



Centro Universitário de Brasília –UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais– FAJS

HENRIQUE DE AGUIAR PIRES ALECRIN

ENTRE A LIBERDADE E A HOMOAFETIVIDADE:
o balanceamento da homofobia

Brasília
2015

HENRIQUE DE AGUIAR PIRES ALECRIN

ENTRE A LIBERDADE E A HOMOAFETIVIDADE:
o balanceamento da homofobia

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. André Pires Gontijo

Brasília

2015

HENRIQUE DE AGUIAR PIRES ALECRIN

ENTRE A LIBERDADE E A HOMOAFETIVIDADE:
o balanceamento da homofobia

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. André Pires Gontijo

Brasília, 22 de Abril de 2015

Banca Examinadora

Prof. André Pires Gontijo

Prof. Examinador

Prof. Examinador

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar as possíveis causas do preconceito contra os homossexuais e o seu reflexo dentro da história. Também é abordado o tema liberdade religiosa e, nesse ponto, o objetivo é entender a liberdade de crença diante do Estado enquanto direito fundamental; ao final, encontra-se a hipótese de que o princípio da proporcionalidade é adotado como possível solução para o conflito proposto. A metodologia utilizada se deu através da pesquisa de artigos e livros envolvendo os temas homossexualidade, homofobia, liberdade religiosa e princípio da proporcionalidade. Além disso, foram utilizados alguns julgados e notícias atuais para ilustrar e demonstrar a contemporaneidade da problemática apresentada. A questão que se apresenta neste tema é compreender qual o limite entre o exercício da liberdade religiosa em relação à homofobia e o exercício da liberdade sexual em relação à liberdade de crença. Portanto, o intuito é utilizar, dentro do campo jurídico, um instrumento para tratar dessas questões.

Palavras-chaves: homofobia; liberdade religiosa; princípio da proporcionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
CAPÍTULO I – SOBRE HOMOFOBIA	8
1.1 Breve desenvolvimento histórico acerca da homossexualidade	8
1.2 Terminologias e conceitos mais utilizados.....	16
1.3 A homofobia e suas facetas	20
CAPÍTULO II – A LIBERDADE RELIGIOSA NO ESTADO LAICO BRASILEIRO	29
2.1 A influência da religião no Estado e Direito brasileiro	29
2.2 Apontamentos sobre o Estado laico	33
2.3 O amparo à liberdade religiosa dentro e fora da Constituição de 1988	36
CAPÍTULO III – O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO FERRAMENTA DE BALANCEAMENTO ENTRE A LIBERDADE RELIGIOSA E A HOMOFOBIA.....	48
3.1 Síntese das teorias e conceitos sobre os direitos fundamentais	48
3.1.1 <i>Teoria liberal</i>	48
3.1.2 <i>Teoria institucional</i>	49
3.1.3 <i>Teoria democrático-funcional</i>	49
3.1.4 <i>Teoria dos direitos fundamentais do Estado social</i>	49
3.1.5 <i>Teoria axiológica</i>	50
3.2 A colisão de direitos fundamentais	51
3.3 Homofobia e liberdade religiosa no centro da problemática.....	54
3.3.1 <i>Os dois pontos da discussão</i>	61
3.3.2 <i>A proposta de balanceamento</i>	63
3.3.2.1 <i>O princípio da adequação</i>	64
3.3.2.2 <i>O princípio da necessidade</i>	65
3.3.2.3 <i>O princípio da proporcionalidade em sentido estrito</i>	66
3.3.3 <i>O procedimento de aplicação do princípio da proporcionalidade</i>	68
CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS	73
ANEXO I– JURISPRUDÊNCIA	83

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa se desenvolve no âmbito do direito constitucional, com foco nos direitos e princípios fundamentais e as possíveis situações de colisão entre eles. A temática esta fundada no princípio da proporcionalidade, enquanto ferramenta para resolução de conflitos, mais especificamente do conflito envolvendo o movimento Lésbicas, Gays, Bissexuais e Travestis (LGBT) e aqueles grupos cuja crença religiosa possui doutrina contrária a esse movimento. Em muitos momentos faz-se referência à doutrina cristã, visto que esta é a mais difundida na cultura ocidental e uma das principais opositoras da homoafetividade.

Este trabalho tem como objeto tratar da relação entre homofobia e da liberdade religiosa, no momento em que o exercício dessa liberdade se confunde com um ato discriminatório e preconceituoso. Observando-se também a atitude do público homossexual para com aqueles que possuem objeção e reprovam a conduta homoafetiva – principalmente em relação aos cristãos. É dentro dessa proposta, através dessas duas correlações, que se encontra a problemática do trabalho, o que gera as seguintes perguntas: qual é o limite entre o exercício da liberdade religiosa e o preconceito? e até que ponto a defesa da liberdade e da igualdade sexual não fere ou restringe o exercício do direito à liberdade de crença.

Nesse sentido, todo o estudo visa tratar do conflito resultante desses ideais opostos, tentando trazer à tona o núcleo desses embates e propor uma solução para os choques decorrentes, de forma balanceada e que não venha a subjugar o direito de um grupo em relação ao outro; o que nos leva à hipótese proposta, na qual o princípio da proporcionalidade se faz ferramenta necessária para a resolução dos possíveis conflitos envolvendo essas matérias.

Para isso, foram estipulados os seguintes objetivos específicos:

1. Demonstrar a presença da homossexualidade desde os primórdios da história humana;
2. Entender os principais conceitos inseridos no universo LGBT e envolvendo a homofobia.
3. Propor e compreender as principais causas do preconceito e da discriminação contra os homossexuais em geral.

4. Tratar da liberdade religiosa enquanto direito e princípio, identificando o momento de instituição da liberdade religiosa como direito a partir da separação entre Estado e Igreja.
5. Abordar, de forma sucinta, a influência da religião no Estado e Direito brasileiros, evidenciando a sua presença dentro e fora da nossa atual Constituição;
6. Compreender brevemente os principais conceitos dos direitos fundamentais e as espécies de conflitos resultantes do choque entre eles;
7. Abordar novamente a homofobia e a liberdade religiosa em relação à fundamentação constitucional que embasa tanto o movimento LGBT quanto o religioso cristão;
8. Por fim, tratar do princípio da ponderação, aplicando-o ao conflito existente.

Dessa forma, o objetivo principal deste trabalho é tratar dos limites envolvendo os direitos almejados pelos movimentos LGBT e o exercício da liberdade de crença dentro do cenário democrático constitucional brasileiro, Aplicando-se a hipótese sugerida em face dos conflitos entre esses dois segmentos sociais, na qual, para mediar a questão, propõe-se a utilização do princípio da ponderação para mediar os conflitos.

Para ilustrar toda a discussão, são apresentadas ao longo dos capítulos algumas notícias e projetos de lei que esclarecem os pontos apresentados, trazendo maior visibilidade fática e prática do que está sendo tratado.

A justificativa empírica está fundada no texto de Silvano Andrade do Bonfim¹, no qual o autor traz uma análise que trata exatamente dos limites entre esses direitos fundamentais e de como se deve conduzir o embate entre eles. A abordagem do tema na esfera constitucional é de extrema importância, visto que é na Constituição que se encontra a garantia desses direitos, e é a partir da interpretação desta mesma Constituição que se pode apreciar as possibilidades e limites dos conflitos. Além disso,

¹ BONFIM, Silvano Andrade do. Homossexualidade, direito e religião: da pena de morte à união estável. A criminalização da homofobia e seus reflexos na liberdade religiosa. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo: RBDC, n. 18, pp. 71-103, jul./dez. 2011.

o campo da história é de extrema valia para a exposição do tema e para a apreciação da hipótese suscitada.

A justificativa teórica encontra guarida na dificuldade em mediar conflitos envolvendo direitos e garantias fundamentais, isto porque não há entre estes direitos uma hierarquia definida, sendo assim a análise do choque entre estes direitos fica limitada às características específicas do caso concreto.

Em relação à justificativa pessoal, este trabalho foi desenvolvido a partir da observação de vários casos nos quais há conflito entre estes dois grupos sociais, somada à busca pela proteção aos direitos fundamentais inseridos nestes embates, na forma de proposição de leis infraconstitucionais. A curiosidade por entender a origem desses conflitos, assim como o interesse em propor uma solução, foram peças-chave para o desenvolvimento deste estudo.

O desenrolar histórico da homoafetividade permite identificar a presença da homossexualidade desde os tempos mais remotos. Seu desenvolvimento na sociedade passou por diversos momentos, em que foi possível perceber a rejeição e a hostilidade aos homossexuais durante praticamente todos os períodos da história humana. Nesse sentido, o Capítulo I destina-se a apresentar, além do desenvolvimento histórico, os principais conceitos inseridos nos temas homossexualidade e homofobia. Em seguida, faz-se uma reflexão diante de algumas formas como a homoafetividade foi tratada, incitando a hipótese de que a religião foi a principal opressora dessa prática. Nesse momento, o embasamento empírico dessas facetas é trazido pelo autor Roger Raupp Rios.

O Capítulo II traz a apreciação do tema liberdade religiosa, evidenciando a importância e a presença da religião no Estado e direito brasileiro, e a explanação do que vem a ser é um estado laico. Por fim, analisa-se a presença do direito à liberdade religiosa dentro e fora da atual Constituição.

Finalizando o estudo, o Capítulo III traz alguns conceitos importantes para o desenvolvimento da problemática. Dessa forma apresentam-se os dois pontos da discussão proposta e a possível forma de mediação do conflito abordado.

Desse modo, o trabalho visa identificar as principais causas e fomentos da homofobia em meio à sociedade; entender a liberdade religiosa enquanto direito, e tratar, por meio de exemplos concretos, os pontos propostos E por fim, buscar a mediação dos conflitos no sentido da hipótese indicada.

CAPÍTULO I – SOBRE HOMOFOBIA

1.1 Breve desenvolvimento histórico acerca da homossexualidade

Apesar de serem discussões aparentemente contemporâneas, as problemáticas envolvendo homofobia e homoafetividade estão presentes na sociedade muito antes do que se imagina. Essa ilusão de atualidade decorre não só do aumento na quantidade dessas discussões, mas também da repercussão que elas têm tomado em função do cada vez mais fácil acesso à informação. Adiante, será possível perceber que a história revela quão antigos são tais debates, e que a homossexualidade já se faz presente na sociedade há muito tempo.

A primeira parte deste breve apontamento histórico será feita tendo como base a obra de Colin Spencer, “Homossexualidade – Uma História”, onde o autor traz à tona a história da homossexualidade dentro das diversas civilizações nos principais períodos históricos da humanidade. Embasado pelos seus estudos, Spencer (1996) afirma que a despeito do caráter reprobatório que ainda hoje se têm em relação às práticas homossexuais, elas nem sempre foram tratadas de maneira condenável, e em alguns grupos étnicos e sociais eram perfeitamente aceitas e até necessárias.

Os historiadores acreditam que as primeiras manifestações homoeróticas estão relatadas em pinturas rupestres, localizadas nas cavernas de Sans. Essa manifestação artística é atribuída aos bosquímanos da África Austral, datadas de 15 mil anos. Nelas são evidentes as “egregias práticas sexuais tais como sexo anal ou intracrural em grupo”². Existem ainda relatos de que há mais de 10.000 anos atrás havia tribos onde eram realizados “ritos de passagem” em que a transposição para a vida adulta ocorria após a relação sexual entre o menino e um homem adulto. Por este ato, acreditava-se que ao menino seriam transferidas virilidade e força³.

Ao tratar das civilizações que foram berço das culturas orientais e ocidentais, o autor faz menção ao período até o século III d.C, referindo-se às civilizações gregas, romanas, mesopotâmicas, hindus, dentre outras, ao afirmar que “metade do mundo civilizado [...] não tinha naquela época medidas repressivas contra o

² MOTT, Luiz. **Raízes históricas da homossexualidade no atlântico lusófono negro**. Afro-Ásia – Centro de Estudos Afro-Orientais. BA, Ed.UFBA, v.33, 2005, p.12.

³ MENDES, Iba. **História da homossexualidade**. s/ data. Disponível em: <<http://www.ibamendes.com/2011/01/historia-da-homossexualidade.html>>. Acesso em: 15 nov.2014.

comportamento homossexual; pelo contrário, algumas sociedades o celebravam positivamente”⁴. Podia-se perceber que as práticas homossexuais eram tidas até como costume social nessas civilizações.

Nas principais culturas antigas eram inúmeros os relatos envolvendo condutas homoafetivas e sua aceitação social, porém, é nas civilizações grega e romana que este tema aparentemente se fazia mais presente. Tal constatação pode ser feita pela observação do material histórico produzido por esses povos, principalmente no campo das artes visuais, plásticas e na literatura. Luiz Carlos Cappellano relata em um de seus artigos que:

“A civilização grega conferiu à homossexualidade masculina 3 estatutos, variando da época e do local: em Creta (civilização minóica) a homossexualidade era um rito de passagem, uma etapa necessária entre a infância e a idade adulta; em Atenas havia um estatuto social favorável na medida em que o ato sexual com indivíduos de sexo oposto só se dava para atender à necessidade da procriação, ficando o amor e o prazer para os indivíduos do mesmo sexo e, finalmente, em Esparta, era claramente estimulada, para favorecer a criação de vínculos afetivos e companheirismo no seio do exército, ao qual o cidadão pertencia dos 7 aos 35 anos de idade.”⁵

A partir disso, fica claro que o “amor homossexual” teve várias facetas nesse período, o que acabou sendo retratado pelos principais autores desse período: Heródoto, Platão, Ateneu, dentre outros. Naquele tempo, a ideia de orientação sexual não era presente como um identificador social para os gregos, não havia uma delimitação quanto ao desejo e comportamento sexual baseado no gênero dos envolvidos, mas sim pela extensão com que tais desejos ou comportamentos se conformavam às normas sociais, que eram baseadas por sua vez no gênero, idade e status social.

Na civilização romana antiga não era muito diferente, exceto no período inicial da República Romana, em que havia repressão a estas práticas por meio das leis Escantínias. Porém, elas não eram aplicadas a todos, excetuando-se delas os homens

⁴ SPENCER, Colin. **Homossexualidade**: uma história. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 80.

⁵ CAPELLANO, Lucas Carlos. **Breve história da homossexualidade humana**. Resumo – Contextualização histórica, com embasamento sociológico e antropológico, da questão da homossexualidade, da pré-história aos dias atuais. Nossa abordagem não está embasada numa concepção biológica, que atrelaria a sexualidade humana à função meramente reprodutiva, mas sim numa visão mais ampla e abrangente, que leva em conta as suas múltiplas dimensões, enfatizando o aspecto cultural. Texto escrito em 2004. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/lucappellano/breve-historico-da-homossexualidade-humana>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

livres que praticavam sexo homossexual de maneira ativa e os donos dos escravos, que com eles praticavam o ato sexual⁶. Paul Veyne explica que à época, “ser ativo era ser macho, qualquer que fosse o sexo do parceiro dito passivo, ter prazer virilmente ou dar-se servilmente era tudo”⁷.

O Império Romano teve forte influência da cultura grega, o que resultou na incorporação das práticas homossexuais aos seus costumes, onde, segundo Paulo César Possamai: “O homoerotismo não era considerado um comportamento sexual diferenciado, como na atualidade, mas sim como a manifestação de uma preferência que não excluía relações heterossexuais em uma sociedade que seria predominantemente bissexual”⁸.

Muito dessa permissibilidade e aceitação decorria do fato de que a sexualidade, para os antigos, não havia sido tão regradada pela religião, comparada à “sexualidade atual”. O politeísmo presente na maioria das culturas antigas não se mostrava avesso ao homoerotismo, pelo contrário, fazia dele inclusive parte de rituais religioso e celebrações.

Dessa forma, podemos perceber que na Antiguidade Clássica as convicções sociopolíticas, morais e religiosas eram, assim como em algumas culturas atuais, muito divergentes em relação ao modelo ocidental de sexualidade. Diante disso, J. Freire Costa⁹ acredita que seria ingênua a sustentação de que há uma “sexualidade natural trans-histórica” com base no imperativo biológico da divisão sexual, afirmando também que as terminologias e ideias atuais a respeito da sexualidade têm como base a cultura judaico-cristã.

Entretanto, existiam civilizações que condenavam veementemente tais práticas, cujos principais exemplos foram povos de origem hebraica (também chamados de israelitas) e judaica. Esses dois povos e os que deles se originaram, são os precursores do cristianismo moderno, que aparentemente é o principal crítico da

⁶ EHRENBERG, Gisela Bleibtreu. *Tabu Homosexualität - Die Geschichte eines Vorurteils*, 1978, Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Tabu_Homosexualit%C3%A4t>. Acesso em: 15 nov. 2014.

⁷ VEYNE, Paul. *Sexo e poder em Roma*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 233.

⁸ POSSAMAI, Paulo César. *Sexo e poder na Roma Antiga: o homoerotismo nas obras de Marcial e Juvenal*. 2010. Disponível em: <<http://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2313>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

⁹ COSTA, J. F. *A inocência e o vício: estudos sobre o homoerotismo*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992, p. 198.

conduta homossexual, tratando diretamente do assunto, inclusive em suas escrituras sagradas.

Com o crescimento assustador desse cristianismo e o surgimento do islamismo, houve uma transformação no conceito de moral, em que se evidencia que a homossexualidade é considerada cada vez mais reprovável, passando a ser objeto de desprezo e até mesmo tornando-se passível de punição. Diante disso, dá-se um salto para a Idade Média, quando claramente a Igreja exercia influência direta na cultura e governos desse período. Em relação a esse momento histórico, Jeffrey Richards faz a seguinte colocação:

“Visto que o sexo, segundo os ensinamentos cristãos, foi dado ao homem unicamente para os propósitos da reprodução e por nenhuma outra razão, qualquer outra forma de atividade que não levasse ou não pudesse levar à procriação era um pecado contra a natureza. Os pecados contra a natureza incluíam especificamente a bestialidade, a homossexualidade e a masturbação.”¹⁰

Aqui, a homoafetividade, dentre outros pecados, foi perseguida por muitos ícones históricos, como por exemplo, o imperador Justiniano, que foi tão rígido em relação à questão ao ponto de tornar passível de morte todo o tipo de prática homossexual. De forma semelhante, Tomás de Aquino, referência religiosa desse período, também se posicionava de maneira bem clara com relação à homossexualidade, chegando a relatar na *SummaTheologiae* que se tratava de um ato imoral, e mesmo sendo praticado com mútuo consentimento era considerado uma injúria a Deus.

Além disso, no ano de 1120 ocorreu o Concílio de Nablus, no qual ficou determinado que "o adulto sodomita persistente e do sexo masculino seria queimado pelas autoridades civis", com isso acabou-se colocando os homossexuais “no mesmo patamar que os assassinos, hereges e traidores”¹¹. Em seguida, no Concílio de Siena, ocorrido em 1234, alguns homens foram designados para atuar como “caçadores de sodomitas”, cujo objetivo era “honrar ao Senhor, assegurar a paz verdadeira e manter os bons costumes e uma vida louvável para o povo de Siena”.¹²

¹⁰ RICHARDS, Jeffrey. **Sexo, desvio e danação**: as minorias na Idade Média. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 136.

¹¹ RICHARDS, Jeffrey. **Sexo, desvio e danação**: as minorias na Idade média. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 146.

¹² Ibidem, p. 148.

Mesmo diante desses breves e poucos relatos, pode-se perceber que a homoafetividade possuía uma reprobabilidade altíssima e era perseguida ferozmente, tudo isso embasado no ideal religioso predominante à época. Finalizando as principais considerações referentes a esse momento da história, Jeffrey Richards conclui dizendo que:

“O cristianismo era fundamentalmente hostil à homossexualidade. A mudança na Idade Média não foi um deslocamento da tolerância para a intolerância por razões não intrínsecas às crenças cristãs, mas uma alteração nos meios de lidar com a questão.

No período inicial da Idade Média, a punição era a penitência; no período posterior, a fogueira. Mas nunca foi questão de permitir aos homossexuais prosseguir em sua atividade homossexual sem punição.

Eles eram obrigados a desistir dela ou arriscar a danação”.¹³

Adentrando o período renascentista pode-se depreender que houve um certo reapadrinhamento dos ideais greco-romanos, o que acabou rompendo com um período de dois séculos de perseguição. Constatase ainda que, em meados do século XIV, após a grande devastação resultante da Peste Negra, retomou-se certa tolerância em relação à homossexualidade, tudo isso ocorrendo em paralelo à ascensão capitalista e democrática.¹⁴ (BAILEY, 1955 *apud* OLIVEIRA, 2002).

Essa “flexibilização” referente ao homoerotismo foi mais evidente no campo das artes, tendo como protagonistas alguns dos que ainda hoje são considerados os maiores ícones da arte no mundo, nada mais nada menos do que Michelangelo, Leonardo da Vinci, Caravaggio, Shakespeare, dentre outros. Eles chegaram a ser considerados, em função do cunho homoafetivo de suas obras, “praticantes do amor grego”¹⁵.

Adiante, por volta do século XVII, foi comprovado que a prática homossexual vinha se desenvolvendo e adentrando outros limites. Mesmo com todo o seu puritanismo, a Inglaterra desse período também pôde presenciar o florescer da homoafetividade com o surgimento das *mollyhouses* (também conhecidas como casas de veados), que eram tavernas ou clubes frequentados e tidos como ponto de referência

¹³ Ibidem, p. 152.

¹⁴ OLIVEIRA, R. **Campo e ação das identificações na constituição da homossexualidade masculina.** Tese de doutorado. Brasília: Editora da UnB, 2002.

¹⁵ MESQUITA, Teresa Cristina Mendes de. **Homossexualidade: constituição ou construção.** Tese. 2008. Disponível em: <<http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/2604/2/20360148.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2014.

para os homossexuais. Essa realidade também podia ser percebida em Portugal, onde ocorria basicamente da mesma forma.¹⁶

Sendo assim, a maior parte do século XVII foi tomada por uma ambivalência em relação aos homossexuais, fazendo parecer que haveria um retorno às raízes sexuais, anteriores ao período de moralização sexual resultante dos ideais cristãos. Porém, a expansão do capitalismo ocorrida ainda no final desse século fomentou a competitividade entre os homens, o que de certa forma tornou mais tímido o contato entre eles. Além disso, o amor entre pessoas do mesmo sexo incomodava o sistema capitalista, pelo fato das relações homoeróticas não produzirem descendentes, acarretando assim a possível diminuição de consumidores; somado ainda ao fato de que o sistema foi desenvolvido visando atender principalmente à estrutura familiar tradicional predominante na época, enquanto consumidores.¹⁷

No período da revolução francesa, a homossexualidade deixou de ser considerada um crime grave, tanto é que, como reflexo disso, o chamado século das luzes não presenciou tantas execuções quanto no século XVII¹⁸. Observou-se também que o homoerotismo não estava presente apenas entre os nobres, se estendendo também às classes mais baixas, nas quais havia também uma forma própria de se comunicar através de gestos e da forma de falar, para que pudessem se identificar e reunir.

Ocorre que, a principiologia pregada na forma de ideais revolucionários, acabou por descriminalizar a chamada sodomia¹⁹ e isso só ocorreu efetivamente após o advento do Código Penal francês de 1810. Mas, mesmo assim, os homossexuais não deixaram de ser vítimas do preconceito e da discriminação resultante “das chamadas polícias de costumes”, “que procuravam controlar e impedir a desordem, a depravação de jovens por adultos predadores”²⁰.

¹⁶ NAPHY, W. Born to be gay: **História da homossexualidade**. Lisboa: Edições 70, 2004.

¹⁷ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Método, 2008.

¹⁸ NAPHY, W. Op. cit.

¹⁹ "**Sodomia** - so.do.mi.a: sf (top Sodoma+ia1) Concúbito de homem com homem ou de mulher com mulher. S. imperfeita: contatos libidinosos entre pessoas do mesmo sexo, sem cópula mas com orgasmo. S. impropriamente dita: coito anal entre homem e mulher. S. perfeita: coito anal de homem com homem com ejaculação; pederastia." [site] MICHAELIS. vocábulo Sodomia. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portuguesportugues&palavra=sodomia>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

²⁰ TORRÃO FILHO, A. **Tribades Galantes, Fanchonos Militantes**: homossexuais que fizeram a história. São Paulo: GLS, 2000, p. 158.

No Brasil a trajetória histórica de perseguição à homoafetividade não foi muito diferente, Roger Raupp Rios retrata que:

“No Brasil, desde nosso descobrimento até 1830, tivemos o modelo proibitivo. As Ordenações Filipinas simplesmente criminalizavam a prática da sodomia e de outras animalias como um crime contra Deus e contra os homens, que era punido com a morte, a qual era seguida com a queima do corpo do criminoso na fogueira, uma vez que acreditavam que, se este fosse enterrado, a pessoa ainda poderia ser lembrada, e pela inabilitação, por três gerações subseqüentes, de seus parentes para o exercício de cargos públicos ou recebimento de algum benefício da Coroa.”²¹

Em nosso país a descriminalização ocorreu mediante a promulgação do Código Penal do Império, que era diretamente embasado pelo Código Penal Frances anteriormente citado.

De fato, é possível perceber que no período correspondente ao final do século XVIII e início do século XIX, a mentalidade e consequentemente a realidade social foram alteradas em decorrência dos movimentos revolucionários burgueses e do Iluminismo. Temos então um período onde se inicia uma transição na forma de se ver e principalmente de tratar a homossexualidade. Ao ponto que:

“A percepção médico científica da anatomia feminina também é transformada devido ao aparecimento de uma nova ordem política, a partir da qual se faz necessário distinguir, em termos de oposição, homens e mulheres, fazendo aparecer, portanto, dois modelos de sexo. A distinção entre os sexos passa agora a justificar e a colocar diferenças morais aos comportamentos femininos e masculinos, de acordo com as exigências da sociedade burguesa. (ALBUQUERQUE, 1987).”²²

Esse novo olhar a respeito da questão não fez diminuir o preconceito, pelo contrário, com o advento das evoluções no campo científico, a sociedade tornou-se cada vez mais racional. O que resultou apenas em uma nova conotação, a homoafetividade passou a ser menos vista sob a ótica religiosa de pecado e começou a ser tratada como um distúrbio psicológico e fisiológico. Tal tratamento acabou por taxá-la como uma espécie de doença.

²¹ RIOS, Roger Raupp; PIOVESAN, Flávia. **A discriminação por gênero e por orientação sexual.** Seminário Internacional – As Minorias e o Direito. Série Cadernos do CEJ, v. 24. s/data. Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo05.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2014.

²² ALBUQUERQUE, J. A. G. Gênero, sexualidade e sexo: três dimensões da diferenciação sexual, *apud* CECCARELLI, Paulo Roberto; FRANCO, Samuel. **Homossexualidade: verdades e mitos.** 2010. Disponível em: <http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v04n05art07_ceccarellifranco.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2014, p. 122.

Abrindo um pequeno parêntese, é necessário entendermos que a teorização envolvendo as diferenças entre os sexos foram constituídas nos séculos XVIII e XIX. Dessa forma, conforme Paulo Roberto Ceccarelli e Samuel Franco, "homossexualidade e heterossexualidade são, portanto, identidades socioculturais que determinam nosso agir, sentir, pensar etc., e não uma essência universal"²³.

Diante da forma como o homossexual era visto neste período, os autores fazem as seguintes ponderações, valendo-se também da remissão a outros autores:

"O homossexual no começo do século XIX se tornara um perverso, um monstro, uma anomalia. De acordo com Ariès (1985), tanto a igreja quanto a ciência buscavam identificar a "deformidade física" que fazia do homossexual um homem-mulher. A homossexualidade era reconhecida no início como uma anomalia do instinto sexual causada pela degeneração ou atraso evolutivo. É importante comentar que o homossexual, em um primeiro momento, era visto como um efeminado. O indivíduo não era culpabilizado por essa "deformidade", porém, ele era isolado e vigiado como se fosse uma mulher, pois se acreditava que o homossexual, assim como a mulher, eram seres pecaminosos que poderiam seduzir outras pessoas para o "mau caminho". Segundo Nunan (2003), os homossexuais passam a ser enquadrados como delinquentes, juntamente com prostitutas, homicidas, doentes mentais, criminosos etc., ou seja, a conduta homossexual passa a representar uma subversão moral da sociedade burguesa."²⁴

Concluindo este breve desfecho histórico, pode-se observar que, a partir do século XIX e até o presente momento, a mobilização dos homossexuais em busca de seus direitos e equiparações sociais foram tomando dimensões cada vez maiores. Hoje é possível constatar que houve grande avanço nesse campo, ao ponto de a homossexualidade deixar de ser tratada efetivamente como uma doença, o público homossexual passou a conquistar lugar na sociedade e galgou alguns avanços quanto à equiparação de direitos. Porém, isso não quer dizer que não haja mais preconceito, discriminação ou mesmo penalização dos homossexuais. Em muitos países houve sim uma grande evolução quanto ao tema, mas em outros, nem tanto.

No Brasil, por exemplo, o progresso em relação à questão pode ser visto no entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.277/DF²⁵ e o Recurso Especial nº 477.554²⁶, ambos

²³ CECCARELLI, Paulo Roberto; FRANCO, Samuel. Op. cit., p. 121.

²⁴ Ibidem, p. 123.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03

referentes à apreciação favorável da união homoafetiva, cujas ementas encontram-se no anexo 1 deste trabalho.

Sob um ponto de vista geral, mesmo em decorrência de todo o avanço ocorrido, as reivindicações dos homossexuais por igualdade e garantias de proteção contra a discriminação não encontram amparo legal concreto e consolidado mundialmente, ao ponto de:

nenhum tratado internacional de direitos humanos refere-se explicitamente aos direitos e liberdades das pessoas de tendência sexual alternativa. Segundo Spencer (1996), isso ocorre porque grande parte da sociedade ainda considera os homossexuais pessoas perigosas, perversas e pecadoras, sendo a homossexualidade considerada inferior à heterossexualidade, “[...] principalmente porque os casais gays e lésbicos não podem procriar” (p. 369).²⁷

Mesmo assim, tudo indica que a homossexualidade futuramente será vista de uma forma diferente, pelo fato de ela estar sendo apresentada para as novas gerações sob o prisma da liberdade de expressão, associada à busca pela extinção de todo o tipo de preconceito e à igualdade entre os cidadãos independente de suas opções, em que pese a própria opção sexual. A maior visibilidade desse contingente social, assim como o seu crescimento, tem contribuído para o processo de “normalização” da questão.

1.2 Terminologias e conceitos mais utilizados

Antes de iniciar os estudos sobre a homofobia propriamente dita, entende-se necessário fazer algumas apresentações, conceituações e diferenciações terminológicas, para que posteriormente haja melhor compreensão do conteúdo principal deste capítulo.

Primeiramente, é importante entender de onde vêm a palavra homossexual e o termo homossexualidade, bem como seus respectivos conceitos. Conforme a visão de Débora Vanessa Caús Brandão²⁸, a primeira utilização do termo “homossexual” ocorreu

PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido em Agravo Regimental em Recurso Extraordinário Nº 477.554. União Civil entre pessoas do mesmo sexo - Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas - Legitimidade Constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: Posição consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF). Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 16 ago. 2011. Publicado no DJe em 26 ago. 2011.

²⁷ MESQUITA, Teresa Cristina Mendes de. **Homossexualidade: constituição ou construção**. Tese. 2008. Disponível em: <<http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/2604/2/20360148.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2014.

²⁸ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús (2002). **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo:

no ano de 1869, pelo médico húngaro Karoly Benkert, ele se valeu desse termo em uma de suas cartas enviadas ao Ministério da Justiça da Alemanha do Norte, no intuito de defender homens homossexuais perseguidos por questões políticas.

Esta palavra é formada pela raiz da palavra grega **homo**, cujo significado é semelhante ou igual, somado à palavra "sexual", oriunda da palavra latina **sexus**, que significa sexo; diante disso, é possível concluir que a palavra “homossexual” seja equivalente a “sexualidade semelhante”²⁹. Para Matilde Josefina Sutter: “homossexual é o indivíduo que não nega seu sexo, mantendo sua identidade no seu sexo biológico, mas cuja atividade sexual só se volta para pessoas do mesmo sexo que o seu”³⁰.

Adiante, segundo estudiosos sobre o tema, surge o vocábulo “homossexualidade” –anteriormente denominado “homossexualismo”, criado pelos alemães Karl Heinrich Ulrichs e Karl Maria Kertberry (1868). De acordo com o teórico James Green (2000), no Brasil,

“o termo homossexualidade foi utilizado pela primeira vez em 1894 no livro: *“Atentados ao pudor: estudos sobre as aberrações do instinto sexual”* de Francisco José Viveiros de Castro, professor de Criminologia da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro e desembargador da corte de Apelação do Distrito Federal.”

A homossexualidade pode ser conceituada como sendo a afeição de cunho sexual e afetiva entre indivíduos pertencentes ao mesmo sexo/gênero³¹ e ainda, na visão de Maria Berenice Dias, entende-se que a homossexualidade: “Exprime tanto a ideia de semelhante, igual, análogo, ou seja, homólogo ou semelhante ao sexo que a pessoa almeja ter, como também significa a sexualidade exercida com uma pessoa do mesmo sexo”³²

Sendo assim, pode-se compreender que esse termo engloba, além do conceito de homossexual, a conduta e a prática da homossexualidade. Semelhante a

RT, 2002, p. 15.

²⁹ [site] INFOPEDIA. Termos médicos. **Homossexual**. Disponível

em: <<http://www.infopedia.pt/dicionarios/termos-medicos/homossexua>>. Acesso em: 17 dez. 2014.

³⁰ SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 140.

³¹ ABGLT – Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais.

Organizadores: Ferdinando Martins, Lilian Romão, Liandro Lindner, Toni Reis. **Manual de comunicação LGBT**– Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. s/ data. Disponível em: <<http://www.abglt.org.br/docs/ManualdeComunicacaoLGBT.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2014.

³² DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 31.

este, o termo homoafetividade também retrata a junção dos dois conceitos tratados, porém, é um

“adjetivo utilizado para descrever a complexidade e a multiplicidade de relações afetivas e/ou sexuais entre pessoas do mesmo sexo/gênero. Este termo não é sinônimo de homoerótico e homossexual, pois conota também os aspectos emocionais e afetivos envolvidos na relação amorosa entre pessoas do mesmo sexo/gênero. É um termo muito utilizado no mundo do Direito. Não é usado para descrever pessoas, mas sim as relações entre as pessoas do mesmo sexo/gênero.”³³

Embora muito semelhantes entre si, fica claro que se trata de termos diferentes, porém complementares, e que abrangem tanto o aspecto conceitual quanto a materialização prática sob a ótica sociocultural da “realidade homo”.

O último apontamento a ser feito diz respeito à conceituação e diferenciação entre preconceito e discriminação. De acordo com o dicionário Aurélio, a palavra preconceito é formada pelo prefixo “pré” somado à raiz “conceito”, e significa uma ideia ou conceito formado de maneira antecipada e imparcial. Porém, o importante aqui é entender o preconceito não apenas enquanto palavra, mas como um conceito propriamente dito³⁴. Segundo Clara Moura Masiero, “preconceito se relaciona com percepções mentais negativas, ou crenças preconcebidas, em face de indivíduos devido a suas características específicas”³⁵.

Nesse termo estão agregados de maneira conjugada, exclusiva ou preponderante, conforme o caso, “as notas de irracionalidade, autoritarismo, ignorância, pouca disposição à abertura mental e inexistência de contato ou pouca convivência com membros dos grupos inferiorizados (Lacerda, Pereira e Camino, 2002)”³⁶. Raupp Rios

³³ ABGLT – Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. Organizadores: Ferdinando Martins, Lilian Romão, Liandro Lindner, Toni Reis. **Manual de comunicação LGBT**– Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. s/ data. Disponível em: <<http://www.abgl.org.br/docs/ManualdeComunicacaoLGBT.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2014.

³⁴ Significado de Preconceito:

"1 Ideia ou conceito formado antecipadamente e sem fundamento sério ou imparcial.

2 Opinião desfavorável que não é baseada em dados objetivos.

3 Estado de abusão, de cegueira moral.

4 Superstição." [site]. DICIONÁRIO DO AURÉLIO. **Vocabulo Preconceito**. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/dicionario.php?P=Preconceito>>. Acesso em: 19 dez. 2014.

³⁵ MASIERO, Clara Moura. Homofobia: história e crítica de um preconceito. **Emblemas** - Revista do Departamento de História e Ciências Sociais - UFG/CAC, v. 10, n. 2, 125-146, jul-dez, 2013.

³⁶ Projeto Rompa o Silêncio – Centro de Referência em Direitos Humanos na Prevenção e Combate à Homofobia. **Rompando o silêncio**: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea. Fernando Pocahy (organizador). Porto Alegre: Nuances, 2007, p. 28.

ainda traz duas abordagens a respeito do preconceito, a primeira psicológica, que se divide em dois grupos:

“O primeiro pode ser nomeado como 'teorias do bode expiatório'. Diante da frustração, os indivíduos procuram identificar culpados e causadores da situação que lhes causa mal estar, donde a eleição de certos indivíduos e grupos para este lugar.

O segundo grupo, por sua vez, pode ser indicado como 'teoria projetcionista'. Os indivíduos, em conflito interno, tentam solucioná-lo, mediante sua projeção, parcial ou completa, em determinados indivíduos e grupos, razão pela qual lhes destinam tratamento desfavorável, chegando às raias da violência física, que pode alcançar até a pura e simples eliminação. A projeção trata-se, na síntese de Allport (1979, p. 391), de um aspecto decisivo na psicodinâmica do preconceito, derivada da vida mental inconsciente.”³⁷

A segunda abordagem trata do preconceito enquanto fenômeno sociológico, em que ele passa a ser um tipo de interação entre grupos onde são desenvolvidas e expressadas atitudes negativas e depreciativas, somadas a manifestações de hostilidade e discriminação para com membros de um grupo, por pertencerem a ele.³⁸

Não tão amplo, o conceito de discriminação apresenta-se como a manifestação do preconceito, a concretização dele nas relações sociais. Ela pode ser caracterizada por “atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violação de direitos dos indivíduos e dos grupos”³⁹. Entretanto, também há aqui uma divisão doutrinária a respeito da discriminação, inicialmente elaborada nos Estados Unidos, onde há o entendimento jurisprudencial e doutrinário legislativo de que existe:

“discriminação direta (= proibição de explícito tratamento desfavorável em virtude, por exemplo, da raça), a proibição de discriminação indireta (decorrente dos efeitos diferenciados que um mesmo tratamento a todos dirigido provoca em um grupo majoritário ou dominante em face de outro grupo minoritário ou submetido).”⁴⁰

Segundo a Corte Europeia de Direitos Humanos, até mesmo tratar um grupo minoritário da mesma maneira que um grupo majoritário pode caracterizar

³⁷ Ibidem, p. 28.

³⁸ Ibidem, p. 29.

³⁹ Ibidem, p. 28.

⁴⁰ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 28.

discriminação, nos pontos em que a minoria venha a sofrer tratamento prejudicial em face da maioria, conforme Geoff Gilbert⁴¹.

Preconceito e discriminação são então termos conexos, mas que abordam fenômenos distintos. O primeiro é mais cotidiano no meio acadêmico, principalmente no campo da psicologia, enquanto o segundo se faz mais presente no vocabulário jurídico. Concluindo, entende-se que os dois termos podem ser vistos como manifestações e produtos das verdadeiras condições criadoras, recriadoras e refletoras da alienação humana; tendo como base a dinâmica própria da sociedade capitalista. Entendimento este que está coligado à perspectiva marxista tradicional sobre a questão⁴².

1.3 A homofobia e suas facetas

Adentrando o estudo da homofobia, acredita-se necessária uma célere abordagem sobre o termo em si e em seguida a apreciação dos principais conceitos em relação a ela, dando assim base para continuar abordando o tema.

A palavra homofobia é composta pelo pseudoprefixo de homossexual, “homo”, somado ao sufixo “fobia”, do grego “medo” ou “aversão irreprimível”. Acredita-se que esse termo foi utilizado inicialmente por George Winberg, psicólogo norte-americano, no início da década de 1970, no intuito de caracterizar a aversão ou temor relacionado ao contato com homossexuais. Entretanto, o termo só aparece pela primeira vez nos dicionários no final dos anos 1990, conforme K. T. Smith⁴³.

Há quem considere a utilização do vocábulo homofobia pouco satisfatório, pelo fato de ele fazer referência apenas “à atitude extrema de apreensão psicológica (fobia), ocultando outras formas de hostilidade que existem diante da homossexualidade, que não fóbicas”⁴⁴. Dessa forma, conforme Adriana Nunan⁴⁵, melhor seria adotar a expressão preconceito sexual. Porém, no decorrer do trabalho será

⁴¹ GILBERT, Geoff. *apud* RIOS, Roger Raupp. Op. cit., p. 30.

⁴² Projeto Rompa o Silêncio – Centro de Referência em Direitos Humanos na Prevenção e Combate à Homofobia. **Rompando o silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea.** Fernando Pocahy (organizador). Porto Alegre: Nuances, 2007, p. 29.

⁴³ Smith KT. *Homophobia: a tentative personality profile*. Psychol Rep 1971;29(3):1091-4.

⁴⁴ POCAHY, Fernando; OLIVEIRA, Rosana de; IMPERATORI, Thaís. Cores e dores do preconceito: entre o boxe e o balé. In: LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Débora (orgs.). **Homofobia e educação: um desafio ao silêncio.** Brasília: LetrasLivres : EdUNB, pp. 115-132, 2009.

⁴⁵ NUNAN, Adriana. **Homossexualidade: do preconceito aos padrões de consumo.** Rio de Janeiro: Caravansarai, 2003, p. 78.

utilizado o termo homofobia, visto que no âmbito institucional e do próprio movimento LGBT é o mais aplicado.

Raupp Rios (2009, p. 59) descreve homofobia como sendo uma forma de discriminação ou preconceito contra outros indivíduos, por conta de sua “orientação sexual e/ou identidade de gênero presumidas”⁴⁶. De maneira semelhante, o Manual LGBT traz o conceito de homofobia da seguinte forma:

“A homofobia pode ser definida como o medo, a aversão, ou o ódio irracional aos homossexuais, e, por extensão, a todos os que manifestem orientação sexual ou identidade de gênero diferente dos padrões heteronormativos. Consiste em um problema social e político dos mais graves, mas que varia de intensidade e frequência, de sociedade para sociedade. Esse conceito ganhou o domínio público, no ativismo, na academia e também na mídia, ainda que seja pouco preciso para descrever o largo espectro de fenômenos aos quais se refere.”⁴⁷

Sendo assim, pode-se entender que o termo homofobia vem sendo utilizado como uma espécie de “conceito guarda-chuva” agregando uma série de fenômenos, principalmente de cunho social, voltados ao preconceito, à discriminação e à manifestação da violência para como os homossexuais⁴⁸. Além do mais, conforme Tatiana Lionço e Debora Diniz, a manifestação da homofobia dentro da sociedade pode se dar de diversas maneiras, que vão desde “agressão física e restrição de direitos sociais até a imposição da exclusão às pessoas cujas práticas sexuais não são heterossexuais”⁴⁹.

Daniel Borrilo⁵⁰ compara ainda a homofobia à xenofobia, ao racismo e até ao antissemitismo, pelo fato de que ela também é uma manifestação arbitrária na qual se designa o outro como o contrário, inferior ou anormal, “referindo-se a um prejudgamento e ignorância” no qual se acredita na naturalidade da heterossexualidade.

⁴⁶ RIOS, Roger Raupp. Homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. In: JUNQUEIRA, Rogério Diniz(org.). **Diversidade sexual na educação: problematizações sobre a homofobia nas escolas**. Brasília: Ministério da Educação/UNESCO, pp. 53-83, 2009.

⁴⁷ ABGLT – Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. Organizadores: Ferdinando Martins, Lilian Romão, Liandro Lindner, Toni Reis. **Manual de comunicação LGBT** – Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. s/ data. Disponível em: <<http://www.abgl.org.br/docs/ManualdeComunicacaoLGBT.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2014.

⁴⁸ Ibidem, p. 21.

⁴⁹ LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Débora. Homofobia, silêncio e naturalização: por uma narrativa da diversidade sexual. In: LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Débora (orgs.). **Homofobia e educação: um desafio ao silêncio**. Brasília: LetrasLivres : EdUnB, pp. 47-71, 2009, p. 52.

⁵⁰ BORILLO, Daniel. A homofobia. In: LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Débora (orgs.). **Homofobia e educação: um desafio ao silêncio**. Brasília: LetrasLivres : EdUnB, pp. 15-46, 2009.

Trata-se então de um conceito que abrange aspectos diferentes, no que tange não só a como o público homossexual é tratado, mas também à percepção desse grupo aos olhos da sociedade. Diante disso, o termo homofobia designa o aspecto da rejeição à natureza homoafetiva e também à natureza cognitiva cultural, em que o objeto da rejeição é “a homossexualidade como fenômeno psicológico social”, e não o indivíduo homossexual em si.⁵¹

Ainda seguindo o raciocínio de Daniel Borillo, observa-se que há uma mudança na forma de análise referente à problemática que envolve a hostilidade com o público homossexual. Tal mudança consiste em focar os estudos nas origens do pensamento que trata a homossexualidade como um comportamento desviante e reprovável, deixando em segundo plano o estudo do comportamento homossexual em si. Para o autor, este deslocamento do objeto resulta em uma mudança política e epistemológica:

“Epistemológica porque não se trata exatamente de conhecer ou compreender a origem e o funcionamento da homossexualidade, mas sim de analisar a hostilidade provocada por essa forma específica de orientação sexual. Política porque não é mais a questão homossexual, mas a homofobia que merece, a partir de agora, uma problematização particular.”⁵²

A diferenciação em relação ao objeto contribui para uma melhor compreensão do tema. É possível entender a homofobia como um fenômeno plural transcendente à “dimensão pessoal fóbica, de rejeição à homossexualidade”⁵³. Sendo assim:

“Torna-se indispensável, então, questionar a homofobia no que diz respeito tanto aos comportamentos, quanto a suas construções ideológicas, isto é, revelar o processo social que levou à naturalização da heterossexualidade em detrimento das outras formas de sexualidade.”⁵⁴

A partir dessa vertente, analisam-se as teorias a respeito da origem da homofobia e os principais fatores que fomentaram tanto hostilidade com este grupo. Rios, em sua obra “A homossexualidade e o direito”, traz duas concepções em relação à

⁵¹ BORILLO, Daniel. A homofobia. In: LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Débora (orgs.). **Homofobia e educação: um desafio ao silêncio**. Brasília: LetrasLivres : EdUnB, pp. 15-46, 2009.

⁵² BORILLO, Daniel. A homofobia. In: LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Débora (orgs.). **Homofobia e educação: um desafio ao silêncio**. Brasília: LetrasLivres : EdUnB, pp. 15-46, 2009, p. 16.

⁵³ MASIERO, Clara Moura. Homofobia: história e crítica de um preconceito. **Emblemas** - Revista do Departamento de História e Ciências Sociais - UFG/CAC, v. 10, n. 2, 125-146, jul-dez, 2013, p. 127.

⁵⁴ Ibidem, p. 125.

homossexualidade que, ao longo da história, instigaram o preconceito e, consequentemente, a discriminação contra os homossexuais.

A primeira concepção é a de homossexualidade como pecado. Nesse ponto, o autor apresenta a prática homossexual como sendo uma atitude moralmente reprovável e, do ponto de vista religioso, pecaminosa; tem-se aqui a compreensão majoritária na doutrina cristã. A justificativa para tal conotação refere-se ao fato de que as práticas sexuais de cunho homossexual seriam uma violação à ideia da reprodução e avessas a outros aspectos da doutrina religiosa; na qual o ato sexual homossexual é tido como lascivo e, em alguns casos, principalmente nas relações entre indivíduos do gênero masculino, até sodômico.⁵⁵

As principais referências bibliográficas utilizadas para embasar esta forma de se enxergar a homossexualidade estão no Velho Testamento, nos livros de: Levítico, Gênesis, Deuteronômio e Reis (livros I e II); já no Novo testamento, encontram-se nas cartas de Paulo aos Romanos, Timóteo e I Coríntios. Nesse ponto, Roger Raupp Rios conclui dizendo que “a nota característica desta concepção é a afirmação da contrariedade dos atos homossexuais à moral cristã”⁵⁶.

Sendo assim, é possível constatar ao longo da história da humanidade que a religião foi utilizada, talvez, como a maior forma de propagação do preconceito, visto que grande parte das culturas e sociedades é banhada por doutrinas religiosas e suas concepções de moral se vinculam a elas. Em se tratando dos povos ocidentais, a principal influência foi o cristianismo, que é altamente utilizado como pretexto para a discriminação. No capítulo II deste trabalho será feito um estudo mais aprofundado em relação a esta concepção.

A segunda conotação é a de homossexualidade como doença, que foi posterior à primeira concepção apresentada. Para essa vertente apresentada por Rios, em um primeiro momento,

“os atos homossexuais são vistos como sintomas de uma doença que acomete o indivíduo, cuja presença identifica-o como ‘homossexual’, em contraposição a uma condição normal, tida como saudável, denominada de ‘heterossexualidade’.”⁵⁷

⁵⁵ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, pp. 32-33.

⁵⁶ Ibidem, p. 33.

⁵⁷ Ibidem, p. 38.

Nesse primeiro instante ainda é possível perceber alguns traços do domínio que o pensamento religioso possuía, mesmo dentro da esfera científica. Uma vez que as raízes religiosas já haviam sido implantadas nos indivíduos, diminuindo-lhes a imparcialidade, mesmo sob as influências do conhecimento científico.

Como resultado de uma influência cada vez menor dos aspectos religiosos no âmbito científico, passou-se a observar o “homossexualismo” sob uma ótica diferente, deixando-se de lado a visão de imoralidade atribuída ao assunto e buscando um tratamento mais acadêmico da matéria, enquanto doença propriamente dita. Essa transição se deu em função da consolidação do discurso científico a respeito do sexo, que ocorre mais ou menos no fim do século XIX. Aqui, não apenas o “homossexualismo”, mas o sexo como um todo passou a ser objeto do estudo, e, em decorrência disso, intensificaram-se os estudos relacionados às formas de manifestação da afetividade sexual.

Dentro desse cenário surge a Teoria da Degeneração, apresentada por D. Greenberg, citado por Rios:

“a homossexualidade enquanto perversão sexual foi explicada através da ‘teoria da degeneração’: esta doença seria derivada de uma degeneração na formação pré-natal do sujeito, pela qual no conflito entre os elementos sexuais masculino e feminino resultava uma inconsistência entre o sexo anatômico e o instinto sexual.”⁵⁸

É possível observar que a percepção que se tem da homossexualidade é um tanto quanto negativa e está presente, talvez não na mesma intensidade, desde o início da *scientia sexualis* até os dias de hoje.

Sigmund Freud, também citado por Rios, fala do fenômeno homossexualismo vislumbrando “sua raiz em fenômenos psíquicos, relacionados com a dinâmica consciente-inconsciente de cada indivíduo frente à vida em sociedade e ao processo civilizatório”. Nesse momento, parte-se para uma perspectiva diferente em relação ao homossexualismo, levando para o campo da psicologia, no qual possivelmente esse fenômeno ocorre muito mais em função de questões e estímulos externos atrelados ao dia a dia do indivíduo e suas experiências de vida, do que por questões fisiológicas ou mesmo de cunho moral.⁵⁹

⁵⁸, GREENBERG, *apud* RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 42.

⁵⁹ RIOS, Roger Raupp. Op. cit., p. 43.

Uma das atribuições de Freud para o tema é a de que a homossexualidade revela uma provável interrupção no processo de desenvolvimento sexual. Ainda aqui, pode-se perceber traços da negatividade atribuída ao homossexualismo. Essa maneira vulgar de se ver a homossexualidade, ainda dentro das ideias freudianas, acarretou efeitos depreciativos à figura do homossexual, agravando assim a rejeição social já existente e, segundo Greenberg, transformando “o peso da sexualidade na definição da identidade”⁶⁰.

Durante esse período, as práticas homoafetivas foram chamadas de “homossexualismo”. Pode parecer algo irrisório, mas durante todo esse tempo tal nomenclatura foi sendo introduzida na sociedade e contribuiu com o processo discriminatório. O sufixo “ismo”, dentro do contexto médico e psicanalítico em questão, faz referência a um quadro doentio⁶¹. Em 1995, a Classificação Internacional das Doenças (CID)⁶² inseriu o “homossexualismo” em seu rol, como sendo um transtorno de cunho sexual. Posteriormente, em 1985, a Organização Mundial de Saúde (OMS)⁶³ informou, por meio da publicação de uma circular, que esse termo não mais faria referência a um quadro doentio e sim a um “desajuste comportamental”.

Apenas nas décadas finais do século XX, os Códigos Internacionais de Doenças juntamente com o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM – Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders)⁶⁴, aboliram o

⁶⁰ GREENBERG, *apud* RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 40.

⁶¹ [site] MIMISEVEN. **Sufixo ismo e dade**. Disponível em:

<<http://mimiseven.blogspot.com.br/2011/06/sufixo-ismo-e-dade.html>>. Acesso em: 19 dez. 2014.

⁶² “A Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, frequentemente designada pela sigla CID (em inglês: International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems - ICD) fornece códigos relativos à classificação de doenças e de uma grande variedade de sinais, sintomas, aspectos anormais, queixas, circunstâncias sociais e causas externas para ferimentos ou doenças.” [site] BUSCA DE CID10. Home. Disponível em: <<http://www.cid10.com.br/>>. Acesso em: 9 nov. 2014.

⁶³ “A OMS (Organização Mundial da Saúde) ou WHO (World Health Organization), é um agência especializada das Nações Unidas, destinada às questões relativas a saúde. Foi fundada em 7 de abril de 1948. Tem como objetivo garantir o grau mais alto de Saúde para todos os seres humanos. A OMS tem um entendimento de Saúde como um estado completo de bem-estar psicológico, físico, mental e social.” UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **O que é a OMS?** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/o-que-e-a-oms.html>>. Acesso em: 9 nov. 2014.

⁶⁴ “O Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM) é um manual para profissionais da área da saúde mental que lista diferentes categorias de transtornos mentais e critérios para diagnosticá-los, de acordo com a Associação Americana de Psiquiatria (American Psychiatric Association - APA). É usado ao redor do mundo por clínicos e pesquisadores bem como por companhias de seguro, indústria farmacêutica e parlamentos políticos.

“homossexualismo” do seu rol de classificações. Da mesma forma, em 1990, a OMS retirou o “homossexualismo” de suas listas como sendo uma doença. Ademais, em 2001, houve uma proibição por parte do Conselho Federal de Psicologia do Brasil, vedando aos profissionais da área a realização de um possível tratamento com o objetivo de “curar” a homossexualidade, visto que ela não mais seria taxada como doença.⁶⁵

Sendo assim, em função dos acontecimentos históricos citados, o sufixo “ismo” foi substituído pelo sufixo “dade”, no intuito de reparar e evitar a propagação da conotação patológica atribuída ao que se chama hoje de homossexualidade. Porém, até os dias de hoje, o termo permanece difundido na sociedade, mas é menos utilizado.

Na obra "O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual", Roger Raupp Rios⁶⁶ traz mais duas concepções a respeito da homossexualidade: a de que ela é critério neutro de diferenciação e de que é uma construção sexual. Por estar-se adotando o olhar voltado para a origem da homofobia, entende-se que esses dois pontos não são necessários neste trabalho, uma vez que eles são consequências em relação às duas concepções já trabalhadas e não causas propriamente ditas.

Avançando, fala-se agora sobre o heterossexismo enquanto fundamento da homofobia. Dentro do cenário discriminatório, a homofobia tem o papel de inferiorizar a homossexualidade, muito disso é fruto “da hierarquização das sexualidades, que confere à heterossexualidade um status superior e natural”⁶⁷. De acordo com Borillo:

“O sistema a partir do qual uma sociedade organiza um tratamento segregacionista segundo a orientação sexual pode ser denominado “heterossexismo”. Ele e a homofobia – compreendida como a

Existem cinco revisões para o DSM desde sua primeira publicação em 1952. A maior revisão foi a DSM-IV publicada em 1994 (Editora Artes Médicas Sul, tradução de Dayse Batista [1]), apesar de uma “revisão textual” ter sido produzida em 2000. O DSM-5 (anteriormente conhecido como DSM-V) foi publicado em 18 de maio de 2013 e é a versão atual do manual. A seção de desordens mentais da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID (*International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems* – ICD) é outro guia comumente usado, especialmente fora dos Estados Unidos. Entretanto, em termos de pesquisa em saúde mental, o DSM continua sendo a maior referência da atualidade." [site] WIKIPEDIA. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais**. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Manual_Diagn%C3%B3stico_e_Estat%C3%ADstico_de_Transtornos_Mentais>. Acesso em: 9 nov. 2014.

⁶⁵ BORTOLINI, Alexandre. **Diversidade sexual na escola**. Rio de Janeiro: Pró-Reitoria de Extensão/UFRJ, 2008.

⁶⁶ RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 114-126.

⁶⁷ BORILLO, Daniel. A homofobia. In: LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Débora (orgs.). **Homofobia e educação: um desafio ao silêncio**. Brasília: LetrasLivres : EdUnB, pp. 15-46, 2009, p. 17.

consequência psicológica de uma representação social que, outorgando à heterossexualidade o monopólio da normalidade, fomenta o desdém em relação àqueles e àquelas que se distanciam do modelo de referência – constituem as duas faces da mesma intolerância e merecem, por conseguinte, ser denunciados com o mesmo vigor que o racismo ou o antissemitismo”.⁶⁸

Isto posto, pode-se perceber que, dentro do contexto heterossexista, a homofobia nada mais é do que uma forma de manifestação do sexismo. De uma forma geral, ela é então a “discriminação contra pessoas em razão de seu sexo (macho/fêmea) e, mais particularmente, de seu gênero (feminino/masculino)”, que se materializa de modo específico por meio da intolerância direta.⁶⁹

Associada ao heterossexismo tem-se a heteronormatividade, “compreendida como a matriz de inteligibilidade com base na qual a diversidade sexual ganha sentido”. Sendo assim, o parâmetro heterossexual é tido como “o normal”, e a partir dele a sexualidade passa a ser valorada. Então, passa-se a tê-lo como norma de referência principiológica e “regulador” da pluralidade sexual⁷⁰. Diante desse raciocínio, fica claro que a homofobia também decorre da heteronormatividade, no momento em que esta manifestação de preconceito está baseada no pressuposto de que a normalidade está na heterossexualidade.

Entende-se então que estas são as principais correntes implantadoras da homofobia: a conotação como sendo um ato pecaminoso, o tratamento dela como doença e o heterossexismo associado à heteronormatividade. Por fim, tem-se a conclusão trazida por Daniel Borrillo a respeito da homofobia:

“A homofobia constitui uma ameaça aos valores democráticos de compreensão e respeito pelo outro, pois promove a desigualdade entre os indivíduos em função de seus desejos, encoraja a rigidez dos gêneros e favorece a hostilidade ao outro. Como problema social, a homofobia deve ser considerada um delito suscetível de sanção jurídica. Todavia, a dimensão repressiva é desprovida de sentido se não for acompanhada de uma ação preventiva [...]. Na verdade, a homofobia é não só uma violência contra os homossexuais, mas igualmente uma agressão aos valores fundadores da democracia.”⁷¹

⁶⁸ Ibidem, p. 20.

⁶⁹ BORILLO, Daniel. A homofobia. In: LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Débora (orgs.). **Homofobia e educação**: um desafio ao silêncio. Brasília: LetrasLivres : EdUnB, pp. 15-46, 2009, p. 22.

⁷⁰ LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Débora. Homofobia, silêncio e naturalização: por uma narrativa da diversidade sexual. In: LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Débora (orgs.), **Op. cit.**, p. 48.

⁷¹ BORILLO, Daniel. *Op. cit.*, p. 43.

Diante de tudo o que foi abordado neste capítulo, é possível perceber que a homoafetividade se faz presente em quase todos os períodos históricos da humanidade e foi tratada de diferentes formas dentro de cada um deles. A religião e a ciência se mostraram as principais precursoras da implantação do preconceito na sociedade, criando termos e concepções que ajudaram a embasar e propagar a discriminação.

As consequências dessas formas de fomento ao preconceito são percebidas diariamente. A homofobia está enraizada na sociedade, o que intensifica a luta dessa parcela social por direitos, tendo como principais cenários na busca por igualdade e dignidade o campo constitucional e o dos Direitos Humanos.

CAPÍTULO II – A LIBERDADE RELIGIOSA NO ESTADO LAICO BRASILEIRO

2.1 A influência da religião no Estado e Direito brasileiro

De certa forma, não há como dissociar cultura e religião, por um motivo simples e claro, a maior parte dos aspectos culturais em todas as civilizações derivam de práticas e crenças religiosas. No intuito de tratar sobre a gênese da religião, Machado Neto ensina que “um dos fenômenos universais da cultura é a religião”, e ainda, segundo ele, pode-se entender que:

“As razões sociológicas pelas quais o homem faz religião, estão, todavia, incrustadas em um passado tão remoto que a sociologia presente sabe não poder passar, nesse terreno, além de meras hipóteses e suposições, sem ter jamais as condições experimentais para contestá-las ou confirmá-las nos fatos, perdidas que são, para os propósitos etnológicos, as condições integrais da vida social, de nossos antepassados mais distantes.”⁷²

Há também aqueles, como David Hume, que abordam a origem da religião, defendendo inclusive que ela estaria incrustada nos sentimentos humanos, impulsionando-os em busca da felicidade. O que pode, segundo ele, estar também associado ao temor de calamidades, ao sentimento de vingança e principalmente ao medo da morte; não se restringindo apenas a essas questões, mas se estendendo às demais necessidades humanas.⁷³

Do ponto de vista etimológico, a palavra religião é derivada do latim e significa religar, reeleger ou reler. É possível perceber que em todas as religiões há a ligação com uma divindade, o que demonstra a primeira característica da religião: “a ligação do homem com algo superior ou transcendente, o seu objeto”⁷⁴.

Conforme José Pereira Coutinho:

O contexto cultural influencia sobremaneira a definição de religião. Nas sociedades ocidentais, onde se associa a religião à relação com algo transcendente, ela é sistema mediador entre o homem e entidades superiores. Em função disso, é possível constatar que o objeto da religião possui várias designações: seres espirituais, seres espirituais, poderes superiores, sagrado, realidades transcendentais, realidades

⁷²MACHADO NETO, Antônio L. **Sociologia jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 283.

⁷³HUME, David. **História natural da religião**. São Paulo: editora UNESP, 2005, p. 32.

⁷⁴COUTINHO, José Pereira. Religião e outros conceitos. **Sociologia** - Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto, vol. XXIV, 2012, p. 176.

sobrenaturais, realidades supraempíricas, seres sobre-humanos e deuses.⁷⁵

Então, resumidamente, compreende-se que:

“A religião é um sistema composto por descrições do sagrado, respostas ao sentido do mundo e da vida (crenças), meios, sinais, experiências de ligação a esse sagrado (práticas), orientações normativas do comportamento (valores) e atores coletivos com regras e recursos próprios (coletividades). Em termos funcionais, a religião permite regular e justificar a conduta individual (normativa), providenciar coesão social (coesiva), consolar e aliviar (tranquilizante), fortificar a vontade (estimulante), dar sentido à vida (significante), possibilitar a experiência do sagrado (experencial), crescer e amadurecer (maturativa), proporcionar identidade (identitária) e ministrar salvação (redentora).”⁷⁶

Pelo fato de os aspectos religiosos serem mais evidentes na história geral da humanidade, e por ter-se tratado disso, mesmo que de forma indireta, no primeiro capítulo, será analisada apenas a influência histórica da religião dentro do Estado e do Direito brasileiro.

Primeiramente, é de extrema relevância que se entenda a influência exercida pelo Estado português nos aspectos jurídicos e estatais brasileiros. No período colonial, a legislação portuguesa era aplicada dentro da realidade jurídica nacional, na forma de Ordenações Portuguesas (este era o nome dado ao conjunto das leis). Essas ordenações possuíam estrutura similar à dos atuais códigos, porém, estavam eivadas de certo tradicionalismo associado a um atraso jurídico bem evidente, além de serem consideradas defeituosas e pouco claras⁷⁷. Assim vigoraram as Ordenações no Brasil: de 1446 a 1514 – Ordenações Afonsinas, de 1514 a 1603 – Ordenações Manuelinas, 1603 a 1822 – Ordenações Filipinas.

O direito no período Colonial centralizava o poder no Estado português, que, por meio de seus dirigentes localizados no Brasil, explorava e estabelecia o domínio na até então Colônia. Portanto, na vigência do período Colonial (1500-1882) prevaleceu de fato o direito português, aplicado de forma adaptada às condições locais. Tratava-se então de "uma combinação do direito comum (o direito romano revivido na

⁷⁵ COUTINHO, José Pereira. Religião e outros conceitos. **Sociologia** - Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto, vol. XXIV, 2012, p. 176.

⁷⁶ Ibidem, p. 187.

⁷⁷ BRITO, Sérgio Veloso; LUCAS, Marcelo. **Direito canônico e sua influência na formação da legislação brasileira**. Artigo. S/data. Disponível em: <<http://faculdadepromove.br/bh/secao-artigos>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

Idade Média), do direito consuetudinário e do direito que ia sendo criado pelos reis absolutistas”; até o ponto em que o ordenamento jurídico brasileiro foi tomando caminhos próprios.⁷⁸

Após a independência do Brasil, ocorrida em 1822, foi necessária a elaboração de códigos próprios, por conta do surgimento de um novo Estado soberano. De fato, houve a independência no campo político, entretanto, este mesmo processo não pôde ser percebido juridicamente, vez que o direito português ainda vigorava no país. Diante dessa necessidade foi convocada em 1823, por D. Pedro I, uma Assembleia Geral Constituinte e Legislativa com a finalidade de elaborar um esboço da primeira Constituição do Brasil.⁷⁹

Já nesse primeiro momento o tema “religião” se fez presente e trouxe uma divisão clara: de um lado havia os defensores de um Estado unirreligioso, e do outro, os que eram a favor da liberdade religiosa. Entretanto, a referida Assembleia foi dissolvida por não agradar aos interesses do Imperador. Assim, a primeira Constituição brasileira só foi criada em 1824, de maneira não democrática, baseada nos ideais de Clermont Tonerre e Benjamin Constant.⁸⁰

Esta primeira Constituição teve como característica a concentração de poderes, dentre eles o Executivo e o Moderador, além de ter outorgado em seu texto a consagração da Religião Católica como sendo a oficial no império. Invocando a Santíssima Trindade, D. Pedro I jurou a Constituição em um claro ato de “mostrar aos outros povos que o Império do Brasil teria uma Religião de Estado”.⁸¹

Nesse momento a relação entre o Estado brasileiro e a Igreja fica mais que evidente, visto que este entrelace perdurou por 65 anos, de 25 de março de 1824 até 7 de janeiro de 1890, período em que a Religião Católica se manteve como sendo a oficial. Por conta dos acontecimentos internos, a monarquia foi perdendo força, o que colocava D. Pedro II em uma posição complicada; pouco mais tarde, em decorrência das tensões

⁷⁸ BRITO, Sérgio Veloso; LUCAS, Marcelo. **Direito canônico e sua influência na formação da legislação brasileira**. Artigo. S/data. Disponível em: <<http://faculdadepromove.br/bh/secao-artigos>>. Acesso em: 05 fev. 2015, p. 9.

⁷⁹ SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **História do direito: perspectivas histórico-constitucionais da relação entre estado e religião**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 157.

⁸⁰ Ibidem, p. 158.

⁸¹ SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. Op. cit., p. 160.

internas nesse período, foi proclamada em 15 de novembro de 1889 a República, pelo Marechal Deodoro da Fonseca.⁸²

Em virtude da proclamação da República, teve início o processo de separação entre Estado e Igreja. A respeito do tema, Jesús Hortal tece as seguintes considerações:

“No momento da proclamação da República, em 1889, o Brasil iniciou uma clara trajetória de separação entre Igreja e Estado. Os militares que lideraram o novo regime eram, na sua grande maioria, de tendência positivista; contudo, olhavam para os Estados Unidos como para o lugar de realização mais acabada dos seus ideais republicanos e federalistas. Por isso, pode-se dizer que a separação foi feita, entre nós, com ideias francesas, mas com legislação norte-americana.”⁸³

Não mais que um mês depois de proclamada a República ocorreu a separação entre a Igreja Católica e o Estado brasileiro, sendo este o passo inicial para a adoção do Estado laico no Brasil, que seria firmado posteriormente com o advento da Constituição de 1981. O Decreto nº 119-A, claramente embasado pelas influências positivistas de Augusto Comte, tratou de abolir a Divindade até então presente no preâmbulo constitucional, consolidando assim o Estado brasileiro como laico e estabelecendo-se, principalmente no artigo 72 dessa Constituição, o desvinculo religioso.

Finalizando esta contextualização histórica, entende-se necessário apresentar uma assertiva de cunho teológico, nas palavras de Carl Schmidt:

“Todos os conceitos concisos da teoria do Estado moderna são conceitos teológicos secularizados. Não somente de acordo com seu desenvolvimento histórico, porque ele foi transferido de teologia para a teoria do Estado, à medida que o Deus onipotente tornou-se legislador onipotente, mas, também, na estrutura sistemática, cujo conhecimento é necessário para uma análise sociológica desses conceitos.”⁸⁴

Hoje então é possível perceber que essa laicidade do Estado brasileiro, embora apenas relativa, perdurou nas demais constituições, tendo sido reprisada também na Constituição de 1988, que vigora até os dias de hoje.

⁸² SCALQUETTE, Rodrigo Armoni. **História do direito: perspectivas histórico-constitucionais da relação entre estado e religião**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 165.

⁸³ HORTAL, Jesús. O princípio da liberdade religiosa e o ordenamento jurídico. In: PEIXINHO, Manoel Messias; Guerra, Isabela Franco; Nascimento Filho, Firly (org.). **Os princípios da constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 246.

⁸⁴ SCHMIDT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 35.

2.2 Apontamentos sobre o Estado laico

Principalmente no final do tópico anterior, muito se falou sobre Estado laico e separação entre Estado e igreja, então, neste tópico, traz-se os principais pontos sobre este tema, no intuito de enriquecer e esclarecer o que já foi e o que ainda será apresentado neste capítulo.

A doutrina que defende a separação entre o Estado e a Igreja é denominada laicista, desempenhando um dos papéis principais nas reivindicações da Revolução Burguesa e do Radicalismo Republicano do século XIX. É importante salientar que existem três modalidades de relação entre a Igreja e o Estado: a união, a confusão e a separação, como ensina Silva Neto:

“No caso a união entre o Estado e a Igreja, nota-se a clara preferência da sociedade política por um dado segmento religioso[...] Quando o Estado se une a determinada facção religiosa, a norma constitucional invariavelmente traduz a preferência estatal.

No segundo caso temos a confusão. Já aqui não se sabe onde começa o Estado e termina a Igreja ou vice-versa, porque a autoridade estatal se confunde com a autoridade eclesiástica...

Temos, por fim, a separação. Esta última forma de relacionamento também é muito encontrada na atualidade, principalmente porque a compostura laica do Estado pós-moderno está conformada pelo princípio democrático-republicano, a partir do qual podem ser extraídas consequências de relevo, como a impossibilidade de uma sociedade política seguir, prestigiar ou subvencionar facção religiosa”.⁸⁵

Dessa forma, é possível entender melhor o fundamento da laicidade, a partir do momento em que ela surge para “solucionar” a confusão ou mesmo por fim à união entre o Estado e a Igreja.

No âmbito estatal surge então uma importante diferenciação, de um lado tem-se o Estados laicos, que “proclamam a laicidade absoluta das relações das instituições sociopolíticas e da cultura, ou pelo menos reclama para estas autonomia face à religião”; e do outro lado tem-se os Estados confessionais, que manifestam sua crença através de princípios, valores e ideias explicitamente fundados em aspectos religiosos, “professando uma religião como uma verdadeira Religião de Estado”.⁸⁶

⁸⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional à liberdade religiosa**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 52.

⁸⁶ SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **História do direito: perspectivas histórico-constitucionais da relação entre estado e religião**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 120.

Torna-se importante também fazer a distinção entre os termos laicidade e laicismo. Assim como no capítulo anterior, quando se fez a distinção entre homossexualidade e homossexualismo, constata-se que o emprego do sufixo “ismo” atribui uma valoração negativa dentro do termo. Este valor negativo, oriundo principalmente do racionalismo⁸⁷ e do cientificismo⁸⁸, transparece na figura do Estado e claramente se apresenta de forma hostil à liberdade de religião plena⁸⁹. Já a partir do termo laicidade, subentende-se também que há o ideal de separação entre as instituições Estado e Igreja, porém não fica caracterizado aqui, diferentemente do que se pode perceber no laicismo, os traços de hostilidade nem mesmo indiferença do Estado para com a Religião.⁹⁰

Isto posto, passa-se agora à apreciação do conceito de Estado laico propriamente dito. Pierucci afirma que um Estado moderno é entendido como laico quando se torna capaz de eventualmente intervir imparcialmente (na forma da lei) em um possível conflito entre grupos religiosos, sem “tomar partido por uma religião e afastando-se por igual de todas elas”⁹¹.

O Estado laico também é conceituado como sendo aquele em que a separação entre Igreja e Estado se faz claramente presente, porém, podendo haver uma relação de cooperação mútua entre eles, sem que sejam desrespeitados o pluralismo e a liberdade religiosa, inexistindo, portanto, uma religião estatal determinada⁹². Neste sentido Alain Supinot entende que “nenhum Estado, nem sequer aqueles que se proclamam absolutamente laicos, poderia manter-se sem mobilizar certo número de

⁸⁷ “A palavra **racionalismo** deriva do latim ratio, que significa “razão”. Essa palavra designa a doutrina que atribui exclusiva confiança na razão humana como instrumento capaz de conhecer a verdade.” [site] DICIONARIO INFORMAL. **Vocábulo racionalismo**. Disponível em: <<http://www.dicionarioinformal.com.br/racionalismo/>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

⁸⁸ “**Cientificismo** ou **cientismo** é a postura que afirma que a melhor maneira de investigar como as coisas são, sejam naturais, sociais, artificiais ou conceituais, é pela adoção do método científico.^{1 2} O termo também implica na atitude de valorização altamente positiva no papel da ciência no desenvolvimento da cultura em particular, e da sociedade em geral.” [site] WIKIPEDIA. **Cientificismo**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Cientificismo>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

⁸⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁹⁰ SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. Op. cit., p. 124.

⁹¹ PIERUCCI, Antonio Flávio. Estado laico, fundamentalismo e a busca da verdade. In: **Estado laico e liberdades democráticas**. Organizado e editado por Carla Batista e Mônica Maia. Recife: Articulação de Mulheres Brasileiras/Rede Nacional Feminista de Saúde/ SOS Corpo – Instituto Feminista para a Democracia/, Abril 2006. Disponível em: <http://aads.org.br/arquivos/EL_2006.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2015.

⁹² SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. Op. cit., p. 124.

crenças fundamentais, que escapam a qualquer demonstração experimental e determinam sua maneira de ser e de agir”⁹³.

Esse pensamento torna possível perceber a relação de cooperação mútua anteriormente citada, ao ponto de ela acabar sendo inevitável em função da coexistência e confusão institucional entre o Estado e a religião; que outrora predominava nas civilizações de um modo geral. Mesmo a separação sendo a bandeira levantada pelo Estado laico, fica mais do que claro que ele não está de fato totalmente dissociado dos preceitos religiosos.

No campo do direito não podia ser diferente, um Estado laico pressupõe um direito condizente com a sua estrutura. Sendo assim, enquanto meio de regulação social e de normatização das garantias individuais, faz-se necessária também a separação entre direito e religião, surgindo então a figura de um “direito laico”. Com toda a certeza a laicidade do direito é uma grande conquista social das civilizações ocidentais, ao passo que essa conquista foi “fundamental para o desenvolvimento de uma cultura jurídica sem precedentes e de cuja tradição somos herdeiros e continuadores”.⁹⁴

Esta separação dentro da esfera do direito resultou numa “forma de ordenação da vida social fundada não mais no sagrado, no sobrenatural”, e sim na autonomia humana de estabelecer sua forma de agir, bem como na criação de regras norteadoras “livres da influência religiosa”; solucionando assim os conflitos a partir de critérios próprios⁹⁵. Contudo, diante da separação aqui tratada:

“Por outro lado, a religião nunca deixou de constituir para a tradição jurídica ocidental uma importante fonte de conteúdo. Embora a autoridade das normas jurídicas tenha passado a se fundar na própria vontade humana, os valores transmitidos por meio das crenças religiosas predominantes não deixaram de compor a substância do direito.”⁹⁶

Finalizando este importante tópico, pode-se depreender que o fato de um Estado ser laico não significa que por parte dele haja um repúdio em relação à Igreja ou mesmo às religiões, e tampouco que seja negado a elas o direito de contribuir socialmente. Da mesma forma, a laicidade do Estado brasileiro também não deve

⁹³ SUPINOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.103.

⁹⁴ RAMOS, Marcelo Maciel. Direito e religião: reflexões acerca do conteúdo cultural das normas jurídicas. *Meritum*. Belo Horizonte, v. 5, n. 1, pp. 49-76, jan./jun. 2010, p. 50.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Ibidem.

impedir o exercício da crença religiosa, sob pena de ser taxado como totalitarista ideológico, ferindo assim a democracia⁹⁷. Consequentemente, no campo jurídico, é possível perceber um caminho semelhante ao que foi trilhado pelo Estado no tocante à separação, ao ponto que nas duas esferas permanece o contraste entre a laicidade e a influência que a religião ainda exerce em seus fundamentos.

2.3 O amparo à liberdade religiosa dentro e fora da Constituição de 1988

Quando se fala em Estado Democrático de Direito, pressupõe-se que ao cidadão seja garantido optar pela crença religiosa que lhe for mais interessante, da mesma forma, surge com isso o dever de convivência pacífica e respeitosa entre este cidadão e os demais, que optaram por um segmento religioso deferente ou mesmo para com aqueles que não professam religião alguma⁹⁸. Em relação a este mesmo Estado, identifica-se também um “compromisso jurídico-moral”, em que a garantia citada anteriormente deve ser por ele respeitada, vez que a liberdade religiosa constitui um direito às coletividades de cidadãos e a cada cidadão individualmente⁹⁹.

Nesse sentido, Jorge Miranda preceitua que:

“A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis. E consiste por outro lado (e sem que haja qualquer contradição) em o Estado não impor ou não garantir com as leis o cumprimento desses deveres.”¹⁰⁰

Decerto, a liberdade religiosa tradicionalmente adquiriu uma característica de direito negativo, ou seja, está diante de um direito em que a essência está na não

⁹⁷ FAUS, Francisco. **Laicidade e laicismo**. s/ data. Disponível em: <<http://www.quadrante.com.br/Pages/servicos02.as.p?id=146&categoria=Sociedade>>. Acesso em: 11 jul. 2014, p. 3.

⁹⁸ Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Seção de São Paulo. Comissão de Direito e Liberdade Religiosa. Série conceitos. **Liberdade religiosa**: conceitos. 2011. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/liberdade-religiosa/cartilhas/Cartilha_OAB.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2015, p. 3.

⁹⁹ MANTECÓN, Joaquín. La Libertad Religiosa como Derecho Humano. In: ÁLVAREZ CORTINA, Andrés-Corsino et al. **Tratado de Derecho Eclesiástico**. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, pp. 85-140, 1994. p. 108.

¹⁰⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2 ed, revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, tomo IV, 1993, p. 359.

intervenção do Estado em seu gozo, atribuindo assim autonomia ao sujeito titular desse mesmo direito no momento de sua opção por uma religião ou por nenhuma.¹⁰¹

Ao falar de liberdade religiosa enquanto direito, é importante salientar que trata-se de um direito de primeira dimensão, relacionado diretamente ao indivíduo e cuja concretização encontra amparo na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais em que o Brasil é signatário¹⁰². Além disso, é possível constatar que, segundo Aldir Guedes Soriano, “a liberdade religiosa é uma especialização da liberdade de pensamento”¹⁰³, sendo assim, depreendemos que ela está inserida na liberdade de pensamento e que por sua vez está inserida na a liberdade em sentido amplo¹⁰⁴.

Nesse momento, é de grande valia entender a titularidade desse direito, no intuito de aprofundar o estudo. Primeiramente, deve-se perceber que o direito à liberdade religiosa, por ser de cunho pessoal, restringe-se à “órbita pessoal de direitos subjetivos, direitos perante os demais (erga omnes) e direito perante o Estado”, pertencendo ao homem enquanto ser humano¹⁰⁵. Fora do âmbito individual, é possível enxergar a liberdade religiosa como um direito de titularidade coletiva (mesmo que suas práticas tenham cunho evidentemente individual), o que confere a ele uma nova abordagem, passando a ser visto como um direito de grupos que representam institucionalmente determinado sentimento religioso. Valendo destacar que:

“Evidentemente, este caráter institucional não deve ser definido pelo Estado: uma decisão estatal sobre o que é ou não um grupo religioso transformaria o Estado em árbitro das convicções religiosas individuais e mesmo em 'teólogo', segundo alguns críticos. Em qualquer caso, existe algum tipo de reconhecimento estatal, que confere natureza jurídica ao ente religioso – seja por meio da obtenção da personalidade jurídica, nos termos das leis civis e das normas

¹⁰¹ MANTECÓN, Joaquín. La Libertad Religiosa como Derecho Humano. In: ÁLVAREZ CORTINA, Andrés-Corsino et al. **Tratado de Derecho Eclesiástico**. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, pp. 85-140, 1994. p. 107.

¹⁰² Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Seção de São Paulo. Comissão de Direito e Liberdade Religiosa. Série conceitos. **Liberdade religiosa: conceitos**. 2011. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/liberdade-religiosa/cartilhas/Cartilha_OAB.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2015, p. 5.

¹⁰³ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 73.

¹⁰⁴ Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Op. cit., p. 5.

¹⁰⁵ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Orientador: Heck, Luís Afonso. 2010. Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/88482?locale=pt_BR>. Acesso em: 05 fev. 2015, p. 43.

notariais de cada jurisdição, seja por meio da inscrição em um registro estatal específico para grupos religiosos.”¹⁰⁶

A natureza jurídica atribuída à liberdade de crença religiosa permite entendê-la também como um princípio, pelo fato de que ela possui um alto grau de abstração e indeterminação de seu conteúdo, tendo ainda sua aplicação condicionada à análise do caso concreto; estabelecendo-se então como um princípio fundamental¹⁰⁷. Por ter sua aplicação dependente das circunstâncias fáticas, fica claro que esta liberdade não traz em si uma regra propriamente dita, na qual haja apenas a possibilidade de cumprimento ou descumprimento, e sim um campo em que podem surgir “soluções intermediárias, ou de variadas intensidades de adequação”¹⁰⁸.

Com isso, ainda segundo Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro, desempenha-se uma função de inspiração dentro do ordenamento jurídico, servindo como alicerce para outras normas, assegurando assim as garantias fundamentais inerentes ao princípio da liberdade de crença¹⁰⁹. Nesse sentido, Ramón Soriano, citado por Isso Chaitz Scherkerkewitz, conceitua liberdade religiosa como:

“o princípio jurídico fundamental que regula as relações entre o Estado e a Igreja em consonância com o direito fundamental dos indivíduos e dos grupos a sustentar, defender e propagar suas crenças religiosas, sendo o restante dos princípios, direitos e liberdades, em matéria religiosa apenas coadjuvantes e solidários do princípio básico da liberdade religiosa.”¹¹⁰

No dia 5 de outubro de 1988 houve uma clara manifestação de que a coexistência entre as religiões estava presente na Carta Maior, uma vez que, no ato de promulgação, foi inserido um culto ecumênico, demonstrando-se o respeito aos ideais

¹⁰⁶ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Orientador: Heck, Luís Afonso. 2010. Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/88482?locale=pt_BR>. Acesso em: 05 fev. 2015, p. 43.

¹⁰⁷ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **O Conselho Nacional de Justiça e a permissibilidade da aposição de símbolos religiosos em fóruns e tribunais: uma decisão viola a cláusula da separação Estado-Igreja e que esvazia o conteúdo do princípio constitucional da liberdade religiosa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1457, 28 jun. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10039/o-conselho-nacional-de-justica-e-a-permissibilidade-da-aposicao-de-simbolos-religiosos-em-foruns-e-tribunais>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

¹⁰⁸ Ibidem

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ SORIANO, Ramon. Título. Ano, *apud* SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. **O direito de religião no Brasil. Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**. Ano 3, nº 34. Outubro/2002. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo5.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2015, p. 2.

de liberdade religiosa. Nesse contexto surge a Constituição Federal de 1988, cuja vigência se entende até o momento presente.¹¹¹

Além disso, já no preâmbulo nos deparamos com a enfática e categórica expressão “*sob a proteção de Deus*”, tal expressão pode passar despercebida e até mesmo ser vista como irrelevante, mas indica, mesmo de maneira implícita, que a religião ainda está presente e que o “fato de o cristianismo ter hoje perdido em certos Estados ocidentais seu lugar constitucional não significa, em absoluto, que esses Estados estão desprovidos de fundamentos dogmáticos”¹¹²

Dessa forma, fica claro que tanto os Estados quanto as pessoas ainda são “sustentadas” por certezas que não podem ser demonstradas e por verdadeiras crenças, que não procedem da livre escolha, estando incrustadas na identidade¹¹³. Porém, esse não é o ponto a ser tratado aqui, visto que a indissociação entre Estado e Religião já foi ressaltada quando se falou sobre Estado laico.

O artigo 5º da Constituição de 1988 assegura, em seu inciso VI, a liberdade de crença, bem como o livre exercício dos cultos, e a devida proteção a eles e a suas liturgias; em seguida, no inciso VIII, garante a não privação de direito em razão de crença religiosa, conforme o abaixo citado:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[...]

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.¹¹⁴

¹¹¹ SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **História do direito: perspectivas histórico-constitucionais da relação entre estado e religião**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 172.

¹¹² SUPINOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 16.

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 fev. 2015.

Sendo assim, é possível identificar a abrangência desse dispositivo constitucional, visto que, além de garantir a proteção ao direito de liberdade religiosa também busca preservar a sua prática e assegurar o exercício desse direito, além de proibir qualquer tipo de cerceamento de direitos em função de uma convicção religiosa. Nesse sentido, Alexandre de Moraes tece o seguinte comentário:

“A abrangência do preceito constitucional é ampla, pois, sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral a liturgia e o culto.”¹¹⁵

O dispositivo legal anteriormente citado traz uma garantia passível de análise, em relação ao trecho “sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos”.

É importante entender que neste momento surge a proteção constitucional à liberdade de culto, com o entendimento de que esta liberdade está condicionada ao que for estabelecido em lei (em sentido formal). Torna-se possível ainda depreender que é uma norma constitucional de eficácia relativa e restringível, ao ponto de “enquanto não demarcados os limites ao exercício do direito individual, exerce-o o indivíduo plenamente”¹¹⁶. Entretanto, ainda sob o entendimento de Manoel Jorge e Silva Neto, “a liberdade de culto somente admite as contenções impostas pela decantada regra de ouro da liberdade: a liberdade de alguém termina onde começa a liberdade de outrem”.¹¹⁷

Com isso, não é aceitável, por exemplo, que cultos ruidosos impeçam o silêncio, a noite de sono dos demais integrantes da comunidade¹¹⁸, ou até mesmo que admitam sacrifícios de vidas humanas sob o argumento do exercício dessa liberdade. Há então limites impostos a esta liberdade que claramente buscam harmonizar a convivência entre aqueles que professam crenças diferentes e os que não professam crença alguma.

¹¹⁵ MORAES, Alexandre de. **Constituição Federal interpretada e legislação constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 150.

¹¹⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional à liberdade religiosa**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 126.

¹¹⁷ Ibidem, p. 124.

¹¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **AG 39802 SC 2009.003980-2**. Terceira Câmara de Direito Público. Relator(a): Luiz César Medeiros. Julgado em 05/02/2010. Data de publicação: 05/02/2010. Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - POLUIÇÃO SONORA - MEDIDA LIMINAR - LIBERDADE CONSTITUCIONAL DE CULTO RELIGIOSO - GARANTIA CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO A garantia constitucional de liberdade de culto religioso não representa um alvará para que as entidades religiosas atuem em desconformidade com a lei. Deverão elas se ajustar às disposições do Código de Posturas do Município e compatibilizar as suas atividades, de modo a não desrespeitar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que também constitui garantia prevista na Lei Maior (CF/88, art. 225).

Finalizando a análise desse dispositivo legal, observa-se também a proteção das liturgias, conforme ilustra o padre Jesús Hortal:

“Com a palavra “liturgias”, o legislador brasileiro parece ter querido designar não apenas os ritos oficiais das diversas confissões religiosas, mas também as suas insígnias, hábitos e sinais externos de identificação. Preceitos semelhantes aos transcritos estiveram presentes em todas as Constituições republicanas, inclusive durante a época da ditadura de Getúlio Vargas.”¹¹⁹

Ainda em relação aos locais de culto, o artigo 19, I, da Carta Maior assegura que:

“Artigo 19, inciso I: “é vedado aos Estados, Municípios, à União e ao Distrito Federal o estabelecimento de cultos religiosos ou igrejas, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.”

Sendo assim, fica evidente o amparo dado pela Constituição a esta matéria. Os respectivos artigos e incisos anteriormente citados são os principais em relação ao tema, porém, ainda tem-se garantias como a vedação de se instituir impostos sobre os templos (artigo 150, inciso VI, alínea “b” da CF/88)¹²⁰, determinações em relação ao ensino religioso nas instituições de ensino (artigos 210¹²¹ e 213¹²² da CF/88), o casamento religioso com efeito civil (artigo 226, parágrafo 2º da CF/88), a assistência

¹¹⁹ HORTAL, Jesús. O princípio da liberdade religiosa e o ordenamento jurídico. In: PEIXINHO, Manoel Messias; Guerra, Isabela Franco; Nascimento Filho, Firly (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, pp. 246-247.

¹²⁰ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre: b) templos de qualquer culto;

¹²¹ Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

§ 1º - O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

¹²² Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;

II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

§ 1º - Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.

§ 2º As atividades de pesquisa, de extensão e de estímulo e fomento à inovação realizadas por universidades e/ou por instituições de educação profissional e tecnológica poderão receber apoio financeiro do Poder Público. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015).

religiosa nas entidades civis e militares de internação coletivas (artigo 5º, inciso VII da CF/88)¹²³, dentre outros.

Tudo isso leva à conclusão de que a liberdade religiosa está bem consolidada em nossa Constituição Federal, enquanto direito. Também é possível perceber que, embora o Estado seja laico, ainda há claras influências religiosas oriundas dos aspectos culturais da sociedade.

Em seguida, traz-se os principais dispositivos legais no âmbito internacional, tomando como referência a Declaração Universal dos Direitos Humanos, mais especificamente a Resolução nº 36/1955 que consiste na Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença, ambas tuteladas pela ONU¹²⁴; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)¹²⁵ e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹²⁶.

¹²³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

¹²⁴ "**Organização das Nações Unidas(ONU)**, ou simplesmente Nações Unidas (**NU**), é uma organização internacional cujo objetivo declarado é facilitar a cooperação em matéria de direito internacional, segurança internacional, desenvolvimento econômico, progresso social, direitos humanos e a realização da paz mundial. A ONU foi fundada em 1947 após a Segunda Guerra Mundial para substituir a Liga das Nações, com o objetivo de deter guerra entre países para fornecer uma plataforma para o diálogo. Ela contém várias organizações subsidiárias para realizar suas missões. Existem atualmente 193 países-membros, incluindo quase todos os Estados soberanos do mundo". [site] WIKIPEDIA. Organização das Nações Unidas. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Organiza%C3%A7%C3%A3o_das_Na%C3%A7%C3%B5es_Unidas>. Acesso em: 15 fev. 2015.

¹²⁵ "**A Convenção Americana de Direitos Humanos**, popularmente conhecida como **Pacto de São José da Costa Rica** é um tratado celebrado pelos integrantes da Organização de Estados Americanos (OEA), adotada e aberta à assinatura durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e tendo entrado em vigor a 18 de julho de 1978, com a ratificação do décimo primeiro instrumento, de iniciativa de Granada". [site] INFOESCOLA. **Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/pacto-de-sao-jose-da-costa-rica/>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

¹²⁶ "**Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP)** é um dos três instrumentos que constituem a Carta Internacional dos Direitos Humanos. Os outros dois são a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC)¹. O PIDCP foi aprovado em 16 de Dezembro de 1966 pela Assembleia Geral das Nações Unidas e aberto à adesão dos Estados. Nos termos do seu artigo 49, entrou em vigor na ordem jurídica internacional três meses depois do depósito do trigésimo quinto instrumento de ratificação, o que aconteceu em 23 de Março de 1976". [site] WIKIPEDIA. **PIDCP**. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Pacto_Internacional_dos_Direitos_Civis_e_Pol%C3%ADticos>. Acesso em: 15 fev. 2015.

Semelhante ao que foi trazido na abordagem sobre a liberdade religiosa dentro da CF/1988, é perceptível o amparo a esta liberdade também na primeira declaração citada, mais precisamente nos artigos II-1, III (de maneira implícita) e principalmente no artigo XVIII desta:

“Artigo II - 1. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Artigo III - Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo XVIII - Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.”¹²⁷

Os fundamentos aqui são muito semelhantes aos da garantia da liberdade de crença na Constituição Federal, mesmo porque esta declaração é do ano de 1948, ou seja, anterior à atual Constituição, o que evidencia a influência desta declaração na seara normativa constitucional brasileira.

Além disso, de maneira muito mais completa e específica, tem-se os artigos adiante citados, presentes na Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença. A Cartilha da OAB¹²⁸ traz estes principais artigos presentes na referida Declaração:

“**Artigo 1º.** 1. Toda pessoa tem o direito de liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito inclui a liberdade de Ter uma religião ou qualquer convicção a sua escolha, assim como a liberdade de manifestar sua religião ou suas convicções individuais ou coletivamente, tanto em público como em privado, mediante o culto, a observância, a prática e o ensino.

2. Ninguém será objeto de coação capaz de limitar a sua liberdade de Ter uma religião ou convicções de sua escolha.

3. A liberdade de manifestar a própria religião ou as próprias convicções estará sujeita unicamente às limitações prescritas na lei e

¹²⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0BwbnJ2EXfmcDMjk2YTg2ZDAzMtMGZkZi00MGZhLWFmOWYtMTM2MDU2YmNjMTNi/view?pli=1>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

¹²⁸ Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Seção de São Paulo. Comissão de Direito e Liberdade Religiosa. Série conceitos. **Liberdade religiosa**: conceitos. 2011. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/liberdade-religiosa/cartilhas/Cartilha_OAB.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2015, pp. 7-8.

que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais”.

Art. 2º. Ninguém será sujeito à coerção por parte de qualquer Estado, instituição, grupo de pessoas ou pessoas que debilizem sua liberdade de religião ou crença de sua livre escolha.

Art. 6º. Conforme o artigo 1 da presente Declaração e sem prejuízo do disposto no parágrafo 3 do artigo 1, o direito à liberdade de pensamento, de consciência, de religião ou de convicções compreenderá especialmente as seguintes liberdades:

- a) A de praticar o culto e o de celebrar reuniões sobre a religião ou as convicções, e de fundar e manter lugares para esses fins;
- b) A de fundar e manter instituições de beneficência ou humanitárias adequadas;
- c) A de confeccionar, adquirir e utilizar em quantidade suficiente os artigos e materiais necessários para os ritos e costumes de uma religião ou convicção;
- d) A de escrever, publicar e difundir publicações pertinentes a essas esferas;
- e) A de ensinar a religião ou as convicções em lugares aptos para esses fins;
- f) A de solicitar e receber contribuições voluntárias financeiras e de outro tipo de particulares e instituições;
- g) A de capacitar, nomear, eleger e designar por sucessão os dirigentes que correspondam segundo as necessidades e normas de qualquer religião ou convicção;h) A de observar dias de descanso e de comemorar festividades e cerimônias de acordo com os preceitos de uma religião ou convicção;i) A de estabelecer e manter comunicações com indivíduos e comunidades sobre questões de religião ou convicções no âmbito nacional ou internacional.”

No mesmo sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, recepcionada pelo sistema pátrio com o advento do Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992, com força de cláusula pétrea em face do §2º do art. 5º da Constituição Federal; garante a liberdade de crença em seu artigo 12, alínea 2, explicando que “ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças”.¹²⁹

Encerrando esta breve apreciação do tema na esfera internacional, depara-se com o artigo 26 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que garante a

¹²⁹ Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Seção de São Paulo. Comissão de Direito e Liberdade Religiosa. Série conceitos. **Liberdade religiosa**: conceitos. 2011. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/liberdade-religiosa/cartilhas/Cartilha_OAB.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2015, p. 8.

proteção contra toda e qualquer discriminação, elencando vários motivos, dentre eles a religião¹³⁰.

Em face de toda esta proteção legal, tanto no âmbito nacional quanto internacional, existem ainda doutrinadores que, em se tratando da CF/1988, entendem não existir um dispositivo que estabeleça de forma explícita o direito à liberdade religiosa. Dessa forma, o entendimento de Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro é o de que a liberdade religiosa aparece em nossa Constituição como um princípio implícito, mesmo em face do disposto nos incisos VI e VIII do art. 5º da CF/1988¹³¹. Nesse sentido:

“O princípio da liberdade religiosa transborda a liberdade de crença e de culto para exigir, por igual, a liberdade das organizações religiosas, que devem ser autônomas e soberanas em seus assuntos internos (organizacionais e dogmáticos), além de impor, ao Estado, por meio da cláusula da separação, a adoção de condutas especialmente voltadas à preservação do voluntarismo em matéria de fé (a demandar a igualdade material de crenças) e à tutela da autenticidade do fenômeno religioso.”¹³²

Diante disso, a autora conclui afirmando que:

“O princípio fundamental da liberdade religiosa, portanto, inspira a produção de diversas normas, gera a declaração dos direitos de liberdade religiosa e das garantias fundamentais a eles relacionadas e impõe a adoção de um regime político de clara separação entre Estado e Igreja, não se podendo jamais restringir a noção conceitual desse princípio fundamental a um ou alguns dos particularizados direitos ou garantias que em nome dele foram positivados, sob pena de, em assim ocorrendo, restarem mutiladas algumas dimensões desse princípio fundamental, cuja máxima efetividade deve ser objetivada”.¹³³

¹³⁰ Art. 26 Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. A este respeito, deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer opinião.

¹³¹ OLIVEIRA, Neidsoni Pereira de. **Liberdade religiosa e o pleno exercício da cidadania**:ponderações sobre o descanso semanal como dia sagrado a partir do sistema constitucional brasileiro. Salvador, 2007.Pós-graduação.JUSPODIVM. Instituto de Educação Superior Unyahna. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Liberdade_Religiosa.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2015.

¹³² PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **O Conselho Nacional de Justiça e a permissibilidade da aposição de símbolos religiosos em fóruns e tribunais**:uma decisão viola a cláusula da separação Estado-Igreja e que esvazia o conteúdo do princípio constitucional da liberdade religiosa. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1457, 28 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10039>>. Acesso em: 22 mar. 2015.

¹³³ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **O Conselho Nacional de Justiça e a permissibilidade da aposição de símbolos religiosos em fóruns e tribunais**:uma decisão viola a cláusula da separação Estado-Igreja e que esvazia o conteúdo do princípio constitucional da liberdade religiosa. Jus

Contrário a essa teoria, pode-se citar o constitucionalista José Afonso da Silva, que entende a questão da seguinte forma:

“As normas constitucionais definidoras de liberdades (e no caso se aplica à liberdade religiosa) são de regra denominadas de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. Ressalta ainda o autor que mesmo aquelas normas que possam ser caracterizadas como de eficácia contida serão de “aplicabilidade direta e imediata, caso em que a previsão de lei não significa que desta dependem sua eficácia e aplicabilidade.”¹³⁴

Sendo assim, mesmo não havendo uma norma que regule especificamente o exercício da liberdade religiosa, é dever do Estado não agir em desconformidade com essa liberdade, protegendo-a através da atuação do judiciário, pautando-se também em outros princípios (dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade em sentido amplo etc.) quando se deparar com um conflito concreto.¹³⁵

Entende-se então que a dimensão da separação ente Estado e igreja, sob a tutela do ideal laico, além de apreciar o significado de liberdade religiosa enquanto direito e princípio, tornando claro que:

“a separação entre Estado e Igreja nada mais é do que uma garantia fundamental (direito-garantia), voltada especificamente à proteção dos direitos integrantes do conceito maior de liberdade religiosa, pois a história das sociedades já evidenciou que a associação entre político e religioso, entre os poderes temporal e espiritual gera o aniquilamento da liberdade e promove intolerância e perseguições.”¹³⁶

Neste capítulo também foi possível perceber que a liberdade religiosa não pode ser compreendida de forma estática e alheia às mudanças sociais¹³⁷. Mais do que uma história, a liberdade religiosa tem também uma estrutura definida, não se tratando de um valor isolado defendido por si próprio, pertence ao conjunto que engloba cultura

Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1457, 28 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10039>>. Acesso em: 22 mar. 2015.

¹³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 271.

¹³⁵ OLIVEIRA, Neidsoni Pereira de. **Liberdade religiosa e o pleno exercício da cidadania**: ponderações sobre o descanso semanal como dia sagrado a partir do sistema constitucional brasileiro. Salvador, 2007. Pós-graduação. JUSPODIVM. Instituto de Educação Superior Unyahna. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Liberdade_Religiosa.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2015, p. 75.

¹³⁶ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. Op. cit., p. 3.

¹³⁷ CADERNOS ADENAUER. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, ano 5 (2004), n. 4, fev. 2005, p. 9.

e civilização. Tendo também como partícipes os costumes e o direito, surgindo então um sistema, o “sistema das liberdades”¹³⁸. Contudo:

“A tutela constitucional da liberdade religiosa é verificada apenas em seu caráter essencial, o que leva a indagar se seria suficiente ou necessário algum tipo de regulamentação infraconstitucional quanto à liberdade religiosa. Bastaria a mera aplicação da norma constitucional? Ensina Paulo PulidoAdragão, com amparo no constitucionalista português Jorge Miranda, que devido ao caráter geral das normas constitucionais, além da complexidade das relações Estado/confissões, a simples aplicação da Constituição acarretaria incertezas.”¹³⁹

Por fim, analisa-se a proteção do tema dentro e fora da Constituição brasileira de 1988, em que ficou clara a influencia dos tratados internacionais firmados pelo Brasil, em matéria de direitos humanos. Ao ponto de os traços dessa influência se fazem presentes e claros até o presente momento.

¹³⁸ OLIVEIRA, Neidsonei Pereira de. **Liberdade religiosa e o pleno exercício da cidadania**:ponderações sobre o descanso semanal como dia sagrado a partir do sistema constitucional brasileiro. Salvador, 2007. Pós-graduação. JUSPODIVM. Instituto de Educação Superior Unyahna. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Liberdade_Religiosa.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2015, p. 49.

¹³⁹ Ibidem, p. 74.

CAPÍTULO III – O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO FERRAMENTA DE BALANCEAMENTO ENTRE A LIBERDADE RELIGIOSA E A HOMOFOBIA

3.1 Síntese das teorias e conceitos sobre os direitos fundamentais

Quando se trata de direitos fundamentais, depara-se com algumas teorias que visam demarcar seus conceitos, em função da diversidade teórica dos enfoques sobre o tema. Dessa forma, será explanada de maneira resumida a tipologia proposta por Böckenförde¹⁴⁰, onde são apresentadas a teoria liberal, a institucional, a democrático-funcional, a do Estado social e a axiológica¹⁴¹. Dessa forma, entende-se que estas classificações são as que proporcionarão melhor compreensão dos direitos fundamentais, à luz da problemática proposta, embora haja diversas outras teorias e abordagens do tema.

3.1.1 Teoria liberal

A teoria liberal, também conhecida como teoria do Estado burguês, trata os direitos fundamentais como sendo “direitos subjetivos de liberdade referente ao Estado”. Diante disso, segundo Wilson Seinmetz, os direitos fundamentais “são direitos que demarcam uma esfera de liberdade individual e social, intransponível aos poderes públicos. O poder estatal é visto como um virtual inimigo dos liberais”, afirmando ainda que “na perspectiva liberal, os direitos fundamentais são essencialmente direitos de defesa”.¹⁴²

Para esta teoria os direitos fundamentais são os chamados direitos de primeira geração ou de liberdade, que são os responsáveis “pela formação da primeira dimensão dos direitos fundamentais do constitucionalismo atual”.¹⁴³

¹⁴⁰ Ernst Wolfgang Böckenförde é um dos mais importantes filósofos do direito da Alemanha e um ex-juiz do Tribunal Constitucional. Ele é professor emérito da Universidade de Freiburg e autor de mais de 20 livros e 80 artigos que tratam de teoria legal e constitucional, assim como a filosofia política e pensamento político católico.

¹⁴¹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. In: **Escritos sobre derechos fundamentales**. Trad. de Juan Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993, pp. 45-71.

¹⁴² STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 105.

¹⁴³ MOTA, Marcel Moraes. Uma teoria axiológica dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada. Universidade Federal do Ceará. Mestrado. s/data. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/marcel_moraes_mota2.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2015.

3.1.2 Teoria institucional

“A teoria institucional dos direitos fundamentais se enquadra como reação à teoria liberal dos direitos fundamentais, marcada por fortes traços individualistas”¹⁴⁴. Aqui os direitos fundamentais são entendidos como princípios objetivos instituídos, em que não há apenas as garantias institucionais expressas ou as garantias de instituto, “mas os direitos fundamentais em geral, inclusive os direitos de liberdade”. Entende-se sob essa ótica que as consequências jurídicas também são derivadas dessa teoria institucional¹⁴⁵.

No entendimento de Böckenförde, dentro da concepção institucionalista, os direitos fundamentais devem ser interpretados dentro da instituição a que pertencem, no intuito de conferir-lhes uma dimensão objetiva, ao ponto de a liberdade também se tornar objetivada.¹⁴⁶

3.1.3 Teoria democrático-funcional

Nesta teoria alguns direitos ganham certa preferência, tais como: a liberdade de opinião, de reunião, de associação e de imprensa; basicamente é possível perceber através disso que essa preferência está voltada quase que totalmente para o direito à liberdade em sentido amplo. Aqui, se entende que “a liberdade é um meio para garantir o processo democrático de formação da vontade política”, abrangendo tanto a função pública quanto a função política dos direitos fundamentais.¹⁴⁷

3.1.4 Teoria dos direitos fundamentais do Estado social

Sob esta ótica, cabe ao Estado instituir “pressupostos sociais” para garantir a realização da liberdade enquanto direito fundamental. Dessa forma, “estes não são

¹⁴⁴ MOTA, Marcel Moraes. Uma teoria axiológica dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada. Universidade Federal do Ceará. Mestrado. s/data. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/marcel_moraes_mota2.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2015.

¹⁴⁵ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 106.

¹⁴⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. In: **Escritos sobre derechos fundamentales**. Trad. de Juan Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 53.

¹⁴⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. Op. cit., p. 106.

apenas direitos de defesa, mas também fundamentam pretensões de prestações sociais referentes ao Estado”¹⁴⁸.

Nesse plano de interpretação, segundo Böckenförde, há três consequências para esta teoria. A primeira compreende a dependência da efetividade dos direitos fundamentais em relação às disponibilidades financeiras estatais. A segunda é a necessidade de se tomar decisões prioritárias, em função da escassez de recursos, fazendo com que essa discricionariedade passe a ser um critério de observação e interpretação dos direitos fundamentais. Por fim, entende-se que outra consequência é a impossibilidade de resolução judicial desses problemas, pelo fato de que o legislador está vinculado ao executivo de maneira objetiva.¹⁴⁹

3.1.5 Teoria axiológica

Esta teoria parte da teoria da integração proposta por Rudolf Smend, na qual o Estado é um processo permanente de integração dentro e fora de uma comunidade de valores. Sendo assim, os direitos fundamentais, para a teoria axiológica, são “um sistema de valores fundamentais da comunidade” e “antes de serem pretensões subjetivas, são normas objetivas”¹⁵⁰.

Diante de tudo o que foi apresentado, pode-se compreender, de forma geral, que os direitos fundamentais são aqueles básicos a qualquer ser humano, independente de qualquer situação específica e pessoal, compondo um “núcleo intangível” de direitos inerentes aos seres humanos e que estão submetidos a uma ordem jurídica¹⁵¹. Por fim, tem-se ainda, na visão de Konrad Hesse, citado por Paulo Bonavides, o ensinamento de que direitos fundamentais são:

¹⁴⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 107.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 107.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 108.

¹⁵¹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Bacharel em Ciências Jurídicas pelo Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB). Pós-Graduando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Professor de Direito Constitucional dos cursos de Pós-Graduação em Gestão Pública e Auditoria Governamental do GranPós/UDF e dos cursos preparatórios para concursos do Grancursos e da Procuradoria Geral da República. Servidor efetivo do MPU (Procuradoria Geral da República), na função de assessor jurídico de Subprocurador-Geral da República (atuação na matéria criminal perante STF e STJ). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC). Ex-professor da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Colaborador permanente do site Jus Navigandi. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade_teorias_gerais_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2015.

“aqueles que visam à criação e manutenção dos pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana. Ressalta desta definição a finalidade precípua dessa gama de direitos, além de ser notável o alargamento de seu âmbito de abrangência, o que por certo desfavorece a sua precisa identificação.”¹⁵²

Consonante a isto e finalizando este tópico, observa-se ainda que direitos fundamentais são imprescindíveis para o desenvolvimento da pessoa humana. Fazendo menção a Dalmo de Abreu Dallari (1998), verifica-se que “esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e participar plenamente da vida”¹⁵³

3.2 A colisão de direitos fundamentais

Ao falar da colisão entre direitos fundamentais, é essencial entender que esta situação é resultado da simples existência de um “catálogo de direitos fundamentais” e, segundo Alexy, “não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais”¹⁵⁴. Pode-se entender então entender que a colisão de direitos fundamentais nada mais é do que uma colisão de princípios, sendo que, ao mesmo tempo, podem colidir dois ou mais princípios simultaneamente.

Também vale ressaltar que, diante do caráter heterogêneo dos direitos fundamentais, o seu conteúdo passa a ser, na maioria dos casos, variável e aberto, somente podendo ser aferido diante da ocorrência de um caso concreto ou diante da relação direta entre esses direitos, sejam eles relacionados entre si ou relacionados a outros valores tutelados pela Constituição.¹⁵⁵

Sendo assim, pode-se entender, segundo Canotilho, o que de fato caracterizaria uma colisão entre direitos fundamentais:

“De um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos diante de um cruzamento ou

¹⁵² HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*, 1983, *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.514

¹⁵³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998. p. 122.

¹⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: 2008

¹⁵⁵ BESSA, Leandro Sousa. **Colisões de direitos fundamentais: propostas de soluções**. Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Foraleza. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Leandro%20Sousa%20Bessa.pdf>>. Acesso em: 4 mar. 2015.

acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um choque, um autêntico conflito de direitos.”¹⁵⁶

Muitas são as teorias que tratam a colisão entre direitos fundamentais, entretanto, no intuito de manter a objetividade deste trabalho, nos restringiremos apenas à apreciação das teorias propostas por Farias¹⁵⁷ e Bergmann Ávila, fazendo uma ligação com os pensamentos de Alexy¹⁵⁸ e Steinmetz¹⁵⁹, sendo que, para nós, estas são as que se encaixam melhor na situação de colisão tratada neste trabalho.

Farias apresenta sua visão a respeito do assunto explicando a existência de duas ocasiões em que é possível destacar a colisão entre direitos fundamentais, elas ocorrem quando:

“(1) o exercício de um direito fundamental colide com o exercício de outro direito fundamental (colisão entre os próprios direitos fundamentais);

(2) o exercício de um direito fundamental colide com a necessidade de preservação de um bem coletivo ou do Estado protegido constitucionalmente (colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais)”.¹⁶⁰

Mesmo sendo uma visão mais genérica, essa abordagem permite entender com clareza a ocorrência desse conflito.

Ainda em relação às possíveis subdivisões dos conflitos, Virgílio Afonso da Silva utiliza as teorias de Mártires Coelho, nesse ponto, claramente influenciado pelos ideais de Bergmann Ávila; para sugerir ainda que a colisão de direitos fundamentais é sinônimo de colisão entre princípios¹⁶¹. Diante disso, Bergmann Ávila propõe as seguintes categorias em relação às possibilidades de conflito entre os princípios:

“(1) a realização do fim instituído por um princípio leva à realização do fim determinado pelo outro: nesse caso, não haveria que se falar em máxima medida, mas somente em realização na medida necessária.

¹⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almeida, 1998, p. 1191.

¹⁵⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

¹⁵⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

¹⁵⁹ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

¹⁶⁰ FARIAS, Edilson Pereira de. Op. cit., p. 90.

¹⁶¹ ARAGÃO, João Carlos Medeiros. Choque entre direitos fundamentais: Consenso ou controvérsia? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 48 n. 189 jan./mar. 2011, p. 266.

(2) a realização do fim instituído por um exclui a realização do fim determinado pelo outro: nesse caso, o problema só poderia ser solucionado com a rejeição de um dos princípios. Esse tipo de colisão seria, segundo ele, semelhante aos casos de conflito entre regras. Isso o leva a afirmar que ‘a diferença não está no fato de que as regras devem ser aplicadas *no todo* e os princípios só na *máxima medida*. Ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de modo que o seu conteúdo de dever seja realizado totalmente’.

(3) a realização do fim instituído por um só leva à realização de parte do fim determinado pelo outro.

(4) a realização do fim instituído por um não interfere na realização do fim buscado pelo outro.”¹⁶²

Adiante, Steinmetz, citado por Aragão, explica os conflitos, afirmando que o fato dos direitos fundamentais viverem em permanente tensão e se limitando de maneira recíproca faz com que em algum momento haja a prevalência de um direito e noutra ocasião prevalece o outro. A partir disso o autor, de maneira mais elaborada, atribui graus de dificuldade às circunstâncias envolvendo direitos fundamentais, dividindo-as em casos fáceis, duvidosos ou difíceis. Dessa forma, ele exemplifica os choques entre direitos fundamentais como sendo situações de casos duvidosos ou difíceis e classifica tal ocasião, afirmando que a colisão ocorre entre

“direitos fundamentais expressos por normas constitucionais, com idêntica hierarquia e força vinculativa, o que torna imperativa uma decisão, legislativa ou judicial, que satisfaça os postulados da unidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática. A solução da colisão é necessária além da utilização dos princípios ou postulados específicos da interpretação constitucional, exige, sobretudo, a aplicação do princípio da proporcionalidade e a argumentação *jus fundamental*.”¹⁶³

Ante esta afirmação, além de definir os sujeitos do conflito, o autor ainda propõe uma possível maneira de solução para ele, o que permite apresentar também outra visão em relação à possível solução.

Alexy (2001, p. 295), ao aprofundar o tema, formulou a tese concernente ao conflito entre regras de direito, trazendo o pensamento de que o choque entre os princípios constitucionais, assumidos como direitos fundamentais, deve ser resolvido por critérios de valoração; ao passo que, diante dos conflitos entre regras, a solução

¹⁶² ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios, 1999, *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, São Paulo, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.

¹⁶³ STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade, 2001, *apud* ARAGÃO, João Carlos Medeiros. Choque entre direitos fundamentais: Consenso ou controvérsia? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 48 n. 189 jan./mar. 2011, p. 266.

deve ocorrer por meio da aplicação da cláusula de exceção ou da declaração de invalidade de uma das regras em conflito. Sendo assim: “Quando há dois princípios equivalentes abstratamente, prevalecerá, no caso concreto, o que tiver maior peso diante das circunstâncias. A tensão entre ambos os princípios não pode ser resolvida com a atribuição de prioridade absoluta de um sobre o outro”.¹⁶⁴

3.3 Homofobia e liberdade religiosa no centro da problemática

Deste ponto em diante será apresentada a discussão principal deste trabalho, abordando os limites entre o exercício dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais.

No primeiro capítulo, o foco foi entender os conceitos inseridos no universo LGBT, em que se apresentou também um breve desenvolvimento histórico da homossexualidade e por fim foram abordadas as principais causas da homofobia, que se estendem até a atualidade. Acredita-se que seria mais didático tratar da luta contra a homofobia neste último capítulo, visto que observação e associação entre os temas (liberdade religiosa e homofobia) ficará mais clara e passível de melhor compreensão se forem feitas juntas.

As principais reivindicações das classes homossexuais são pela igualdade na forma de tratamento, equiparação entre os direitos e garantias assegurados aos heterossexuais, e por fim pela criação de dispositivos legais para proteger esta parcela social contra a discriminação e o preconceito. O embasamento utilizado como legitimador dessa luta está fundada, sobretudo, em três pilares constitucionais: a liberdade, a igualdade e a dignidade.

Esses princípios são entendidos como básicos no constitucionalismo clássico e nas declarações de direitos humanos, “cuja afirmação implica o reconhecimento da dignidade de cada ser humano em orientar-se, de modo livre sendo merecedor de igual respeito, na esfera de sua sexualidade”¹⁶⁵. Dentro dessa perspectiva, a liberdade e a igualdade tem a função de proteger e garantir a dignidade, ao ponto que elas se desdobram em vários direitos, e estes passam a ser manifestações concretas de

¹⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos fundamentales**. 2001, *apud* ARAGÃO, João Carlos Medeiros, Choque entre direitos fundamentais: Consenso ou controvérsia? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 48 n. 189 jan./mar. 2011, p 266.

¹⁶⁵ RIOS, Roger Raupp. **Para um direito democrático da homossexualidade**. 2001. . Acesso em: 17 mar. 2015, p. 15.

seus conteúdos dentro das questões envolvendo a sexualidade; agregando o conteúdo jurídico necessário que possibilite confrontar as diversas situações de cunho social e individual.¹⁶⁶

A dignidade da pessoa humana, presente na Carta Maior, em seu artigo 1º, inciso III, pode ser entendida como a qualidade inerente à própria condição humana, devendo ser promovida, reconhecida, respeitada e protegida; representando assim um valor absoluto, inalienável e irrenunciável¹⁶⁷. Nesse sentido, Alexandre Morais explica que:

“A dignidade da pessoa humana atribui unidade aos direitos e garantias fundamentais, inerente às personalidades humanas afastando a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em função da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral intrínseco da pessoa, que se manifesta singularmente na sua autodeterminação consciente e responsável, trazendo consigo a pretensão ao respeito das demais pessoas, edificando um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, todavia sem menosprezar o merecimento das pessoas enquanto seres humanos.”¹⁶⁸

Ainda nessa seara, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1948 assevera em seu artigo 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”. Torna-se clara então a relação direta, dentro e fora da Constituição Federal, entre estes três princípios.

Mais do que mecanismos assecuratórios da dignidade, a liberdade e a igualdade pressupõem fundamentos e meios para o pleno gozo delas, o que sem elas não seria possível. Sob esta ótica, depara-se com o direito à igualdade e o direito à liberdade.

No âmbito jurídico a igualdade consiste no tratamento igualitário dos indivíduos, atribuindo-lhes os mesmos direitos e obrigações. Fazendo referencia à

¹⁶⁶ RIOS, Roger Raupp, **Para um direito democrático da homossexualidade**. 2006. Horiz. antropol. vol.12 no.26 Porto Alegre July/Dec. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832006000200004>. Acesso em: 17 mar. 2015, p. 15.

¹⁶⁷ NEVES, Mariana Moreira; PIOVESAN, Flávia. Os direitos fundamentais e o direito homoafetivo: a invalidade dos questionamentos preconceituosos. **Revista Jurídica Cesumar- Mestrado**, v. 14, n. 1, p. 93-117, jan./jun. 2014, p. 101.

¹⁶⁸ MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.16.

perspectiva aristotélica, a igualdade “consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”¹⁶⁹. Sendo assim: “O fundamento do direito de igualdade encontra-se no princípio de que todos devem ser tratados de forma igual perante a lei. Todos nascem e vivem com os mesmos direitos e obrigações perante o Estado”¹⁷⁰.

Quando se fala no direito à igualdade não podemos deixar de mencionar o artigo 5º da Constituição Federal que assim versa:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.”

Mesmo diante da clareza desse dispositivo constitucional, o acesso e proteção às garantias citadas não é um tema simples. Por mais cuidadosa que possa ter parecido, a Lei Maior, ao tratar da igualdade e vedação às discriminações, “olvidou-se de proibir de modo expresso o tratamento desigual em decorrência da orientação sexual e identidade de gênero”, gerando um “sistema de exclusão”, oposto ao que pretendia assegurar.¹⁷¹

Também presente no *caput* do artigo constitucional anteriormente citado e no inciso II deste, o direito à liberdade foi claramente uma preocupação do legislador, no instante em que se buscou garantir, por meio da positivação desse direito, a faculdade do cidadão de fazer ou não algo. Mesmo assim, trata-se de um direito não absoluto, visto que essa liberdade não permite que o indivíduo aja da maneira que bem entender.¹⁷²

Segundo os ensinamentos de Luís Roberto Barroso, “Não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos é privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência”¹⁷³,

¹⁶⁹ NEVES, Mariana Moreira; PIOVESAN, Flávia. Os direitos fundamentais e o direito homoafetivo: a invalidade dos questionamentos preconceituosos. **Revista Jurídica Cesumar- Mestrado**, v. 14, n. 1, p. 93-117, jan./jun. 2014, p. 103.

¹⁷⁰ PINHO, Rodrigo César Rabello. **Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 99.

¹⁷¹ POSSAMAI, Paulo César; NUNES, Anderson da Cruz. O tema da homofobia em dissertações e teses. **MÉTIS: história & cultura** – v. 10, n. 20, p. 273-284, jul./dez. 2011, p. 104.

¹⁷² PINHO, Rodrigo César Rabello. Op. cit., p. 86.

¹⁷³ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 17, p. 105-138, jan./jun. 2011, p. 124. Disponível em: <<http://www.revistasconstitucionales.unam.mx/pdf/2/art/art4.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

visto que o direito à liberdade é oriundo da autonomia privada de cada indivíduo. Diante disso, constata-se claramente está-se diante de um “mega” princípio, cuja abrangência alcança vários direitos a outras liberdades, como por exemplo, a liberdade de consciência, de opinião, de crença, dentre outras.

Baseada então nesses fundamentos, a luta dos homossexuais contra a homofobia e a desigualdade, encontra evidente amparo constitucional, porém, na visão de muitos, isso não é o suficiente. A título exemplificativo e de complementação do conteúdo trabalhado, apresenta-se de forma sucinta a materialização desses fundamentos aplicados à luta anti-homofobia, por meio de dois projetos de leis.

O PLC n. 122/2006, tem como finalidade definir os crimes resultantes de preconceito ou discriminação em razão de sexo, gênero, identidade de gênero e orientação sexual. O referido projeto pretende ainda, alterar a Lei n. 7.716, de data completa de 1989, que define os crimes provenientes de preconceito por cor ou raça e também busca dar nova redação ao art. 140 do Código Penal. Este projeto foi originalmente proposto em agosto de 2001, sob a forma do PL n. 5.003/2001, pela então deputada federal Iara Bernardi (PT-SP).¹⁷⁴

Posteriormente, no dia 21 de maio de 2014, Maria do Rosário, ex-ministra dos Direitos Humanos e atualmente deputada federal do PT-RS, protocolou o Projeto de Lei nº 7582/2014, visa coibir todos os atos que representem intolerância contra “grupos vulneráveis”, principalmente LGBT. A deputada defendeu que o aumento da discriminação e da violência contra esses grupos ocorre principalmente por não haver dispositivos legais adequados para a proteção deles, afirmando que “essas pessoas estão desprotegidas diante da violência por que o Estado não lhes dá segurança e nem igualdade na sua cidadania. Então é preciso sim assegurar essa igualdade ao segmento dos LGBT”, neste sentido defende Maria do Rosário.¹⁷⁵

Atualmente estes são os dois principais projetos de lei que versam sobre esta matéria, e que melhor traduzem a luta dos movimentos LGBTs, que estão baseados nos três pilares principiológicos citados inicialmente. Dessa forma, o objetivo deles é coibir os

¹⁷⁴ AZEVEDO, Reinaldo. **O PLC 122, a dita “lei anti-homofobia”**. 14 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/o-plc-122-a-dita-lei-anti-homofobia-esta-arquivado-mas-outro-texto-vem-por-ai-com-ainda-mais-problemas-ou-bom-senso-nao-e-preconceito/>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

¹⁷⁵ Ibidem

crescentes casos de violência contra homossexuais, conforme aponta a notícia abaixo, publicada em 27 de junho de 2013:

“Segundo Relatório sobre Violência Homofóbica no Brasil com dados referentes a 2012, divulgado nesta quinta-feira (27) pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH), os casos de violações (que inclui violência física, psicológica e discriminação) contra homossexuais no Brasil cresceram 46,6% no ano passado. No ano de 2012, houve 9.982 casos de violações contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. Em 2011, esse número foi de 6089 casos. Por dias foram registrados 27,3 casos de violações.

O relatório também mostrou um aumento considerável no número de denúncias: 166%. De 1.159 denúncias no Disque 100 (da Secretaria de Direitos Humanos) e Disque 180 (da Secretaria de Política para as Mulheres) em 2011, o valor saltou para 3.084.”¹⁷⁶

No capítulo anterior, foi possível entender melhor o conceito de liberdade de crença, seu surgimento e suas implicações no direito, no Estado e na sociedade em geral. Sendo assim será feito apenas um breve relato de hostilidade contra um líder cristão e em seguida dois projetos de lei que visam resguardar o direito à liberdade religiosa.

Originalmente, a principal ocorrência de hostilidade para com aqueles que professam uma crença, resulta de ideais religiosos opostos, ou seja, crenças que possuem doutrinas cujos princípios são vistos e aplicados de formas diferentes em cada uma delas. Isso ocorre no momento em que um grupo de fiéis entende que as convicções e os ensinamentos de sua religião são absolutos, passando a eliminar “automaticamente a noção de que outros entendimentos religiosos possam existir”.¹⁷⁷

Entretanto, com o passar do tempo, provavelmente em função da repressão anteriormente sofrida, foi possível enxergar no âmbito social o crescimento da hostilidade e da aversão dos homossexuais à religião e seus seguidores, mais precisamente contra o cristianismo. Isso pode ser percebido diante da notícia que segue, cuja ocorrência do fato foi inclusive filmada:

¹⁷⁶ MATSUKI, Edgar. **Casos de violência contra homossexuais crescem 46% em 2012; denúncias sobem 166%**. 27 de junho de 2013. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/06/27/casos-de-violencia-contr-homossexuais-cresceram-46-em-2012.htm>>. Acesso em: 5 abr. 2015.

¹⁷⁷ FELDENS, Priscila Formigheri. **Preconceito religioso: um desafio à liberdade religiosa, inclusive expressiva**. 2008. Tese de Mestrado em direitos fundamentais da UFRJ/Canoas. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1677-065x/v6n12/Microsoft_Word_-_ARTIGO_PRECONCEITO_RELIGIOSO...._Priscila_Feldens_-_ABNT.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2015.

“O presidente da Comissão de Direitos Humanos da Câmara, o deputado Marco Feliciano (PSC-SP), e o produtor musical Roberto Marinho foram hostilizados dentro do avião, que partiu de Brasília, por um grupo de gays. Dois deles se levantaram, foram ao lado das poltronas de Feliciano e Marinho, começaram a dançar — um se esfregava em Marinho, e o outro passou a mão na cabeça do deputado.”¹⁷⁸

Assim como por parte dos homossexuais, há também o interesse do segmento religioso (a bancada cristã) em resguardar e proteger sua crença, além do que já foi positivado na Constituição, conforme já apresentado no capítulo II. Para isso surgem projetos de lei como o Projeto de Lei da Câmara (PLC) 160/2009.

Tal projeto foi proposto em 2009, pelo deputado George Hilton (PRB-MG), logo após o Brasil ter assinado, no ano anterior, um acordo instituindo o Estatuto Jurídico da Igreja Católica no país. OPLC 160/2009 foi para o Senado sendo aprovado em 2010, posteriormente foi também aprovado, em 2013, pela Comissão de Assuntos Sociais. O texto ainda precisava ser aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), mas, por acordo entre alguns líderes, foi encaminhado ao plenário. Ademais, “como não foi votado, voltou para a CAE, onde foi redistribuído em agosto de 2014 para receber relatório do senador Flexa Ribeiro (PSDB-PA)”.¹⁷⁹

Abaixo seguem os principais objetivos do projeto:

“O PLC 160/2009 assegura o livre exercício religioso, a proteção aos locais de cultos e suas liturgias e a inviolabilidade de crença no país. O projeto garante, ainda, isenção de impostos às entidades religiosas, assim como ao seu patrimônio, renda e serviços, desde que relacionados às finalidades essenciais. No que diz respeito à imunidade e à isenção, as instituições religiosas que exerçam atividade social e educacional sem finalidade lucrativa têm garantido tratamento idêntico ao assegurado às entidades filantrópicas.

Outros pontos garantidos no texto são a liberdade de assistência espiritual a fiéis em hospitais, estabelecimentos educacionais e presídios, além da prestação de assistência religiosa em quartéis das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) e das Forças Auxiliares (polícias militares e bombeiros). Emenda do senador Rodrigo Rollemberg (PSB-DF) aprovada pela CAE garante essa liberdade mesmo a instituições sem organização formal.

¹⁷⁸ AZEVEDO, Reinaldo. **Militantes gays hostilizam Feliciano dentro de avião. Onde está mesmo a intolerância? Ou: Se deputado tivesse reagido, como eles queriam, seria homofobia?** 10 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/militantes-gays-hostilizam-feliciano-dentro-de-aviao-onde-esta-mesmo-a-intolerancia-ou-se-deputado-tivesse-reagido-como-eles-queria-seria-homofobia/>>. Acesso em: 6 abr. 2015.

¹⁷⁹ MONTEIRO, Arthur. **Lei Geral das Religiões segue sem definição.** 4 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/09/04/lei-geral-das-religioes-segue-sem-definicao>>. Acesso em: 6 abr. 2015.

O texto também prevê o ensino religioso, de matrícula facultativa, como disciplina do ensino fundamental, respeitando a diversidade cultural religiosa. Além disso, reconhece os efeitos civis do casamento religioso, garante o segredo de ofício sacerdotal e descaracteriza qualquer vínculo empregatício entre ministros e instituições religiosas.”¹⁸⁰

Outro dispositivo é o Projeto de Lei 1411/2011, proposto pelo deputado Washington Reis do (PMDB-RJ), que atualmente está sendo analisado pela Câmara dos Deputados. Esse projeto visa resguardar o exercício da fé religiosa, no instante em que isenta os templos religiosos e seus respectivos clérigos de celebrar qualquer tipo de casamento que seja incompatível com a sua respectiva crença. Tal proposta também deixa claro que, não aceitar –em cultos ou quaisquer outros tipos de celebração religiosa– a permanência de cidadãos que estejam violando seus valores, liturgias, crenças e doutrinas ou mesmo o bom andamento da celebração, por meio de suas condutas, verbais ou não verbais, não caracteriza crime.¹⁸¹

O argumento do deputado é o de que: “Não obstante o direito que assiste às minorias, na legítima promoção do combate a toda e qualquer forma de discriminação, há que se fazê-lo sem infringir outros direitos e garantias constitucionais e sem prejudicar princípios igualmente constitucionais”.¹⁸²

Insta ressaltar que os direitos de dignidade e liberdade também são garantidos àqueles que professam uma crença religiosa. Não se trata então de garantias que abraçam uns e repudiam outros, e sim, de grandes princípios que abrangem diferentes segmentos sociais simultaneamente. Respeitados os devidos limites, ambos os direitos devem ser defendidos e assegurados, mesmo que possuam enfoques diferentes, o que deve ser feito de uma maneira que mantenha o respeito e a ordem.

¹⁸⁰ MONTEIRO, Arthur. **Lei Geral das Religiões segue sem definição**. 4 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/09/04/lei-geral-das-religioes-segue-sem-definicao>>. Acesso em: 6 abr. 2015.

¹⁸¹ MONTEIRO, Mariana. **Projeto estabelece que não é crime templo religioso não realizar casamento de homossexual**. 19 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/207206-PROJETO-ESTABELECE-QUE-NAO-E-CRIME-TEMPLO-RELIGIOSO-NAO-REALIZAR-CASAMENTO-DE-HOMOSSEXUAL.html>>. Acesso em: 6 abr. 2015.

¹⁸² Ibidem.

3.3.1 Os dois pontos da discussão

Envolvendo esta proposta de discussão, têm-se as duas principais colocações a respeito do tema:

- 1) O Estado e o exercício da liberdade religiosa não devem ferir a dignidade, a igualdade e a liberdade do indivíduo homossexual;
- 2) O Estado e os ideais defendidos pelos movimentos LGBT não devem violar a liberdade religiosa, suas liturgias e cultos; tampouco desrespeitar a crença desses indivíduos.

Para ilustrar a primeira situação, vale-se da notícia publicada em 2 de abril de 2015, em relação a um ato de uma deputada do estado de Indiana nos Estados Unidos. Mesmo não relatando uma situação ocorrida dentro do cenário nacional, a notícia ilustra com perfeição a possibilidade de materialização daquilo que foi abordado nessa primeira colocação.

No dia 26 de março de 2015 foi aprovada em Indiana nos Estados Unidos uma lei “considerada homofóbica”, aprovada pelo governador republicano Mike Pence. Essa lei prevê o direito de proibir a entrada de casais homossexuais nos estabelecimentos comerciais que assim desejem fazer. O argumento para tal é de que esta lei visa defender a “liberdade religiosa” e religiões que não aceitam a homossexualidade.¹⁸³

O governador sustenta que “Este projeto de lei não é discriminatório, e se eu pensasse que legaliza a discriminação de alguma maneira, o teria vetado” e ainda garante que o intuito é garantir que a “liberdade religiosa esteja totalmente protegida sob a legislação de Indiana”¹⁸⁴. Diante de um possível boicote por parte das principais empresas comerciais, o Governador, em 31 de março de 2015, declarou, segundo a notícia do *site* UOL, que

“alterará a Lei para Restaurar a Liberdade Religiosa, aprovada na última semana e que implicava a segregação da população homossexual do estado norte-americano. A decisão vem em meio a

¹⁸³ [site] A CAPA. **Indiana, nos EUA, aprova lei que autoriza discriminação de homossexuais em comércio**. 27 de março de 2015. Disponível em: <<http://acapa.virgula.uol.com.br/politica/indiana-nos-eua-aprova-lei-que-autoriza-discriminacao-de-homossexuais-em-comercios/2/13/26195>>. Acesso em: 7 abr. 2015.

¹⁸⁴ Ibidem.

uma série de pressões e críticas de políticos e da sociedade civil contra a legislação”.¹⁸⁵

Trazendo a notícia para o contexto do direito brasileiro, entende-se, assim como Silvano Andrade do Bonfim, que a conquista da liberdade religiosa foi um grande avanço tanto no âmbito nacional quanto internacional e veio através de longos séculos de embates. Embora tendo sido tornada efetiva em período anterior às conquistas galgadas pelo grupo homossexual, a liberdade de crença “não apaga a importância e a necessidade do Estado continuar a garantir, doravante, os direitos e prerrogativas de ambas as classes, posto que tais direitos emanam do mesmo princípio de liberdade e igualdade com que são dotados todos seres humanos”.¹⁸⁶

Diante dessa questão, verifica-se que:

“quando se tem em mente a penosa conquista das liberdades religiosa e homossexual, que ambas devem ser protegidas – e são – pela Constituição da República, não havendo, nesse sentido, direito maior ou menor de qualquer dos grupos. Em outras palavras, tanto permite e protege a lei brasileira qualquer expressão homossexual como permite e protege o direito à liberdade de consciência, da qual irradia a liberdade religiosa. A liberdade de consciência, nas palavras de Pontes de Miranda (1987, p. 626-7), é direito fundamental absoluto e supra-estatal, não suscetível de suspensão. Entretanto, como preleciona Sampaio Dória (1958, p. 714), “os abusos, isto é, as ofensas aos direitos alheios, já deixam de ser liberdade”, ensejando a atuação estatal para coibi-los.”¹⁸⁷

Finalizando a apreciação da primeira colocação, deve-se entender que a liberdade religiosa não pode ser usada como “*salvo conduto*” para violações de direitos constitucionais igualmente conferidos aos demais indivíduos.

A violação da segunda colocação proposta pode ser constatada, por exemplo, a partir do caso ocorrido em setembro de 2013, onde “duas jovens de 20 e 18 anos participavam de um protesto no evento V Glorifica Litoral em uma praça pública de eventos em praia de São Sebastião (SP) e deram um beijo na boca perto do palco”¹⁸⁸.

¹⁸⁵ [site] OPERAMUNDI. **Após críticas e boicotes, estado dos EUA vai alterar lei que possibilita discriminação de gays**. 31 de março de 2015. Disponível em:

<<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/39985/apos+criticas+e+boicotes+estado+dos+eua+va+ai+alterar+lei+que+possibilita+discriminacao+de+gays.shtml>>. Acesso em: 7 abr. 2015.

¹⁸⁶ BONFIM, Silvano Andrade do. Homossexualidade, direito e religião: da pena de morte à união estável. A criminalização da homofobia e seus reflexos na liberdade religiosa. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo: RBDC, n. 18, pp. 71-103, jul./dez. 2011, p. 91.

¹⁸⁷ Ibidem, pp. 93-94

¹⁸⁸ RIBEIRO, Marcelle. Especialistas afirmam que não há crime em beijo gay em culto. 12 de março de 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/especialistas-afirmam-que-nao-ha-crime-em->

Na ocasião, o preletor era o presidente da Comissão de Direitos Humanos da Câmara e também pastor, Marco Feliciano, que ao se deparar com a situação ordenou a retirada e a prisão das jovens sob o argumento de que

“as duas cometeram o crime do artigo 208 do Código Penal que prevê pena de um mês a um ano de prisão para quem “escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso”.¹⁸⁹

Embora totalmente correto, em nossa opinião, a atitude do deputado causou grande alvoroço e debates a respeito da questão, gerando várias opiniões e pareceres de diversos juristas e políticos. Porém, essa situação demonstra claramente uma tentativa de no mínimo afrontar a fé dos que ali estavam. A expressão contrária aos ideais de outra pessoa deve primar pelo bom senso e respeito, o que vale para ambos os lados.

Diante do que foi apresentado, será feita, no próximo capítulo, a indicação do princípio da proporcionalidade como possível ferramenta de solução ou mediação dos conflitos resultantes da colisão entre estes segmentos sociais.

3.3.2 A proposta de balanceamento

Diante das questões apresentadas no tópico anterior, adentra-se então à proposta de mediação em meio à problemática suscitada. A partir do que foi demonstrado, fica evidente o conflito entre estes dois segmentos sociais, de um lado temos uma comunidade religiosa que é doutrinariamente contrária à homossexualidade, amparada pela liberdade de exercício de crença, e que se manifesta abertamente nesse sentido. Do outro lado, tem-se uma comunidade homossexual há séculos reprimida por diferentes grupos sociais, principalmente pela igreja, e que busca sua inserção no meio social de uma forma segura, digna e igualitária.

Sendo assim, depara-se com um ponto no qual fica muito difícil distinguir o que é uma livre manifestação da crença religiosa e o que vem a ser uma atitude homofóbica, sendo que, aparentemente, para o público homossexual, o simples fato de se manifestar de forma contrária à homoafetividade caracteriza a homofobia. Por outro

beijo-gay-em-culto-9996569#ixzz3VX33kQNW>. Acesso em: 7 abr. 2015.

¹⁸⁹ RIBEIRO, Marcelle. Especialistas afirmam que não há crime em beijo gay em culto. 12 de março de 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/especialistas-afirmam-que-nao-ha-crime-em-beijo-gay-em-culto-9996569#ixzz3VX33kQNW>>. Acesso em: 7 abr. 2015.

lado, esbarra-se no impasse entre a liberdade e a manifestação do “discurso do ódio”¹⁹⁰ camuflado no exercício dessas liberdades.

A ocorrência desses embates é bem evidente, uma vez que a defesa e o exercício dos direitos desses dois grupos fatalmente implicam um dissenso, resultante do que é defendido por cada um deles. Nesse momento, busca-se demonstrar a solução do conflito à luz da ponderação e do princípio da proporcionalidade, resultantes do exercício do direito à liberdade religiosa e dos ideais defendidos pelo público LGBT, fundados nos pilares já apresentados – dignidade, liberdade e igualdade.

Primeiramente, deve-se compreender que o princípio da proporcionalidade é um resultado lógico da definição de princípios, ao ponto que esta definição também resulta logicamente do princípio da proporcionalidade. Diante disso, pode-se perceber que a correlação entre eles, em razão de que o princípio da proporcionalidade está inserido no Estado de direito democrático constitucional, constituindo a essência dos direitos fundamentais.¹⁹¹

O princípio da proporcionalidade, em cuja ponderação está inserida, se divide em três princípios parciais: o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Tais princípios são elementos estruturais do princípio da proporcionalidade, também chamados de princípios parciais ou subprincípios.¹⁹²

3.3.2.1 O princípio da adequação

Este princípio também é conhecido como princípio da idoneidade ou princípio da conformidade. Através dele exerce-se a função de verificar “se a decisão normativa restritiva do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade

¹⁹⁰ "É chamado **discurso de ódio** determinada mensagem que busca promover o ódio e incitação a discriminação, hostilidade e violência contra uma pessoa ou grupo em virtude de raça, religião, nacionalidade, orientação sexual, gênero, condição física ou outra característica. O discurso do ódio é utilizado para insultar, perseguir e justificar a privação dos direitos humanos e, em casos extremos, para dar razão a homicídios". [site] INFOESCOLA. Discurso de ódio. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/discurso-de-odio/>>. Acesso em: 7 abr. 2015.

¹⁹¹ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação. Orientador: Heck, Luís Afonso. 2010. Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/88482?locale=pt_BR>. Acesso em: 7 abr. 2015, p. 273.

¹⁹² STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 148.

perseguida”¹⁹³. Trata-se então de uma forma de investigar a idoneidade de aplicação da norma, e constatar se ela é a medida mais apropriada para solucionar o fim almejado. Por sua vez, esse juízo de adequação “pressupõe que, conceitualmente, saiba-se o que significam meio e fim e que, empiricamente, identifique-se claramente o meio e o fim que estruturam a restrição de direito fundamental”¹⁹⁴.

Dentro dessa esfera surge uma questão importantíssima: Quando um meio é adequado? A resposta para tal pergunta possui duas formulações, uma negativa e outra positiva do princípio da adequação. Em conformidade com Steinmetz, entende-se que a resposta mais clara para a pergunta encontra repouso na formulação negativa:

“Segundo a fórmula negativa, uma medida é não-idônea se o for completamente. Significa que, do ponto de vista do controle de constitucionalidade da restrição por meio do princípio da adequação, nem sempre há um único meio idôneo, mas que pode haver vários. Ou seja, o Tribunal admite que pode haver vários meios para se atingir o objetivo ou finalidade pretendida.”¹⁹⁵

Dentro desse âmbito é possível depreender que o juízo de adequação não trata da idoneidade de um método em relação ao outro nem da prevalência de um deles, apenas diz se este método é apropriado, útil e idôneo.

Já a forma positiva apenas diz que a adequação do meio está associada à capacidade que ele tem de alcançar os resultados desejados, então, conforme Steinmetz, “o exame de adequação do esquema meio-fim tem caráter empírico. Pergunta-se se o meio utilizado é útil, empírica ou faticamente, para alcançar o objetivo pretendido”¹⁹⁶.

3.3.2.2 O princípio da necessidade

Dentro desse princípio, busca-se avaliar “a necessidade da decisão normativa restritiva de direito fundamental”, no intuito de alcançar uma finalidade constitucionalmente justificada. Caso haja apenas uma mediadora idônea, a finalidade passa a se identificar se há alguma medida estatal diferente, mas também restritiva e

¹⁹³ Ibidem, p.149.

¹⁹⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. PortoAlegre: Livraria do advogado, 2001.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 150.

¹⁹⁶ Ibidem.

igualmente eficaz e adequada, que seja aplicada “de forma menos prejudicial ao direito fundamental em questão”.¹⁹⁷

Dessa forma, diante da existência e possibilidade em aplicar outros meios idôneos, necessariamente deve-se optar pelo menos danoso ou gravoso ao exercício do direito fundamental. Nesse princípio são identificadas pelo menos quatro notas essenciais:

“A primeira, já exposta, é o da ingerência ou intervenção mínima no exercício do direito fundamental pelo seu titular. A segunda é a de que se parte da hipótese de que havia ou pode haver uma medida alternativa menos gravosa. É a presença do elemento da dúvida. [...] A terceira nota essencial é a da comparabilidade dos meios ou das medidas de restrição. Inicialmente, compara-se adotando o critério da menos prejudicialidade. Se houver empate no quesito prejudicialidade, então verifica-se qual é o meio ou medida mais eficaz. [...] A quarta nota essencial é a dimensão empírica. É um juízo de conteúdo empírico aquele que indica qual é o meio menos prejudicial.”¹⁹⁸

Por fim, de acordo com os ensinamentos de Alexy, é possível compreender que tanto a máxima da necessidade quanto a máxima da adequação são derivadas dos princípios “definidos como mandatos de otimização” diante da relação com as possibilidades fáticas.

3.3.2.3 O princípio da proporcionalidade em sentido estrito

Inicialmente, pode-se compreender que na aplicação desse princípio o intuito é examinar a razoabilidade e a proporcionalidade existente entre a decisão normativa e a finalidade, observando-se os efeitos produzidos no direito fundamental que restringem ou afetam. Em razão disso, pode-se perceber que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito nada mais é do que a ponderação de bens propriamente dita (em sentido amplo).¹⁹⁹

A nosso ver, esta é a parte mais importante diante da análise do princípio da proporcionalidade. Para Wilson Antônio Gavião Filho, a ponderação de bens pode ser apreciada da seguinte forma: “A ponderação de bens é o método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito; o método que

¹⁹⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. PortoAlegre: Livraria do advogado, 2001, pp. 150-151.

¹⁹⁸ Ibidem, pp. 150-151.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 152.

determinará qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão”²⁰⁰.

A aplicação desse método foi inaugurada em 15 de janeiro de 1958, no 1º Senado do Tribunal Constitucional alemão, através do famoso Caso Lüth²⁰¹. Há aqueles que acreditam ser esta a decisão mais importante já proferida pela Corte alemã. Nessa decisão o Tribunal Constitucional fez prevalecer:

*“o sentido dos direitos fundamentais sobre as normas do Direito ordinário, a partir de um juízo de ponderação de bens, reformou a decisão dos tribunais inferiores, impondo a ideia de que, a partir de então, toda a ordem jurídica deveria ser interpretada à luz do Direito Constitucional, mais especialmente a partir dos direitos fundamentais, ainda que se cuidasse, como no caso, de relações jurídicas entre particulares.”*²⁰²

Canotilho²⁰³ nos ensina ainda que “as noções de ponderação ou de balanceamento representam uma variação metodológica no âmbito do direito constitucional”, apresentando três razões para esta variação. A primeira diz respeito à necessidade de se ter uma norma de decisão que avalie as circunstâncias do caso, em função de não haver hierarquia abstrata entre bens constitucionais. A segunda é oriunda da natureza principal de muitas normas constitucionais, especialmente aquelas que garantem direitos fundamentais, o que, diante de uma hipótese de colisão, “exige uma solução diferenciada do conflito de regras (antinomia)” à luz de um balanceamento ou ponderação. Por fim, a terceira razão: “fractura da unidade de valores de uma comunidade que obriga a leituras várias dos conflitos de bens, impondo uma cuidadosa análise dos bens em presença e uma fundamentação rigorosa do balanceamento efectuado para a solução dos conflitos”²⁰⁴.

Diante de tudo isso, pode-se compreender que, para a aplicação da ponderação de bens, são necessários alguns pressupostos básicos. Inicialmente, deve haver a existência de colisão entre bens constitucionais e direitos fundamentais

²⁰⁰ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Orientador: Heck, Luís Afonso. 2010. Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/88482?locale=pt_BR>. Acesso em: 7 abr. 2015, p. 140.

²⁰¹ GUEDES, Néviton. **Uma decisão judicial que se tornou celebridade internacional**. 19 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>>. Acesso em: 7 abr. 2015.

²⁰² Ibidem.

²⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almeida, 1998, p. 1109.

²⁰⁴ Ibidem, p. 1109.

protegidos, em que o exercício de um implica “a afetação, restrição ou até mesmo a não realização do outro”. Por último, deve-se verificar a não existência de uma hierarquia abstrata entre os direitos colidentes; ou seja, deve surgir a impossibilidade de se criar ou aplicar uma regra de prevalência definitiva, “prescindindo das circunstâncias do caso concreto”.²⁰⁵

3.3.3 O procedimento de aplicação do princípio da proporcionalidade

Muitas vezes, dentro do processo judicial, depara-se com a existência de conflitos entre princípios constitucionais, os quais devem ser solucionados pelo Estado. Porém, a incumbência de exercer o poder/dever não é absoluto, visto que trata-se de um choque entre regras ou princípios pertencentes a um mesmo patamar hierárquico dentro da pirâmide normativa e, conseqüentemente, dentro do ordenamento jurídico pátrio²⁰⁶. Dessa forma:

“É neste contexto que se faz o uso do princípio da proporcionalidade, por meio da ponderação dos valores constitucionais colididos diante de um caso concreto. Não se exclui, portanto, um princípio em detrimento do outro, pois é feito um sopesamento destes valores conflitantes, dando certa relevância àquele que se provar mais adequado a solucionar a desavença em apreço.”²⁰⁷

Como já foi dito anteriormente, o primeiro passo para a aplicação desse princípio é verificar se existe um conflito entre direitos fundamentais, neste primeiro instante o intuito é descobrir a finalidade que se deseja alcançar através da decisão normativa e se ela encontra a justificativa constitucionalmente adequada sem violar a Constituição.²⁰⁸

Neste sentido, o professor Humberto Ávila ensina que:

“O postulado da proporcionalidade pressupõe a relação de causalidade entre o efeito de uma ação (meio) e a promoção de um estado de coisas (fim). Adotando-se o meio, promove-se o fim. E, quanto à razoabilidade, explica que entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada há uma relação entre qualidade e a medida adotada,

²⁰⁵ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. PortoAlegre: Livraria do advogado, 2001, pp. 142-143.

²⁰⁶ HODNIKI, Juliana Ferreira; GUERRA, Renata Rocha. **Aplicação do princípio da proporcionalidade no devido processo legal**. Artigo, 22 páginas. Programa de Bolsa Institucional de Iniciação Científica (PIBIC/CNPQ), Projeto: F- 011/2005. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32741-40370-1-PB.pdf>> . Acesso em: 7 abr. 2015.

²⁰⁷ Ibidem.

²⁰⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. Op. cit., p. 153.

ênfatizando que uma qualidade não leva a medida, mas é critério intrínseco a ela.”²⁰⁹

Sendo assim, pode-se entender que o controle por meio da proporcionalidade só se inicia a partir da legitimidade constitucional do fim almejado, associada ao segundo passo, que consiste no mapeamento do conflito, de forma a compreender todas as circunstâncias do caso concreto, não deixando de lado a busca pela constitucionalidade do fim pretendido, diante da avaliação das circunstâncias fáticas²¹⁰. A junção desses dois passos iniciais pode ser entendida como controle ou “testes preliminares”²¹¹.

Segundo Steinmetz, após “realizados os *testes* preliminares, procede-se, sucessivamente, aos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, observando-se a inter-relação entre os princípios”. Então, pode-se entender que o meio (uma decisão normativa) é considerado proporcional em sentido amplo quando primeiramente for adequado, necessário e por fim, proporcional em sentido estrito, nessa ordem; valendo ressaltar que a apreciação e configuração do primeiro é pré-requisito para a aplicação do próximo e assim sucessivamente.²¹²

Por fim, conforme Alexy (2001), em função do caráter principal dos direitos fundamentais, tendo sido devidamente analisadas as circunstâncias do caso, haverá a necessidade de se “fundamentar racionalmente o resultado da ponderação de bens (a relação de precedência condicionada)”²¹³.

Conclui-se então que o intuito do princípio da proporcionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, buscando garantir e otimizar estes direitos dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. Ao passo que:

“O princípio da proporcionalidade autoriza somente restrições ou limitações que sejam adequadas, necessárias, racionais ou razoáveis. Operacionaliza-se mediante um procedimento metódico racional, o qual pressupõe (a) a existência de uma estrutura meio-fim, (b) que o fim seja constitucional, (c) que se identifiquem as circunstâncias

²⁰⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios, 1999, apud SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista latino-americana de estudos constitucionais, São Paulo, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.

²¹⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. Op. cit., p. 154.

²¹¹ Ibidem.

²¹² Ibidem, p. 154.

²¹³ Ibidem.

relevantes do caso [...] e, (d) que, por fim, apliquem-se, sucessivamente, os três princípios parciais constitutivos.”²¹⁴

Dentro da problemática proposta a aplicação desse princípio deve se dar no momento em que o exercício do direito à liberdade de crença venha ferir a igualdade de direitos, a liberdade ou mesmo dignidade do indivíduo homossexual. Em contra partida, a atuação desse princípio também se faz necessária no momento em que a conduta do homossexual ou do movimento de que participe, restrinja o direito de se exercitar a liberdade religiosa, ou mesmo venha a desrespeitá-la.

²¹⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. PortoAlegre: Livraria do advogado, 2001, p. 156.

CONCLUSÃO

Do ponto de vista jurídico, entende-se que os conflitos apresentados estão cada vez mais presentes na contemporaneidade, e tratam-se de casos nos quais a dificuldade em decidir é altíssima e visível.

Foi possível compreender que a indignação do movimento homossexual é fundada em séculos e séculos de preconceito; a sociedade, em quase todos os períodos históricos, tratou de repudiar, inferiorizar e até perseguir esses indivíduos. A partir da primeira análise histórica, observa-se que a instituição Igreja e a Ciência foram as principais protagonistas e propagadoras da homofobia dentro da sociedade.

As conquistas galgadas pelos homossexuais se refletiram no Estado brasileiro, ao ponto de:

“A evolução havida na seara dos direitos dos homossexuais mostra-se, pois, em plena consonância com os princípios constitucionais enunciados desde a Constituição da República. Esta evolução jurídica culmina com a equiparação da união homoafetiva à união estável entre homem e mulher.”²¹⁵

Além disso, há uma constante mobilização em produzir normas infraconstitucionais, no intuito de tratar o preconceito e a discriminação, para com este público, de uma forma mais clara e menos analógica. Visando assim garantir a igualdade, a liberdade e a dignidade desses indivíduos.

Da mesma forma, foi percebe-se que a liberdade religiosa também encontra amparo constitucional, até mesmo de forma mais explícita, o que confere ao Estado a responsabilidade de garantir, além dessa liberdade, o exercício desse direito. Nesse ponto, observa-se que:

“É da essência da liberdade religiosa que se possa ter qualquer interpretação possível dos textos bíblicos tidos como sagrados pelos evangélicos, e pelos cristãos de maneira geral, ou qualquer outra confissão religiosa que, por estes ou por outros textos que tenham por sagrados formem sua convicção doutrinário-religiosa, e o intérprete, qualquer que seja ele e qualquer que seja a comunidade ou organização religiosa, pode rejeitar a conduta ou prática homossexual e entendê-la incompatível com o comportamento religioso, sendo vedado, todavia, o excesso, ou seja, a argumentação e o convencimento dos fiéis, dos ouvintes ou da comunidade religiosa ou

²¹⁵ BONFIM, Silvano Andrade do. Homossexualidade, direito e religião: da pena de morte à união estável. A criminalização da homofobia e seus reflexos na liberdade religiosa. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo: RBDC, n. 18, pp. 71-103, jul./dez. 2011, p. 102

social, da necessidade imperiosa de rejeição e discriminação dos homossexuais, de ódio e incitação à violência para com estes, pois terão extrapolado sua liberdade religiosa, cometendo os crimes previstos na lei, ou que venham a ser por ela previstos (OLIVEIRA, 2011, p. 238), violando o direito constitucional igualmente conferido àqueles que expressam sua homossexualidade.”²¹⁶

Nesse sentido, compreende-se que esta liberdade não pode ser usada como uma forma de hostilizar e segregar o homossexual, mesmo porque a doutrina cristã tem como fundamento o amor ao próximo e o intuito de resgatar os pecadores para a salvação; e não o de condená-los por seus atos, mesmo por que, segundo esta doutrina, o único digno de julgar o ser humano é o próprio Deus.

Porém, ficou evidente que a hostilidade contra os cristãos é crescente em meio aos movimentos homossexuais, o que leva a um comportamento impositivo e muitas vezes desrespeitoso por parte deles. Embora a sua luta seja constitucionalmente legítima e amparada, isso não dá margem para que a forma de buscar seus ideais seja desrespeitosa.

No âmbito estatal, diante da mobilização em produzir instrumentos legais que assegurem direitos aos homossexuais, depara-se com uma imposição implícita de ideais opostos aos defendidos pela comunidade religiosa. Isso leva também a outra mobilização, entretanto, os agentes aqui são as bancadas religiosas, que na finalidade de resguardar seus direitos, e restringir a influência homossexual na sociedade, valem-se da proposição de leis para repelir o movimento LGBT.

Nesse ponto, compreende-se também que o Estado, enquanto mediador dos conflitos, não pode suprimir um direito em relação outro. Por não haver hierarquia entre os direitos fundamentais defendidos e almejados por estes dois grupos, o Estado deve agir de uma maneira que não fira a dignidade do homossexual, tampouco a liberdade religiosa dos indivíduos.

Para que o Estado, através do judiciário, possa exercer esse papel, encontra-se no princípio da proporcionalidade a melhor forma de mediação entre esses conflitos. Dessa forma, encerra-se esta pesquisa buscando esclarecer as tensões e visando indicar uma possível solução para a questão, dada a abstração dos conflitos.

²¹⁶ BONFIM, Silvano Andrade do. Homossexualidade, direito e religião: da pena de morte à união estável. A criminalização da homofobia e seus reflexos na liberdade religiosa. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo: RBDC, n. 18, pp. 71-103, jul./dez. 2011, pp 96-97.

REFERÊNCIAS

ABGLT – Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. Organizadores: Ferdinando Martins, Lilian Romão, Liandro Lindner, Toni Reis. **Manual de comunicação LGBT**– Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. s/ data. Disponível em: <<http://www.abglt.org.br/docs/ManualdeComunicacaoLGBT.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2014.

[site] A CAPA. **Indiana, nos EUA, aprova lei que autoriza discriminação de homossexuais em comércios**. 27 de março de 2015. Disponível em: <<http://acapa.virgula.uol.com.br/politica/indiana-nos-eua-aprova-lei-que-autoriza-discriminacao-de-homossexuais-em-comercios/2/13/26195>>. Acesso em: 7 abr. 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: 2008

ARAGÃO, João Carlos Medeiros. Choque entre direitos fundamentais: Consenso ou controvérsia? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 48 n. 189 jan./mar. 2011, p. 266.

AZEVEDO, Reinaldo. **Militantes gays hostilizam Feliciano dentro de avião. Onde está mesmo a intolerância? Ou: Se deputado tivesse reagido, como eles queriam, seria homofobia?** 10 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/militantes-gays-hostilizam-feliciano-dentro-de-aviao-onde-esta-mesmo-a-intolerancia-ou-se-deputado-tivesse-reagido-como-eles-queria-seria-homofobia/>>. Acesso em: 6 abr. 2015.

AZEVEDO, Reinaldo. **O PLC 122, a dita “lei anti-homofobia”**. 14 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/o-plc-122-a-dita-lei-anti-homofobia-esta-arquivado-mas-outro-texto-vem-por-ai-com-ainda-mais-problemas-ou-bom-senso-nao-e-preconceito/>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 17, pp. 105-138, jan./jun. 2011, p. 124. Disponível em: <<http://www.revistasconstitucionales.unam.mx/pdf/2/art/art4.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

BESSA, Leandro Sousa. **Colisões de direitos fundamentais**: propostas de soluções. Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Foraleza. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Leandro%20Sousa%20Bessa.pdf>>. Acesso em: 4 mar. 2015.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. In: **Escritos sobre derechos fundamentales**. Trad. de Juan Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BONFIM, Silvano Andrade do. Homossexualidade, direito e religião: da pena de morte à união estável. A criminalização da homofobia e seus reflexos na liberdade religiosa. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo: RBDC, n. 18, pp. 71-103, jul./dez. 2011.

BORILLO, Daniel. A homofobia. In: LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Débora (orgs.). **Homofobia e educação: um desafio ao silêncio**. Brasília: Letras Livres : EdUnB, pp. 15-46, 2009.

BORTOLINI, Alexandre. **Diversidade sexual na escola**. Rio de Janeiro: Pró-Reitoria de Extensão/UFRJ, 2008.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús (2002). **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: RT, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 fev. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212.

_____. _____. Acórdão proferido em Agravo Regimental em Recurso Extraordinário Nº 477.554. União Civil entre pessoas do mesmo sexo - Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas - Legitimidade Constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: Posição consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF). Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 16 ago. 2011. Publicado no DJe em 26 ago. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 06 mai. 2014. Leia mais: <http://jus.com.br/artigos/29234/o-reconhecimento-da-uniao-estavel-homoafetiva-como-entidade-familiar#ixzz3SVQ8t7Wc>

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **AG 39802 SC 2009.003980-2**. Terceira Câmara de Direito Público. Relator(a): Luiz César Medeiros. Julgado em 05/02/2010. Data de publicação: 05/02/2010. Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - POLUIÇÃO SONORA - MEDIDA LIMINAR - LIBERDADE CONSTITUCIONAL

DE CULTO RELIGIOSO - GARANTIA CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO A garantia constitucional de liberdade de culto religioso não representa um alvará para que as entidades religiosas atuem em desconformidade com a lei. Deverão elas se ajustar às disposições do Código de Posturas do Município e compatibilizar as suas atividades, de modo a não desrespeitar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que também constitui garantia prevista na Lei Maior (CF, art. 225).

BRITO, Sérgio Veloso; LUCAS, Marcelo. **Direito canônico e sua influência na formação da legislação brasileira**. Artigo. S/data. Disponível em: <<http://faculdadepromove.br/bh/secao-artigos>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

CADERNOS ADENAUER. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, ano 5 (2004), n. 4, fev. 2005, p. 9.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almeida, 1998.

CAPELLANO, Lucas Carlos. **Breve história da homossexualidade humana**. Resumo – Contextualização histórica, com embasamento sociológico e antropológico, da questão da homossexualidade, da pré-história aos dias atuais. Nossa abordagem não está embasada numa concepção biológica, que atrelaria a sexualidade humana à função meramente reprodutiva, mas sim numa visão mais ampla e abrangente, que leva em conta as suas múltiplas dimensões, enfatizando o aspecto cultural. Texto escrito em 2004. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/lucappellano/breve-historico-da-homossexualidade-humana>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Bacharel em Ciências Jurídicas pelo Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB). Pós-Graduando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Professor de Direito Constitucional dos cursos de Pós-Graduação em Gestão Pública e Auditoria Governamental do GranPós/UDF e dos cursos preparatórios para concursos do Grancursos e da Procuradoria Geral da República. Servidor efetivo do MPU (Procuradoria Geral da República), na função de assessor jurídico de Subprocurador-Geral da República (atuação na matéria criminal perante STF e STJ). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC). Ex-professor da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Colaborador permanente do site Jus Navigandi. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2015.

CECCARELLI, Paulo Roberto; FRANCO, Samuel. **Homossexualidade: verdades e mitos**. 2010. Disponível em: <http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v04n05art07_ceccarellifranco.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2014.

COSTA, J. F. **A inocência e o vício: estudos sobre o homoerotismo**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

COUTINHO, José Pereira. Religião e outros conceitos. **Sociologia** - Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto, vol. XXIV, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

EHRENBERG, Gisela Bleibtreu. *Tabu Homosexualität - Die Geschichte eines Vorurteils*, 1978, Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Tabu_Homosexualit%C3%A4t>. Acesso em: 15 nov. 2014.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

FAUS, Francisco. **Laicidade e laicismo**. s/ data. Disponível em: <<http://www.quadrante.com.br/Pages/servicos02.as.p?id=146&categoria=Sociedade>>. Acesso em: 11 jul. 2014.

FELDENS, Priscila Formigheri. **Preconceito religioso: um desafio à liberdade religiosa, inclusive expressiva**. 2008. Tese de Mestrado em direitos fundamentais da UFRGS/Canoas. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucha/revista_justica_e_historia/issn_1677-065x/v6n12/Microsoft_Word_-_ARTIGO_PRECONCEITO_RELIGIOSO...._Priscila_Feldens_-_ABNT.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2015.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Orientador: Heck, Luís Afonso. 2010. Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/88482?locale=pt_BR>. Acesso em: 05 fev. 2015.

GUEDES, Néviton. **Uma decisão judicial que se tornou celebridade internacional**. 19 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>>. Acesso em: 7 abr. 2015.

HODNIKI, Juliana Ferreira; GUERRA, Renata Rocha. **Aplicação do princípio da proporcionalidade no devido processo legal**. Artigo, 22 páginas. Programa de Bolsa Institucional de Iniciação Científica (PIBIC/CNPQ), Projeto: F- 011/2005. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32741-40370-1-PB.pdf>> . Acesso em: 7 abr. 2015.

HORTAL, Jesús. O princípio da liberdade religiosa e o ordenamento jurídico. In: PEIXINHO, Manoel Messias; Guerra, Isabela Franco; Nascimento Filho, Firly (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, pp. 246-247.

HUME, David. **História natural da religião**. São Paulo: editora UNESP, 2005.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz (org.). **Diversidade sexual na educação**: problematizações sobre a homofobia nas escolas. Brasília: Ministério da Educação/UNESCO, pp. 53-83, 2009.

LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Débora (orgs.). **Homofobia e educação**: um desafio ao silêncio. Brasília: LetrasLivres : EdUnB, 2009.

MACHADO NETO, Antônio L. **Sociologia jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MANTECÓN, Joaquín. La Libertad Religiosa como Derecho Humano. In: ÁLVAREZ CORTINA, Andrés-Corsino et al. **Tratado de Derecho Eclesiástico**. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, pp. 85-140, 1994.

MASIERO, Clara Moura. Homofobia: história e crítica de um preconceito. **Emblemas** - Revista do Departamento de História e Ciências Sociais - UFG/CAC, v. 10, n. 2, 125-146, jul-dez, 2013.

MATSUKI, Edgar. **Casos de violência contra homossexuais crescem 46% em 2012; denúncias sobem 166%**. 27 de junho de 2013. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/06/27/casos-de-violencia-contrahomossexuais-cresceram-46-em-2012.htm>>. Acesso em: 5 abr. 2015.

MENDES, Iba. **História da homossexualidade**. s/ data. Disponível em: <<http://www.ibamendes.com/2011/01/historia-da-homossexualidade.html>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

MESQUITA, Teresa Cristina Mendes de. **Homossexualidade**: constituição ou construção. Tese. 2008. Disponível em: <<http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/2604/2/20360148.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2ed, Revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, tomo IV, 1993.

MONTEIRO, Arthur. **Lei Geral das Religiões segue sem definição**. 4 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/09/04/lei-geral-das-religoes-segue-sem-definicao>>. Acesso em: 6 abr. 2015.

MONTEIRO, Mariana. **Projeto estabelece que não é crime templo religioso não realizar casamento de homossexual**. 19 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/207206-PROJETO-ESTABELECE-QUE-NAO-E-CRIME-TEMPLO-RELIGIOSO-NAO-REALIZAR-CASAMENTO-DE-HOMOSSEXUAL.html>>. Acesso em: 6 abr. 2015.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Constituição Federal interpretada e legislação constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOTA, Marcel Moraes. Uma teoria axiológica dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada. Universidade Federal do Ceará. Mestrado. s/data. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/marcel_moraes_mota2.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2015.

MOTT, Luiz. **Raízes históricas da homossexualidade no atlântico lusófono negro**. Afro-Ásia – Centro de Estudos Afro-Orientais. BA, Ed.UFBA, v.33, 2005.

MOTT, Luiz. **Teoria antropológica e sexualidade humana**. 2006. Disponível em: <<http://www.antropologia.ufba.br/artigos/teoria.pdf>>. Acesso em: 10 ago 2014.

NAPHY, W. Born to be gay: **História da homossexualidade**. Lisboa: Edições 70, 2004.

NEVES, Mariana Moreira; PIOVESAN, Flávia. Os direitos fundamentais e o direito homoafetivo: a invalidade dos questionamentos preconceituosos. **Revista Jurídica Cesumar- Mestrado**, v. 14, n. 1, p. 93-117, jan./jun. 2014.

NUNAN, Adriana. **Homossexualidade**: do preconceito aos padrões de consumo. Rio de Janeiro: Caravansarai, 2003.

OLIVEIRA, Neidsoni Pereira de. **Liberdade religiosa e o pleno exercício da cidadania**: ponderações sobre o descanso semanal como dia sagrado a partir do sistema constitucional brasileiro. Salvador, 2007. Pós-graduação. JUSPODIVM. Instituto de Educação Superior

Unyahna. Disponível em:

<http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Liberdade_Religiosa.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2015.

OLIVEIRA, R. **Campo e ação das identificações na constituição da homossexualidade masculina**. Tese de doutorado. Brasília: Editora da UnB, 2002.

[site] OPERAMUNDI. **Após críticas e boicotes, estado dos EUA vai alterar lei que possibilita discriminação de gays**. 31 de março de 2015. Disponível em:

<<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/39985/apos+criticas+e+boicotes+estado+dos+eua+vai+alterar+lei+que+possibilita+discriminacao+de+gays.shtml>>. Acesso em: 7 abr. 2015.

Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Seção de São Paulo. Comissão de Direito e Liberdade Religiosa. Série conceitos. **Liberdade religiosa**: conceitos. 2011. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/liberdade-religiosa/cartilhas/Cartilha_OAB.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em:

<<https://drive.google.com/file/d/0BwbnJ2EXfmcDMjk2YTg2ZDAtMGZkZi00MGZhLWFmOWYtMTM2MDU2YmNjMTNi/view?pli=1>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

PIERUCCI, Antonio Flávio. Estado laico, fundamentalismo e a busca da verdade. In: **Estado laico e liberdades democráticas**. Organizado e editado por Carla Batista e Mônica Maia. Recife: Articulação de Mulheres Brasileiras/Rede Nacional Feminista de Saúde/ SOS Corpo – Instituto Feminista para a Democracia/, Abril 2006. Disponível em: <http://aads.org.br/arquivos/EL_2006.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2015.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **O Conselho Nacional de Justiça e a permissibilidade da aposição de símbolos religiosos em fóruns e tribunais**: uma decisão viola a cláusula da separação Estado-Igreja e que esvazia o conteúdo do princípio constitucional da liberdade religiosa. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1457, 28 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10039/o-conselho-nacional-de-justica-e-a-permissibilidade-da-aposicao-de-simbolos-religiosos-em-foruns-e-tribunais>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

PINHO, Rodrigo César Rabello. **Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

POCAHY, Fernando; OLIVEIRA, Rosana de; IMPERATORI, Thaís. Cores e dores do preconceito: entre o boxe e o balé. In: LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Débora (orgs.). **Homofobia e educação**: um desafio ao silêncio. Brasília: LetrasLivres : EdUnB, pp. 115-132, 2009.

POSSAMAI, Paulo César. **Sexo e poder na Roma Antiga**: o homoerotismo nas obras de Marcial e Juvenal. 2010. Disponível em:
<<http://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2313>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

POSSAMAI, Paulo César; NUNES, Anderson da Cruz. O tema da homofobia em dissertações e teses. **MÉTIS: história & cultura** – v. 10, n. 20, p. 273-284, jul./dez. 2011.

Projeto Rompa o Silêncio – Centro de Referência em Direitos Humanos na Prevenção e Combate à Homofobia. **Rompendo o silêncio**: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea. Fernando Pocahy (organizador). Porto Alegre: Nuances, 2007, p. 28.

RAMOS, Marcelo Maciel. Direito e religião: reflexões acerca do conteúdo cultural das normas jurídicas. **Meritum**. Belo Horizonte, v. 5, n. 1, pp. 49-76, jan./jun. 2010.

RIBEIRO, Marcelle. Especialistas afirmam que não há crime em beijo gay em culto. . 12 de março de 2013. Disponível em:<<http://oglobo.globo.com/brasil/especialistas-afirmam-que-nao-ha-crime-em-beijo-gay-em-culto-9996569#ixzz3VX33kQNW>>. Acesso em: 7 abr. 2015.

RICHARDS, Jeffrey. **Sexo, desvio e danação**: as minorias na Idade Média. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

_____. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a homossexualidade no direito brasileiro e norte americano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Para um direito democrático da homossexualidade**. 2006. Horiz. antropol. vol.12 no.26 Porto Alegre July/Dec. 2006. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832006000200004>. Acesso em: 17 mar. 2015.

_____. Homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. In: JUNQUEIRA, Rogério Diniz (org.). **Diversidade sexual na educação**: problematizações sobre a homofobia nas escolas. Brasília: Ministério da Educação/UNESCO, pp. 53-83, 2009.

_____; PIOVESAN, Flávia. **A discriminação por gênero e por orientação sexual**. Seminário Internacional – As Minorias e o Direito. Série Cadernos do CEJ, v. 24. s/data. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo05.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2014.

SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **História do direito: perspectivas histórico-constitucionais da relação entre estado e religião**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

SCHERKERKEWITZ, IsoChaitz. O direito de religião no Brasil. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**. Ano 3, nº 34. Outubro/2002. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo5.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

SCHMIDT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional à liberdade religiosa**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, São Paulo, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.

SMITH, KT. **Homophobia: a tentative personality profile**. Psychol Rep 1971;29(3):1091-4.

SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SPENCER. Colin. **Homossexualidade: uma história**. Rio de Janeiro: Record, 1999.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUPINOT, Alain. **Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TORRÃO FILHO, A. **Tribades Galantes, Fanchonos Militantes:** homossexuais que fizeram a história. São Paulo: GLS, 2000.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade:** da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivo. São Paulo: Método, 2008.

VEYNE, Paul. **Sexo e poder em Roma.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

ANEXO I– JURISPRUDÊNCIA

Recurso Especial 477.554:

Ementa: União Civil entre pessoas do mesmo sexo - Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas - Legitimidade Constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: Posição consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF) - [...] A dimensão constitucional do afeto como um dos fundamentos da família moderna. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. Dignidade da Pessoa Humana e Busca pela Felicidade - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado [...] ^[17].

Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 4.277/DF:

Ementa: 1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como Ação Direta de Inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente

permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. Tratamento constitucional da instituição da família. Reconhecimento de que a Constituição Federal não empresta ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. A família como categoria sócio-cultural e princípio espiritual. Direito subjetivo de constituir família. interpretação não-reducionista. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. União estável. Norma constitucional referida a homem e mulher, mas, apenas para especial proteção desta última. Focado propósito constitucional de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano. Identidade constitucional dos conceitos de “entidade familiar” e “família”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que

outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. Divergências laterais quanto à fundamentação do acórdão. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. Interpretação do art. 1.723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal (técnica da “interpretação conforme”). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva^[14]

(ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212)