

13/06/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. CELSO DE MELLO
REQTE.(S)	:PARTIDO POPULAR SOCIALISTA
ADV.(A/S)	:PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI
INTDO.(A/S)	:CONGRESSO NACIONAL
INTDO.(A/S)	:PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
ADV.(A/S)	:JOSÉ ALEXANDRE LIMA GAZINEO
ADV.(A/S)	:FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA
ADV.(A/S)	:EDVALDO FERNANDES DA SILVA
AM. CURIAE.	:GRUPO GAY DA BAHIA - GGB
ADV.(A/S)	:THIAGO GOMES VIANA
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO DE LÉSBICAS, GAYS, BISEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT
AM. CURIAE.	:GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL - GADV
ADV.(A/S)	:ALEXANDRE GUSTAVO DE MELO FRANCO BAHIA
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JURISTAS EVANGÉLICOS - ANAJURE
ADV.(A/S)	:JOSE JULIO DOS REIS E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:FRENTE PARLAMENTAR "MISTA" DA FAMÍLIA E APOIO À VIDA
ADV.(A/S)	:WALTER DE PAULA E SILVA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS
ADV.(A/S)	:ANANDA HADAH RODRIGUES PUCHTA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:CONVENÇÃO BRASILEIRA DAS IGREJAS EVANGÉLICAS IRMÃOS MENONITAS - COBIM
ADV.(A/S)	:RAFAEL FERREIRA DE CASTRO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:PARTIDO SOCIALISTA DOS TRABALHADORES UNIFICADO - PSTU
ADV.(A/S)	:ALBERTO ALBIERO JUNIOR
AM. CURIAE.	:CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA

ADO 26 / DF

ADV.(A/S) : VICTOR MENDONÇA NEIVA
ADV.(A/S) : MARIANA KREIMER CAETANO MELUCCI
ADV.(A/S) : BRUNA FLÁVIA FARIA BRAGA
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E
TRANSSEXUAIS - ANTRA
ADV.(A/S) : IGOR LUIS PEREIRA E SILVA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO
FEDERAL

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERACÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CE art. 5º, incisos XLI e XLII) – A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO – A SITUAÇÃO DE INÉRCIA DO ESTADO EM RELAÇÃO À EDIÇÃO DE DIPLOMAS LEGISLATIVOS NECESSÁRIOS À PUNIÇÃO DOS ATOS DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU DA IDENTIDADE DE GÊNERO DA VÍTIMA – A QUESTÃO DA “IDEOLOGIA DE GÊNERO” – SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA A COLMATAÇÃO DO ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL: (A) CIENTIFICAÇÃO AO CONGRESSO NACIONAL QUANTO AO SEU ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL E (B) ENQUADRAMENTO IMEDIATO DAS PRÁTICAS DE HOMOFOBIA E DE TRANSFOBIA, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME (QUE NÃO SE CONFUNDE COM EXEGESE FUNDADA EM ANALOGIA “IN MALAM PARTEM”), NO CONCEITO DE RACISMO PREVISTO NA

ADO 26 / DF

LEI Nº 7.716/89 – INVIABILIDADE DA FORMULAÇÃO, EM SEDE DE PROCESSO DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE, DE PEDIDO DE ÍNDOLE CONDENATÓRIA FUNDADO EM ALEGADA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, EIS QUE, EM AÇÕES CONSTITUCIONAIS DE PERFIL OBJETIVO, NÃO SE DISCUTEM SITUAÇÕES INDIVIDUAIS OU INTERESSES SUBJETIVOS – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MEDIANTE PROVIMENTO JURISDICIONAL, TIPIFICAR DELITOS E COMINAR SANÇÕES DE DIREITO PENAL, EIS QUE REFERIDOS TEMAS SUBMETEM-SE À CLÁUSULA DE RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI EM SENTIDO FORMAL (CF, art. 5º, inciso XXXIX) – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DOS REGISTROS HISTÓRICOS E DAS PRÁTICAS SOCIAIS CONTEMPORÂNEAS QUE REVELAM O TRATAMENTO PRECONCEITUOSO, EXCLUDENTE E DISCRIMINATÓRIO QUE TEM SIDO DISPENSADO À VIVÊNCIA HOMOERÓTICA EM NOSSO PAÍS: “O AMOR QUE NÃO OUSA DIZER O SEU NOME” (LORD ALFRED DOUGLAS, DO POEMA “TWO LOVES”, PUBLICADO EM “THE CHAMELEON”, 1894, VERSO ERRONEAMENTE ATRIBUÍDO A OSCAR WILDE) – A VIOLÊNCIA CONTRA INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ OU “A BANALIDADE DO MAL HOMOFÓBICO E TRANSFÓBICO” (PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI): UMA INACEITÁVEL (E CRUEL) REALIDADE CONTEMPORÂNEA – O PODER JUDICIÁRIO, EM SUA ATIVIDADE HERMENÊUTICA, HÁ DE TORNAR EFETIVA A REAÇÃO DO ESTADO NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO AOS ATOS DE PRECONCEITO OU DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS CONTRA PESSOAS INTEGRANTES DE GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS – A QUESTÃO DA INTOLERÂNCIA, NOTADAMENTE QUANDO DIRIGIDA CONTRA A COMUNIDADE LGBTI+: A INADMISSIBILIDADE DO DISCURSO DE ÓDIO (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, ARTIGO 13, § 5º) – A NOÇÃO DE TOLERÂNCIA COMO A HARMONIA NA DIFERENÇA E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE

ADO 26 / DF

DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS – 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 – O CARÁTER HISTÓRICO DO DECRETO Nº 119-A, DE 07/01/1890, EDITADO PELO GOVERNO PROVISÓRIO DA REPÚBLICA, QUE APROVOU PROJETO ELABORADO POR RUY BARBOSA E POR DEMÉTRIO NUNES RIBEIRO – DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, PROTEÇÃO DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – A BUSCA DA FELICIDADE COMO DERIVAÇÃO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITA DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – UMA OBSERVAÇÃO FINAL: O SIGNIFICADO DA DEFESA DA CONSTITUIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO CONHECIDA, EM PARTE, E, NESSA EXTENSÃO, JULGADA PROCEDENTE, COM EFICÁCIA GERAL E EFEITO VINCULANTE – APROVAÇÃO, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DAS TESES PROPOSTAS PELO RELATOR, MINISTRO CELSO DE MELLO.

PRÁTICAS HOMOFÓBICAS E TRANSFÓBICAS CONFIGURAM ATOS DELITUOSOS PASSÍVEIS DE REPRESSÃO PENAL, POR EFEITO

ADO 26 / DF

DE MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO (CE, ART. 5º, INCISOS XLI E XLII), POR TRADUZIREM EXPRESSÕES DE RACISMO EM SUA DIMENSÃO SOCIAL

– **Até que sobrevenha** lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar *os mandados de criminalização* definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, **as condutas homofóbicas e transfóbicas**, reais ou supostas, **que envolvem** aversão odiosa à orientação sexual **ou** à identidade de gênero de alguém, **por traduzirem** expressões de racismo, **compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se**, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação **definidos** na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, **constituindo**, também, **na hipótese** de homicídio doloso, *circunstância que o qualifica*, por configurar *motivo torpe* (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”).

NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE DIREITOS NEM SOFRER QUAISQUER RESTRIÇÕES DE ORDEM JURÍDICA POR MOTIVO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU EM RAZÃO DE SUA IDENTIDADE DE GÊNERO

– Os integrantes do grupo LGBTI+, como **qualquer** outra pessoa, nascem iguais em dignidade e direitos e **possuem** igual capacidade de autodeterminação **quanto** às suas escolhas pessoais *em matéria afetiva e amorosa*, **especialmente no que concerne à sua vivência homoerótica**.

Ninguém, *sob a égide de uma ordem democrática justa*, **pode ser privado** de seus direitos (**entre os quais o direito à busca da felicidade e o direito à igualdade de tratamento** que a Constituição e as leis da República **dispensam** às pessoas em geral) **ou sofrer** qualquer restrição em sua esfera jurídica **em razão** de sua orientação sexual **ou** de sua identidade de gênero!

ADO 26 / DF

Garantir aos integrantes do grupo LGBTI+ a **posse da cidadania plena e o integral respeito** *tanto* à sua condição *quanto* às suas escolhas pessoais **pode significar**, nestes tempos em que as liberdades fundamentais das pessoas **sofrem ataques por parte de mentes sombrias e retrógradas**, a **diferença essencial** *entre civilização e barbárie*.

AS VÁRIAS DIMENSÕES CONCEITUAIS DE RACISMO. O RACISMO, QUE NÃO SE RESUME A ASPECTOS ESTRITAMENTE FENOTÍPICOS, CONSTITUI MANIFESTAÇÃO DE PODER QUE, AO BUSCAR JUSTIFICAÇÃO NA DESIGUALDADE, OBJETIVA VIABILIZAR A DOMINAÇÃO DO GRUPO MAJORITÁRIO SOBRE INTEGRANTES DE GRUPOS VULNERÁVEIS (COMO A COMUNIDADE LGBTI+), FAZENDO INSTAURAR, MEDIANTE ODIOSA (E INACEITÁVEL) INFERIORIZAÇÃO, SITUAÇÃO DE INJUSTA EXCLUSÃO DE ORDEM POLÍTICA E DE NATUREZA JURÍDICO-SOCIAL

– O **conceito de racismo**, compreendido em sua dimensão social, **projeta-se para além** de aspectos **estritamente biológicos ou fenotípicos**, pois resulta, enquanto **manifestação de poder**, **de uma construção de índole histórico-cultural motivada** pelo objetivo de **justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem** ao estamento que **detém** posição de hegemonia em uma dada estrutura social, **são considerados** estranhos e diferentes, **degradados** à condição de marginais do ordenamento jurídico, **expostos**, em consequência de **odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão** do sistema geral de proteção do direito.

COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL ENTRE A REPRESSÃO

ADO 26 / DF

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*, 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**

ADO 26 / DF

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.*

A QUESTÃO DA OMISSÃO NORMATIVA E DA SUPERAÇÃO TEMPORAL IRRAZOÁVEL NA IMPLEMENTAÇÃO DE ORDENS

ADO 26 / DF

CONSTITUCIONAIS DE LEGISLAR. A INSTRUMENTALIDADE DA AÇÃO DIRETA POR OMISSÃO NA COLMATAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO

*A omissão do Estado – **que deixa de cumprir**, em maior ou em menor extensão, a **imposição** ditada pelo texto constitucional (como *aquela* que deriva do art. 5º, XLI e XLII, de nossa Lei Fundamental) – **qualifica-se** como comportamento *revestido* de intensa gravidade político-jurídica, **eis que, mediante inércia**, o Poder Público **também desrespeita** a Constituição, **também ofende** direitos que nela se fundam **e também impede**, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, *a própria aplicabilidade* dos postulados da Lei Fundamental. **Doutrina. Precedentes (ADI 1.458-MC/DF** Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).*

– *Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo* do que elaborar uma Constituição *sem* a vontade de fazê-la cumprir integralmente **ou, então**, do que a promulgar *com o intuito de apenas* executá-la *com o propósito subalterno* de torná-la aplicável *somente* nos pontos que se mostrarem **convenientes** aos desígnios dos governantes **ou** de grupos majoritários, **em detrimento** dos interesses maiores dos cidadãos **ou, muitas vezes**, em frontal desrespeito aos direitos das minorias, **notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade**.

– **A ação direta de inconstitucionalidade por omissão**, *nesse contexto, tem por objetivo provocar legítima reação jurisdicional* que, *expressamente autorizada e atribuída* ao Supremo Tribunal Federal **pela própria Carta Política, destina-se a impedir** o desprestígio da Lei Fundamental, **a neutralizar** gestos de desprezo pela Constituição, **a outorgar proteção a princípios, direitos e garantias nela proclamados e a obstar**, por extremamente grave, *a erosão da consciência constitucional*. **Doutrina. Precedentes do STF.**

ADO 26 / DF

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Sessão Plenária**, sob a Presidência do Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, **por unanimidade** de votos, **em conhecer** parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. **Por maioria** e nessa extensão, **julga-la procedente**, com eficácia geral e efeito vinculante, **para**: **a) reconhecer o estado de mora inconstitucional** do Congresso Nacional **na implementação** da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBTI+; **b) declarar**, em consequência, **a existência de omissão normativa inconstitucional** do Poder Legislativo da União; **c) cientificar o Congresso Nacional**, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição **c/c** o art. 12-H, “caput”, da Lei nº 9.868/99; **d) dar interpretação conforme à Constituição**, em face dos mandados constitucionais de incriminação **inscritos nos incisos XLI e XLII** do art. 5º da Carta Política, **para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89**, até que sobrevenha legislação autônoma, **editada** pelo Congresso Nacional, **seja por considerar-se**, nos termos deste voto, **que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo**, na dimensão de racismo social **consagrada** pelo Supremo Tribunal Federal **no julgamento plenário do HC 82.424/RS** (caso Ellwanger), **na medida** em que tais condutas **importam** em atos de segregação **que inferiorizam** membros **integrantes** do grupo LGBTI+, **em razão** de sua orientação sexual **ou** de sua identidade de gênero, **seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais** daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; **e) declarar** que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a

ADO 26 / DF

alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, **vencidos** os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), **que julgavam parcialmente procedente a ação**, e o Ministro Marco Aurélio, **que a julgava improcedente. Em seguida, por maioria, fixaram-se as seguintes teses:** **1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa** à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, **ajustam-se**, por identidade de razão e mediante **adequação típica**, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, **constituindo**, também, **na hipótese de homicídio doloso**, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “*in fine*”); **2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa**, qualquer que seja a denominação confessional professada, **a cujos fiéis e ministros** (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) **é assegurado o direito** de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções **de acordo com o que se contiver** em seus livros e códigos sagrados, **bem assim o de ensinar** segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; **3. O conceito de racismo**, compreendido em sua dimensão social, **projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos**, pois

ADO 26 / DF

resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, **vencido** o Ministro Marco Aurélio, **que não subscreveu** as teses propostas. **Não participaram**, justificadamente, **da fixação da tese** os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Brasília, 13 de junho de 2019.

CELSO DE MELLO – RELATOR