵⁴ (*grifos nossos*)

Para o **Ministro Luiz Fux**:

Dentre os critérios arrolados por Claus Roxin para delimitar um uso equilibrado de cláusulas gerais, figura o princípio da ponderação, que apregoa que a admissibilidade dos conceitos que necessitam de complementação valorativa depende de os interesses de uma justa solução do caso concreto serem preponderantes em relação ao interesse da segurança jurídica (ROXIN, Claus. Derecho penal - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madri: Civitas, 1997. p. 172). **In casu, a ponderação sequer se revela necessária. Não há violação à segurança jurídica, porquanto a delimitação do conceito jurídico-constitucional de raça e racismo fora firmada em precedente do Plenário desta Corte, sendo presentemente reiterada em decisão dotada de eficácia geral a que se atribui efeitos *ex nunc*.**⁵⁵ (*grifos nossos*)

Por isso, **nenhuma perplexidade à teoria e à dogmática jurídica** surge pela posição desta Suprema Corte de determinar a eficácia de sua decisão apenas para fatos posteriores à publicação do resultado do julgamento, que se deu no dia 14 de junho de 2019, donde requer-se a rejeição dos embargos também neste ponto, pois, como é notório, **a mera discordância**

⁵³ P. 270 do PDF do acórdão da ADO 26.

⁵⁴ P. 299 do PDF do acórdão da ADO 26.

⁵⁵ P. 432 do PDF do acórdão da ADO 26.

da parte (no caso, da AGU) com a tese do acórdão não legitima a oposição de embargos declaratórios, consoante pacífico na jurisprudência pátria.

Aliás, a **MÁ-FÉ da AGU** está, também, na sua risível pergunta retórica, quando aduz que “*emerge a seguinte consideração: se não houve acréscimo de tipificação por concretização direta da Constituição ou por intermédio de raciocínio analógico, qual a justificativa para a reserva de prospectividade?*” (fl. 22 dos embargos). **Os votos supra transcritos já respondem a questão, bem como explicaram a razão de não se ter “raciocínio analógico”: o conceito político-social de raça e racismo é apto a abarcar a homotransfobia, na interpretação literal dos crimes “por raça”, que a lei e a Constituição diferenciam dos crimes “por cor”** (cf. supra). Configura a mais pura e genuína **má-fé** essa pergunta retórica, por agir como se não tivesse *lido* o acórdão (e se não leu com atenção, violou o princípio da boa-fé objetiva, enquanto padrão de conduta impositivo à pessoa mediana).

O mesmo se diga sobre sua alegada incompreensão sobre se a mera aplicação do conceito de racismo do caso Ellwanger seria suficiente para abarcar a homotransfobia como crime de racismo (fl. 25 dos embargos). **Ora, a literalidade dos votos desta Suprema Corte explicam isso à sociedade, como tal conceito político-social do caso Ellwanger é apto a abarcar a homotransfobia** (cf. transcrições supra). A indagação retórica é eivada, portanto, da mais pura e genuína **má-fé**, que merece ser repudiada e punida por esta Suprema Corte.

2.4. Outras argumentações da AGU.

2.4.1. Amplitude do conceito de racismo reconhecido pelo STF.

Alegou a AGU que esta Suprema Corte teria se guardado “silêncio quanto à pretensão de universalização da tutela penal do preconceito a outros grupos minoritários” (fls. 11 e 28/29 dos embargos). **Ocorre que**, como é basilar, o Tribunal fica vinculado aos *pedidos*, e os pedidos se referiram ao reconhecimento da homotransfobia como espécie de racismo. Simplesmente **teratológico** alegar que a Corte deveria ter abarcado outros temas que não foram suscitados...

Lembre-se que os **embargos declaratórios não se prestam a questionários, pautados em dúvidas subjetivas, mas apenas a dúvidas objetivas em termos de “obscuridade”** (sic). Nesse sentido, considerando que as ações pleitearam o reconhecimento da **homotransfobia** (LGBTI+fobia) como crime de racismo, o **dever do STF** estava em responder esta pergunta, como, de fato, respondeu, afirmativamente. Então, **a dúvida subjetiva da AGU**, sobre se opressões a outros grupos vulneráveis, **que ela sequer especifica**, configuram ou não crime de racismo, deve aguardar eventuais outros processos que isso questionem. É de todo **impertinente, por**

inepto, por impropriedade da via eleita, levantar essa indagação por embargos declaratórios neste processo.

Por outro lado, o **conceito de racismo** desta Suprema Corte, no **item 3** de sua tese, é um conceito geral e abstrato que não se limitou à homotransfobia. Então, uma mera leitura minimamente atenta do conceito de racismo aprovado por esta Suprema Corte mostra um conceito com várias **cláusulas valorativas** que, se atendidas por determinado grupo social, farão com que ele seja passível de ser vítima de racismo e protegido pela criminalização do racismo. Ou seja, se todos os requisitos valorativos daquele conceito forem atendidos, caracterizado estará o racismo, independente do grupo social vitimizado. Mera leitura e interpretação de texto resolve essa “dúvida” da AGU, portanto, que **não configura “vício” do acórdão**, mas mero desejo subjetivo da AGU de fazer uma consulta a esta Suprema Corte, o que notoriamente não faz parte do estrito objeto dos embargos declaratórios.

Por outro lado, a divagação sobre as alterações legislativas que acrescentaram critérios ao lado de “raça” e “cor” na Lei 7.716/89, uma vez mais, demonstram **não se ter lido com mínima atenção** o voto do Ministro Relator, que, citando a doutrina do advogado signatário, explicou que **“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).⁵⁶ Isso responde a pergunta da desatenta-leitora que se mostra a AGU neste caso...

2.4.2. Rejeição do pleito de que a Corte reconheça que teve decisão “aditiva”.

Por outro lado, **não há que se falar em decisão “aditiva” neste caso, porque não se foi além da literalidade normativa**. Considerando que os crimes **por raça** abarcam a homotransfobia, na acepção político-social de raça e racismo (cf. transcrição supra, do voto do Min. Celso de Mello), então o que houve foi uma **mera interpretação concretizadora dos conceitos de raça e racismo, para se entender, corretamente, que seu sentido político-social abarca a homotransfobia**. Logo, deve ser rejeitado o pedido de que a Corte afirme que proferiu uma decisão “aditiva” (cf. fl. 25 dos embargos), o que desde já se requer.

⁵⁶ P. 128-132 do PDF do acórdão da ADO 26.

2.4.3. A pergunta sobre a punição sobre “qualquer comentário revelador de inaceitável tolerância” (fl. 30 dos embargos).

Uma vez mais, a AGU prova que não leu com atenção tanto a **TESE** desta Suprema Corte, quanto o voto do Ministro Celso de Mello. Isso porque acima já se explicou e transcreveu que **sempre que houver *animus injuriandi***, incidirá a punição criminal da homotransfobia. Qual a dúvida *objetiva*?

3. NOTA FINAL SOBRE A AGU. A fácil compreensão da TESE aprovada por esta Suprema Corte pelo público em geral. O sofisma da AGU nos embargos que também merece a qualificação de litigância de má-fé.

A AGU teve a **audácia** de afirmar que esta Suprema Corte teria proferido um discurso hermético, voltado a si mesma e ao público de profissionais do Direito, e que isso seria prejudicial à compreensão social do tema (fls. 22/23 dos embargos). **Nada mais falso, configurando puro e simples sofisma, que merece ser repudiado e punido com as penas de litigância de má-fé.**

Com efeito, além da absoluta compreensibilidade dos votos de Vossas Excelências a qualquer pessoa que se digne a querer *lê-los* (porque vivemos em um país onde as muitas pessoas querem *opinar sobre tudo sem ler uma página sobre o tema* que comentam...), fato é que todos os debates desta Suprema Corte estão muito bem sintetizados na **didática e facilmente compreensível TESE aprovada ao final do julgamento**. Com efeito, na referida tese, afirma-se, no **item 1**, que a Constituição exige a criminalização específica da homotransfobia, em seu art. 5º, XLI e XLII, donde está em mora inconstitucional o Congresso Nacional ao fazê-lo; no **item 2**, que o direito fundamental à liberdade religiosa não é prejudicado pela punição criminal da homotransfobia, sendo lícito que religiosos(as) expressem sua desaprovação à homossexualidade e às identidades LGBTI+ em geral **DESDE QUE não o façam pela forma do DISCURSO DE ÓDIO, definido de forma muito taxativa e compreensível** como o discurso que promova a incitação à violência, à segregação e à discriminação; por fim, no **item 3**, explicou-se o conceito político-social de racismo, destacando-se que ele abarca as opressões a pessoas “LGBTI+”. **Não há absolutamente NADA que seja de difícil compreensão por pessoas medianas no texto da TESE desta Suprema Corte** (e, inclusive, nos votos proferidos, que nada tiveram de “herméticos” e que são de muito tranquila compreensão, pois inclusive sempre explicam os termos técnicos que utilizam).

Então, trata-se de **argumentação vazia**, que não merece prosperar e que merece, novamente, a pecha de **litigância de má-fé**, por desafiar a inteligência de pessoas racionais e de boa-fé não enviesadas e que se dignam a ler com mínima atenção tanto os votos quanto a **TESE** aprovada por esta Suprema Corte.

5. OS EMBARGOS TERATOLÓGICOS DA “FRENTE PARLAMENTAR PELA FAMÍLIA”.

As razões supra já infirmam em absoluto os embargos de “*Frente Parlamentar pela Família*” (sic).

Primeiro, ela acusa essa Suprema Corte de ter “legislado” e usado incorretamente a técnica da interpretação conforme a Constituição. A refutação disso já foi feita acima, inclusive com transcrições de votos de Ministros(as) que explicaram perfeitamente a questão (cf. **item 1.1**, supra). Então, descabido o esdrúxulo pedido de “efeito infringente” para que se julgue improcedente a ação.

A alegação de que “as liberdades de expressão e correlatas não foram excepcionadas”, inclusive à luz da liberdade de imprensa (p. 13 e 15 dos embargos) na **TESE** aprovada por esta Suprema Corte também não tem cabimento. A uma, porque a mesmíssima **ratio decidendi** se aplica ao tema da liberdade de expressão e correlatas. A outra, porque o **voto do Min. Celso de Mello expressamente tratou da liberdade de expressão e das liberdades correlatas no mesmo contexto que a TESE tratou da liberdade religiosa (e isso foi reconhecido nos próprios embargos!** Fls. 21/22, o que prova a **má-fé** do argumento): ou seja, só será punido o discurso pautado por **animus injuriandi** e/ou por **discurso de ódio**, o que obviamente também se aplica a qualquer veículo de imprensa, que não tem nenhum direito de elaborar matérias e discursos pautados em *animus injuriandi* e/ou discursos de ódio em geral, donde não há especificidade nenhuma da liberdade jornalística que justifique alguma explicação a mais sobre o tema. Não há omissão ou obscuridade a ser sanada, portanto.

Sobre a alegação acerca da liberdade de pesquisa (fls. 16/18 dos embargos), também não explicou que tipo de pesquisa considera que estaria supostamente *em risco* pelo reconhecimento da homotransfobia como crime de racismo, ou seja, que “discussões acadêmicas discordantes” (sic – fl. 19) entende que estariam prejudicadas, donde o pedido é **INEPTO** neste ponto.

Em suma, a “Frente Parlamentar Mista da Família e Apoio à Vida” (sic) também merece condenação por litigância de **MÁ-FÉ**, enquanto violação do princípio da boa-fé objetiva, por alegar vícios no acórdão que são manifestamente inexistentes, configurando-se seus embargos como **mera divergência de mérito do quanto decidido por esta Suprema Corte**, o que caracteriza seus embargos como **manifestamente protelatórios** e que, por isso, merecem ser reprimidos pelo Judiciário.

5. A QUESTÃO DA “EXCLUDENTE DE ILICITUDE”. Desnecessidade, à luz dos notórios conceitos de tipicidade, culpabilidade e antijuridicidade



Iotti
Stamato
Advogados
Associados

material. Constitucionalidade apenas com uma “ressalva da ressalva” que, como na tese desta Suprema Corte, afirme que discursos de ódio e o animus injuriandi em geral não estão abrangidos pela “excludente de ilicitude”.

Importante este Supremo Tribunal Federal saber que **nada** no Congresso Nacional tem qualquer chance de ser aprovado, em termos de lei que puna criminalmente a homotransfobia, sem que parlamentares fundamentalistas da chamada “Bancada Evangélica” (sic) consigam impor alguma **cláusula de “excludente de ilicitude”**. Tome-se o exemplo da Lei Estadual n.º 7.041/2015, do Rio de Janeiro, que pune administrativamente a discriminação por orientação sexual (*não aceitando punir a discriminação por identidade de gênero, pela demonização de má-fé fundamentalista que se criou contra o termo “gênero”*), onde se atestou que:

“Esta lei não se aplica às instituições religiosas, templos religiosos, locais de culto, casas paroquiais, seminários religiosos, liturgias, crença, pregações religiosas, publicações e **manifestação pacífica de pensamento, fundada na liberdade de consciência**, de expressão intelectual, artística, científica, profissional, de imprensa e de religião de que tratam os incisos IV, VI, IX e XIII do art. 5º da Constituição Federal.” (sic – grifo nosso)

Veja-se a pretensão de considerar templos de qualquer culto como verdadeiramente imunes ao direito à não-discriminação... Isso é evidentemente **inconstitucional**, porque obviamente não há um direito à violência, à injúria e a discursos de ódio onde quer que seja, mesmo em templos religiosos em geral... termo que se usa em sentido amplo, para abarcar todos os locais mencionados em tal dispositivo legal.

Sobre o trecho destacado, a questão é que ele é, em tese, desnecessário, pois os conceitos de tipicidade e antijuridicidade material, notórios e pacíficos na doutrina e jurisprudência penais mundiais, já garantem isso. O temor do Movimento LGBTI+ é que, pela possibilidade de absolvições por analogia (analogia *in bonam partem*), pessoas homotransfóbicas se sintam “imunes” à lei, para poderem praticar atos de homotransfobia em igrejas, templos religiosos e locais de culto em geral... mais do que o que está escrito (no trecho destacado), teme-se que isso possa passar a impressão de impunidade pela mera alegação de liberdade religiosa...

Todavia, como parece, salvo melhor juízo, impossível aprovar qualquer lei que vise a proteção da população LGBTI+ no Congresso Nacional sem uma cláusula tal (*e mesmo com ela não se consegue avançar nada...*), o **advogado signatário**, em um posição muito pessoal (com o que concordam **Eliseu Neto**, Coordenador do *Diversidade23*, Núcleo LGBTI+ do Partido Cidadania, e **Symmy Larrat**, Presidenta da ABGLT), tem proposto o seguinte: se religiosos(as) querem “acalmar seus espíritos” com uma ressalva de “excludente de ilicitude” desnecessária à luz da tipicidade e da antijuridicidade materiais, então queremos também acalmar nossos

espíritos com uma ressalva da ressalva, a qual, aliás, já perfeitamente materializada no item 2 da TESE aprovada por esta Suprema Corte, que afaste os discursos de ódio e o animus injuriandi em geral da isenção de responsabilidade (penal, civil e administrativa). Mas não se tem notícia de que parlamentares que querem aquela desnecessária “ressalva” de “excludente de ilicitude” aceitem essa importante ressalva da ressalva...

Então, é preciso que essa Suprema Corte afirme que os conceitos de tipicidade e antijuridicidade *material* tornam desnecessárias previsões legais de “excludentes de ilicitude”, pois se uma conduta configura exercício regular de direito, ela não configura crime, mesmo que se enquadre no silogismo formal da lei penal. Só serão constitucionais excludentes de ilicitude que ressalvem não se aplicarem a discursos de ódio, tal como definidos na TESE da ADO 26 e do MI 4733. É o que aqui se requer.

6. DOS PEDIDOS.

Ante o exposto, **requer-se** a rejeição dos embargos declaratórios movidos pela AGU e pela “Frente Parlamentar Mista da Família e Apoio à Vida” (Sic), porque: **(i)** inexistente “contradição interna” (sic) na decisão pelo reconhecimento de omissão inconstitucional, de um lado, e o uso da técnica da interpretação conforme a Constituição, de outro, pois esta última é uma notória técnica de *controle de constitucionalidade*, pela qual se *afasta uma interpretação inconstitucional* de um texto normativo para se declarar que ele é constitucionalmente *desde que interpretado de outra forma* (no caso, a constitucionalidade dos crimes “por raça” desde que adotado o conceito político-social e não puramente biológico de “raça” e “racismo”, pois o conceito biológico geraria uma *omissão inconstitucional parcial*, por não abarcar a homotransfobia como espécie de racismo, como o conceito constitucional de racismo demanda), estando **aí a ambiguidade** justificadora do uso da interpretação conforme a Constituição, consoante explicado pelos votos de Vossas Excelências; **(ii)** inexistente “omissão” ou “obscuridade” a ser(em) sanada(s), pela **TESE** aprovada por esta Suprema Corte, em seu **item 2**, expressamente explicar com palavras de muito fácil compreensão a razão de o direito fundamental à liberdade religiosa não ser prejudicado pelo reconhecimento da homotransfobia como crime de racismo; **(iii)** ser manifestamente inconstitucional, por flagrante violação ao direito fundamental à não-discriminação, a pretensão teratológica de lesa-humanidade da AGU a um pseudo “direito” de discriminar por motivo de crença religiosa, sendo inadmissível a pretensão de **SEGREGAR** pessoas LGBTI+ de banheiros, vagões de transporte e espaços públicos em geral, como de forma surreal pleiteou a AGU em seus embargos.

Requer-se, ainda, a punição da AGU e da “Frente” por **litigância de má-fé**, por flagrante violação ao **princípio da boa-fé objetiva**, enquanto padrão de conduta impositivo à pessoa mediana, e por terem apresentado **embargos manifestamente protelatórios** (cf. art. 80, VII, do

CPC), pois não se poder *seriamente* dizer que a **TESE** aprovada por esta Suprema Corte e os votos respectivos “não teriam” abordado a proteção do direito fundamental à liberdade religiosa e os limites dele(a), especialmente no **item 2** da Tese, bem como que não se trataria de tese de fácil inteligência a qualquer pessoa que se digne a *lê-la* com atenção – sendo que a mesma **ratio decidendi** obviamente se aplica ao direito fundamental à liberdade de expressão, que foi expressamente explicitado no voto do Ministro Celso de Mello (Relator). Sem falar na verdadeira **inépcia** profissional de mostrar desconhecer a jurisprudência pacífica sobre quando um discurso é ilícito, que obviamente está no contexto tanto da petição inicial quanto da tese aprovada por esta Suprema Corte (cf. *supra*).

Por fim, **requer-se** a ratificação dos embargos declaratórios movidos pelo Peticionário (Cidadania), na *petição eletrônica n.º 151*, não obstante tanto a *lei (art. 218, §4º, do CPC/2015) e precedente desta Suprema Corte (EDecl no AI n.º 703.269)*, para, pelas razões nele expostas (doc. anexo), se entenda que determinou-se a aplicação da Lei n.º 7.716/89 (Lei Antirracismo) para punir atos de homotransfobia por ter sido a homotransfobia reconhecida como espécie de racismo, enquanto crime “por raça” (na acepção político-social e não biológica do termo), donde, por consequência lógica, todos os crimes raciais (“por raça”) constantes de outras leis, como a injúria racial do Código Penal, abarcam a homotransfobia. Afinal, *não faz sentido jurídico nenhum, em termos lógico-sistemáticos*, a homotransfobia ser crime “por raça” para fins da Lei n.º 7.716/89 (Lei Antirracismo), mas não ser crime “por raça” para fins de outras leis. Isso porque mesmo quem discorda da decisão de mérito desta ADO 26 (e do MI 4733) tem a obrigação, à luz do princípio da boa-fé objetiva, de reconhecer as consequências lógicas da referida decisão, a despeito da discordância.

Propõe-se a seguinte **TESE**, a ser afirmada com a rejeição dos embargos declaratórios da AGU, o que desde já se requer (junto com o provimento dos embargos declaratórios mencionados no parágrafo anterior):

TESE. “1. O acórdão da ADO 26 e do MI 4733 explicou que não há prejuízo à liberdade de expressão nem à liberdade de religião pelo reconhecimento da homotransfobia como crime de racismo social, pois deixou expresso que só serão punidos discursos de ódio e manifestações com *animus injuriandi* em geral, que não estão no âmbito de proteção de tais direitos fundamentais. O acórdão explicou, ainda, ainda que não se punirão padres, pastores e religiosos em geral pelo simples fato de desaprovarem a homossexualidade e as identidades LGBTI+ em geral, mas apenas se o fizerem por intermédio de discursos de ódio ou discursos com *animus injuriandi*. 2. Não há um “direito a discriminar” por liberdade religiosa. Religiosos(as) não têm o direito de expulsar pessoas LGBTI+ de espaços públicos, tais como banheiros, vagões de transportes públicos e quaisquer outros, pelo simples fato de desaprovarem moralmente ou religiosamente seus modos de vida. O direito fundamental à intimidade é inaplicável ao caso, pois se refere à esfera secreta da pessoa que só a ela cabe decidir

revelar, o que não tem nenhuma pertinência na presente discussão. Nenhum direito fundamental permite que a mera desaprovação moral ou religiosa gere discriminações às identidades LGBTI+ (cf. EUA, *Romer vs. Evans*, 1996, e *Lawrence vs. Texas*, 2003) nem legitimem sua expulsão de espaços públicos, como banheiros e transportes públicos, porque o incômodo com a mera presença dessas pessoas configura-se como preconceito inconstitucional (art. 3º, IV) que configura, no máximo, mero dissabor cotidiano que não configura critério jurídico para caracterização de direitos subjetivos: o direito fundamental à não-discriminação (art. 3º, IV, da CF/88) repudia com veemência tal pretensão. 4. A liberdade religiosa não garante a pessoas religiosas um “direito” a que grupos sociais que desaprovam não tenham seus direitos de dignidade, igualdade, liberdade, entre outros, reconhecidos e protegidos pelo Estado. O direito fundamental à não-discriminação não permite um “direito a segregar ou discriminar”, sendo que sequer há o que ponderar, pois não há um “direito à segregação” (nem *prima facie*, muito menos *definitivo*). Logo, por exemplo, não há um “direito” a demitir pessoas LGBTI+ por homotransfobia (EUA, caso *Bostock v. Clayton County*, Georgia, 2020)⁵⁷ nem a não atender pessoas LGBTI+ em estabelecimentos comerciais. 5. Os conceitos de tipicidade e antijuridicidade *material* tornam desnecessárias previsões legais de “excludentes de ilicitude”, pois se uma conduta configura exercício regular de direito, ela não configura crime, mesmo que se enquadre no silogismo formal da lei penal. Só serão constitucionais excludentes de ilicitude que ressalvem não se aplicarem a discursos de ódio, tal como definidos na TESE da ADO 26 e do MI 4733. 6. **“Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser discriminado em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Isso significa que também os homossexuais (e também, os integrantes da comunidade LGBTI+)”⁵⁸ 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 desigule as pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero”** (Min. Celso de Mello).

Termos em que, pedem e esperam deferimento.
São Paulo, 15 de outubro de 2020.

(assinado eletronicamente)
Paulo Roberto Iotti Vecchiatti⁵⁹
OAB/SP n.º 242.668

⁵⁷ Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/17-1618_hfci.pdf>. Para síntese da decisão, vide: <<https://www.ovez.org/cases/2019/17-1618>>. Acessos: 15.10.2020.

⁵⁸ Embora, no voto do Min. Celso de Mello, conste apenas “LGBT” neste trecho, na **TESE** aprovada, consta a sigla LGBTI+ (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Intersexos e demais pessoas não-heterossexuais e não-cisgêneras – minorias sexuais e de gênero), donde obviamente o trecho do voto deve ser interpretado dessa forma.

⁵⁹ Diretor-Presidente do GADvS – Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero; Integrante da Comissão de Diversidade Sexual e de Gênero da OAB/SP; Professor do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Homoafetivo e Gênero da UNISANTA – Universidade Santa Cecília; Professor do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Verbo Jurídico; Doutor em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino.