

RECLAMAÇÃO 72.205 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
RECLTE.(S)	: ERIKA HILTON
ADV.(A/S)	: PRISCILA PAMELA CESARIO DOS SANTOS E OUTRO(A/S)
RECLDO.(A/S)	: JUIZ FEDERAL DA 8ª VARA CRIMINAL FEDERAL DE SÃO PAULO
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
RECLDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
BENEF.(A/S)	: NÃO INDICADO

RECLAMAÇÃO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SUPOSTA PRÁTICA DE CRIME DE HOMOTRANSFOBIA. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO PLENÁRIO DESTA SUPREMA CORTE NOS AUTOS DA ADO 26 E DO MI 4733. DECISÃO RECLAMADA QUE ARQUIVOU NOTÍCIA-CRIME, AO FUNDAMENTO DE QUE AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS PARADIGMAS INDICADOS SERIAM INCONSTITUCIONAIS. RECLAMAÇÃO PROCEDENTE.

DECISÃO: Trata-se de Reclamação Constitucional ajuizada por Erika Santos Silva, Deputada Federal, contra ato do Juízo da 8ª Vara Criminal Federal de São Paulo/SP, por alegada violação aos acórdãos proferidos pelo Plenário desta Suprema Corte nos autos da ADO 26 e do MI 4733.

Nos termos da inicial, *“Trata-se na origem de Procedimento Investigatório Criminal (PIC-MP) nº 003401-41.2024.4.03.6181, instaurado a partir de Notícia-Crime ofertada pela Reclamante, visando a investigação de fatos*

RCL 72205 / SP

relacionados à prática de transfobia, perpetrados por meio da rede social X (Twitter), à partir de publicação realizada em 20 de dezembro de 2023”.

A defesa aduz que “recebido o procedimento, a Procuradoria da República de São Paulo se manifestou pelo arquivamento das investigações, por entender que a construção jurisprudencial formulada pelo STF, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26/DF e do Mandado de Injunção (MI) 4733, é inconstitucional e que, portanto, as condutas praticadas pelos detentores dos perfis seriam atípicas em relação ao suposto crime relacionado à homofobia ou à transfobia”.

Destaca que “o Juízo da 8ª Vara Criminal Federal de São Paulo homologou a promoção de arquivamento formulada pelo Ministério Público, legitimando a manifestação ministerial acerca da inconstitucionalidade das posições lançadas por este Supremo Tribunal Federal nos autos da ADO 26/DF e MI 4733, em completa afronta à autoridade das decisões”.

Alega, em síntese, que “A manifestação do Procurador e o despacho de arquivamento entenderam, em completo desrespeito ao quanto decidido por este Supremo Tribunal Federal, ser inconstitucional a equiparação de crimes de LGBTfobia e Transfobia ao racismo e confrontaram as decisões e merecem ser cassadas, a fim de garantir a autoridade da decisão desta Corte, com o devido reconhecimento da legitimidade da equiparação e consequente prosseguimento das investigações para a responsabilização dos autores envolvidos”.

Requer seja julgada “procedente a Reclamação, cassando a decisão proferida pelo Juízo da 8ª Vara Criminal Federal de São Paulo, nos autos do Procedimento Investigatório Criminal (PIC-MP) nº 003401- 41.2024.4.03.6181, que violou o entendimento sumulado desse Egrégio Supremo Tribunal à medida em que homologou o arquivamento das investigações, e determine a medida adequada à preservação de sua competência, nos termos do inciso III do artigo 161, do RISTF”.

*Prestadas as informações solicitadas, a d. Procuradoria-Geral da República **manifestou-se pela procedência da reclamação.***

É o relatório. DECIDO.

RCL 72205 / SP

Assiste razão à parte reclamante.

Deveras, o Plenário desta Suprema Corte, no julgamento da ADO 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello, e do MI 4733, de relatoria do Ministro Edson Fachin, fixou 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

RCL 72205 / SP

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 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”.

Na hipótese *sub examine*, observa-se que a ora reclamante apresentou notícia-crime onde se narrou a *“suposta prática de crimes de transfobia – equiparado ao racismo e propagação de ódio em face da requerente, perpetrados por meio da rede mundial de computadores”*.

A Procuradora da República responsável pela análise da Notícia de Fato encaminhada ao Ministério Público Federal entendeu que *“a ampliação das condutas criminais previstas na Lei nº 7.716/1989, por parte da Suprema Corte, para abarcar as condutas relacionadas à homofobia e a transfobia, acabam por afrontar outro princípio constitucional, o da proibição de fundamentação ou agravamento da punibilidade por analogia, na medida que instituem condutas criminosas não previstas pelo legislador, em equiparação ou por analogia a outras previstas em lei”*.

Disse que *“muito embora o STF tenha reconhecido a mora legislativa em criminalizar condutas que atentassem contra os direitos dos indivíduos LGBT+, por mais que se busque na Constituição, nela não se achará mandamento constitucional expreso de criminalização para a situação proposta no presente*

RCL 72205 / SP

caso, que esteja relacionada à homofobia ou à transfobia, uma vez que não existem mandamentos implícitos de criminalização, já que a decisão de criminalização pertence única e exclusivamente ao Parlamento, a quem cabe fazer o juízo acerca da existência de um bem jurídico e da necessidade de pena”.

Assentou que *“a construção jurisprudencial formulada pelo STF é inconstitucional ao violar a regra expressa da reserva legal e, portanto, as condutas adotadas pelos Representados restam atípicas em relação ao suposto crime relacionado à homofobia ou à transfobia”*, razão pela qual promoveu o arquivamento do feito, ato homologado pelo Juízo reclamado.

Ato contínuo, a requerente formulou pedido de reconsideração dirigido ao MPF, o qual, em manifestação da mesma Procuradora da República, reiterou *“o integral teor da promoção de arquivamento acostada às fls. 64/76 de ID 322777284”*.

O Juízo reclamado entendeu que *“há razoabilidade nos argumentos expostos e não há ilegalidade ou teratologia no ato do arquivamento, o que afasta a necessidade de intervenção judicial para submissão do arquivamento à instância revisora do MPF”*, e declarou, ante o exposto, *“não haver fundamento para proceder à remessa dos autos à Câmara de Coordenação e Revisão do MPF”*.

Este o quadro, a procedência desta reclamação é medida que se impõe.

Com efeito, os pronunciamentos do Plenário do Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade possuem efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, não cabendo a membro do Ministério Público fazer qualquer juízo de valor sobre o que decidido e afirmar que *“a construção jurisprudencial formulada pelo STF é inconstitucional ao violar a regra expressa da reserva legal”*.

Nas palavras do Ministro Celso de Mello, *“As decisões consubstanciadoras de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive aquelas que importem em interpretação conforme à Constituição e em declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, quando proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em*

RCL 72205 / SP

sede de fiscalização normativa abstrata, revestem-se de eficácia contra todos ('erga omnes') e possuem efeito vinculante em relação a todos os magistrados e Tribunais, bem assim em face da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal, impondo-se, em consequência, a necessária observância por tais órgãos estatais, que deverão adequar-se, por isso mesmo, em seus pronunciamentos, ao que a Suprema Corte, em manifestação subordinante, houver decidido, seja no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, seja no da ação declaratória de constitucionalidade, a propósito da validade ou da invalidade jurídico-constitucional de determinada lei ou ato normativo” (Rcl 2182-AgR, Rel. Min Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe de 13/02/2013.

Como bem assentou a d. Procuradoria-Geral da República, “*o arquivamento prematuro da investigação [...] não deve ser mantido*”, tendo em vista que a reclamante “*submeteu ao conhecimento dos órgãos ministeriais extensa lista de ofensas sofridas por meio de determinada publicação em rede social, todas de caráter homofóbico e transfóbico, revelando espécies de atos discriminatórios praticados contra a sua orientação sexual e a sua identidade de gênero, condutas que, a princípio, podem ser tipificadas na Lei 7.716/89, na forma da interpretação vinculante dada por esse Supremo Tribunal Federal*”.

Ex positis, **JULGO PROCEDENTE** a presente Reclamação, com fundamento no 161 do RISTF, a fim de **CASSAR** a manifestação de arquivamento da notícia-crime apresentada na origem, bem como as decisões proferidas pelo Juízo reclamado, e **DETERMINAR** o regular trâmite da persecução penal pelos órgãos competentes, em conformidade com a jurisprudência desta Suprema Corte na matéria.

Publique-se. Cumpra-se.

Brasília, 15 de outubro de 2024.

Ministro **LUIZ FUX**

Relator

Documento assinado digitalmente