



21 DE OUTUBRO DE 2020

# **PARECER GECL – TEMÁTICA – LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE RELIGIOSA (ED EM FACE DO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO STF NA ADO Nº 26)**

O Grupo de Estudos Constitucionais e Legislativos (GECL) do Instituto Brasileiro de Direito e Religião (IBDR), por meio de seu líder, vem a público, diante do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta e Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 e dos Embargos de Declaração propostos pela Advocacia Geral da União emitir parecer nos seguintes termos:

## I – RELATÓRIO

O Partido Popular Socialista – PPS propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão junto ao Supremo Tribunal Federal, sustentando a ocorrência de omissão inconstitucional, imputada ao Congresso Nacional, por entender que a casa legislativa estaria em mora quanto à criminalização das formas de homofobia e transfobia, pois desde 2001 o tema é pauta de discussão. Fundamentou o pedido e requereu:

- I. O enquadramento da homofobia e transfobia como crimes de racismo;
- II. A declaração de mora parlamentar na normatização da matéria;
- III. A fixação de prazo razoável para o Congresso Nacional editar lei com a tipificação de atos de homofobia e transfobia;

e, caso transcorrido esse prazo, fosse a criminalização dessas condutas efetivada por decisão judicial do Supremo Tribunal Federal, mediante (a) inclusão de todas as formas de homofobia e transfobia na Lei de Racismo; (b) tipificação criminal específica dos atos de homofobia e transfobia; e (c) fixação de responsabilização civil objetiva do Estado por danos causados a vítimas de atos de homofobia e transfobia lesadas pela inexistência de legislação penal na matéria.

A Advocacia-Geral da União (AGU) manifestou-se preliminarmente, pela inadmissibilidade dos pedidos, sob a consideração da impossibilidade jurídica de se prover, por decisão judicial, a fixação de prazo para a atividade legislativa e a edição de acórdão. No mérito, salientou a inexistência de mora legislativa quanto ao tema; a ausência de imposição constitucional de criminalização; e a impossibilidade de expandir a tutela penal mediante decisão judicial. Em 13 de junho de 2019 a Suprema Corte, conheceu parcialmente da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, cujo acórdão foi publicado em seu inteiro teor no dia 06 de outubro de 2020 (DJe nº 243). Contudo, a Advocacia Geral da União e a Frente Parlamentar Mista pela Família e Apoio à Vida, opuseram Embargos de Declaração, por entender que o acórdão omitiu-se quanto a diversos aspectos jurídicos decorrentes do processo de adequação típica da Lei nº 7.716/1989 para a repressão da homofobia e a transfobia, notadamente quando deixou de especificar causas de exclusão de ilicitude decorrentes do exercício de outras liberdades constitucionais, especialmente a de expressão. Em síntese, os fatos.

## **II – A IMPORTÂNCIA DOS EMBARGOS**

O Partido Popular Socialista e a Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos acredita que a Advocacia Geral da União deve ser condenada por litigância de má fé, tendo em vista a oposição dos embargos de declaração. Tal situação faz com que premissas básicas do Processo Civil e do Direito Constitucional precisem ser revisitadas, explicadas e defendidas. Caricaturar o exercício de um instrumento legítimo em um Estado Democrático de Direito como se fosse uma aberração jurídica e social é o tipo de postura que deve ser rechaçada, em prol da segurança jurídica. Com isso, a definição básica do Embargos de Declaração – instrumento utilizado pelo Advogado Geral da União, Dr. José Levi Mello – é imprescindível ser indicada: “Os embargos de declaração são o recurso que têm como objetivo o esclarecimento ou a integração da decisão recorrida, tornando-a mais clara, mais coesa e mais completa. Também se prestam de acordo com o inciso III do art. 1.022, a corrigir erros materiais<sup>[1]</sup>”.

Quando um grupo avoca para si o monopólio do saber jurídico, a tal ponto de vermos que o uso de um determinado instrumento processual pode ser barrado em razão de discordâncias políticas e ideológicas, estamos diante de um solapamento na essência da democracia. Vejamos o que reza o Código Processual Civil:

[...] seu cabimento fica atrelado à alegação de ao menos uma das hipóteses indicadas nos incisos do art. 1.022<sup>[1]</sup>: (i) esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição; (ii) supressão de omissão de ponto ou questão sobre o qual o magistrado deveria ter se pronunciado, de ofício ou a requerimento; (iii) correção de erro material.<sup>[2]</sup>

Diferente do que o CIDADANIA (nova denominação do Partido Popular Socialista) e a ABGLT alegam sobre má-fé por parte do AGU<sup>[3]</sup>, o ordenamento jurídico brasileiro fornece a possibilidade, legítima, de buscar explicitar direitos fundamentais que não foram ventilados em uma decisão. Trata-se de um reconhecimento do alcance de todos os direitos fundamentais, para que a garantia de um direito à um grupo não seja sinônimo de supressão de direitos

para outro. Nesse sentido, dissertando sobre o ocorrido, arrematam os advogados Thiago Rafael Vieira e Jean Marques Regina:

Simple: em qualquer decisão judicial, em qualquer grau de jurisdição, caso estejamos diante de uma obscuridade, omissão ou contradição, é cabível a oposição de embargos declaratórios. Está lá, no artigo 1.022 do Código de Processo Civil e no artigo 337 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. O recurso é expressamente previsto na lei federal que regulamenta as ações diretas em controle concentrado de constitucionalidade, como a referida ADO 26<sup>[4]</sup>.

## **II.I – Competência da AGU para opor embargos**

No mesmo sentido, importa salientar a diferença entre a definição processual de litigância de má-fé e o exercício de competência do AGU. A alegação de litigância de má-fé por parte do CIDADANIA e da ABLGT, como argumento para refrear o exercício legítimo de uma competência prevista na Constituição da República Federativa do Brasil,

pode ser facilmente dissolvida pela exposição do texto constitucional e do texto processual civil.

O código de processo civil dispõe no art. 80: *Considera-se litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos; III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI – provocar incidente manifestamente infundado; VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório*<sup>[1]</sup>.

Evidente que a oposição pela AGU dos embargos de declaração não configura litigância de má-fé, por não estarem presentes os requisitos do art. 80 do CPC, e principalmente porque o acórdão vergastado apresenta omissão, contradição e obscuridade, notadamente por não excepcionar como excludente de ilicitude a liberdade de expressão nos termos de sua fundamentação.

Quanto à competência da AGU, o art. 131 da Constituição Federal determina: *A Advocacia Geral da*

*União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.*

Considerando o texto constitucional, denota-se claramente a competência da AGU para exercer atividades de consultoria e assessoria jurídica ao Poder Executivo, portanto nas matérias manuseadas na Suprema Corte, a AGU é competente para agir na forma da lei a fim de garantir a segurança jurídica, incluindo matéria de liberdades fundamentais insculpidas na Constituição Federal.

### **III – LIBERDADE DE EXPRESSÃO NÃO FOI EXCEPCIONADA**

Apesar de no acórdão da ADO 26 encontrarmos menção à natureza e importância da liberdade de expressão no decorrer do voto, não há um registro da **exceção de tal liberdade na parte dispositiva**

**do voto.** Explicamos: a liberdade de expressão só é mencionada em seu aspecto de proteger o direito de expressão confessional, bem como o direito das vítimas de homotransfobia externarem suas indignações. Logicamente, se trata de uma **previsão acertada, porém, incompleta**, já que a liberdade de expressão tem uma gama extensa de nuances, que, ao não serem salientadas, ficam a mercê do mero desagrado. Aqui, não elencamos como faceta da liberdade de expressão atos de preconceito, pelo contrário, assim como o AGU bem coloca, trata-se de proteger a liberdade de exercer a atividade intelectual: científica, jornalística e artística – institutos que fazem parte da vida humana e que estão presentes em nossa cultura. Nesse sentido, importa assinalar que:

Na Constituição de 1988, o termo liberdade de expressão não se reduz ao externar sensações e sentimentos. Ele abarca tanto a liberdade de pensamento, que se restringe aos juízos intelectivos, como também o externar sensações. O acerto dessa afirmação pode ser verificado na Inteligência do próprio art. 5º, IX, da CB, em que há menção clara e expressa à atividade intelectual: “é livre a expressão

da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença[1].

Indo além do que a *vox populi* se queixa a respeito da não receptividade da visão tradicional de sexualidade, questões sociais são pesquisadas, números são colhidos, mudanças nos comportamentos de diferentes camadas são objeto de estudo e pesquisa. Alguns exemplos de materiais que foram produzidos e que ficarão no limbo da insegurança com a lacuna do acórdão do ADO 26: o texto publicado no jornal Gazeta do Povo sobre uma análise epistemológica do termo homofobia, escritos pelos advogados Thiago Vieira e Jean Regina: “Homofobia: você tem medo de que(m)?”[2].

No mesmo jornal, encontraremos “Nem todo gay que morre é vítima de homofobia”[3], escrito pelo jornalista Rodrigo Constantino, que aborda como funciona o exagero autoritário de determinados grupos ao sobrepor a agenda política e a narrativa e abandonar critérios técnicos na avaliação de um crime. Não sabemos como uma versão da mesma natureza do livro “What is marriage? Man and Woman: A

Defense”<sup>[4]</sup> subsistira. Um outro exemplo de produção intelectual que se enquadra na temática é a obra da Doutoranda Dienny Riker: *A razão do casamento: uma reflexão filosófica a partir da lei natural*. No livro, “*ela argumenta com eloquência e precisão a favor da visão conjugal do casamento*”<sup>[5]</sup>. Poderíamos citar muitas outras produções, mas o objetivo aqui é demonstrar que, ao não excepcionar, na parte dispositiva do voto, a liberdade de expressão, o Supremo Tribunal Federal pode pôr em xeque a liberdade de produção de conteúdos relacionados às visões que não sejam, necessariamente, de acordo com a afirmação da união homoafetiva. Nesse sentido, o jurista Jónatas Machado explica:

A doutrina constitucional costuma debruçar-se sobre alguns objetivos fundamentais, como sejam, entre outros, a procura da verdade, a garantia de um mercado livre das ideias, a participação no processo de autodeterminação democrática, a proteção da diversidade de opiniões, a estabilidade social e a transformação pacífica da sociedade e a expressão da personalidade individual [...]. a diversidade de opiniões

significa um leque mais vasto de possibilidades e alternativas, e conseqüentemente, uma maior liberdade na formação de preferências e convicções e na tomada de opções [\[6\]](#).

Por esses motivos que um dos pedidos dos embargos de declaração é no sentido de que *“devem ser ressalvados (iv.a) excludentes de ilicitude decorrentes do legítimo exercício de outras liberdades constitucionais, além da liberdade religiosa”*[\[7\]](#). Considerar que apenas a liberdade religiosa deve ser excepcionada, desprezando a liberdade de expressão bem como outras liberdades fundamentais, é uma afronta à pesquisadores, artistas, jornalistas, professores e afins: tanto esses cidadãos quanto o profissional do direito que faz uso de instrumento processual, precisam de segurança jurídica.

Um direito á segurança jurídica, em sentido amplo, poderá abranger: i) a garantia do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada; ii) a garantia contra restrições legislativas dos direitos fundamentais (proporcionalidade) e, em particular, contra a retroatividade de leis punitivas;

iii) o devido processo legal e o juiz natural; iv) a garantia contra incidência do poder reformador da Constituição em cláusulas essenciais; v) o direito contra a violação de direitos; vi) o direito à efetividade dos direitos previstos e declarados solenemente; ; vii) o direito contra medidas de cunho retrocessivo (redução ou supressão de posições jurídicas já implementadas); viii) a proibição do retrocesso em matéria de implementação de direitos fundamentais; ix) o direito à proteção da segurança pessoal, social e coletiva; x) o direito à estabilidade máxima da ordem jurídica e da ordem constitucional[8].

Lembra Cifuentes[9] que a categoria racional reclama para cada ser humano, a capacidade de livremente determinar-se em escolher a solução filosófica, social, científica ou religiosa que lhe dê a explicação mais perfeita de si mesmo e da realidade que o rodeia, por isso pode afirmar-se que a dignidade da pessoa humana exige que seja respeitado o direito à liberdade de pensamento.

## IV – O ATAQUE DOS VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO

Importante assinalar a atitude repulsiva da mídia, bem como de figuras influentes no meio artístico, que reduzem e condenam o teor dos Embargos Declaratórios, **colocando em risco a busca pela garantia de um direito que também os alcança, diretamente.** O risco de elencar qualquer fala proferida por um religioso como discurso de ódio, mesmo não o sendo, **é real**, e a prova está no ocorrido com o Padre Rodrigo Alves, que ao falar sobre o dogma da Igreja Católica Apostólica Romana a respeito do casamento e da sexualidade, foi achincalhado com uma denúncia feita pelo Movimento LGBT Leões do Norte ao Ministério Público de Pernambuco, que o acusava, sem fundamentos, de usar o sacerdócio para incitar violência<sup>[10]</sup>.

É necessário que não exista qualquer tipo de discriminação jurídica baseada em razões religiosas. Ninguém pode ser perseguido, sancionado, impedido de ocupar determinados cargos, ou restringido nos seus direitos, por professar determinada crença. Não deverá existir favor ou desfavor, diminuição ou aumento de direitos, promoção ou desvantagem, devido

ao pensamento religioso do cidadão<sup>[11]</sup>.

A cantora Daniela Mercury escreveu uma carta alegando que o AGU pediu “*para que o Supremo Tribunal Federal decida que pessoas teriam “direito” de discriminar pessoas LGBTI+ com base em suas crenças religiosas*”<sup>[12]</sup>, em completa discrepância com os pedidos feitos pelo AGU, conforme listado na introdução desse parecer. Já o jornalista Manoel Schlindwein é categórico ao noticiar no Radar da Revista Veja que o AGU está fazendo uma manobra para legitimar preconceito<sup>[13]</sup>. Os veículos de comunicação, quer seja por desconhecimento, quer seja por indignação seletiva, agem em oposição ao devido processo legal, sendo que deveriam ser os que mais deveriam lutar pela liberdade de expressão, por motivos óbvios: vivem dela. Aqui, vale trazer uma definição que:

[...] aliada a correta compreensão da importância do “modelo constitucional” para o estudo do direito processual civil, não há como deixar de reconhecer que o chamado “devido processo legal” é, antes de tudo, um “devido processo constitucional”,

expressão que enfatiza que a pauta de reflexão sobre o direito, em um modelo de Estado como o brasileiro, tem que partir da Constituição, e não da lei<sup>[14]</sup>.

A postura de grande parte desses veículos é uma afronta à harmonia constitucional e processual civil, já que a função do termo “devido processo legal” guarda consigo um caráter **processual e constitucional**, nas palavras de BUENO: “*devido processo legal*” é, antes de tudo, um “*devido processo constitucional*”, expressão que enfatiza que a pauta de reflexão sobre o direito, em um modelo de Estado como o brasileiro, tem que partir da Constituição”<sup>[15]</sup>. Nesse sentido, importa reconhecer que:

[...] não basta que o Estado atue de qualquer forma, mas deve atuar de acordo com regras preestabelecidas e que assegurem, amplamente, que os interessados na solução da questão levada ao judiciário exerçam todas as possibilidades de ataque e de defesa que lhe pareçam necessárias, isto é, de participação. O princípio do devido processo legal, nesse contexto, deve ser entendido

como o princípio regente da atuação do Estado-juiz, desde o momento em que ele é provocado até o instante em que o mesmo Estado-juiz, reconhecendo o direito lesionado e ameaçado, crie condições concretas de sua reparação ou imunização correspondente[16].

A busca pela liberdade de expressão, bem como pelo exercício da liberdade religiosa não depende da batuta de apenas um dos componentes da comunidade política. O uso dos instrumentos processuais - mais especificamente do recurso de Embargos de Declaração - não perde sua legitimidade por ser um mecanismo aplicado em uma situação de grande repercussão. Na verdade, por se tratar de um modelo decisório que pode representar um retrocesso no Estado Democrático de Direito, é que a decisão deve analisada com todo cuidado.

Já que o ser humano tem fins próprios e capacidade para decidir os meios adequados para cumprir o seu fim, necessita da garantia jurídica de um âmbito de autonomia: *uma área isenta de coação* proveniente de outros indivíduos ou de pressões

sociais, econômicas ou estatais. Mas este direito não é um direito a mais. É um *direito absoluto* e essencial. Se o pensamento e a vontade constituem as faculdades substanciais do ser humano, a consagração do direito à liberdade de pensamento e de determinação implica o direito mais importante decorrente da dignidade humana. Atentar contra a liberdade de pensamento supõe, sempre, negar uma das dimensões essenciais do homem<sup>[17]</sup>.

Nesse sentido, o GECL do IBDR conclui que é legítima a oposição dos Embargos de Declaração por parte da Advocacia Geral da União, bem como de seu provimento, a fim de que sejam sanadas as omissões, contradições e obscuridades apontadas, resguardando as liberdades de expressão, opinião, comunicação, imprensa, científica, bem como a liberdade religiosa, harmonizando-as com os direitos e garantias de todos os cidadãos, inclusive àqueles que são objeto de intolerância, discriminação e violência, devendo serem protegidos e seus agressores punidos com os rigores da lei. As liberdades, sem exceções, existem

para promover a Dignidade da Pessoa Humana.

A liberdade de expressão encontra um limite: a dignidade da pessoa humana. Todas as liberdades emanam da Dignidade da Pessoa Humana, inclusive a de expressão. Em outras palavras, todas as liberdades são servas da dignidade e trabalham para seu crescimento<sup>[18]</sup>.

É o parecer,

*Sub censura.*

Porto Alegre, 21 de outubro de 2020.

Dr. Jorge Alwan | **Líder do GEGC**

Bel. Bárbara Alice Barbosa |  
Relatora da temática sobre  
Feminismo/Aborto

Dra. Silvana Neckel | Relatora da  
temática Liberdade Religiosa

### **Revisão:**

Dr. Warton Hertz | Diretor Técnico  
do IBDR

## DE ACORDO:

**Prof. Dr. THIAGO RAFAEL VIEIRA**

Presidente do IBDR

[1] TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 496.

[2] VIEIRA, Thiago Rafael. REGINA, Jean Marques. Homofobia: você tem medo de que(m)? Gazeta do Povo. Disponível em: < <https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/homofobia-voce-tem-medo-de-quem/> > Acesso em 18 Out. 2020. 12h38min.

[3] CONSTANTINO, Rodrigo. Nem todo gay que morre é vítima de homofobia. Disponível em: < <https://www.gazetadopovo.com.br/rodrigo-constantino/artigos/nem-todo-gay-que-morre-e-vitima-de-homofobia/> > Acesso em 18 Out. 2020. 14h49min.

[4] GIRGIS, Sherif. ANDERSON, Ryan T. GEORGE, Robert P. What is Marriage? Man and Woman: A Defense. New York: Encounter Books, 2012.

[5] Editora 371. A razão do casamento: uma reflexão filosófica a partir da lei natural. Disponível

em: <  
<https://www.editora371.com/produto/a-razao-do-casamento-uma-reflexao-filosofica-a-partir-da-lei-natural/> >

[6] MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva – dos Direitos da Verdade aos Direitos dos Cidadãos. In: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1996.

[7] Disponível em: <  
<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/10/ado26.pdf>  
f >

[8] BUENO, Cassio Scarpinella. Op., cit., p. 647.

[9] LLANO CIFUENTES, Rafael. Relações entre a Igreja e o Estado. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1989, p.184.

[10] VIEIRA, Thiago Rafael. REGINA, Jean Marques. A toga do ateu e a corte intocada: Violações à liberdade religiosa em menos de 42 horas no Brasil. Disponível em: <  
<https://www.burkeinstituto.com/blog/direito/a-toga-do-ateu-e-a-corte-intocada-violacoes-a-liberdade-religiosa-em-menos-de-42-horas-no-brasil/> > Acesso em 18 Out. 2020. 20h28min.

[11] LLANO CIFUENTES, Rafael. Relações entre a Igreja e o Estado. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1989, p.188.

[12] Carta na íntegra disponível em: <  
<https://www.conjur.com.br/dl/carta-daniela-mercury.pdf> > Acesso em 18 Out. 2020. 21h37min.

[13] <https://veja.abril.com.br/blog/radar/senador-condena-manobra-da-agu-que-tenta-legitimar-preconceito/>

[14] BUENO, Cassio Scarpinella. Op., cit., p. 54.

[15] Ibidem.

[16] Ibidem.

[17] LLANO CIFUENTES, Rafael. Relações entre a Igreja e o Estado. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1989, p.184.

[18] VIEIRA, Thiago Rafael; REGINA, Jean Marques. Direito Religioso: questões práticas e teóricas. São Paulo: Edições Vida Nova, 2020, p. 98.

[1] BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)

> Acesso em 18 Out. 19h53min.

[1] Art. 1022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I – esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II – suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III – corrigir erro material. (BRASIL. Código de Processo de Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm) > Acesso em 17 Out. 2020. 23h00min).

[2] BUENO, Cassio Scarpinella. Op., cit., p. 847.

[3] Peticionário do CIDADANIA e da ABGLT. Disponível em: < <https://bit.ly/3j853Lr> > Acesso em 17 Out. 2020. 23h25min.

[4] Leia mais em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/cronicas-de-um-estado-laico/agu-criminalizacao-homofobia-recurso-liberdade-de-expressao/> . Copyright © 2020, Gazeta do Povo. Todos os direitos reservados.

[1] BUENO, Cassio Scarpinella.  
Manual de Direito Processual Civil.  
Volume único, 5ª Ed. São Paulo:  
Saraiva educação, 2019, p. 847.



ANTERIOR

**NOTA DE PESAR**

PRÓXIMO

**PARECER CECL – TEMÁTICA OBJEÇÃO DE  
CONSCIÊNCIA (ARE 1099099 E RE 611874 / STF)**



---

**CONTATOS**

Email: [contato@ibdr.org.br](mailto:contato@ibdr.org.br)

Institucional: [ibdr@ibdr.org.br](mailto:ibdr@ibdr.org.br)

