



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

OFÍCIO Nº 460/AGU

Brasília, 17 de dezembro de 2020.

A Sua Excelência a Senhora
Deputada Federal SORAYA SANTOS
Primeira-Secretária da Câmara dos Deputados
Praça dos Três Poderes, Anexo I, Térreo, Sala T1
70165-900 - Brasília/DF

Assunto: Embargos de Declaração na ADO nº 26 – Ofício 1ªSec/RI/E/nº 1548.

Senhora Primeira-Secretária,

Em resposta aos questionamentos formulados no Requerimento de Informação nº 1.368/2020, de autoria do Deputado Federal André Figueiredo (PDT/CE), sobre a oposição de embargos de declaração no âmbito da ADO nº 26, encaminho a anexa NOTA nº 00006/2020/ASPIE/AGU, a fim de prestar os devidos subsídios solicitados.

Aproveito, por oportuno, para colocar esta Advocacia-Geral da União à disposição para eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários.

Atenciosamente,

JOSE LEVI MELLO  Assinado de forma digital por JOSE
DO AMARAL JUNIOR Dados: 2020.12.17 17:40:52 -03'00'

JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR
Advogado-Geral da União



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
ASSESSORIA ESPECIAL PARA ASSUNTOS DE PESQUISA E INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS

NOTA n. 00006/2020/ASPIE/AGU

NUP: 00400.001552/2020-84

INTERESSADOS: DEPUTADA SORAYA SANTOS

ASSUNTOS: DILIGÊNCIAS

Trata-se de requerimento parlamentar de informações formulado com vistas a pedir esclarecimentos sobre o recurso apresentado pela Advocacia-Geral da União na ADO 26, em trâmite no STF. Foram apresentadas cinco questões partindo da premissa (equivocada) de que a Advocacia-Geral da União opôs embargos de declaração para manifestar incompREENSÃO ou inconformidade com a decisão. Por isso, é essencial fazer breve exposição antes de responder diretamente aos pontos levantados.

Com efeito, os embargos de declaração são o instrumento previsto pelo legislador para que o alcance e as consequências da decisão fiquem claros e possam ser aplicados com segurança jurídica. É algo tão natural ao sistema processual que o próprio Autor da ADO 26 também apresentou os seus próprios embargos de declaração, ainda que fora do prazo próprio.

A Advocacia-Geral da União concorda com o mérito da questão e a importância de proteger os vulneráveis, bem assim com a necessidade de dar a devida resposta penal a violações dos respectivos direitos. Lógico, a irrestrita defesa do direito das minorias precisa ser levada a efeito dentro de regulamentação adequada. No caso vertente, isso significa utilizar os devidos instrumentos judiciais e respeitar os princípios do Direito Penal. Por isso, os embargos de declaração da AGU chamaram a atenção para a adequação técnica da utilização do instrumento da interpretação conforme para solucionar caso de omissão legislativa. Não se negou a existência da omissão, tão pouco a relevância de resolvê-la, mas, apenas, foi apontada uma possível imprecisão que – se aplicada a casos outros – pode levar a soluções inadequadas. Crimes devem ser criados por lei, uma vez que o legislador detém mandato conferido pelo povo para escolher as regras de convivência social. Além disso, essas regras devem ser as mais específicas e delimitadas possível, em respeito ao princípio da tipicidade em estrita legalidade para evitar punições arbitrárias.

I – todo o material informativo consultado para elaboração da peça recursal foi devidamente apontado nas notas de rodapé da manifestação, não tendo havido produção de nenhum ato prévio com diretrizes para os embargos de declaração.

II – É o próprio Acórdão, inclusive em sua parte dispositiva (item n. 2), a seguir transcrita, que abre exceção explícita para a liberdade religiosa (“não alcança nem restringe”), desde que não se configure discurso de ódio:

[...] 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 no original).

Não se trata de sobreposição, mas de compatibilização do exercício de direitos fundamentais. Há doutrinas religiosas que possuem códigos de conduta mais estritos, prescrevendo a exclusão de membros pela prática de condutas censuradas pelos respectivos dogmas religiosos, muitos dos quais nada se relacionam com o tema da ação em apreço. Proíbe-se, por exemplo, o trabalho em determinados dias da semana, o qual deve ser compatibilizado com o direito ao trabalho e os deveres do empregado.

Nesse sentido, é importante deixar claro em que circunstâncias tais práticas serão consideradas legais e quando serão recriminadas. Cumpre informar que há exemplos dessa compatibilização em outros países. Como citado na petição, a Lei de liberdade religiosa portuguesa – Lei nº 16/2001 – prevê, por exemplo, que ninguém pode “*Ser coagido a fazer parte, a permanecer ou a sair de associação religiosa, igreja ou comunidade religiosa, sem prejuízo das respectivas normas sobre a filiação e a exclusão de membros*” (artigo 9º, item 1, “a”).

III e IV - Nenhuma segregação, em detrimento (odioso) a Direitos Fundamentais, é admissível. Os embargos, de nenhum modo, sugerem, nem sequer cogitam, qualquer espécie de segregação.

V - Nos casos em que eventualmente venha a ocorrer conflito entre Direitos Fundamentais, a teoria e a prática devem prever instrumentos de compatibilização, notadamente o recurso a leis e decisões judiciais pautadas pelo princípio da proporcionalidade, caso a caso.

Excludentes de ilicitude devem ser previstas, em regra, em lei (princípio da estrita legalidade penal). No caso: (i) considerando-se que o tipo penal foi licitamente ampliado por interpretação jurisprudencial; e (ii) considerando-se que o Acórdão exclui o exercício da liberdade religiosa e de crença da incidência do tipo penal, “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”, é dever da Advocacia-Geral da União solicitar esclarecimentos sobre os demais direitos e liberdades que possam vir a gerar questões análogas, **sempre observado o mesmo limite**: “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”.

Brasília, 17 de dezembro de 2020.

FERNANDA REGINA VILARES
Assessora Especial do Advogado-Geral da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00400001552202084 e da chave de acesso 5fecb67c

Documento assinado eletronicamente por FERNANDA REGINA VILARES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 554112996 no endereço eletrônico [http://sapiens.agu.gov.br](https://sapiens.agu.gov.br). Informações adicionais: Signatário (a): FERNANDA REGINA VILARES. Data e Hora: 17-12-2020 16:29. Número de Série: 29259849042382935229410591485. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.