

16 de outubro de 2020

Ministro Luiz Fux
Observatório dos Direitos Humanos do Poder Judiciário
Conselho Nacional de Justiça

Há pouco mais de um ano, o Supremo Tribunal Federal concluiu um dos julgamentos mais importantes de toda a sua história: a criminalização da homofobia e da transfobia. Na ADO26, o STF afirmou que todos nós seres humanos compartilhamos a mesma dignidade e somos merecedores do mesmo respeito. Decidiu que a discriminação contra a pessoa, em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero, é racismo punido como crime pela lei brasileira. Aprofundou, assim, a proteção das pessoas LGBTI+, no país que mais as mata, violenta e discrimina.

Esta decisão do Supremo respondeu com clareza todas as questões sobre o crime de racismo praticado contra pessoas LGBTI+. O Relator, Ministro Celso de Mello, tratou de cada uma delas cuidadosamente e cada Ministro e Ministra também. Estas questões foram apresentadas durante o processo pelas partes, a pedido do próprio Supremo Tribunal Federal.

Vê-se, agora, que pretendem mudar esta decisão. Foi com extrema preocupação e decepção que se teve ciência de um pedido da Advocacia-Geral da União para que o Supremo Tribunal Federal decida que pessoas teriam “direito” de discriminar pessoas LGBTI+ com base em suas crenças religiosas. Esta questão está respondida na decisão do STF. A petição da AGU é vaga, não explica a que tipo de situações de fato se refere, mas visa a legitimar condutas discriminatórias, pois dá a impressão de querer uma “carta em branco”, para que pessoas se limitem a alegar que não querem a presença de pessoas LGBTI+, com base em suas crenças religiosas. Chega-se ao cúmulo de pedir um “direito” de segregar pessoas em espaços públicos, como banheiros e vagões de transportes públicos.

Como se vê, faz uma tentativa de ressuscitar a **horrrível e superada doutrina do apartheid, de “separados, mas iguais”**, que garantiria um direito de igualdade, mas mediante a segregação, o confinamento em espaços diferentes. Não podemos aceitar isso em nosso país, notável pela diversidade social e cultural, que não admite discriminação das pessoas LGBTI+. É o que o STF já decidiu.

O Supremo Tribunal Federal, na ADO26, já refutou o clandestino movimento que está sendo fomentado mundialmente e que visa a



usar a linguagem dos direitos humanos contra os direitos humanos, com inversão de valores, onde a pessoa que quer discriminar usa subterfúgios para dizer que estaria sendo “discriminada” por não poder discriminar. Uma resposta a este novo pedido da AGU, feita pelo autor da ADO26, o Partido Cidadania e pela ABGLT, em petição protocolada no mesmo processo (ADO 26), opõe-se ao pedido da AGU, em petição assinada pelo advogado Paulo Iotti.¹ É triste ver que a Advocacia-Geral da União, um órgão de Estado e não de Governo, pede que o STF mude sua própria decisão na ADO26, no ponto em que exalta a liberdade de religião, para, ao invés, pretende criar um falso “direito de discriminar”, o que é incompatível com nossa Constituição. O Supremo Tribunal Federal, já deu resposta a esta questão, afirmando que a liberdade de religião não é incompatível com a proibição penal de ser racista. Estes trechos do voto do Relator são muito claros:

Ministro Celso de Mello:

“-LIBERDADE RELIGIOSA E REPULSA À HOMOTRANSFOBIA: CONVÍVIO CONSTITUCIONALMENTE HARMONIOSO ENTRE O DEVER ESTATAL DE REPRIMIR PRÁTICAS ILÍCITAS CONTRA MEMBROS INTEGRANTES DO GRUPO LGBTI+ E A LIBERDADE FUNDAMENTAL DE PROFESSAR, OU NÃO, QUALQUER FÉ RELIGIOSA, DE PROCLAMAR E DE VIVER SEGUNDO SEUS PRINCÍPIOS, DE CELEBRAR O CULTO E CONCERNENTES RITOS LITÚRGICOS E DE PRATICAR O PROSELITISMO (ADI 2.566/DF, Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN), SEM QUAISQUER RESTRIÇÕES OU INDEVIDAS INTERFERÊNCIAS DO PODER PÚBLICO
- REPÚBLICA E LAICIDADE ESTATAL: A QUESTÃO DA NEUTRALIDADE AXIOLÓGICA DO PODER PÚBLICO EM MATÉRIA RELIGIOSA – ...

COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL ENTRE A REPRESSÃO PENAL À HOMOTRANSFOBIA E A INTANGIBILIDADE DO PLENO EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA – **A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa**, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) **é assegurado o direito de pregar e de divulgar**, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, **bem assim o de ensinar** segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, **podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia**, independentemente do espaço, público ou privado,

¹ Íntegra disponível na notícia “AGU é acusada de litigância de má-fé nos embargos contra criminalização da homofobia”. Revista Consultor Jurídico, 15 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-15/associacao-acusa-agu-litigancia-ma-fe-questao-lgbt>>. Acesso: 15.10.2020.

de sua atuação individual ou coletiva, **desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio**, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

TOLERÂNCIA COMO EXPRESSÃO DA "HARMONIA NA DIFERENÇA" E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, POR REVESTIR-SE DE CARÁTER ABRANGENTE, ESTENDE-SE, TAMBÉM, ÀS IDEIAS QUE CAUSEM PROFUNDA DISCORDÂNCIA OU QUE SUSCITEM INTENSO CLAMOR PÚBLICO OU QUE PROVOQUEM GRAVE REJEIÇÃO POR PARTE DE CORRENTES MAJORITÁRIAS OU HEGEMÔNICAS EM UMA DADA COLETIVIDADE

– As ideias, nestas compreendidas as mensagens, inclusive as pregações de cunho religioso, podem ser fecundas, libertadoras, transformadoras ou, até mesmo, revolucionárias e subversivas, provocando mudanças, superando imobilismos e rompendo paradigmas até então estabelecidos nas formações sociais.

O verdadeiro sentido da proteção constitucional à liberdade de expressão consiste não apenas em garantir o direito daqueles que pensam como nós, mas, igualmente, em proteger o direito dos que sustentam ideias (mesmo que se cuide de ideias ou de manifestações religiosas) que causem discordância ou que provoquem, até mesmo, o repúdio por parte da maioria existente em uma dada coletividade. O caso "United States v. Schwimmer" (279 U.S. 644, 1929): o célebre voto vencido ("dissenting opinion") do Justice OLIVER WENDELL HOLMES JR.. É por isso que se impõe construir espaços de liberdade, em tudo compatíveis com o sentido democrático que anima nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, para que o pensamento – e, particularmente, o pensamento religioso – não seja reprimido e, o que se mostra fundamental, para que as ideias, especialmente as de natureza confessional, possam florescer, sem indevidas restrições, em um ambiente de plena tolerância, que, longe de sufocar opiniões divergentes, legitime a instauração do dissenso e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções antagônicas, a concretização de valores essenciais à configuração do Estado Democrático de Direito: o respeito ao pluralismo e à tolerância.

– **O discurso de ódio**, assim entendidas aquelas exteriorizações e manifestações que incitem a discriminação, **que estimulem a hostilidade ou que provoquem a violência (física ou moral) contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, não encontra amparo na liberdade constitucional de expressão nem na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 13, § 5º), que expressamente o repele**

... 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 que pronunciamentos de índole religiosa que extravasam os limites da livre manifestação de ideias, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público contra os integrantes da comunidade LGBT, por exemplo, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal. Isso significa, portanto, que a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quando as expressões de ódio público – veiculadas com evidente superação dos limites da propagação de ideias – transgridem, de modo inaceitável, valores tutelados pela própria ordem constitucional (...)

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

Disso tudo resulta que pregações religiosas, sermões ou homilias, enquanto expressões legítimas de transmissão, de divulgação e de circulação de ideias em matéria de doutrina religiosa ou de exposição de princípios teológicos têm o amparo do texto constitucional que protege aqueles que, na condição de líderes ou de autoridades religiosas, desempenham, junto às respectivas congregações, atividade pastoral ou de natureza confessional. A exposição e a reprodução de narrativas, conselhos, lições ou orientações constantes de qualquer livro sagrado referentes a qualquer religião – como a Bíblia, a Torah, o Alcorão, a Codificação Espírita, os Vedas hindus e o Dhammapada budista, entre outros – não se revelam aptos a configurar delitos contra a honra, porque veiculados com o intuito de divulgar o pensamento resultante do magistério teológico e da filosofia espiritual que são próprios de cada uma dessas denominações.

Cabe referir, por oportuno, julgamento emanado da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, proferido em 07/04/2003, no exame do caso Virginia v. Black et al., quando essa Alta Corte concluiu que não é incompatível com a Primeira Emenda (que protege a liberdade de expressão naquele país) a lei penal que pune, como delito, o ato de



queimar uma cruz ("cross burning") com a intenção de intimidar, eis que o gesto de queimar uma cruz, com tal intuito, representa, no meio social em que praticado, um iniludível símbolo de ódio destinado a transmitir àqueles a quem se dirige tal mensagem o propósito criminoso de ameaçar . Em tal julgamento, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América – cuja jurisprudência em torno da Primeira Emenda orienta-se no sentido de reconhecer, quase incondicionalmente, a prevalência da liberdade de expressão (adotando, por isso mesmo, o critério da "preferred position") – proclamou, não obstante, que essa proteção constitucional não é absoluta, sendo lícito ao Estado punir certos comportamentos cuja exteriorização traduza a concretização de propósitos criminosos . Disso tudo resulta que **pregações religiosas, sermões ou homilias, enquanto expressões legítimas de transmissão, de divulgação e de circulação de ideias em matéria de doutrina religiosa ou de exposição de princípios teológicos têm o amparo do texto constitucional que protege aqueles que, na condição de líderes ou de autoridades religiosas , desempenham, junto às respectivas congregações, atividade pastoral ou de natureza profissional . 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. É por essa razão que autores como NELSON HUNGRIA ("Comentários ao Código Penal", vol. VI/50, item n. 125, 5ª ed./1ª tir., 1982, Forense), MAGALHÃES NORONHA ("Direito Penal", vol. 2/114- - 115, item n. 340, 26ª ed., 1994, Saraiva), DAMÁSIO E. DE JESUS ("Código Penal Anotado", p. 406, 4ª ed., 1994, Saraiva), HELENO CLÁUDIO FRAGOSO ("Lições de Direito Penal – Parte Especial – arts. 121 a 212 CP", p. 133/134, item n. 182, 11ª ed., 1995, Forense) e JULIO FABBRINI MIRABETE e RENATO N. FABBRINI ("Manual de Direito Penal", vol. III/121, item n. 8.1.7, 27ª ed., 2010, Atlas), ao analisarem o tipo subjetivo nos crimes contra a honra, exigem, sempre, como elemento essencial à caracterização de tais delitos, o propósito de ofender . A**



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

Como disse o Ministro Celso de Mello no julgamento que reconheceu a homotransfobia como crime de racismo: *“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+)² têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrária e inaceitável qualquer medida que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero”*.

O assunto é de imensa gravidade. O pedido da AGU visa a retirar a proteção jurídica que o STF deu a pessoas LGBTI+ na ADO26.

É importante que o Conselho Nacional de Justiça tome conhecimento deste assunto, porque as ações penais pelo crime de racismo contra pessoas LGBTI+, reconhecido pelo STF na ADO26, serão julgadas pelos Juízes de Direito e pelos Tribunais de Justiça, que estão sob a coordenação do CNJ.

Apelamos ao CNJ para que reforce a garantia da **liberdade de expressão da população LGBTI+**, para que ela não seja discriminada pelo simples fato de viver de forma livre e feliz, sem vergonha de vivenciar plenamente sua orientação sexual ou sua identidade de gênero. Não podemos aceitar que exista um “direito de discriminar”, invocado por fundamentalistas radicais que se indispõem com a convivência harmônica em uma sociedade plural. Notamos que pessoas autenticamente religiosas são favoráveis ao respeito aos direitos humanos da população LGBTI+ e que todas as grandes religiões do mundo (cristianismo, islamismo, judaísmo, hinduísmo, budismo, religiões de matriz africana) são fundadas na ética de que devemos amar o próximo como a nós mesmos e de que não devemos fazer aos outros o que não queremos que nos façam.

É importante que o Observatório de Direitos Humanos do Poder Judiciário tenha sido constituído, recentemente, com o *“objetivo de subsidiar a atuação do Conselho Nacional de Justiça na efetivação dos direitos humanos e fundamentais no âmbito dos serviços judiciários”* (art. 1º da Portaria n.º 192/2020).

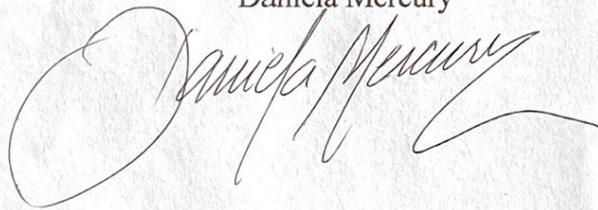
2 Embora, no voto do Min. Celso de Mello, conste apenas “LGBT” neste trecho, na TESE aprovada, consta a sigla LGBTI+ (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Intersexos e demais pessoas não-heterossexuais e não-cisgêneras – minorias sexuais e de gênero), donde obviamente o trecho do voto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

Nesta linha, rogamos que este Conselho Nacional de Justiça convoque uma reunião extraordinária do Observatório de Direitos Humanos para debater a matéria e para fazer chegar ao conhecimento dos membros do Supremo Tribunal Federal a importância de manter a decisão tomada na ADO 26. Ao final, que elabore *recomendações* e tome outras medidas que julgue cabíveis para instruir, capacitar e sensibilizar o Poder Judiciário acerca da flagrante inconstitucionalidade de pretensões como a consubstanciada pela Advocacia-Geral da União em seus embargos de declaração na ADO 26.

Com efeito, o Observatório de Direito Humanos pode e deve solicitar ao CNJ que municie o Poder Judiciário com "*diretrizes*" voltadas à tutela dos direitos humanos (art. 3º, II da Portaria n.º 192/2020), bem como "*estudos e pareceres sobre demandas que envolvam questões estratégicas de direitos humanos*" (art. 3º, IV da Portaria n.º 192/2020).

Renovando nossa estima e consideração, aguardamos uma posição do Conselho Nacional de Justiça, permanecendo à disposição para quaisquer esclarecimentos que se tornem necessários.

Atenciosamente,
Daniela Mercury

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Daniela Mercury', written in a cursive style. The signature is positioned below the typed name.