

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**JUAREZ ANDRÉ FREITAS LUSTOSA**

**OS LIMITES DO DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA E O CRIME DE  
HOMOFOBIA**

**Florianópolis, SC**

**2022**

**JUAREZ ANDRÉ FREITAS LUSTOSA**

**OS LIMITES DO DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA E O CRIME DE  
HOMOFOBIA**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof. Dr. Caetano Dias Corrêa

**Florianópolis, SC**

**2022**

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Lustosa, Juarez André Freitas

Os limites do direito à liberdade religiosa e o crime de  
homofobia / Juarez André Freitas Lustosa ; orientador,  
Caetano Dias Corrêa , 2022.

96 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -  
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências  
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. I. , Caetano Dias Corrêa. II. Universidade  
Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

Juarez André Freitas Lustosa

## Os limites do direito à liberdade religiosa e o crime de homofobia

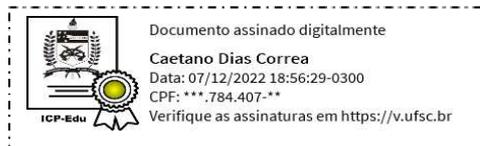
Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do título de “Bacharel em Direito” e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, 06 de dezembro de 2022.

Insira neste espaço  
a assinatura

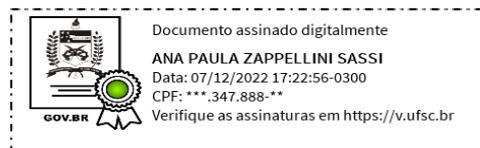
Coordenador(a) do Curso

### Banca examinadora



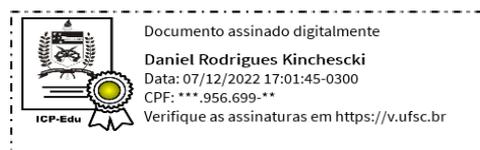
Prof. Dr. Caetano Dias Corrêa

Orientador



Ana Paula Zappellini Sassi

PPGD - Instituição Universidade Federal de Santa Catarina



Daniel Rodrigues Kinchescki

PPGD - Instituição Universidade Federal de Santa Catarina

Florianópolis, 2022.

Este trabalho é dedicado a Deus, à minha esposa, à minha família, aos meus amigos, ao meu orientador e a todos que contribuíram de alguma maneira para a sua realização.

## RESUMO

A presente monografia para conclusão de curso de graduação possui como objetivo analisar a delimitação da liberdade religiosa diante do crime de homofobia. Por meio do método indutivo, com pesquisa doutrinária, jurisprudencial e normativa, foi examinado o modelo de laicidade adotado pela Constituição Federal de 1988, a situação do direito à liberdade religiosa e do direito à autonomia da vida sexual. Além disso, foi verificada a colisão entre a liberdade religiosa e o direito à autonomia sexual do ponto de vista do ordenamento jurídico, da doutrina e da jurisprudência. O problema central da pesquisa encontra-se nos posicionamentos religiosos contrários à homossexualidade e na criminalização da homofobia decidida pelo Supremo Tribunal Federal, que os equiparou ao crime de racismo. No entanto, a mesma decisão reconheceu proteção especial à liberdade religiosa com ressalva para o discurso de ódio por razão da identidade ou orientação sexual. A pesquisa demonstrou que a liberdade religiosa apresenta característica peculiar e possui reconhecida tutela por parte da doutrina, legislação e jurisprudência mesmo diante da desaprovação da homoafetividade. Porém, deve ser respeitado o limite no que toca ao discurso de ódio, cujo âmbito de aplicação apresenta abertura para aumentar ou diminuir a proteção da liberdade religiosa.

**Palavras-chave:** Laicidade; Liberdade Religiosa; Homofobia.

## **ABSTRACT**

The present monograph for the conclusion of the undergraduate course aims to analyze the delimitation of religious freedom in the face of the crime of homophobia. Through the inductive method, with doctrinaire, jurisprudential, and normative research, the model of secularity adopted by the Federal Constitution of 1988, the situation of the right to religious freedom, and the right to autonomy of sexual life were examined. In addition, the collision between religious freedom and the right to sexual autonomy from the point of view of the legal system, doctrine, and jurisprudence was verified. The central problem of the research is the religious positions against homosexuality and the criminalization of homophobia decided by the Federal Supreme Court, which equated them with the crime of racism. However, the same decision recognized special protection for religious freedom with a reservation for hate speech based on identity or sexual orientation. The research showed that religious freedom has a peculiar characteristic and has recognized protection by doctrine, legislation, and jurisprudence even in the face of disapproval of homoaffectivity. However, the limit regarding hate speech must be respected, the scope of which is open to increasing or decreasing the protection of religious freedom.

**Keywords:** Secularism; Religious freedom; Homophobia.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2 O MODELO DE LAICIDADE DO BRASIL E A PROTEÇÃO À LIBERDADE RELIGIOSA.....</b>	<b>12</b>
2.1 PANORAMA DA LAICIDADE E O ESTADO BRASILEIRO .....	12
2.2 A LAICIDADE E O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....	17
2.3 A TUTELA JURÍDICA DO DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL .....	24
<b>2.3.1 Legislação infraconstitucional e a defesa da liberdade religiosa .....</b>	<b>24</b>
<b>2.3.2 A liberdade religiosa sob a perspectiva da Doutrina .....</b>	<b>27</b>
<b>2.3.3 A Jurisprudência brasileira e o direito à liberdade religiosa .....</b>	<b>30</b>
<b>3 DIREITO À AUTONOMIA DA VIDA SEXUAL .....</b>	<b>36</b>
3.1 VISÃO GERAL SOBRE A SITUAÇÃO DA COMUNIDADE LGBT+ E O BRASIL.....	36
3.2 O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A DEFESA DO DIREITO À AUTONOMIA DA VIDA SEXUAL .....	39
3.3 CENÁRIO ATUAL DA PROTEÇÃO JURÍDICA À AUTONOMIA DA VIDA SEXUAL NO BRASIL .....	43
<b>3.3.1 Direito homoafetivo na concepção da Doutrina .....</b>	<b>43</b>
<b>3.3.1 O posicionamento da Jurisprudência sobre a autonomia da vida sexual ....</b>	<b>45</b>
<b>4 OS LIMITES ENTRE O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA E O DIREITO À AUTONOMIA DA VIDA SEXUAL .....</b>	<b>52</b>
4.1 O CONFLITO ENTRE RELIGIÃO E A HOMOSSEXUALIDADE .....	52
4.2 O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL E A INTERSECÇÃO ENTRE O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA E O DIREITO À AUTONOMIA DA VIDA SEXUAL .....	54
4.3 O POSICIONAMENTO DA DOCTRINA PÁTRIA SOBRE A COLISÃO ENTRE O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA E O DIREITO À AUTONOMIA DA VIDA SEXUAL .....	61
4.4 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA NO ÂMBITO DOS CONFLITOS ENTRE O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA E O DIREITO HOMOAFETIVO.....	67
<b>4.4.1 Jurisprudências diversas sobre a colisão entre o direito homoafetivo e o direito à liberdade religiosa.....</b>	<b>67</b>
<b>4.4.2 Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO n. 26 - STF sob a perspectiva da liberdade religiosa .....</b>	<b>71</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>79</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>83</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é identificar a delimitação da liberdade religiosa diante do crime de homofobia/homotransfobia, assim considerado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO n. 26 DF.

A Corte Suprema decidiu que qualquer forma de manifestações homofóbicas e transfóbicas, com aversão odiosa, se enquadram nos tipos penais da Lei nº 7.716/89 (Lei do Racismo), sendo consideradas racismo social, pois tais práticas inferiorizam e discriminam o grupo LGBT+ (sigla aqui entendida em toda a amplitude de diversidade sexual) e ofendem seus direitos e liberdades fundamentais.

Contudo, no mesmo acórdão, o STF indica de modo expreso que a liberdade religiosa não é alcançada nem limitada por estes crimes, independente da crença, porém com ressalva no caso de em seu contexto estar configurado o discurso de ódio, o qual é apontado como aquele que gere discriminação, hostilidade e violência contra a comunidade LGBT+. O problema apresenta-se, por exemplo, sobre se é lícito discurso religioso contrário à homossexualidade ou, também, na dimensão da discriminação, se uma organização religiosa pode negar membresia ou cargos a pessoa homoafetiva.

Há evidente conflito entre direitos fundamentais. Por um lado, tem-se a busca pela garantia do direito dos homossexuais à felicidade e à dignidade da pessoa humana sem que sofram violência ou discurso de ódio. Por outro, existe o propósito de se assegurar o direito à liberdade religiosa e de expressão resguardados de quaisquer ofensas, repressões e ingerências, pois é comum posicionamentos doutrinários contrários à prática da homossexualidade.

No primeiro capítulo, será analisado, de modo breve, o processo de laicização do Brasil. Em seguida, examinará qual o modelo de laicidade e a proteção da liberdade religiosa contidos na Constituição Federal de 1988 para identificar como o ordenamento constitucional trata da questão e, assim, verificar o nível de tutela ao direito à liberdade de crença. Após, estudará a configuração da proteção infraconstitucional à liberdade de fé, bem como seu alcance.

Ademais, buscará conhecer qual tem sido o posicionamento doutrinário sobre a tutela do direito à liberdade religiosa, bem como as especificidades e conceituações relacionadas a este direito. Por conseguinte, será feita uma constatação de como tem sido o posicionamento do Poder Judiciário sobre a questão em casos que se apresentam em conflito com o exercício da liberdade religiosa e até que ponto sofreu delimitação.

No segundo capítulo, será verificado o direito à autonomia da vida sexual. Primeiramente, será dada uma visão geral, de forma breve, sobre a situação da comunidade LGBT+ no Brasil para compreender os avanços do direito homoafetivo no âmbito internacional e como se desenvolveu no país.

Posteriormente, será apresentada a situação do ordenamento jurídico brasileiro e a defesa do direito à autonomia da vida sexual por meio da análise tanto da Constituição quanto da legislação infraconstitucional. Logo em seguida, analisará o cenário atual da proteção jurídica à autonomia da vida sexual no Brasil, o entendimento doutrinário acerca do direito homoafetivo, o posicionamento e a consolidação desses direitos por parte do Poder Judiciário, bem como seu papel para o estabelecimento da proteção jurídica à comunidade LGBT+.

No terceiro e último capítulo, examinará diretamente os limites entre o direito à liberdade religiosa e o direito à autonomia da vida sexual. Em primeiro lugar, resumidamente, será dado um panorama sobre o conflito entre religião e a homossexualidade. Depois, será feita uma análise do encontro desses direitos no ordenamento constitucional para constatar a proteção a ambos.

Em seguida, será verificado o posicionamento da doutrina diretamente sobre o conflito entre o direito à liberdade religiosa e o direito à autonomia da vida sexual com o propósito de descobrir soluções para a resolução do embate jurídico entre esses direitos. Logo depois, analisará jurisprudências diversas que apresentam choque direto entre esses direitos no caso concreto com o fim de identificar como o Poder Judiciário tem ponderado e decidido a amplitude da liberdade religiosa diante da homoafetividade.

Além disso, realizará reflexões sobre as manifestações dos ministros do Supremo Tribunal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO n. 26 DF, que criminalizou a homofobia, do ponto de vista da liberdade religiosa, com o propósito de identificar a delimitação do exercício da fé com base na fundamentação que os magistrados utilizaram.

Por fim, como conclusão, serão feitas ponderações acerca dos estudos realizados em cada parte do trabalho de modo a trazer maior clareza às questões aqui tratadas. Ao mesmo tempo, realizará considerações referentes aos resultados obtidos com a pesquisa para encorpar ainda mais os debates em torno do conflito entre os direitos aqui estudados.

Quanto à metodologia de abordagem, foi realizada por meio do método indutivo, com a realização de estudos teóricos, pesquisas jurídicas e normativas para subsidiar o desenvolvimento de compreensões e possíveis soluções para o problema.

Cumprir mencionar também que, em que pese o objeto do presente trabalho trate do “crime” de homofobia/homotransfobia, para enriquecer os estudos e possibilitar maiores entendimentos, foi considerada a doutrina, jurisprudência e legislação de outras áreas do direito.

## 2 O MODELO DE LAICIDADE DO BRASIL E A PROTEÇÃO À LIBERDADE RELIGIOSA

### 2.1 PANORAMA DA LAICIDADE E O ESTADO BRASILEIRO

Inicialmente, com o propósito de dar clareza à discussão, é importante trazer o conceito sobre o que seja religião. A definição do Dicionário Houaiss<sup>1</sup> traz o seguinte conceito para o termo:

**religião**[...] **1** culto prestado a uma divindade, crença na existência de um ente supremo como causa, fim ou lei universal **2** conjunto de dogmas e práticas próprias de uma confissão religiosa **3** a manifestação desse tipo de crença por meio de doutrinas e rituais próprios **4** crença, devoção, piedade **5** reverência às coisas sagradas **6** *fig.* consciência escrupulosa; escrupulos **7** coisa a que se vota respeito **8** qualquer filiação a um sistema específico de pensamento ou crença que envolve uma posição filosófica, ética, metafísica etc. **9** vida religiosa [...]

Nas palavras de Franco<sup>2</sup>, encontra-se a seguinte conceituação:

Religião é uma prática de atos públicos comuns a determinada comunidade historicamente constituída, destinados à adoração de seres divinos, que traz em seu bojo obrigações comportamentais que regem não só esses atos públicos de adoração como a relação dos membros da comunidade entre si e como se comportam com os que a ela não pertencem.

A partir da construção conceitual acima, como sabido, a religião determina condutas e comportamentos em torno de preceitos sagrados construídos em torno da adoração a divindades. Ainda, tendo em vista a naturalidade de suas manifestações, os atos religiosos expressam-se publicamente como fruto das relações comunitárias intrínsecas da sociedade e do próprio grupo de pessoas fiéis<sup>3</sup>.

Cumprido mencionar que, nas palavras de Teraoka<sup>4</sup>, “o conceito de religião deve ser o mais aberto possível, a fim de evitar restrições desnecessárias no conceito”. Isso porque tais limitações conceituais podem resultar em discriminações, pois “excluir aprioristicamente esta ou aquela manifestação religiosa da proteção constitucional será certamente discriminatória, resultado de preconceito não desejado em um Estado de Direito Democrático”.

<sup>1</sup> HOUAISS, Antônio; SALLES, Villar Mauro. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001, p. 2.422.

<sup>2</sup> FRANCO, Tiago Bana. A possibilidade de controle das associações religiosas. **Liberdade religiosa e liberdade de expressão**. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2020, p. 207.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 208.

<sup>4</sup> TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. **A Liberdade Religiosa no Direito Constitucional Brasileiro**. Tese (doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 44.

Ademais, Teraoka<sup>5</sup> também acrescenta que o Estado não pode decidir se certas crenças são ou não verdadeiras para que não afronte o princípio da neutralidade do Estado em questões religiosas.

Quanto à definição de liberdade religiosa, Teraoka<sup>6</sup> dispõe que:

a liberdade religiosa é o direito fundamental que tutela a crença, culto e demais atividades, realizadas pelos indivíduos e pelas organizações religiosas, relacionadas a algo ou alguém de existência ou significado sobrenatural e cientificamente não comprovado, além de consagrar a neutralidade estatal.

De imprescindibilidade para o presente estudo, também é fundamental expor o conceito de laicidade para esclarecer eventuais concepções equivocadas acerca do seu sentido. Basicamente, o termo refere-se à separação política entre religião e Estado, o qual deve pautar sua atuação sem influências de ordem religiosa. No sentido oposto, o Estado confessional é aquele que professa uma religião como verdadeira e no qual os atos de governo são regidos pelos valores da fé oficial<sup>7</sup>.

Neste cenário, oportuno apontar que a secularização criou condições para que gerasse a cisão entre o poder político e o religioso. Em referência a esse processo e destacando sua ocorrência com mais notoriedade em locais que professavam a fé cristã, Catroga<sup>8</sup> conceitua-o e indica o seguinte:

[...] a secularização deve ser entendida como uma paulatina distinção entre o século e as objectivações dogmáticas e institucionais do religioso como Igreja. Esta hermenêutica releva a circunstância de os textos sagrados conterem asserções que a sugerem e potenciam, em particular no que respeita à "historicidade" da revelação do sagrado, à desdivinização do universo (que possibilitou a ciência moderna), e à "dessacralização da política", com a cesura entre o Império e o reino espiritual, sintetizada no preceito: "Dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus".

Neste contexto, Joana Zylbersztajn<sup>9</sup> relaciona a ideia de laicidade com a defesa da liberdade religiosa e coloca que:

a laicidade do Estado, compreendendo todos seus elementos constitutivos – fortalecidos pela separação orgânica da religião – é, na verdade, instrumento essencial para a garantia da liberdade religiosa, e não o contrário. Nesta perspectiva, todos os cidadãos podem professar sua fé livremente e as organizações religiosas podem elaborar seus estatutos como lhes aprouver – desde que não violem direitos fundamentais.

<sup>5</sup> TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. **A Liberdade Religiosa no Direito Constitucional Brasileiro**. Tese (doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 46.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>7</sup> SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **História do direito: perspectivas histórico-constitucionais da relação entre estado e religião**. São Paulo: Atlas, 2013, p.120.

<sup>8</sup> CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares: secularização, laicidade e religião civil: uma perspectiva histórica**. 2.ª edição. Coimbra: Almedina, 2010, p. 21.

<sup>9</sup> ZYLBERSZTAJN, Joana. **O princípio da Laicidade na Constituição Federal de 1988**. Tese (doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 52.

Acrescenta-se que, em um contexto no qual se discute a liberdade religiosa, cumpre diferenciar laicidade do conceito de laicismo. Este último, ao contrário daquela, mostra-se como uma postura do Estado hostil e contrária à liberdade de escolha da fé, bem como de sua expressão e das práticas religiosas decorrentes das normas sagradas de vida. Sobre tal distinção entre laicidade e laicismo, Joana Zylbersztajn<sup>10</sup> expõe o seguinte:

o laicismo, por sua vez, relaciona-se com a exclusão da religião da esfera pública de forma mais enfática e generalizada. Em contextos laicistas, a religião não pode ter qualquer penetração em ambientes estatais. Essa situação se aproxima do modelo adotado pela França, por exemplo, que no intuito de ser um Estado laico (aliás o único exemplo conhecido de definição formal desse caráter em seu texto constitucional), opta por não admitir qualquer expressão religiosa na arena pública.

Sobre os conceitos acima, Pedro Lenza<sup>11</sup> faz essa distinção e expõe que a laicidade é a característica da República Federativa do Brasil e não o laicismo, pois, ao contrário deste, não representa intolerância contra a religião, pois assume uma posição de neutralidade e indiferença em relação às ideias religiosas.

No que diz respeito à imparcialidade estatal em matéria religiosa no contexto da laicidade, oportuno clarificar o entendimento de que, além de evitar interferências da religião na condução dos assuntos do Estado, este deve garantir que também não haja intromissões antagônicas ao exercício da fé. Sobre tal ponto, Catroga<sup>12</sup> expõe:

Se a laicidade referia a neutralidade do Estado no que toca às crenças religiosas, ela também bramia armas contra o anticlericalismo, em prol de uma revolução cultural militantemente apostada no enraizamento dos direitos de cidadania. E estes só seriam realizáveis se todos fossem capacitados para o bom uso da razão crítica, autônoma e emancipada.

Nesta discussão, em relação ao poder laico e a qualidade neutra do Estado, Ives Gandra<sup>13</sup> traz que ele “não é um poder ateu, nem agnóstico. No seu âmbito, não se coloca a influência do Poder Religioso sobre as estruturas laicas, pois poderes diferentes. Na política, não se exclui a atuação dos que tenham convicção religiosa”.

Essa posição imparcial do Estado laico permite a coexistência de diferentes credos, sendo importante contributo para a pacificação social. Dessa forma, a laicidade é uma expressão de neutralidade respeitosa do Estado que possibilita a existência simultânea da

<sup>10</sup> ZYLBERSZTAJN, Joana. **O princípio da Laicidade na Constituição Federal de 1988**. Tese (doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 54.

<sup>11</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 26<sup>a</sup> ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 384-385.

<sup>12</sup> CATROGA, Fernando - **Entre Deuses e Césares: secularização, laicidade e religião civil: uma perspectiva histórica**. 2.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Almedina, 2010, p. 297.

<sup>13</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito Religioso. Liberdade religiosa e liberdade de expressão**. 1<sup>a</sup> ed. - São Paulo: Noeses, 2020, p. 5.

pluralidade de crenças e, também, da não crença de modo que haja harmonia e conformidade com a ordem social<sup>14</sup>.

No que toca ao desenvolvimento histórico da laicidade no Brasil, para melhor conhecimento, de modo breve, tendo em vista que não é o propósito desta monografia o trabalho histórico com sua metodologia própria, discorre-se em seguida sobre o andamento histórico da laicidade nos textos constitucionais do Brasil.

Em referência aos apontamentos de Chehoud<sup>15</sup>, tem-se o seguinte: no Brasil pré-colonial, havia multiplicidade de religiões nativas que adoravam vários deuses com forte relação com a natureza. Tais crenças foram dizimadas com a chegada do cristianismo; no Brasil da época colonial, os laços entre a coroa portuguesa e o catolicismo eram evidentes. Contudo, neste período, já se nota um dos primeiros documentos a respeito da liberdade religiosa, que foi Tratado do Comércio e Navegação, de 19 de fevereiro de 1810, celebrado entre Portugal e Inglaterra, por meio do qual, basicamente, conferia aos vassallos da Majestade Britânica que residiam em territórios de domínio português plena liberdade de consciência e licença para celebrarem o seu culto.

Quanto à época imperial brasileira, o artigo 5º da Constituição de 1824 indicava de modo expresso a confessionalidade estatal ao determinar o catolicismo como a religião do Império. No diploma constitucional referenciado, às outras religiões eram permitidos apenas a realização de cultos domésticos e particulares e também não tinham autorização para construção de seus templos<sup>16</sup>.

Após a Proclamação da República, ocorrida em 15 de novembro de 1889, ocorre um movimento de destaque em direção à laicidade. Conforme Alphonse<sup>17</sup>, essas mudanças foram antecedidas de normas laicizantes e expressas em dispositivos da Constituição de 1891:

[...] averiguou-se que a laicidade no Brasil foi moldada pela citada legislação laicizante que antecedeu a constituição de 1891; pelo Decreto 119-A, de 7 de janeiro de 1890, e por três artigos da Constituição de 1891: artigo 11, 2º (separação Estado Igreja nos estados federados); artigo 70, § 1º, 4º (limitação política ao clero) e o artigo 72, §3º (termos da liberdade religiosa), §4º (laicização do casamento), § 5º (laicização dos cemitérios e cerimônias fúnebres), §6º (laicização do ensino), § 7º (separação Estado e Igreja), §28 e §29 (ambos sobre objeção de consciência)

<sup>14</sup> CURY, Carlos Roberto Jamil. Por uma concepção do Estado Laico. **Embates em torno do Estado laico**. – São Paulo: SBPC, 2018, p. 51.

<sup>15</sup> CHEHOUD, Heloísa Sanches Querino. **A liberdade Religiosa nos Estados Modernos**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p.70-71.

<sup>16</sup> SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **História do direito: perspectivas histórico-constitucionais da relação entre estado e religião**. São Paulo: Atlas, 2013, p.161.

<sup>17</sup> ALPHONSE, Ana Luiza de Oliveira. **A construção da laicidade na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós Graduação em Direito, Florianópolis, 2021, p. 200.

Indubitavelmente, em referência ao modelo de laicidade brasileira, cumpre mencionar que, sobre o movimento histórico da laicidade no Brasil originado na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, percebe-se claramente a gestação do modelo de laicidade atual, com neutralidade e distante do laicismo. Com efeito, o Estado adota uma postura direcionada à tolerância e à permissão da existência de crenças, conforme se constata dos estudos de Alphonse<sup>18</sup>:

As consultas às obras de direito constitucional, contemporâneas e de época, e também a contedística das atas do Governo Provisório e dos anais da assembleia constituinte, resultaram na comprovação da hipótese de que a laicidade da constituição de 1891, enquanto conceito que abrange os institutos jurídicos da não interferência recíproca do estatal no religioso, dos direitos à liberdade religiosa e da coibição à discriminação de cunho religioso, denota ter recebido subsídios principalmente dos movimentos laicizantes do liberalismo e do positivismo, e destes terem sido adaptados à cultura jurídica brasileira com vistas mais nos moldes norte americanos, **mais tolerante e neutro do que o utilizado na França, tendente ao laicismo. (Grifou-se)**

A Constituição de 1934 manteve a laicidade na República dos Estados Unidos do Brasil. Em seu artigo 17, houve expressa vedação aos entes públicos em estabelecer, subvencionar ou embaraçar cultos religiosos (inciso II), bem como possuir relação de dependência ou aliança com qualquer religião, com a ressalva para a colaboração de interesse coletivo (inciso III). Além disso, o texto do preâmbulo constitucional voltou a mencionar Deus<sup>19</sup>:

Nós, os representantes do povo brasileiro, **pondo a nossa confiança em Deus**, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte.<sup>20</sup> **(Grifou-se)**

A Constituição de 1937, por seu turno, não fez nenhuma citação a Deus. Contudo, a laicidade do seu texto está presente na alínea “b” do artigo 32, por meio do qual proibia ao Poder Público o estabelecimento, a subvenção e o embaraço ao exercício de cultos religiosos, mantendo o caráter laico do Estado<sup>21</sup>.

Em 1946, a nova Constituição manteve a mesma vedação do texto constitucional anterior, agora no artigo 31, inciso II. Além disso, acrescentou mais um dispositivo no mesmo

<sup>18</sup> ALPHONSE, Ana Luiza de Oliveira. **A construção da laicidade na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós Graduação em Direito, Florianópolis, 2021, p. 246-247.

<sup>19</sup> GONÇALVES, José Mário; GOMES, André Curty. **Análise histórico-constitucional da laicidade no Brasil**. Revista Direitos Culturais: Vitória/ES, 2021, p. 182.

<sup>20</sup> *Preâmbulo* em: BRASIL. **Constituição de 1934**. *Lex*: República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.

<sup>21</sup> GONÇALVES, José Mário; GOMES, André Curty. **Análise histórico-constitucional da laicidade no Brasil**. Revista Direitos Culturais: Vitória/ES, 2021, p. 184.

artigo (inciso III) impedindo o Estado de ter relação de dependência ou aliança, com a exceção da colaboração com o fim de interesse coletivo. Ainda, no seu texto preambular Deus é novamente mencionado<sup>22</sup>.

O Diploma Constitucional de 1967, promulgado no contexto da ditadura militar, traz as mesmas vedações da laicidade, em seu artigo 9º, contra interferência do Estado em cultos e igrejas, bem como subvenções e alianças, com a exceção da colaboração de interesse público, agora indicando expressamente a área educacional, assistencial e hospitalar<sup>23</sup>. A parte inicial do seu texto também faz referência a Deus: “O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga a seguinte”.

Em conclusão, ao considerar os apontamentos feitos, pode-se afirmar que o Brasil inegavelmente caminhou em direção à laicidade de modo que esta não significou oposição estatal à liberdade nem ao exercício religioso. Pelo contrário, apresenta dispositivos que dão resguardo constitucional ao exercício da liberdade de crença e de culto. Com a Constituição da República de 1988, estudada a seguir, tal ponto mostrou-se evidente, pois ela apresenta características próprias do modelo de laicidade neutro, protetor dos cultos e das organizações religiosas.

## 2.2 A LAICIDADE E O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A atual Carta Magna foi um marco para o ordenamento jurídico brasileiro, pois confirmou e deu força constitucional a uma série de direitos considerados fundamentais, como, por exemplo, os direitos individuais e coletivos expressos no art. 5º e os direitos sociais (artigo 6º ao artigo 11).

Tendo em vista os avanços por ela estabelecidos, a Constituição Cidadã, como é conhecida, não deixou de fora os direitos relacionados à religião. Ela consagrou a laicidade do Estado e determinou expressamente o direito de todos à liberdade religiosa, a qual adquiriu *status* de valor supremo do País<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> GONÇALVES, José Mário; GOMES, André Curty. **Análise histórico-constitucional da laicidade no Brasil**. Revista Direitos Culturais: Vitória/ES, 2021, p. 185.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 188.

<sup>24</sup> CHEHOUD, Heloísa Sanches Querino. **A liberdade religiosa nos Estados Modernos**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 89.

Logo no preâmbulo<sup>25</sup>, o Poder Constituinte Originário faz menção a Deus como sinal favorável do posicionamento do Estado em relação à fé, que não foi excluída da esfera pública. Contudo, tal expressão não demonstra por si que o Brasil adotou posição confessional. Alexandre de Moraes<sup>26</sup>, em análise do texto preambular, deixa claro que ele corrobora a laicidade estatal, em uma atitude de neutralidade e garantia da liberdade religiosa, e coloca o seguinte:

[...] a evocação à “proteção de Deus” no preâmbulo da Constituição Federal **não a torna confessional, mas sim reforça a laicidade do Estado**, afastando qualquer ingerência estatal arbitrária ou abusiva nas diversas religiões e garantindo tanto a ampla liberdade de crença e cultos religiosos, como também ampla proteção jurídica aos agnósticos e ateus, que não poderão sofrer quaisquer discriminações pelo fato de não professarem uma fé. **(Grifou-se)**

Ainda sobre o preâmbulo, Saleme<sup>27</sup> traz que ele é fundamento histórico das diversas Constituições brasileiras e expressa valores essenciais e legítimos presentes na Assembleia Nacional Constituinte. Com isso, não há que se afirmar que o Estado brasileiro adotou uma postura hostil contra a fé, pois tal posicionamento desconsideraria os valores daqueles que elaboraram a Carta Maior.

Dispositivo constitucional que destaca a não oposição do Brasil à religião e consagra a liberdade de crença é o inciso VI do artigo 5º, tendo em vista que garante expressamente a proteção à liberdade religiosa e ao exercício da fé. E vai além, ao asseverar a postura estatal para resguardar os locais de culto e suas liturgias<sup>28</sup>.

Entretanto, é oportuno mencionar que, conforme expõe Ferreira Filho, em que pese o dispositivo em comento tenha omitido a expressão contida do direito anterior, qual seja “que não contrariem a ordem pública e os bons costumes” (EC nº 1/1969, art. 153, § 5º), não é dado respaldo para que os cultos religiosos sejam realizados em contrariedade à ordem pública, pois a sua própria manutenção é decorrente do ordenamento jurídico<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Preâmbulo da CF/1988: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, **sob a proteção de Deus**, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (Grifou-se)

<sup>26</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 72.

<sup>27</sup> SALEME, Edson Ricardo. **Direito constitucional**. 5. ed. Santana de Parnaíba/SP: Manole, 2022, p. 158.

<sup>28</sup> Art. 5º[...]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; [...]. em: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

<sup>29</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. – 41. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 261.

O inciso VII do artigo 5º da CF/88, ao garantir a assistência religiosa em locais de internação coletiva, denota que o Poder Constituinte Originário reconheceu a relevância da presença da religião na sociedade, devendo ser disponibilizada às pessoas em estabelecimentos de internamento<sup>30</sup>.

Ao tratar sobre o acesso a direitos, o inciso VIII do artigo 5º da CF/1988 preceitua que o posicionamento religioso, ao lado das opiniões filosóficas e políticas, não deve ser motivo para restringir o usufruto de direitos, abrindo possibilidade para a prestação alternativa da obrigação<sup>31</sup>. Dessa forma, o texto constitucional busca coibir quaisquer práticas discriminatórias e dar segurança para o exercício da fé. Nas palavras de Chehoud<sup>32</sup>, “se não fosse assim, não poderia falar que existe efetivamente o direito à liberdade religiosa”.

Além disso, o inciso IV do artigo 15 da Constituição também permite a prestação alternativa referenciada no inciso VIII do artigo 5º no contexto de perda ou suspensão de direitos políticos<sup>33</sup>.

A laicidade é firmada como base principiológica no inciso I do artigo 19 da CF/1988<sup>34</sup>. O mencionado dispositivo veda a união religiosa do Estado brasileiro a qualquer crença, com exceção permitida no caso de colaboração, mas desde que tenha como fim o interesse público. Outrossim, também estabelece a neutralidade do Poder Público a favor da liberdade religiosa com a proibição de interferências estatais indevidas nas organizações religiosas.

Sobre a colaboração estatal com as organizações religiosas, esta não deve favorecer determinadas crenças em detrimento de outras e observar as áreas de interesse público. Sobre

<sup>30</sup> Art. 5º[...]VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; [...]. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

<sup>31</sup> Art. 5º [...] 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; [...]. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

<sup>32</sup> CHEHOUD, Heloísa Sanches Querino. **A liberdade religiosa nos Estados Modernos**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 102.

<sup>33</sup> Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; [...]. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

<sup>34</sup> Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, 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; [...]. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

esse ponto, Barcellos<sup>35</sup> expõe que “essa cooperação pode assumir várias formas: deve observar o tratamento isonômico das instituições que tenham interesse em cooperar, e tradicionalmente se desenvolve nas áreas de educação (art. 213), saúde (art. 199) e assistência social (art. 204)”.

Vale lembrar que a laicidade não se confunde com a liberdade religiosa, tendo em vista que esta última está ligada ao modo como o Estado se relaciona com as diferentes cosmovisões, se confessional, opositor, neutro ou discriminador<sup>36</sup>. Com maior esclarecimento, Barcellos<sup>37</sup> afirma que:

A distinção entre a laicidade e a liberdade religiosa e de culto pode ser mais bem compreendida por comparação. Até hoje vários Estados, embora assegurem amplamente a liberdade religiosa e de culto, não são propriamente ou inteiramente laicos, já que mantêm relações de apoio e subvenção específicos com determinados cultos e igrejas. É o caso da Inglaterra e da Alemanha. Essa não foi a opção do constituinte brasileiro, que definiu que o Estado deve ser laico, não apoiando nem denegrindo qualquer cosmovisão, mantendo-se neutro em relação a todas elas.

No artigo 143<sup>38</sup> da Constituição, também nota-se o tratamento sensível do Estado em matéria religiosa no contexto militar, demonstrando-se que o Poder Constituinte não é indiferente à questão. O parágrafo 1º determina o imperativo de consciência originado da crença como motivo para o estabelecimento de trabalho alternativo pelas Forças Armadas. O parágrafo 2º, por sua vez, isenta os ministros religiosos do serviço militar obrigatório desde que a nação não esteja em guerra.

Outrossim, no tratamento das limitações ao poder de tributar do Estado, como demonstração da postura não combativa às religiões por parte do Estado brasileiro, a Constituição também estabelece imunidade de impostos para templos de qualquer culto<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Constituição Federal Comentada**. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 475.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 475.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 475.

<sup>38</sup> Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

§ 1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

§ 2º As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

<sup>39</sup> 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 [...]. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

Para Chehoud<sup>40</sup> tal medida não deve ser confundida com favorecimento religioso de modo a causar estranheza à laicidade estatal:

Assim, o fato de as confissões religiosas, tais como associações sociais sem fins lucrativos, não serem agentes econômicos, seria o ponto crucial a legitimar a imunidade tributária recebida pela CF/88, e não qualquer justificativa que remontasse aos privilégios da Igreja de outrora.

Ademais, por meio do parágrafo 1º do artigo 210<sup>41</sup>, o texto constitucional vai além com a determinação do ensino religioso em escolas públicas de ensino fundamental. Porém, evidenciando sua neutralidade e em respeito à liberdade, a Carta Magna coloca que a matrícula não é obrigatória.

Também, em tratamento à matéria educacional, no artigo 213<sup>42</sup>, a Constituição permite a destinação de recursos públicos a instituições de ensino confessionais, mas somente se tiverem finalidade não lucrativa e em prol da educação. Tal provimento do poder público insere-se no regime de colaboração do Estado laico ao buscar desenvolver a educação, área de interesse da coletividade.

Acrescenta-se, ainda, como mais uma expressão da laicidade estatal e do respeito do Poder Público à vida religiosa, a indicação expressa e permissão dos efeitos civis provenientes do casamento religioso<sup>43</sup>.

Não menos importante, o artigo 231<sup>44</sup> da Carta Magna, além de promover a proteção integral dos povos indígenas, também tutela as crenças desses povos. Tal dispositivo

---

<sup>40</sup> CHEHOUD, Heloísa Sanches Querino. **A liberdade religiosa nos Estados Modernos**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 112.

<sup>41</sup> 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. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

<sup>42</sup> 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. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

<sup>43</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

<sup>44</sup> Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

manifesta a laicidade não combativa do Estado brasileiro também sensível à religião dos povos brasileiros originários.

No que se refere à relação do Estado com as religiões presente no texto constitucional, Jayme Weingartner Neto e Ingo Wolfgang Sarlet<sup>45</sup> fazem uma análise mais ampla da Constituição e afirmam que:

No plano normativo, seja como for, a Constituição Federal de 1988, vista de modo sistemático, pode-se considerar atenta ao fenômeno religioso, que vai separado do Estado, por sua vez não confessional, constituindo-se uma Constituição cooperativa, solidária e tolerante em relação às vivências religiosas.

Referente à liberdade religiosa contida na Carta Magna, Jayme Weingartner Neto e Ingo Wolfgang Sarlet<sup>46</sup> sintetizam um quadro dogmático sobre a matéria. Além disso, apontam a diferença entre a liberdade de consciência e liberdade religiosa, pontuando que esta se desdobra em outras liberdades como a liberdade de crença, de expressão e informação religiosa e a de culto:

Os três dispositivos do artigo 5º consagram, a rigor, dois direitos fundamentais distintos, certo que conexos: a **liberdade de consciência** e a **liberdade de religião**. A primeira parte do inciso VI assegura genericamente a liberdade de consciência que, adiante, no inciso VIII, densifica-se no direito à objeção (ou escusa) de consciência. Tal liberdade, em suma, traduz-se na autonomia moral-prática do indivíduo, a faculdade de autodeterminar-se no que tange aos padrões éticos e existenciais, seja da própria conduta ou da alheia – na total liberdade de autopercepção, seja em nível racional, mítico-simbólico e até de mistério. Já a **liberdade de religião**, como direito complexo, engloba em seu núcleo essencial, a liberdade de ter, não ter ou deixar de ter religião e desdobra-se em várias concretizações: **liberdade de crença** (2ª parte do inciso VI), as **liberdades de expressão e informação** em matéria religiosa, a **liberdade de culto** (3ª parte do inciso VI) e uma sua especificação, o direito à assistência religiosa (inciso VII) e outros direitos fundamentais específicos, como o de reunião e associação e a privacidade, com as peculiaridades que a dimensão religiosa acarreta. **(Grifou-se)**

Para melhor compreensão, Darley da Cunha Júnior<sup>47</sup> diferencia consciência, crença e culto do seguinte modo:

Consciência e crença são sentimentos relacionados à compreensão acerca da fé e à convicção íntima sobre determinado assunto, doutrina ou diretriz. Culto é ato de veneração ou de homenagem que se presta a uma divindade em qualquer religião; corresponde aos rituais, às cerimônias e às manifestações na diretriz indicada pela religião escolhida, compreendendo a liberdade de orar e de pregar.

<sup>45</sup> WEINGARTNER NETO, Jayme; SARLET, Ingo Wolfgang. **Liberdade religiosa no Brasil com destaque para o marco jurídico-constitucional e a jurisprudência do STF**. REPATS: Brasília, 2016, p. 62-63.

<sup>46</sup> Ibid., p. 63-64.

<sup>47</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 550.

Ao discorrerem sobre as limitações ao exercício da liberdade religiosa contidas no texto constitucional, Jayme Weingartner Neto e Ingo Wolfgang Sarlet<sup>48</sup> afirmam que a Constituição não possui disposição expressa para imposição de restrições diretamente das leis à liberdade religiosa, a qual não deve nem ser suspensa nos casos de estado de defesa ou de sítio, apesar de receberem certa restrição no estado de exceção. Qualquer tipo de limitação, tendo em vista se tratar de direito individual fundamental, necessita ter fundamento do próprio texto constitucional.

Contudo, observam que a liberdade de crença, entendida aqui como direito de ser ou não adepto a determinada fé, não possui restrição constitucional, mas a proteção aos locais de culto, liturgias e o direito à assistência religiosa subordinam-se à lei por determinação da própria Constituição ao estabelecê-los “nos termos da lei”<sup>49</sup>.

Em síntese, sobre as limitações constitucionais à vida religiosa, Jayme Weingartner Neto e Ingo Wolfgang Sarlet<sup>50</sup> pontuam as seguintes, mas ressaltam a defesa contra preconceitos religiosos majoritários e a proteção especial conferida à liberdade de culto, destacando que se deve buscar a harmonização desses direitos:

[...] para a livre manifestação do pensamento religioso é **vedado o anonimato** (art. 5º, IV); a reunião religiosa há de **ser pacífica e sem armas, não podendo frustrar outra reunião anteriormente convocada** para o mesmo local e exigível o “prévio aviso à autoridade competente” (art. 5º, XVI); é livre a criação de associações religiosas, desde que para **fins lícitos e sem caráter paramilitar** (art. 5º, XVII) – os fins lícitos, aqui, devem escoimar-se da chamada “infecção de preconceitos majoritários” (*infection of majoritarian bias*), pena de tornar-se retórica a garantia constitucional. Também as reuniões religiosas, por outro lado, podem ser **restringidas** (mesmo que exercidas no seio das confissões religiosas) na vigência do **estado de defesa** (art. 136, § 1º, I, a, da CF/88) e **suspensas** por decreto de **estado de sítio** (art. 139, IV, da CF/88) – reuniões religiosas, bem entendido, não o “exercício dos cultos religiosos” (liberdade posta em patamar superior pelo inciso VI do art. 5º). A liberdade de expressão religiosa (invulnerabilidade de correspondência, sigilo das comunicações, direito de informação, liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão), todavia, submete-se às restrições do estado de sítio, nos termos do regime geral do art. 139, III, da Constituição (certo que com expressa reserva de lei). Seja como for, **a tarefa é de harmonização. (Grifou-se)**

Do exposto, constata-se que a Constituição da República de 1988 adotou uma posição de laicidade com neutralidade, colaboração e não combate à vida religiosa. A liberdade religiosa, inegavelmente, recebe proteção constitucional como direito fundamental, sendo, de modo excepcional, relativamente restringida nos casos de estado de exceção e em eventuais choques com outros direitos estabelecidos pela própria Constituição como, por

<sup>48</sup> WEINGARTNER NETO, Jayme; SARLET, Ingo Wolfgang. **Liberdade religiosa no Brasil com destaque para o marco jurídico-constitucional e a jurisprudência do STF**. REPATS: Brasília, 2016, p. 70.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 72.

exemplo, os anonimato e os fins lícitos, devendo ser harmonizada com o sistema de direitos constitucional.

## 2.3 A TUTELA JURÍDICA DO DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL

### 2.3.1 Legislação infraconstitucional e a defesa da liberdade religiosa

Além da proteção da autonomia de escolha religiosa e o seu exercício oriundo do texto constitucional, as normas infraconstitucionais também disciplinam a matéria com regras possuidoras de carga protetiva.

Na esfera cível, referente às organizações religiosas enquanto instituições, o inciso IV do artigo 44<sup>51</sup> do Código Civil, após atualização da Lei nº 10.825/2003, reconheceu legalmente as organizações religiosas como pessoas jurídicas de direito privado. O parágrafo 1º do mencionado dispositivo indica de modo expresso que é livre a criação, organização, estruturação e o funcionamento das organizações religiosas, sendo proibido ao poder público criar barreiras à sua instituição. Em comentário, Nanni *et al*<sup>52</sup>. acentua a maior liberdade às instituições religiosas, as quais passam a receber defesa contra as ingerências do Estado em sua organização:

As organizações religiosas ganharam distinção normativa com o advento da Lei n. 10.825/2003, já que anteriormente permaneciam agrupadas nas associações. O destaque permite maior liberdade na criação e no manejo de assuntos interna corporis, muito embora seguimento doutrinário ainda persista em designá-las como espécie de associação, o que não é incorreto, dado o intuito não econômico. Contudo, a cisão normativa trouxe outro ponto importante, que é a relativa vedação de intervenção do poder público em sua criação ou registro de atos. Diz-se relativa, porquanto a ninguém é conferido o direito de imunidade ao controle de legalidade dos atos, conforme, aliás, estatui o art. 5º, II, da Constituição Federal.

Outrossim, em respeito à participação litúrgica, o Código de Processo Civil, por meio do inciso I do artigo 244<sup>53</sup>, veda a citação processual a pessoa que estiver participando de

---

<sup>51</sup> Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

[...]

IV - as organizações religiosas;

§ 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento. BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, promulgada em 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm).

<sup>52</sup> NANNI, Giovanni Ettore. *et al*. **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo**. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 75.

<sup>53</sup> Art. 244. Não se fará a citação, salvo para evitar o perecimento do direito:

I - de quem estiver participando de ato de culto religioso; [...]. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, sancionada em 16 de março de 2015. Disponível em:

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

atividade de culto. Sobre o dispositivo referenciado, Vieira e Regina<sup>54</sup> colocam a dignidade da pessoa humana e a sacralidade situada na dimensão mais íntima do ser humano como fundamento desta vedação.

Em matéria penal, ao tratar dos crimes contra o sentimento religioso, existe tipificação no próprio Código Penal, em seu artigo 208<sup>55</sup>, contra o impedimento e perturbação do culto. Conforme Nucci<sup>56</sup>, o elemento objetivo do tipo é:

Escarnecer (zombar ou fazer troça) de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa (primeira figura); impedir (interromper ou obstar o prosseguimento) ou perturbar (estorvar ou atrapalhar) cerimônia ou prática de culto religioso (segunda figura); vilipendiar (humilhar, menoscar ou desonrar) publicamente ato ou objeto de culto religioso.

Cumpra mencionar também que o parágrafo terceiro do artigo 140<sup>57</sup>, que tipifica a injúria, é qualificadora da pena se a injúria, dentre outras, for relacionada à esfera religiosa. Aqui, o legislador aponta maior apreço quando o crime se tratar de questões referentes à crença. Para Nucci<sup>58</sup>, é necessário que o insulto macule a honra subjetiva e arranhe o conceito que a vítima tem de si mesma.

A Lei n. 9.459/1997, ao incluir a religião como objeto do artigo 1º da Lei do Racismo (7.716/1989)<sup>59</sup> confere maior gravidade aos crimes cometidos no contexto religioso quando envolver preconceito e discriminação, pois apresentam penas mais graves e são imprescritíveis. Sobre os conceitos de racismo, discriminação e preconceito, Andreucci traz os seguintes esclarecimentos<sup>60</sup>:

O termo “racismo” geralmente expressa o conjunto de teorias e crenças que estabelecem uma hierarquia entre as raças, entre as etnias, ou ainda uma atitude de

<sup>54</sup> VIEIRA, Thiago Rafael e REGINA, Jean Marques. **Direito Religioso: Questões Práticas e Teórica**. 3ª Ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Vida Nova, 2020, p. 223.

<sup>55</sup> Art. 208 - 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:

Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência. BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm).

<sup>56</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 18ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 755-756.

<sup>57</sup> Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. [...]

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa. BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm).

<sup>58</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 18ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 596

<sup>59</sup> Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. BRASIL. **Lei nº 7.716**, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7716compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716compilado.htm).

<sup>60</sup> ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. – 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 228.

hostilidade em relação a determinadas categorias de pessoas. Pode ser classificado como um fenômeno cultural, praticamente inseparável da história humana.

A “discriminação”, por seu turno, expressa a quebra do princípio da igualdade, como distinção, exclusão, restrição ou preferência, motivado por raça, cor, sexo, idade, trabalho, credo religioso ou convicções políticas.

Já o “preconceito” indica opinião ou sentimento, quer favorável, quer desfavorável, concebido sem exame crítico, ou ainda atitude, sentimento ou parecer insensato, assumido em consequência da generalização apressada de uma experiência pessoal ou imposta pelo meio, conduzindo geralmente à intolerância.

Por oportuno, objeto deste trabalho, cumpre lembrar que o crime de homofobia foi equiparado pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO n. 26/DF, ao crime de racismo tipificado pela Lei 7.716/1989 mencionada.

Importante norma para a promoção da liberdade religiosa, o Decreto nº 119-A, de 07 de janeiro de 1890 foi revigorado pelo Decreto nº 4.496 de 2002. Basicamente, o propósito do decreto em comento é vedar a intervenção do Poder Público em matéria religiosa e estabelecer a plena liberdade religiosa. O mencionado instrumento normativo, em que pese seja antigo, apresenta regulação importante para a análise do exercício da fé no Brasil. O seu artigo 3º, por exemplo, determina que:

A liberdade aqui instituída abrange não só os indivíduos nos actos individuais, sinão também as igrejas, associações e institutos em que se acharem agremiados; cabendo a todos o pleno direito de se constituírem e viverem colectivamente, segundo o seu credo e a sua disciplina, sem intervenção do poder publico.

Cabe mencionar também que o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010) frisa o direito à liberdade e à inviolabilidade de crença (artigo 23). Em destaque, para as religiões de matriz africana como medida de proteção à intolerância religiosa.

Por fim, em referência ao respeito religioso, a Lei nº 11.635/2007 instituiu o Dia Nacional de Combate à Intolerância Religiosa com a indicação do dia 21 de janeiro. Tal medida normativa mostra-se pertinente para promoção da coexistência pacífica das religiões no Estado Democrático de Direito. Certamente, para o estabelecimento da pluralidade de crenças sem que haja desordens originadas de conflitos religiosos, é mister que o Estado, enquanto detentor do poder coercitivo e normativo, determine a proteção ao exercício de todos os credos.

Diante do colocado, além do âmbito constitucional, a proteção à liberdade religiosa apresenta robustez jurídica na dimensão infraconstitucional. Isso demonstra a postura positiva do Estado em regular adequadamente a esfera religiosa.

### 2.3.2 A liberdade religiosa sob a perspectiva da Doutrina

De modo a desenvolver uma concepção mais apurada acerca da liberdade religiosa, cumpre destacar que ela se desdobra em duas dimensões, que é a liberdade de crença e a liberdade de culto. Como ensinado por Almeida<sup>61</sup>, tem-se o seguinte:

A liberdade religiosa é relacionada ao indivíduo, apresentando dois aspectos: 1) liberdade de consciência e crença; e 2) liberdade de exercício público de culto. A inviolabilidade de consciência e crença diz respeito à proteção que o Estado garante ao indivíduo de não ser obrigado a abdicar (no sentido de “abrir mão”, renunciar), sendo inviolável, faz parte do foro íntimo de cada pessoa. Já o livre exercício dos cultos religiosos ocorre no espaço público; é uma liberdade que se externaliza, protegida pelo Estado, nos locais de culto.

Dessa forma, a proteção estatal ao exercício da fé deve abranger o direito de se tornar adepto ou de abandonar determinada fé e suas doutrinas, bem como as práticas litúrgicas desenvolvidas na vivência e determinadas pela rotina religiosa.

Neste contexto, Ives Gandra<sup>62</sup> defende a existência, na Constituição Federal, de um direito religioso com autonomia própria e pontua:

A autonomia de um ramo do Direito dá-se à medida em que seus fundamentos, princípios, normas e regras vão adquirindo autonomia, diferenciando-se de outros ramos e conformando um conjunto próprio de disposições submetido à Lei Suprema. Interpreta-se, pois, em face de outros conjuntos, em regimes e situações definidos e distintos dos demais que regulam uma sociedade.

Essa perspectiva é importante na medida em que estabelece uma característica específica do direito religioso de modo a determinar uma área jurídica com proteção peculiar do Estado.

Sobre tal direito, Bobbio<sup>63</sup> posiciona-se no sentido de que o direito à liberdade religiosa significa a possibilidade de professar determinada crença, bem como deixar de seguir. Além disso, Bobbio<sup>64</sup> coloca o direito à liberdade em relação proporcional à observância ao princípio da igualdade:

A liberdade religiosa, uma vez afirmada, foi se estendendo a todos, embora no início não tenha sido reconhecida para certas confissões ou para os ateus; mas essas eram exceções que deviam ser justificadas. O mesmo vale para a liberdade de opinião. Os direitos de liberdade evoluem paralelamente ao princípio do tratamento igual. Com relação aos direitos de liberdade, vale o princípio de que os homens são iguais.

<sup>61</sup> ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Constituição Federal Comentada**. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 64

<sup>62</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito Religioso. Liberdade religiosa e liberdade de expressão**. 1ª ed. – São Paulo: Noeses, 2020, p. 1-2.

<sup>63</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos** - tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 19.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 64-65.

Correlacionando a liberdade religiosa com a dignidade humana, o que denota importância valorativa tendo em vista o reconhecimento significativo da dignidade da pessoa, Rodrigues Junior<sup>65</sup> expõe que:

A liberdade religiosa, por conseguinte, é uma expressão da dignidade humana e manifesta o direito de autodeterminação subjetiva. Vista sob o aspecto externo, em sua implicação com o Estado Democrático de Direito, a liberdade religiosa é um índice de comprometimento da ordem jurídico-política com a Democracia e com seus valores fundamentais, especificamente o pluralismo. A essência do pluralismo está em aceitar a desigualdade de ser, agir, pensar e crer, no que se une à ideia de autodeterminação.

No mesmo sentido, ao mesmo tempo reconhecendo que o usufruto do direito à liberdade religiosa foi originado por um processo histórico de conquistas, Chehoud<sup>66</sup> aponta que:

A liberdade religiosa é um direito da pessoa, essencial a sua dignidade, que foi sendo conquistada ao longo dos séculos e, assim, moldada, vindo a adquirir a força de direito fundamental, garantido constitucionalmente. O respeito e a garantia da liberdade de crença e de culto, inclusive pelo poder público, estão intimamente relacionados com a dignidade da pessoa humana.

Sobre o conteúdo jurídico da liberdade religiosa, Rodrigues Júnior<sup>67</sup> indica que existe um conteúdo positivo e negativo. O positivo é composto por dois elementos: a) a liberdade de escolha e liberdade de crença (refere-se ao direito de acreditar ou desacreditar de determinada religião); b) a liberdade de culto (envolve a celebração de ofícios, a expressão e o proselitismo religioso, bem como a informação e o ensino religioso). A dimensão negativa, por seu turno, diz respeito às vedações de condutas contrárias ao direito religioso de outrem e é formada pelas seguintes restrições: a) ninguém é obrigado a seguir e praticar os preceitos de determinada fé; b) a ninguém é permitida a coação de manter pessoas ligadas às crenças; c) são proibidas discriminações em virtude da religião.

Rodrigues Júnior<sup>68</sup> também traz os seguintes princípios jurídicos decorrentes da liberdade religiosa estabelecida na Constituição Federal:

**a) Princípio da igualdade religiosa subjetiva:** vedação da criação de privilégios ou perseguições em direção a determinada crença; **b) Princípio da isonomia das entidades religiosas:** proíbe o Estado de favorecer ou financiar qualquer organização religiosa; **c) Princípio da separação institucional:** estabelece separação jurídico-político entre o Estado e as instituições religiosas, não sendo autorizado ao Estado a interferência nas nomeações ou afastamentos de líderes religiosos, na organização interna das comunidades religiosas e possibilita ao Estado

<sup>65</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Artigo 5º, incisos IV ao IX. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. – Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 100.

<sup>66</sup> CHEHOUD, Heloísa Sanches Querino. **A liberdade Religiosa nos Estados Modernos**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 135.

<sup>67</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Artigo 5º, incisos IV ao IX. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. – Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 101-102.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 102-104.

Democrático de direito ser teísta; **d) Princípio da aconfessionalidade:** a adoção de fé oficial pelo Estado é compatível com a liberdade religiosa da democracia, bem como o Estado não possui autoridade para interferir na teologia das religiões; **e) Princípio da colaboração:** excepciona a cooperação entre o Estado e as organizações religiosas na promoção de atividades assistenciais, direitos humanos, educação, saúde, cultura e cidadania; **f) Princípio da tolerância:** refere-se ao assentimento das diversidades de fé e à aceitação do proselitismo, exceto se for abusivo; **g) Princípio da adequação cultural:** o dever de resguardar os aspectos histórico-culturais do povo como, por exemplo, as estátuas, monumentos religiosos, crucifixos e nomes de ruas. (**Grifou-se**)

Oportuno dizer que, considerando o modelo de laicidade adotado e as normas constitucionais e legais, o dever de tolerância e respeito às escolhas e práticas religiosas não alcançam apenas o Estado, pelo contrário, é comando imperativo também nas relações entre os particulares. A liberdade religiosa incide inclusive em relações familiares, conforme exposto por Weingartner Neto e Sarlet<sup>69</sup>:

A liberdade religiosa, por diferentes modos e com diversas intensidades, também vincula os particulares nas suas relações privadas (é pacífica, por exemplo, a ilicitude de cláusula testamentária que obrigue alguém a mudar de religião), agregando-se, nesta seara, ainda, o aludido princípio de tolerância. As refrações variam, conforme situações especiais, surgindo tensões no interior da família, nas relações laborais e até no seio das confissões religiosas. No primeiro caso, vale lembrar, cada um dos cônjuges é titular do direito à liberdade religiosa; ambos partilham o direito de educar religiosamente os seus filhos; e que cada um dos filhos também goza de liberdade religiosa – em linha de tensão, especialmente, com a liberdade de atuação segundo a própria crença.

Rodrigues Júnior também faz menção ao poder familiar<sup>70</sup> que permite aos pais criarem seus filhos conforme suas crenças, como expressão da liberdade religiosa. Com isso, podem os pais, até a aquisição da capacidade civil de seus filhos, conduzir a educação religiosa de sua prole. Entretanto, o Estado não está impedido de responsabilizá-los por quaisquer abusos e prejuízos ao melhor interesse da criança, tendo em vista que a “a liberdade religiosa não pode servir de fundamento a abusos e desvios morais ou sociais na formação plena e saudável da juventude”<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> WEINGARTNER NETO, Jayme e SARLET, Ingo Wolfgang. **Liberdade religiosa no Brasil com destaque para o marco jurídico-constitucional e a jurisprudência do STF**. REPATS: Brasília, 2016, p. 73.

<sup>70</sup> Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação. BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, promulgada em 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm).

<sup>71</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Artigo 5º, incisos IV ao IX. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. – Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 104-105.

Miragem discorre que é necessário conceder certa autonomia de organização para as religiões e destaca que existem especificidades próprias das instituições religiosas que devem ser consideradas<sup>72</sup>:

Dos fundamentos da crença religiosa podem surgir características da pessoa jurídica, de sua organização ou funcionamento, que não possam necessariamente ser admitidas nos estritos limites que a lei confere às associações e às fundações. Basta, para comprovar esta afirmação, que se pretenda encaixar a estrutura milenar da Igreja Católica sob a forma de associação ou fundação. Poderia o Papa ser destituído em Assembleia-Geral? Ou ter sua gestão sob controle de um Conselho Curador? A resposta é evidentemente negativa.

Sem dúvidas, se o Estado não garante o mínimo de autonomia para organização interna e a determinação das regras de fé, não há espaço para se afirmar a existência do direito à liberdade religiosa.

### 2.3.3 A Jurisprudência brasileira e o direito à liberdade religiosa

Nesta parte do trabalho, serão analisadas algumas decisões sobre o exercício da liberdade religiosa. Como se viu, o Brasil adotou o modelo de laicidade que, além da separação entre o poder político do Estado e o religioso, assume uma postura de neutralidade e amistosa às religiões. Com isso, por óbvio, os magistrados dos tribunais brasileiros ao se depararem com embates sociais sobre as questões que envolvem a livre escolha da fé e suas práticas, agem em conformidade com estes mandamentos constitucionais. Entretanto, nas situações de colisão entre direitos, pondera-se o caso concreto para decisão sobre qual direito deve prevalecer e em qual proporção.

O *decisum* seguinte tratou da proibição do proselitismo realizado em um canal de radiodifusão. Com fundamento na importância da liberdade de expressão, em referência ao artigo 220<sup>73</sup> da Constituição, e em reconhecimento do exercício da liberdade religiosa no âmbito público e o direito da tentativa de convencimento da fé, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a vedação da pregação religiosa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. LEI N. 9.612/98. RÁDIODIFUSÃO COMUNITÁRIA. PROIBIÇÃO DO PROSELITISMO. INCONSTITUCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA DA ACÇÃO DIRETA. 1. A liberdade de expressão representa tanto o direito de não ser arbitrariamente privado ou impedido de manifestar seu próprio pensamento quanto o direito coletivo de receber informações e de conhecer a

<sup>72</sup> MIRAGEM, Bruno. Direito à diferença e autonomia: proteção da diversidade no direito privado em relação ao exercício individual das liberdades sexual e religiosa. **Direito à diversidade**. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 83-84

<sup>73</sup> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição [...].

expressão do pensamento alheio. 2. Por ser um instrumento para a garantia de outros direitos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a primazia da liberdade de expressão. 3. **A liberdade religiosa não é exercível apenas em privado, mas também no espaço público, e inclui o direito de tentar convencer os outros, por meio do ensinamento, a mudar de religião. O discurso proselitista é, pois, inerente à liberdade de expressão religiosa. Precedentes.** 4. A liberdade política pressupõe a livre manifestação do pensamento e a formulação de discurso persuasivo e o uso de argumentos críticos. Consenso e debate público informado pressupõem a livre troca de ideias e não apenas a divulgação de informações. 5. O artigo 220 da Constituição Federal expressamente consagra a liberdade de expressão sob qualquer forma, processo ou veículo, hipótese que inclui o serviço de radiodifusão comunitária. 6. Viola a Constituição Federal a proibição de veiculação de discurso proselitista em serviço de radiodifusão comunitária. 7. Ação direta julgada procedente.<sup>74</sup> **(Grifou-se)**

A próxima decisão, que também alcança o direito ambiental, cuidou do impedimento do sacrifício de animais em liturgias religiosas. A Corte Maior manifestou-se em direção à permissão de tal prática como indicativo da laicidade do Estado e inclusive reconheceu a prática como patrimônio cultural imaterial. Além disso, declarou o posicionamento como medida de proteção da liberdade de fé das religiões de matriz africana. Assim ficou a ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. LIBERDADE RELIGIOSA. LEI 11.915/2003 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. NORMA QUE DISPÕE SOBRE O SACRIFÍCIO RITUAL EM CULTOS E LITURGIAS DAS RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ESTADOS PARA LEGISLAR SOBRE FLORESTAS, CAÇA, PESCA, FAUNA, CONSERVAÇÃO DA NATUREZA, DEFESA DO SOLO E DOS RECURSOS NATURAIS, PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E CONTROLE DA POLUIÇÃO. SACRIFÍCIO DE ANIMAIS DE ACORDO COM PRECEITOS RELIGIOSOS. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Norma estadual que institui Código de Proteção aos Animais sem dispor sobre hipóteses de exclusão de crime amoldam-se à competência concorrente dos Estados para legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI, da CRFB). 2. **A prática e os rituais relacionados ao sacrifício animal são patrimônio cultural imaterial e constituem os modos de criar, fazer e viver de diversas comunidades religiosas, particularmente das que vivenciam a liberdade religiosa a partir de práticas não institucionais.** 3. A dimensão comunitária da liberdade religiosa é digna de proteção constitucional e não atenta contra o princípio da laicidade. 4. O sentido de laicidade empregado no texto constitucional destina-se a afastar a invocação de motivos religiosos no espaço público como justificativa para a imposição de obrigações. A validade de justificações públicas não é compatível com dogmas religiosos. 5. **A proteção específica dos cultos de religiões de matriz africana é compatível com o princípio da igualdade, uma vez que sua estigmatização, fruto de um preconceito estrutural, está a merecer especial atenção do Estado.** 6. Tese fixada: É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana. 7. Recurso extraordinário a que se nega provimento.<sup>75</sup> **(Grifou-se)**

<sup>74</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 2566-DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 16/05/2018. Data de Publicação: 23/10/2018.

<sup>75</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 494601-RS**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 28/03/2019. Data de Publicação: 19/11/2019.

O próximo julgado tratou da obrigação do Estado em ofertar obrigação alternativa como motivo de objeção de consciência. No caso, o Supremo Tribunal Federal permitiu que a Administração Pública ofereça obrigações opcionais a servidores públicos por motivos religiosos. Em argumentação, indicou de modo expresso que a laicidade do Estado não significa laicismo, indiferença nem posição antirreligiosa:

CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL. LIBERDADE RELIGIOSA. OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA. DEVER DO ADMINISTRADOR DE OFERECER OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA PARA CUMPRIMENTO DE DEVERES FUNCIONAIS. RECURSO PROVIDO. **1. O princípio da laicidade não se confunde com laicismo. A separação entre Igreja e Estado não pode, portanto, implicar o isolamento daqueles que guardam uma religião à sua esfera privada. A neutralidade estatal não se confunde com indiferença religiosa. A indiferença gera posição antirreligiosa contrária à posição de pluralismo religioso típica de um Estado Laico. 2. O princípio da laicidade estatal deve ser interpretado de forma a coadunar-se com o dispositivo constitucional que assegura a liberdade religiosa, constante do art. 5º, VI, da Constituição Federal. 3. O direito à liberdade religiosa e o princípio da laicidade estatal são efetivados na medida em que seu âmbito de proteção abarque a realização da objeção de consciência. A privação de direito por motivos religiosos é vedada por previsão expressa na constituição. Diante da impossibilidade de cumprir obrigação legal imposta a todos, a restrição de direitos só é autorizada pela Carta diante de recusa ao cumprimento de obrigação alternativa. 4. A não existência de lei que preveja obrigações alternativas não exime o administrador da obrigação de ofertá-las quando necessário para o exercício da liberdade religiosa, pois, caso contrário, estaria configurado o cerceamento de direito fundamental, em virtude de uma omissão legislativa inconstitucional. 5. Tese aprovada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal: “Nos termos do art. 5º, VIII, da CRFB, é possível a Administração Pública, inclusive em estágio probatório, estabelecer critérios alternativos para o regular exercício dos deveres funcionais inerentes aos cargos públicos, em face de servidores que invocam escusa de consciência por motivos de crença religiosa, desde que presente a razoabilidade da alteração, não se caracterize o desvirtuamento no exercício de suas funções e não acarrete ônus desproporcional à Administração Pública, que deverá decidir de maneira fundamentada”. 6. Recurso extraordinário provido para conceder a segurança.<sup>76</sup> **(Grifou-se)****

Na decisão a seguir, que teve como objeto a obrigatoriedade da disponibilidade de Bíblias em bibliotecas públicas, tem-se uma posição negativa do Estado para garantir a liberdade religiosa da diversidade de crenças. Ao mesmo tempo, o Poder Público age com neutralidade ao garantir que no espaço público não haja imposição de crença específica. Em fundamentação, os magistrados declararam a inconstitucionalidade da lei e utilizaram o princípio da isonomia como vedação ao favorecimento de determinada religião:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. LEI “PROMULGADA” N. 74/2010, DO AMAZONAS. OBRIGATORIEDADE DE MANUTENÇÃO DE EXEMPLAR DA BÍBLIA EM ESCOLAS E BIBLIOTECAS PÚBLICAS ESTADUAIS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, LIBERDADE RELIGIOSA E LAICIDADE ESTATAL. CAPUT DO ART. 5º E INC. I DO ART. 19 DA CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. 1. É inconstitucional, por ofensa aos princípios da isonomia, da liberdade religiosa e da laicidade do

<sup>76</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE n. 1099099-SP**. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 26/11/2020. Data de Publicação: 12/04/2021.

Estado, norma que obrigue a manutenção de exemplar de determinado livro de cunho religioso em unidades escolares e bibliotecas públicas estaduais. Precedentes. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar inconstitucionais os arts. 1º, 2º e 4º da Lei “Promulgada” n. 74/2010 do Amazonas.<sup>77</sup>

O julgamento agora em comento apresenta destaque para o presente estudo tendo em vista que toca questão referente ao racismo religioso. O caso diz respeito a discurso proselitista contrário a outras religiões realizado em livro católico. A Corte Maior, em posicionamento favorável, admitiu que o proselitismo é parte intrínseca do exercício religioso. Deixou expresso também que o discurso discriminatório se faz presente ao atender obrigatoriamente todos os três requisitos, sendo que, na situação, o terceiro requisito, que é o propósito de exploração, dominação e supressão de direitos fundamentais, não esteve presente. Em que pese a postura tenha sido intolerante, o ministro admitiu ser natural no contexto de embate entre as religiões:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE RACISMO RELIGIOSO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. IMPRESCRITIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA. LIVRO. PUBLICAÇÃO. PROSELITISMO COMO NÚCLEO ESSENCIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. [...]3. A liberdade religiosa e a de expressão constituem elementos fundantes da ordem constitucional e devem ser exercidas com observância dos demais direitos e garantias fundamentais, não alcançando, nessa ótica, condutas reveladoras de discriminação. 4. No que toca especificamente à liberdade de expressão religiosa, cumpre reconhecer, nas hipóteses de religiões que se alçam a universais, que **o discurso proselitista é da essência de seu integral exercício. De tal modo, a finalidade de alcançar o outro, mediante persuasão, configura comportamento intrínseco a religiões de tal natureza.** Para a consecução de tal objetivo, não se revela ilícito, por si só, a comparação entre diversas religiões, inclusive com explicitação de certa hierarquização ou animosidade entre elas. 5. **O discurso discriminatório criminoso somente se materializa após ultrapassadas três etapas indispensáveis. Uma de caráter cognitivo, em que atestada a desigualdade entre grupos e/ou indivíduos; outra de viés valorativo, em que se assenta suposta relação de superioridade entre eles e, por fim; uma terceira, em que o agente, a partir das fases anteriores, supõe legítima a dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente que compreende inferior.** 6. A discriminação não libera consequências jurídicas negativas, especialmente no âmbito penal, na hipótese em que as etapas iniciais de desigualação desembocam na suposta prestação de auxílio ao grupo ou indivíduo que, na percepção do agente, encontrar-se-ia em situação desfavorável. 7. Hipótese concreta em que o paciente, por meio de publicação em livro, incita a comunidade católica a empreender resgate religioso direcionado à salvação de adeptos do espiritismo, em atitude que, a despeito de considerar inferiores os praticantes de fé distinta, **o faz sem sinalização de violência, dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais.** 8. Conduta que, embora intolerante, pedante e prepotente, se insere no cenário do embate entre religiões e decorrente da liberdade de proselitismo, essencial ao exercício, em sua inteireza, da liberdade de expressão religiosa. Impossibilidade, sob o ângulo da tipicidade conglobante, que conduta autorizada pelo ordenamento jurídico legitime a intervenção do Direito Penal. 9.

<sup>77</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5258-AM. Relator: Min. Carmen Lúcia. Brasília, 13/04/2021. Data de Publicação: 27/04/2021.

Ante a atipicidade da conduta, dá-se provimento ao recurso para o fim de determinar o trancamento da ação penal pendente.<sup>78</sup> **(Grifou-se)**

Agora, tem-se um caso de vedação ao proselitismo religioso em transporte coletivo. No julgado<sup>79</sup>, o Ministro Alexandre de Moraes vedou com fundamento no abuso de direito, considerando o horário e o local inapropriados e em respeito aos adeptos de crenças diversas daquela pregada.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em ação para remoção do nome “Praça da Bíblia” com fundamento no descumprimento da laicidade, decidiu por manter o nome do local. O Tribunal sustentou seu posicionamento com base na pluralidade e liberdade religiosa, com consideração ao valor cultural da praça. Além disso, admitiu que matéria sobre posicionamentos teológicos estão fora da atuação estatal:

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROMOVIDA PELA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ATEUS E AGNÓSTICOS (ATEA). SUPOSTA VIOLAÇÃO A LAICIDADE DO ESTADO. PRAÇA PÚBLICA QUE OSTENTA MONUMENTO COM DIZERES BÍBLICOS, ENTITULADA "PRAÇA DA BÍBLIA", NO MUNICÍPIO DE TIJUCAS. PRETENSÃO VOLTADA À RETIRADA DE QUALQUER MENÇÃO RELIGIOSA NO LOCAL. PRAÇA QUE FOI CONSTRUÍDA HÁ MAIS DE 11 ANOS. MONUMENTO QUE JÁ FAZ PARTE DA CULTURA LOCAL. RESPEITO A PLURALIDADE DE RELIGIÕES, A LIBERDADE DE CRENÇA E A LIBERDADE DE CULTO. EQUILÍBRIO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE RELIGIOSA E DA LAICIDADE DO ESTADO BRASILEIRO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. INCABÍVEIS OS HONORÁRIOS RECURSAIS. "Cabe destacar a relevantíssima circunstância de que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, torna-se imperioso reconhecer que temas de caráter teológico ou concepções de índole filosófica - que busquem atribuir densidade teórica a ideias propagadas pelos seguidores de qualquer fé religiosa - estão, necessariamente, fora do alcance do poder censório do Estado, sob pena de gravíssima frustração e aniquilação da liberdade constitucional de crença e de disseminação (sempre legítima) das mensagens inerentes às doutrinas confessionais em geral" (ARE n. 1014615/ RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 10/3/2017).<sup>80</sup>

Por fim, no bojo da ADI 4.439, o Supremo declarou que é constitucional o ensino confessional em escolas públicas<sup>81</sup>. O Tribunal sustentou sua decisão com base na laicidade do Estado, na igualdade do ato para quaisquer religiões e em destaque para a voluntariedade da matrícula.

Considerando o exposto neste capítulo, é evidente que, além da proteção constitucional e infraconstitucional, o Poder Judiciário assume uma postura de defesa à

<sup>78</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC n. 134682-BA**. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 29/11/2016. Data de Publicação: 29/08/2017.

<sup>79</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE n. 1315221-RJ**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 17/08/2021. Data de Publicação: 20/08/2021.

<sup>80</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação n. 0300946-72.2016.8.24.0072**. Relator: Sérgio Roberto Baasch Luz. Florianópolis, 30/03/2021.

<sup>81</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4439-DF**. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 27/09/2017. Data de Publicação: 21/06/2018

liberdade religiosa, mesmo que ocorra situações consideradas intolerantes. Contudo, os magistrados não a consideram um direito absoluto e, por vezes, limita o seu exercício para resguardar outros direitos, principalmente no contexto do espaço de convivência pública.

### 3 DIREITO À AUTONOMIA DA VIDA SEXUAL

#### 3.1 VISÃO GERAL SOBRE A SITUAÇÃO DA COMUNIDADE LGBT + E O BRASIL

Inicialmente, cumpre colocar que o presente trabalho, considerando a diversidade inerente à sexualidade, para se referir às pessoas em seu direito à autonomia sexual, segue o conceito de LGBT+<sup>82</sup> exposto adiante:

Acrônimo de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. Eventualmente algumas pessoas utilizam a sigla GLBT, ou mesmo LBTTT, incluindo as pessoas transgênero/queer. No Chile é comum se utilizar TLGB, em Portugal também se tem utilizado a sigla LBTTQI, incluindo pessoas queer e intersexuais. Nos Estados Unidos se encontram referências a LBTTTQIA (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros, Travestis, Transexuais, Queer, Intersexuais e Assexuais).

A luta da comunidade LGBT+ remete à garantia do acesso aos mesmos direitos independente de sua condição sexual de modo a não ter seus direitos alcançados por restrições indevidas. O movimento homossexual teve surgimento no final da década de 1940 com o fim de desconstruir a visão negativa acerca da homossexualidade. Por meio de publicações mensais sobre o tema, o grupo chamado COC (*Center for Culture and Recreation*), em Amsterdam, produzia material para a promoção da socialidade e da tolerância social<sup>83</sup>.

Nas décadas de 1960 e 1970, houve aumento da visibilidade do movimento, marcado pelo discurso de autoafirmação e liberação. Evento de grande relevo foi a revolta de Stonewall, que originou o “Dia do Orgulho Gay”, pois, no dia 28 de junho de 1969, frequentadores de bar no local revoltaram-se contra as injustas abordagens que sofriam dos policiais<sup>84</sup>.

Segundo Facchini<sup>85</sup>, no Brasil, o movimento surgiu também como luta na reivindicação de direitos universais e civis plenos, não limitados somente ao “gueto”, mas que se voltavam para a sociedade de modo mais amplo. Impulsionados pelas mobilizações acontecidas em outros países no fim de 1960, os primeiros grupos militantes de pessoas homossexuais surgiram no Brasil no final dos anos 1970, no contexto da “abertura” política que anunciava o final da ditadura militar.

---

<sup>82</sup> JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. Brasília, 2012, p. 30.

<sup>83</sup> FACHINI, Regina. Histórico da luta LGBT no Brasil. **Psicologia e diversidade sexual**. Conselho Regional de Psicologia da 6ª Região – São Paulo: CRPSP, 2011, p. 11.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 13.

Entre os anos de 1981 e 1985, o Grupo Gay da Bahia promoveu campanha nacional para retirar a homossexualidade do código de doenças do Inamps (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social), como expressão do combate pela despatologização da condição homossexual<sup>86</sup>.

No contexto internacional, o marco diferencial e de grande relevância para a despatologização da homossexualidade ocorreu em 17 de maio de 1992 com o posicionamento da Organização Mundial da Saúde em reconhecer que a “homossexualidade não é um desvio, doença ou qualquer outro indicador de problemas de saúde de uma pessoa”<sup>87</sup>.

Após essas lutas, o Conselho Federal de Psicologia emitiu a Resolução CFP n° 001/99 de 22 de março de 1999. Como consideração, a Resolução trouxe que a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão; reconheceu a situação sócio-cultural de discriminação e a importância da Psicologia para o esclarecimento de questões referente à sexualidade para a superação de preconceitos e discriminações<sup>88</sup>.

Por consequência da resolução mencionada, marco para época, um casal de homossexuais de Catanduva-SP conquistou o direito de adotar criança com fundamento na Resolução Conselho Federal de Psicologia n. 001/99<sup>89</sup>.

Em referência ao âmbito internacional, no XIII Congresso Mundial de Sexologia, ocorrido em 1997 em Valência, na Espanha, foi criada a Declaração dos Direitos Sexuais, referendada na edição XIV do mesmo congresso em 1999. Conforme Maria Berenice Dias *apud* Marianna Chaves<sup>90</sup>, a Declaração possui os seguintes pontos:

**Direito à liberdade sexual:** a liberdade sexual diz respeito à possibilidade dos indivíduos em expressar seu potencial sexual. No entanto, aqui se excluem todas as formas de coerção, exploração e abuso em qualquer época ou situações de vida.

**Direito à autonomia sexual, integridade sexual e à segurança do corpo sexual:** este direito envolve a habilidade de uma pessoa em tomar decisões autônomas sobre a própria vida sexual num contexto de ética pessoal e social. Também inclui o controle e o prazer de nossos corpos livres de tortura, mutilação e violência de qualquer tipo.

<sup>86</sup> FACHINI, Regina. Histórico da luta LGBT no Brasil. **Psicologia e diversidade sexual**. Conselho Regional de Psicologia da 6ª Região – São Paulo: CRPSP, 2011, p. 14.

<sup>87</sup>SANTOS, Paulo Reis dos. A despatologização da orientação sexual: O papel da Resolução 01/99 e o enfrentamento da homofobia. **Psicologia e diversidade sexual**. Conselho Regional de Psicologia da 6ª Região – São Paulo: CRPSP, 2011, p. 70.

<sup>88</sup> KAHHALE, Edna Maria Peters. Histórico do Sistema Conselhos de Psicologia e a interface com as questões LGBTs. **Psicologia e diversidade sexual**. Conselho Regional de Psicologia da 6ª Região – São Paulo: CRPSP, 2011, p. 22.

<sup>89</sup> CONJUR. **Casal de homossexuais garante direito de adotar criança**. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2005-jul-05/casal\\_homossexuais\\_garante\\_direito\\_adotar\\_crianca](https://www.conjur.com.br/2005-jul-05/casal_homossexuais_garante_direito_adotar_crianca).

<sup>90</sup>CHAVES, Chaves. **Homoafetividade e Direito: Proteção Constitucional, União, Casamento e Parentalidade**. 3ª edição. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 107-108.

**Direito à privacidade sexual:** o direito às decisões individuais e aos comportamentos sobre intimidade, desde que não interfiram nos direitos sexuais dos outros.

**Direito à igualdade sexual:** liberdade de todas as formas de discriminação, independentemente de sexo, gênero, orientação sexual, idade, raça, classe social, religião, deficiências mentais ou físicas.

**Direito ao prazer sexual:** prazer sexual, incluindo autoerotismo, é uma fonte de bem-estar físico, psicológico, intelectual e espiritual.

**Direito à expressão sexual:** a expressão é mais que um prazer erótico ou atos sexuais. Cada indivíduo tem o direito de expressar a sexualidade, através de comunicação, toques, expressão emocional e amor.

**Direito à livre associação sexual:** significa a possibilidade de casamento ou não, ao divórcio, e ao estabelecimento de outros tipos de associações sexuais responsáveis.

**Direito às escolhas reprodutivas livres e responsáveis:** é o direito em decidir ter ou não filhos, o número e o tempo entre cada um, e o direito total aos métodos de regulação da fertilidade.

**Direito à informação baseada no conhecimento científico:** a informação sexual deve ser gerada através de um processo científico e ético e disseminado em formas apropriadas e a todos os níveis sociais.

**Direito à educação sexual compreensiva:** é um processo que dura a vida toda, desde o nascimento, e deveria envolver todas as instituições sociais.

**Direito à saúde sexual:** a ideia de que cuidado com a saúde sexual deveria estar disponível para a prevenção e tratamento de todos os problemas sexuais, preocupações e desordens. (**Grifou-se**)

No plano internacional, importante documento para sistematização de princípios referentes à orientação e identidade de gênero é o “Os Princípios de Yogyakarta”, elaborado em 2006 na cidade de Yogyakarta, na Índia, por uma Comissão Internacional de Juristas e o Serviço Internacional de Direitos Humanos, em representação a uma aliança de organizações de direitos humanos<sup>91</sup>. O documento apresenta 29 princípios, dentre os quais o Direito ao Gozo Universal dos Direitos Humanos, Direito à Igualdade e a Não-Discriminação, Direito ao Reconhecimento Perante a Lei, Direito à Segurança Pessoal, Direito de Constituir uma Família, Direito de Participar da Vida Pública, Direito de Participar da Vida Cultural e o Direito a Recursos Jurídicos e Medidas Corretivas Eficazes<sup>92</sup>. Além disso, em seu preâmbulo, reconhece de modo expresse a proteção dos direitos a pessoas “percebidas como transexuais, transgêneros, intersexuais”<sup>93</sup>.

Tamanho é a relevância dos Princípios de Yogyakarta em matéria de direitos humanos voltada a questões de vida sexual que tiveram influência no desenvolvimento do direito internacional incidente na matéria, como se constata em sua presença na Revisão

<sup>91</sup> CHAVES, Chaves. **Homoafetividade e Direito: Proteção Constitucional, União, Casamento e Parentalidade**. 3ª edição. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 115.

<sup>92</sup> **Princípios de Yogyakarta: Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Tradução de Jones de Freitas. Observatório de Sexualidade e Política (*Sexuality Policy Watch*), 2007, p. 5. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf).

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 9.

Periódica Universal do Conselho de Direitos Humanos, promovida pela Organização das Nações Unidas<sup>94</sup>.

Marianna Chaves<sup>95</sup> também traz que a Resolução do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, chamada de "*Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity*" (Resolução 17/19), apresentada em 2011 na África do Sul, foi o documento que, de modo efetivo, significou um divisor de águas para os direitos da comunidade LGBTQ+, pois tratou diretamente do assunto no plano internacional. De modo geral, essa resolução preceitua que os países que não zelarem pelos direitos das pessoas da comunidade LGBTQ+ sob seu governo estarão desrespeitando os tratados internacionais de direitos humanos.

Destarte, considerando o apresentado nesta seção, percebe-se que os direitos da comunidade LGBTQ+ são fruto da luta pela aceitação social e a desestigmatização. Neste contexto, as transformações ocorridas no âmbito internacional, com o reconhecimento de direitos e despatologização da homossexualidade, foram importantes para impulsionar a proteção jurídica no Brasil.

### 3.2 O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A DEFESA DO DIREITO À AUTONOMIA DA VIDA SEXUAL

A Constituição da República estabelece uma série de direitos fundamentais e, norteada pelo princípio da dignidade da pessoa, isonomia, da liberdade e da não discriminação, apresenta o alicerce jurídico para proteção das pessoas homoafetivas.

Nas palavras do Ministro Edson Fachin<sup>96</sup>, os direitos da comunidade LGBTQ+ tem como base constitucional de proteção o direito à dignidade (art. 1º, III), à igualdade (art. 5º, *caput*); a garantia constitucional do mandado de injunção (art. 5º, LXXI); e o mandado constitucional de criminalização contra qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI).

Dimoulis e Lunardi<sup>97</sup> expõem que, no que se refere ao direito constitucional de proteção à intimidade e vida privada, o Estado não deve intrometer-se nestas questões de modo a limitar a vida sexual:

---

<sup>94</sup> CHAVES, Chaves. **Homoafetividade e Direito: Proteção Constitucional, União, Casamento e Parentalidade**. 3ª edição. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 118.

<sup>95</sup> CHAVES, Chaves. **Homoafetividade e Direito: Proteção Constitucional, União, Casamento e Parentalidade**. 3ª edição. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 118.

<sup>96</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO n. 26-DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13/06/2019. Data de Publicação: 06/10/2020, p. 198.

<sup>97</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Direito à livre orientação sexual e tutela da diversidade sexual pela Constituição de 1988. Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 76.

Uma leitura sistemática da Constituição brasileira de 1988 indica que **a orientação sexual deve ser tratada como assunto privado e como tal deve permanecer fora da regulamentação jurídica** (além da simples e pura permissão). A mesma Constituição assegura a todos o direito à intimidade e à privacidade. A questão está historicamente atrelada à liberdade individual e à difícil e mutável linha divisória entre o público e o privado. Trata-se de um dos pressupostos de atuação do Estado, indicando os limites de sua intervenção do Estado na vida das pessoas. Quando as características e preferências sexuais se situam no campo do privado, diminui o espaço de atuação normativa ou fática do Estado. O inciso X do art. 5º da Constituição Federal prevê a proteção da intimidade e da vida privada. **(Grifou-se)**

Ao tratar diretamente sobre a liberdade sexual na Carta Magna, Dimoulis e Lunardi<sup>98</sup> colocam também que ela é garantida pela liberdade genérica e pelo direito à igualdade contidos no *caput* do artigo 5º; na proibição de quaisquer formas de discriminação do inciso IV do artigo 3º e na tutela da convivência familiar baseada na livre escolha dos seus membros. Ainda, mencionam que, tendo em vista a proteção constitucional implícita, é vedado que o direito infraconstitucional seja discriminador à orientação sexual.

Sobre a temática, no que se refere à legislação infraconstitucional, o Código Penal, trata dos crimes contra a liberdade sexual: a) violência ou grave ameaça: crime de estupro (art. 213); b) fraude: crime de violação sexual mediante fraude (art. 215); importunação sexual (artigo 215-A); e assédio sexual (artigo 216-A). Contudo, não possuem pertinência direta ao objeto de estudo este trabalho, que trata da orientação e identidade sexual, pois, como assevera Gonçalves<sup>99</sup> “atingem a faculdade de livre escolha do parceiro sexual, bem como do momento e dos atos sexuais que deseja praticar com o parceiro escolhido”.

O artigo 140 do Código Penal, por sua vez, que trata da injúria, possui qualificadora com base em elementos discriminatórios e raciais<sup>100</sup>. Em comentário, Nucci<sup>101</sup> expõe que esta qualificadora se estende aos homossexuais tendo em vista o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO n. 26 pelo Supremo Tribunal Federal e a equiparação da homotransfobia ao crime de racismo determinado pela Lei 7.716/1989. Por oportuno, acrescenta-se que ADO n. 26 reconheceu a omissão legislativa do Congresso Nacional em legislar a defesa criminal em favor da comunidade LGBTQ+, sendo recurso significativo na luta pela garantia de seus direitos no Brasil contra a homotransfobia.

<sup>98</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Direito à livre orientação sexual e tutela da diversidade sexual pela Constituição de 1988. **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 79.

<sup>99</sup> GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal: Parte Especial (Coleção Esquemático)**. – 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 627.

<sup>100</sup> Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. [...]

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa.

<sup>101</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 18ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 596-597.

Importante mencionar que, tendo em vista ainda não existir lei que dispõe diretamente sobre o casamento homoafetivo<sup>102</sup>, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n. 175/2013<sup>103</sup>, com base ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF julgadas pelo Supremo Tribunal Federal favoráveis ao reconhecimento da união estável de pessoas de mesmo sexo, disciplinou a matéria na esfera administrativa dos cartórios, tornando possível o casamento homoafetivo e os direitos inerentes ao instituto, já que a decisão do tribunal tratava tão somente da união estável. A mencionada resolução apresenta os seguintes dispositivos:

Art. 1º É **vedada** às autoridades competentes a **recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo**.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis. **(Grifou-se)**

Dessa forma, atualmente os casamentos de pessoas do mesmo sexo ocorrem no âmbito administrativo dos cartórios mesmo sem previsão expressa na legislação, tendo em vista a omissão legislativa do Congresso Nacional.

Por oportuno, cumpre trazer que, em relação aos avanços legislativos em potencial sobre os direitos da comunidade LGBTQ+, existem dois projetos de lei com tramitação no Poder Legislativo Federal.

No Senado Federal, há o Projeto de Lei n. 134/2018<sup>104</sup>, que tem como propósito instituir o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero. A proposição legislativa preceitua, de modo expresso, o Direito à Livre Orientação Sexual e Identidade de Gênero (Capítulo III); Direito à Igualdade e a Não Discriminação (Capítulo IV); Direito à Convivência Familiar (Capítulo V); Direito à Parentalidade (Capítulo VI); Direito à Identidade de Gênero (Capítulo VII); Direito à Saúde (Capítulo VIII); Direitos Previdenciários (Capítulo IX); Direito à Educação (Capítulo X); Direito ao Trabalho (Capítulo XI); Direito à Moradia (Capítulo XII); e o Direito de Acesso à Justiça e à Segurança (Capítulo XIII). Em seu texto inicial, encontra-se menção a questões de orientação e identidade de gênero. A parte das disposições gerais está com a seguinte redação:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero e visa a **promover a inclusão de todos, combater e criminalizar a discriminação e a intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero**, de modo a garantir a

<sup>102</sup> ARAÚJO, Janaína. **Garantia do casamento homoafetivo no país ainda não foi concedida por lei**. Brasília: Rádio Agência Senado Federal, 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/01/18/garantia-do-casamento-homoafetivo-no-pais-ainda-nao-foi-concedida-por-lei>.

<sup>103</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 175 de 14/05/2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>.

<sup>104</sup> SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 134, de 2018**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132701>.

efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos individuais, coletivos e difusos das minorias sexuais e de gênero.

Parágrafo único. Para efeitos desta Lei, entende-se:

I – **orientação sexual** como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas;

II – **identidade de gênero** como a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.

Art. 2º Como todos nascem iguais em direitos e dignidade, **é reconhecida igual dignidade jurídica a heterossexuais, lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais**, individualmente, em comunhão e nas relações sociais, respeitadas as diferentes formas de conduzirem suas vidas, de acordo com sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Parágrafo único. Para efeitos desta Lei, **o termo transgênero abarca pessoas cuja identidade de gênero, expressão de gênero ou comportamento não está em conformidade com aqueles tipicamente associados com o sexo que lhes foi atribuído no nascimento, tais como travestis e transexuais.**

Art. 3º É dever do Estado e da sociedade garantir a todos o pleno exercício da cidadania, a igualdade de oportunidades e o direito à participação na comunidade, especialmente nas atividades sociais políticas, econômicas, empresariais, educacionais, culturais e esportivas. **(Grifou-se)**

Na Câmara dos Deputados, está em trâmite o Projeto de Lei n. 7582/2014<sup>105</sup> que possui como fim a definição dos crimes de ódio e intolerância, tratando diretamente da orientação sexual e da identidade de gênero. Dentre os dispositivos do texto do projeto, destaca-se:

Art. 2º Toda pessoa, independentemente de classe e origem social, condição de migrante, refugiado ou deslocado interno, **orientação sexual, identidade e expressão de gênero**, idade, religião, situação de rua e deficiência goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

[...]

Art. 3º Constitui crime de ódio a ofensa a vida, a integridade corporal, ou a saúde de outrem motivada por preconceito ou discriminação em razão de classe e origem social, condição de migrante, refugiado ou deslocado interno, **orientação sexual, identidade e expressão de gênero**, idade, religião, situação de rua e deficiência.

Pena – A prática de crime de ódio constitui agravante para o crime principal, aumentando-se a pena deste de um sexto até a metade. **(Grifou-se)**

Diante do trazido até aqui, constata-se que ainda é necessário avanços legislativos para estabelecer e dar maior clareza aos direitos da comunidade LGBT+. Aliás, o direito homoafetivo logrou êxito no cenário jurídico nacional essencialmente pela atuação do Poder Judiciário, como se verá adiante.

<sup>105</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 7582/2014**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=616270>.

### 3.3 CENÁRIO ATUAL DA PROTEÇÃO JURÍDICA À AUTONOMIA DA VIDA SEXUAL NO BRASIL

#### 3.3.1 Direito homoafetivo na concepção da Doutrina

Nesta seção, buscou-se as matérias tratadas na doutrina especializada em direito homoafetivo, além de outras consideradas relevantes para a temática.

Como defesa da comunidade LGBT+, Neves<sup>106</sup> aponta a importância dos direitos humanos, os quais possuem como propósito a inclusão de pessoas e grupos, tendo em vista que eles possuem pretensão de validade universal.

Neste contexto, para Miragem<sup>107</sup>, há o surgimento de novas formas de se pensar as relações e conflitos, marcadas pela tolerância e o pluralismo, que reconhece como legítimos os interesses do outro sujeito. Dessa forma, o direito privado contemporâneo possui:

uma clara diretriz de proteção dos vulneráveis, como espécie de mandamento ético-jurídico que será concretizado tanto por leis protetivas dos vulneráveis (desigualdade de poder) ou que reconheçam juridicamente situações de fato dignas de tutela, de modo a promover a efetividade de direitos fundamentais.

Sobre a condição de vulnerabilidade de determinados grupos, Miragem<sup>108</sup> também coloca que:

Serão vulneráveis em alguma medida, por circunstâncias culturais ou históricas. Porém reivindicam deixar tal posição, o que constitui aspecto central de suas aspirações sociopolíticas. Assumem uma fraqueza ou vulnerabilidade circunstancial, conforme o estágio histórico-cultural de uma determinada sociedade. Será o caso de grupos discriminados como mulheres, negros, homossexuais e transexuais, por exemplo.

Galindo<sup>109</sup>, de modo exemplificativo, cita hipoteticamente uma mulher homossexual e descreve que ela não deve ser obrigada a se adequar aos padrões heteronormativos de sexualidade para exercer a sua cidadania. Além disso, expõe também que a homossexualidade “não deve ser impeditivo de acesso a diversos bens jurídicos relevantes, como aquilo que poderia ser considerado como ‘mínimo comum irrenunciável’”.

<sup>106</sup> NEVES, Marcelo. Direitos humanos: inclusão ou reconhecimento? **Direito à diversidade**. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 7.

<sup>107</sup> MIRAGEM, Bruno. Direito à diferença e autonomia: proteção da diversidade no direito privado em relação ao exercício individual das liberdades sexual e religiosa. **Direito à diversidade**. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 66.

<sup>108</sup> Ibid., p. 68.

<sup>109</sup> GALINDO, Bruno. O direito antidiscriminatório entre a forma e a substância: igualdade material e proteção de grupos vulneráveis pelo reconhecimento da diferença. **Direito à diversidade**. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 50.

Considerando as especificidades da questão em estudo, Miragem<sup>110</sup> indica a relevância da proteção à diversidade sexual sob a perspectiva da identidade de gênero, pois não são consideradas como transtorno ou perversão, ao contrário, devem ser reconhecidas como manifestações legítimas de orientação sexual.

No que toca à formação de família por pessoas homossexuais, Medeiros<sup>111</sup> fundamenta no princípio da liberdade e posiciona-se no seguinte sentido:

Negar a possibilidade de uma entidade familiar homossexual e de uma união estável homossexual, que embora não numerada, está presente na Constituição, é negar que a família deve ser regulamentada de maneira coerente com o princípio de liberdade, presente em nosso ordenamento, quanto à sua constituição e de igualdade, também presente em nosso ordenamento, quanto à possibilidade de acesso a diferentes casais, independentemente de sua orientação sexual.

Além disso, Medeiros<sup>112</sup> afirma que não se pode conceder à maioria a aprovação dessa possibilidade e acrescenta que "esse reconhecimento já existe como decorrência de uma interpretação adequada, voltada para a afirmação de pluralidade, igualdade e liberdade, que nada tem de meramente moral".

Chaves<sup>113</sup> já traz a questão da individualidade do sujeito e sua personalidade com relação à vida sexual e indica:

Na estruturação da individualidade de uma pessoa, a sexualidade consubstancia uma medida basilar da constituição da subjetividade, sustentáculo imprescindível para a capacidade do livre desenvolvimento da personalidade. Portanto, pode-se afirmar que as questões concernentes à orientação sexual relacionam-se de forma estreita com o amparo da dignidade da pessoa humana.

Seguindo a mesma linha dos direitos da personalidade, Oliveira<sup>114</sup> afirma a orientação sexual deve ser considerada direito fundamental e posiciona-se no seguinte sentido:

**O direito à orientação sexual integra, então, o rol dos direitos de personalidade,** devendo ser protegido como direito fundamental, para que se promova a realização de quem passa a se aceitar, bem como para evitar que outros violem tal direito. A partir de então, a liberdade, conforme a orientação sexual, de estabelecer relacionamentos com a responsabilidade que obriga todas as pessoas, não importando se são elas homo ou heterossexuais. **(Grifou-se)**

<sup>110</sup> MIRAGEM, Bruno. Direito à diferença e autonomia: proteção da diversidade no direito privado em relação ao exercício individual das liberdades sexual e religiosa. **Direito à diversidade**. – São Paulo: Atlas, 2015, p.72.

<sup>111</sup> MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. E agora, José? ou “a trajetória de afirmação da homossexualidade no direito brasileiro e novos desafios após a adpf 132 e adi 4277”. **Direito à diversidade**. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 233.

<sup>112</sup> Ibid., p. 236.

<sup>113</sup> CHAVES, Marianna. A família homoafetiva e a sua tutela jurídica. **Direito à diversidade**. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 258-259.

<sup>114</sup> OLIVEIRA, Catarina Almeida de. Requisitos para a configuração da união estável homoafetiva. **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 172.

Em acréscimo, Oliveira<sup>115</sup> afirma que o direito à orientação sexual situa-se na dimensão mais subjetiva, merecendo, portanto, particular atenção. Além disso, pontua que esses direitos também estão associados ao direito à intimidade, devendo a vida sexual ser protegida de interferências de outras pessoas.

Para o Ministro Barroso<sup>116</sup>, a negação da união homoafetiva significa discriminação ilegítima. Assim se expressou:

Se uma união homoafetiva é baseada nos mesmos pressupostos de uma união convencional – o afeto e o projeto de vida comum –, negar o mesmo tratamento jurídico constitui uma discriminação ilegítima, significa depreciar estas pessoas e as relações que elas estabelecem. É isso que o princípio da igualdade veda, na sua acepção mais elementar. Ele impõe ao Estado que aja de maneira impessoal, sem selecionar indevidamente a quem beneficiar ou prejudicar.

No que se refere à família homoafetiva em contraste com as tradições familiares, Chaves<sup>117</sup> evidencia o princípio da liberdade como fundamento e traz que:

O princípio da liberdade diz respeito não somente à criação, manutenção e extinção dos arranjos familiares, mas à sua permanente constituição e reinvenção. Uma vez que a família se desconectou das suas funções tradicionalistas, é desarrazoada a ideia de que ao Estado interesse regular deveres que restringem profundamente a liberdade, a intimidade e a vida privada dos indivíduos, quando não existe repercussão no interesse geral.

Também, referente ao direito à liberdade no contexto da homoafetividade, Barroso<sup>118</sup> pontua que o seu núcleo está no âmbito da autonomia privada de fazer aquilo que a lei não veda, bem como o direito de escolher seus valores morais e existenciais.

Já Ferraz<sup>119</sup> preceitua que essa liberdade é representada na autonomia para construir uma realidade social sem que a orientação sexual seja depreciada por outrem. Dessa forma, tem-se uma sociedade na qual o direito à autonomia sexual não interfere na vida social.

### 3.3.1 O posicionamento da Jurisprudência sobre a autonomia da vida sexual

Em relação ao posicionamento jurisprudencial, este tem se mostrado como o principal meio de conquistas de direitos pela comunidade LGBTQ+. A seguir são apresentados os mais relevantes para o movimento.

<sup>115</sup> Ibid., p. 175.

<sup>116</sup> BARROSO, Luís Roberto. O direito de amar e de ser feliz. **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25.

<sup>117</sup> CHAVES, Marianna. A família homoafetiva e a sua tutela jurídica. **Direito à diversidade**. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 260.

<sup>118</sup> BARROSO, Luís Roberto. O direito de amar e de ser feliz. **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25-26.

<sup>119</sup> FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. Casamento entre pessoas do mesmo sexo: a desconstrução de estigmas e a construção de parâmetros para o desenvolvimento pessoal e a justiça social. **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 190.

No que tange à união estável homoafetiva, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido que excluir quaisquer formas de discriminação e barreiras para o seu reconhecimento. Dessa forma, a Corte Maior deu legitimidade às relações homoafetivas como família legalmente reconhecida<sup>120</sup>.

Seguindo nesta direção, em sede de recurso extraordinário, o Supremo também deu reconhecimento ao regime sucessório para casais de homossexuais em união estável. Como fundamentação, trouxe o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade<sup>121</sup>.

Matéria de importância no contexto familiar, no bojo de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça, em respeito ao princípio do melhor interesse da criança e em oposição à discriminação, concedeu a possibilidade de adoção de menores por casal de homossexuais. O posicionamento do tribunal resultou a seguinte ementa:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. 1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento. 2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. 3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". 4. Mister observar a **imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo**. 5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. 6. Os diversos e respeitáveis estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores". 7. Existência

<sup>120</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4277-DF**. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05/05/2011. Data de Publicação: 14/10/2011.

<sup>121</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 646721-RS**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 10/11/2011. Data de Publicação: 07/12/2011.

de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral. 8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento. 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe. 10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da realidade, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade. 11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações. 12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. **Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária.** 13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança. 14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida. 15. Recurso especial improvido.<sup>122</sup> **(Grifou-se)**

No tocante à alteração do nome e sexo de pessoas transexuais, por meio de ação direta de inconstitucionalidade, foi reconhecida a possibilidade de alteração de nome independente da cirurgia de redesignação sexual. Com fundamento no direito à igualdade e à não discriminação e na identidade de gênero como expressão da personalidade, a decisão restou assim configurada:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la,**

<sup>122</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 889852 RS**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 27/04/2010. Data de Publicação:10/08/2010.

**nunca de constitui-la.** 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente.<sup>123</sup> **(Grifou-se)**

Ao tratar sobre a divulgação de material sobre orientação sexual e gênero, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 457, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional lei do Município de Novo Gama/GO que vedava a distribuição desse tipo de material. O Tribunal, com fundamento no princípio da liberdade, apoiou-se no combate à discriminação e ao preconceito<sup>124</sup>. Sobre a mesma questão, nesse mesmo sentido, a Corte Maior também julgou a ADPF n. 461/PR:

Direito à educação. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Lei municipal que veda o ensino sobre gênero e orientação sexual, bem como a utilização desses termos nas escolas. Procedência do pedido. 1. Violação à competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional ( CF/88, art. 22, XXIV), bem como à competência deste mesmo ente para estabelecer normas gerais em matéria de educação (CF/88, art. 24, IX). Inobservância dos limites da competência normativa suplementar municipal ( CF/88, art. 30, II). 2. Supressão de domínio do saber do universo escolar. Desrespeito ao direito à educação com o alcance pleno e emancipatório que lhe confere a Constituição. **Dever do Estado de assegurar um ensino plural, que prepare os indivíduos para a vida em sociedade.** Violação à liberdade de ensinar e de aprender ( CF/88, arts. 205, art. 206, II, III, V, e art. 214). 3. Comprometimento do papel transformador da educação. Utilização do aparato estatal para manter grupos minoritários em condição de invisibilidade e inferioridade. **Violação do direito de todos os indivíduos à igual consideração e respeito e perpetuação de estigmas** ( CF/88, art. 1º, III, e art. 5º). 4. Violação ao princípio da proteção integral. Importância da educação sobre diversidade sexual para crianças, adolescentes e jovens. Indivíduos especialmente vulneráveis que podem desenvolver identidades de gênero e orientação sexual divergentes do padrão culturalmente naturalizado. Dever do estado de mantê-los a salvo de toda forma de discriminação e opressão. Regime constitucional especialmente protetivo ( CF/88, art. 227). 5. Declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, X, da Lei 3.468/2015. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente.<sup>125</sup> **(Grifou-se)**

Em sede de ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucionais normas da ANVISA que vedavam a doação de sangue por homossexuais. Como fundamento, a ofensa à dignidade da pessoa humana e o combate à discriminação dessas normas. Assim ficou ementado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. ART. 64, IV, DA PORTARIA N. 158/2016 DO MINISTÉRIO

<sup>123</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4275-DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 01/03/2018. Data de Publicação: 07/03/2019.

<sup>124</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADP n. 457-GO**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 27/04/2020. Data de Publicação: 03/06/2020.

<sup>125</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 461-PR**. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 24/08/2020. Data de Publicação: 22/09/2020.

DA SAÚDE E ART. 25, XXX, D, DA RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA – RDC N. 34/2014 DA ANVISA. RESTRIÇÃO DE DOAÇÃO DE SANGUE A GRUPOS E NÃO CONDUTAS DE RISCO. DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL. INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. 1. A responsabilidade com o Outro demanda realizar uma desconstrução do Direito posto para tornar a Justiça possível e inculir, na interpretação do Direito, o compromisso com um tratamento igual e digno a essas pessoas que desejam exercer a alteridade e doar sangue. 2. O estabelecimento de grupos – e não de condutas – de risco **incorre em discriminação e viola a dignidade humana e o direito à igualdade, pois lança mão de uma interpretação consequencialista desmedida que concebe especialmente que homens homossexuais ou bissexuais são, apenas em razão da orientação sexual que vivenciam, possíveis vetores de transmissão de variadas enfermidades. Orientação sexual não contamina ninguém, condutas de risco sim.** 2. O princípio da dignidade da pessoa humana busca proteger de forma integral o sujeito na qualidade de pessoa vivente em sua existência concreta. A restrição à doação de sangue por homossexuais afronta a sua autonomia privada, pois se impede que elas exerçam plenamente suas escolhas de vida, com quem se relacionar, com que frequência, ainda que de maneira sexualmente segura e saudável; e a sua autonomia pública, pois se veda a possibilidade de auxiliarem àqueles que necessitam, por qualquer razão, de transfusão de sangue. 3. A política restritiva prevista na Portaria e na Resolução da Diretoria Colegiada, ainda que de forma desintencional, viola a igualdade, pois impacta desproporcionalmente sobre os homens homossexuais e bissexuais e/ou seus parceiros ou parceiras ao injungir-lhes a proibição da fruição livre e segura da própria sexualidade para exercício do ato empático de doar sangue. **Trata-se de discriminação injustificável, tanto do ponto de vista do direito interno, quanto do ponto de vista da proteção internacional dos direitos humanos, à medida que pressupõem serem os homens homossexuais e bissexuais, por si só, um grupo de risco,** sem se debruçar sobre as condutas que verdadeiramente os expõem a uma maior probabilidade de contágio de AIDS ou outras enfermidades a impossibilitar a doação de sangue. 4. Não se pode tratar os homens que fazem sexo com outros homens e/ou suas parceiras como sujeitos perigosos, inferiores, restringido deles a possibilidade de serem como são, de serem solidários, de participarem de sua comunidade política. Não se pode deixar de reconhecê-los como membros e partícipes de sua própria comunidade. 5. Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 64 da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e da alínea d do inciso XXX do art. 25 da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.<sup>126</sup> **(Grifou-se)**

Em recente decisão no âmbito de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça afastou o critério biológico para aplicação da Lei Maria da Penha e estendeu a sua aplicação no caso de mulher transsexual vítima de violência doméstica. Tal decisão ficou ementada do seguinte modo:

RECURSO ESPECIAL. MULHER TRANS. VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. APLICAÇÃO DA LEI N. 11.340/2006, LEI MARIA DA PENHA. CRITÉRIO EXCLUSIVAMENTE BIOLÓGICO. AFASTAMENTO. DISTINÇÃO

<sup>126</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 5543-DF**. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 11/05/2020. Data de Publicação: 26/08/2020.

ENTRE SEXO E GÊNERO. IDENTIDADE. VIOLÊNCIA NO AMBIENTE DOMÉSTICO. RELAÇÃO DE PODER E MODUS OPERANDI. ALCANCE TELEOLÓGICO DA LEI. MEDIDAS PROTETIVAS. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. A aplicação da Lei Maria da Penha não reclama considerações sobre a motivação da conduta do agressor, mas tão somente que a vítima seja mulher e que a violência seja cometida em ambiente doméstico, familiar ou em relação de intimidade ou afeto entre agressor e agredida. 2. **É descabida a preponderância, tal qual se deu no acórdão impugnado, de um fator meramente biológico sobre o que realmente importa para a incidência da Lei Maria da Penha, cujo arcabouço protetivo se volta a julgar autores de crimes perpetrados em situação de violência doméstica, familiar ou afetiva contra mulheres.** Efetivamente, conquanto o acórdão recorrido reconheça diversos direitos relativos à própria existência de pessoas trans, limita à condição de mulher biológica o direito à proteção conferida pela Lei Maria da Penha. 3. **A vulnerabilidade de uma categoria de seres humanos não pode ser resumida tão somente à objetividade de uma ciência exata. As existências e as relações humanas são complexas e o Direito não se deve alicerçar em argumentos simplistas e reducionistas.** 4. Para alicerçar a discussão referente à aplicação do art. 5º da Lei Maria da Penha à espécie, **necessária é a diferenciação entre os conceitos de gênero e sexo, assim como breves noções de termos transexuais, transgêneros, cisgêneros e travestis, com a compreensão voltada para a inclusão dessas categorias no abrigo da Lei em comento, tendo em vista a relação dessas minorias com a lógica da violência doméstica contra a mulher.** 5. A balizada doutrina sobre o tema leva à conclusão de que as relações de gênero podem ser estudadas com base nas identidades feminina e masculina. Gênero é questão cultural, social, e significa interações entre homens e mulheres. Uma análise de gênero pode se limitar a descrever essas dinâmicas. O feminismo vai além, ao mostrar que essas relações são de poder e que produzem injustiça no contexto do patriarcado. Por outro lado, sexo refere-se às características biológicas dos aparelhos reprodutores feminino e masculino, bem como ao seu funcionamento, de modo que o conceito de sexo, como visto, não define a identidade de gênero. **Em uma perspectiva não meramente biológica, portanto, mulher trans mulher é.** 6. Na espécie, não apenas a agressão se deu em ambiente doméstico, mas também familiar e afetivo, entre pai e filha, eliminando qualquer dúvida quanto à incidência do subsistema da Lei n. 11.340/2006, inclusive no que diz respeito ao órgão jurisdicional competente - especializado - para processar e julgar a ação penal. 7. As condutas descritas nos autos são tipicamente influenciadas pela relação patriarcal e misógina que o pai estabeleceu com a filha. O modus operandi das agressões - segurar pelos pulsos, causando lesões visíveis, arremessar diversas vezes contra a parede, tentar agredir com pedaço de pau e perseguir a vítima - são elementos próprios da estrutura de violência contra pessoas do sexo feminino. Isso significa que o modo de agir do agressor revela o caráter especialíssimo do delito e a necessidade de imposição de medidas protetivas. 8. Recurso especial provido, a fim de reconhecer a violação do art. 5º da Lei n. 11.340/2006 e cassar o acórdão de origem para determinar a imposição das medidas protetivas requeridas pela vítima L. E. S. F. contra o ora recorrido.<sup>127</sup> (Grifou-se)

---

<sup>127</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1977124-SP. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 05/04/2022. Data de Publicação: 22/04/2022.

Objeto de destaque neste trabalho, ADO n° 26<sup>128</sup>, cuja análise será aprofundada mais à frente, foi o instrumento por meio do qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a omissão legislativa do Congresso Nacional e declarou a criminalização da homotransfobia, equiparando-a aos crimes de racismo da Lei 7.716/1989.

Por fim, diante do exposto, nota-se que o direito homoafetivo, embora ainda esteja se desenvolvendo em suas especificidades, apresenta avanços. Contudo, estes avanços ocorrem principalmente com a atuação do Poder Judiciário em sua construção jurisprudencial. Além disso, neste contexto, as concepções doutrinárias sobre o tema, de modo geral, apresentam-se favoráveis.

---

<sup>128</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO n. 26-DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13/06/2019. Data de Publicação: 06/10/2020.

## 4 OS LIMITES ENTRE O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA E O DIREITO À AUTONOMIA DA VIDA SEXUAL

### 4.1 O CONFLITO ENTRE RELIGIÃO E A HOMOSSEXUALIDADE

A análise dos conflitos envolvendo a homossexualidade no contexto da religião será realizada de forma breve, considerando o contexto histórico do Brasil e as grandes matrizes religiosas do Judaísmo, Islamismo e Cristianismo.

Segundo Tortelli<sup>129</sup>, a religião é um modo de organização de crenças, sendo também “sistemas culturais e visões de mundo que relacionam a humanidade a uma ordem de existência. Muitas religiões têm narrativas, símbolos e histórias sagradas que se destinam a explicar o significado da vida e/ou a origem da vida ou do Universo”. Ainda, pontua que:

De suas crenças sobre o cosmos e a natureza humana, **as pessoas derivam moralidade, ética, leis religiosas ou um estilo de vida preferido**. Segundo algumas estimativas, existem aproximadamente 4.200 religiões no mundo. Muitas religiões podem ter comportamentos organizados, clérigos, uma definição do que constitui adesão ou associação, lugares sagrados e escrituras. **(Grifou-se)**

Em relação às origens destas grandes religiões, o que explica algumas de suas semelhanças teológicas, Tiradentes<sup>130</sup> traz que o Judaísmo deu origem ao Islamismo e ao Cristianismo. Sendo que, resumidamente, a separação entre elas deu-se do seguinte modo:

A cisão é trazida no próprio mito bíblico, momento em que nasce o filho de Abraão e Agar, Ismael (antecessor dos árabes), e Isaac (filho “legítimo” que deu continuidade à nação israelita), filho de Abraão e Sarah. A partir daí, tem-se islamismo e cristianismo, respectivamente.

A análise dos livros sagrados, os quais determinam condutas, permissões e proibições, é importante para compreender os conflitos de crenças com a prática homossexual. Sobre tal questão, Tortelli<sup>131</sup> aponta a influência destes livros na vida dos seus adeptos, cita os respectivos textos sagrados e destaca as similaridades entre as grandes matrizes religiosas mencionadas:

[...] **a maioria das religiões se apoia em algum tipo de texto sagrado** - textos são considerados fundamentais à medida que são revelados. As grandes religiões monoteístas são conhecidas como aquelas que encontram sua fundação, sua razão de ser, no aprofundamento da **vivência de ensinamentos contidos em livros sagrados**,

<sup>129</sup> TORTELLI, Ana Beatriz Dias Pinto dos Passos. **Religião e temas contemporâneos**. Curitiba: Contentus, 2020, p. 7.

<sup>130</sup> TIRADENTES, Adrielly Francine Rocha. **Direito, religião e orientação sexual: os paradoxos ao reconhecimento da família homoafetiva**. Dissertação (mestrado) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Tiradentes. Pouso Alegre – MG: FDSM, 2016, p. 37.

<sup>131</sup> TORTELLI, Ana Beatriz Dias Pinto dos Passos. **Religião e temas contemporâneos**. Curitiba: Contentus, 2020, p. 19.

os quais muitas vezes chegaram a ser considerados somente após processos complexos e articulados de formatação.

Assim sendo, verificaremos a influência da **Bíblia** para o Cristianismo; da **Torá** para o Judaísmo; e do **Alcorão** para o Islamismo, embora a ordem cronológica de "aparecimento" dessas três principais religiões monoteístas seja: Judaísmo, Cristianismo e Islamismo. Ainda assim, **essas três religiões têm em comum a crença em um único Deus, sendo chamadas de "as religiões dos livros" ou "as religiões abraâmicas"**. (Grifou-se)

Como importante elucidação para análise desse ambiente conflituoso em potencial entre essas grandes crenças e a homossexualidade, Rollet *apud* Tiradentes<sup>132</sup> expõe que:

a religião judaica procede a uma intensa purificação nos ritos sexuais em relação às práticas permitidas por outros povos, proibindo todas as formas que tendem a sacralizar a sexualidade, rompendo com a concepção mítica que as religiões antigas tinham a respeito do assunto. O forte sentimento de identidade em relação aos israelitas é reforçado pela própria narrativa bíblica, a qual traz a ordenança de Deus para destruição completa de todos os povos que habitavam Canaã, a terra prometida: heteus, amorreus, cananeus, perizeus, heveus, jebuseus. Nesse contexto, a **fé em um Deus único e transcendente é a origem de uma nova compreensão e uma nova sacralização da sexualidade, a qual reprova a homossexualidade (Levítico 18.22; 20.13), as perversões sexuais (bestialidade: Levítico 18.23) e a prostituição (Deuteronômio 23.17)**. (Grifou-se)

Tortelli<sup>133</sup>, de modo mais direto sobre a homossexualidade no contexto da religião e suas teologias, destaca a dimensão negativa e aponta o seguinte:

[...] o fato é que a atitude mais frequente no campo religioso em relação a esse comportamento, sem dúvida, sempre foi muito negativa. O homossexual é visto como pervertido e/ou indesejável, sendo considerado um pecador sobre o qual devem recair as mais duras críticas e condenações, como que espécie de câncer para a sociedade, e de semelhante perigo se deveria defender por todos os meios.

Andreatta<sup>134</sup>, ao discorrer sobre os estudos referentes à heteronormatividade, declara que a discussão filosófica e acadêmica aponta o espírito cristão como sua origem. Ainda, afirma que a luta pela autonomia sexual volta-se para a recepção da diversidade das relações amorosas e sexuais, mas destaca que dificilmente será recebida de modo amplo pela teologia.

Em relação à avaliação da homossexualidade por parte do Cristianismo, Andreatta<sup>135</sup> declara que ela é condenada tendo em vista que a sexualidade cristã é primordialmente familiar e limitada ao casamento heterossexual.

Dessa forma, ante o exposto, resta evidente, como já sabido, que os conflitos entre essas religiões e a homossexualidade é decorrente de interpretações de suas normas de fé contidas nos textos considerados sagrados por suas crenças. Com isso, o problema resta

<sup>132</sup> TIRADENTES, Adrielly Francine Rocha. **Direito, religião e orientação sexual: os paradoxos ao reconhecimento da família homoafetiva**. Dissertação (mestrado) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Tiradentes. Pouso Alegre – MG: FDSM, 2016, p. 38.

<sup>133</sup> TORTELLI, Ana Beatriz Dias Pinto dos Passos. **Religião e temas contemporâneos**. Curitiba: Contentus, 2020, p. 62.

<sup>134</sup> ANDREATA, Ocir de Paula. **Religião, gênero e sexualidade: fundamentos para o debate atual** (Série Panorama das Ciências da Religião). Curitiba: InterSaber, 2021, p. 124.

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 201.

configurado, pois o choque entre o direito à liberdade e autonomia sexual e o direito à liberdade religiosa é cristalino e, naturalmente, inevitável.

#### 4.2 O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL E A INTERSECÇÃO ENTRE O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA E O DIREITO À AUTONOMIA DA VIDA SEXUAL

No presente estudo sobre a tutela dos direitos à liberdade religiosa e o direito à autonomia da vida sexual, ao analisar o conjunto de direitos promovidos pelo texto constitucional, necessariamente se chega aos direitos fundamentais. Eles são os principais instrumentos jurídicos da Constituição para promoção da defesa dos indivíduos contra quaisquer abusos, sejam por parte do Estado ou de particulares. Dado a isso, é pertinente analisar o que a doutrina afirma sobre esses direitos, sobretudo para examinar possíveis soluções para eventuais choques entre eles, o que é evidente no presente estudo.

A respeito do conceito desses direitos, nas palavras de Mello<sup>136</sup>, tem-se a seguinte definição:

os direitos fundamentais são prerrogativas/instituições (regras e princípios) que se fizeram e se fazem necessárias ao longo do tempo, para formação de um véu protetor das conquistas dos direitos do homem (que compreendem um aspecto positivo, a prestação, e um negativo, a abstenção) positivados em um determinado ordenamento jurídico, embasados, em especial, na dignidade da pessoa humana, tanto em face das ingerências estatais, quanto, segundo melhor doutrina, nas relações entre particulares.

Em referência a José Afonso da Silva, Mello<sup>137</sup> coloca também que tais direitos são fundamentais porque se aplicam a situações jurídicas essenciais para a realização do homem, sua sobrevivência, bem como sua convivência. Além disso, destaca que devem ser reconhecidos para todas as pessoas não somente de maneira formal, mas também materialmente.

Marmelstein<sup>138</sup> evidencia que os direitos fundamentais possuem íntima ligação com a dignidade da pessoa humana. Também, representam a limitação de poder no contexto do Estado Democrático de Direito e são alicerces para todo o ordenamento jurídico.

Muito embora seja evidente a deficiência da tutela jurisdicional de defesa à população LGBT+, não se pode negar que ao religioso também deve recair proteção à sua dignidade

---

<sup>136</sup> MELLO, Cleyson de Moraes. **Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2022, p. 31-32.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>138</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 32.

enquanto pessoa, pois esta é inseparável de sua condição humana. A respeito disso, Vieira e Regina<sup>139</sup> expressam que:

Senão vejamos, no caso concreto de prescrição médica por via de tratamento contrário à convicção religiosa do paciente, embora lhe possa preservar a vida, retira do fiel a dignidade de sua crença religiosa, tornando o restante de sua existência desnecessária, ou até mesmo uma afronta ao Deus de sua fé!

Nesse particular, o Estado, em nenhuma de suas facetas, poderá tolher o Direito de escolha do fiel, direito fundamentado na preservação de sua dignidade, pois seria uma clara afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Como titulares dos direitos fundamentais, por óbvio, são alcançados tanto a pessoa religiosa quanto a comunidade LGBTQ+. Conforme Mello<sup>140</sup>, os “titulares dos direitos fundamentais são as pessoas naturais, os nascituros ou até mesmo aquelas pessoas que já morreram, a depender dos direitos fundamentais violados”.

Dessa forma, não é concebível que um pessoa religiosa, em defesa de sua crença, ou alguém da comunidade LGBTQ+, na proteção da sua vontade e existência, anulem o direito do outro à liberdade de viver conforme suas convicções e posicionamentos.

De modo geral, Marmelstein<sup>141</sup> expõe que os direitos fundamentais se desdobram nos seguintes “mandamentos ético-jurídicos: respeito ao próximo, respeito à vida e à integridade física e moral, respeito à autonomia da vontade, respeito à liberdade, respeito aos direitos de personalidade e respeito à segurança jurídica”.

Miragem<sup>142</sup> coloca que o pluralismo é um dos principais valores assentados na experiência jurídica contemporânea. Dessa forma, o pluralismo de ideias, de sujeitos, de grupos ou de valores. Assim, os interesses dos sujeitos de direitos devem ser tutelados pelo ordenamento jurídico, o que confere proteção à diversidade.

Quanto ao âmbito de aplicação dos direitos fundamentais, Marmelstein<sup>143</sup> traz que ele inclui todos os casos que possuam relação com o objeto da norma, como por exemplo a proteção à liberdade religiosa. Contudo, ele traz que estes direitos podem ser limitados quando colidirem com outros direitos fundamentais. Aqui, encontra-se a problemática do choque entre os direitos à liberdade religiosa e à autonomia sexual, tendo em vista que estão em posição antagônica sobre a concepção do que seja certo, errado e verdade em relação à sexualidade.

<sup>139</sup> VIEIRA, Thiago Rafael e REGINA, Jean Marques. **Direito Religioso: Questões Práticas e Teóricas**. 3ª Ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Vida Nova, 2020, p. 95.

<sup>140</sup> MELLO, Cleyson de Moraes. **Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2022, p. 69.

<sup>141</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 75.

<sup>142</sup> MIRAGEM, Bruno. Direito à diferença e autonomia: proteção da diversidade no direito privado em relação ao exercício individual das liberdades sexual e religiosa. **Direito à diversidade**. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 63.

<sup>143</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 75.

A respeito da liberdade, núcleo dos direitos em conflito aqui estudados, ela se apresenta como essencial no exercício da fé conforme suas crenças, bem como ter uma vida sexual de acordo com o que se deseja e é. Neste quadro, Konrad Hesse<sup>144</sup> reconheceu a importância de os direitos fundamentais garantirem a liberdade dos indivíduos, bem como sua dignidade, e afirmou:

Os direitos fundamentais devem criar e manter as condições elementares para assegurar uma vida em liberdade e a dignidade humana. Isso só se consegue quando a liberdade da vida em sociedade resulta garantida em igual medida que a liberdade individual. Ambas se encontram inseparavelmente relacionadas. A liberdade do indivíduo só se pode dar numa comunidade livre, e vice-versa; essa liberdade pressupõe seres humanos e cidadãos com capacidade e vontade para **decidir por si mesmos, sobre seus próprios assuntos** e para colaborar responsabilmente na vida da sociedade publicamente constituída como comunidade. (**Grifou-se**)

No que toca à liberdade de consciência, Rodrigues Junior<sup>145</sup> ressalta que a consciência é um modo de autodeterminação que possui ligação com as escolhas mentais do indivíduo, sua concepção do mundo e seus valores, “o que implica um universo de decisões formadas no foro íntimo”. Para ele, a liberdade de consciência possui vinculação à categoria geral de liberdade de pensamento.

Referente à liberdade de manifestação de pensamento prevista no inciso IV do artigo 5º da Constituição, Rodrigues Junior<sup>146</sup> evidencia que ela faz parte da autodeterminação de cada um em sua dimensão existencial, o que expôs do seguinte modo:

A liberdade de pensamento consiste na parcela da autodeterminação, relativa à formação livre, autônoma e íntima das concepções existenciais, metafísicas e sensoriais do ser humano. Em épocas passadas, punia-se – inutilmente – o exercício dessa liberdade, quando incurso em desrespeito a padrões ético-morais positivados em certas normas jurídicas. A compreensão da impossibilidade de se realizar o controle íntimo do pensamento humano fez cair no descrédito esse controle sociojurídico, daí a parêmia conhecida no Direito Penal de que *cogitationis poenam nemo patitur* (não se podem punir pensamentos).

Neste âmbito do direito à liberdade de pensamento e de consciência, como o Estado poderia conciliar concepções distintas da vida entre pessoas da comunidade LGBT+ e aquelas pertencentes a algum credo, tendo em vista que a liberdade em si traz a ideia de não sofrer limitações e imposição de verdades. Tal questão apresenta dificuldades para ser resolvida sem que haja supressão das liberdades envolvidas.

---

<sup>144</sup> HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Traduzido por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 33.

<sup>145</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Artigo 5º, incisos IV ao IX. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. – Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 101.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 96.

Ainda, indicando a determinação de amplitude a todas as pessoas e apontando o alcance para aqueles por conta de sua condição de existência, Melo<sup>147</sup> também mostra que merece relevância o apontamento do *caput* do artigo 5º que destina o direito a “todos”, o qual descreve da seguinte maneira:

O pronome todos é uma referência àqueles que existem historicamente. Diversamente de outras experiências constitucionais, a CF/88 rejeita uma concepção abstrata de indivíduo, vale dizer, uma concepção que possibilite ignorar os homens historicamente existentes e seus interesses concretos e os diluir na coletividade, subjugando-os plenamente ao Estado. No Brasil, os indivíduos se integram formando o todo, mas não perdem sua individualidade.

Neste contexto da individualidade humana, Mello<sup>148</sup> evidencia a relação entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade e destaca a sua relevância. Nas palavras dele, “os direitos da personalidade são aqueles constituídos pela estrutura-base dos direitos do Homem, ou seja, aqueles inerentes aos seus caracteres essenciais: físicos, psíquicos e morais, incluindo suas projeções sociais”. Também pontua que os direitos da personalidade:

incluem-se os direitos à vida, à integridade psicofísica, à honra, à intimidade, ao nome, à reputação, bem como ao repouso, ao descanso, ao sono, ao sossego, a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado, à sexualidade, ao direito fundamental à qualidade de vida, dentre outros.

A respeito da relatividade dos direitos fundamentais, Gilmar Mendes e João Trindade<sup>149</sup> ressaltam que nenhum direito fundamental é absoluto, tendo em vista que pode ocorrer colisão entre eles, o que demanda uma análise do caso concreto para resolução. Ainda, apontam que nenhum deles podem ser usados para o cometimento de ilícitos.

Tendo em vista a possibilidade de conflito, o papel do Estado assume ainda maior importância para regular as relações decorrentes da situação conflituosa. Antes, contudo, o Estado deve tutelar os direitos fundamentais de modo a permitir a devida fruição de seus destinatários. Sobre essa tutela, Marmelstein<sup>150</sup> enuncia que:

A proteção definitiva de um direito fundamental depende de uma análise que leve em conta estes três componentes: **âmbito de proteção, restrição e justificação**. Dito de outro modo: (a) o fato de uma conduta estar inserida no âmbito de proteção de um direito fundamental não significa necessariamente que tal conduta não possa ser restringida; (b) por outro lado, não se pode restringir um direito fundamental arbitrariamente, sem que se apresente uma justificativa; (c) essa justificativa deverá ser orientada pela proporcionalidade, que é o parâmetro para verificar se a restrição de um direito fundamental é válida ou não. (**Grifou-se**)

<sup>147</sup> MELO, Alexandre José Paiva da Silva. Artigo 5º, caput e incisos I, II e III. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. – Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 79.

<sup>148</sup> Ibid., p. 131.

<sup>149</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual didático de direito constitucional**. 1. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 71.

<sup>150</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 75.

Desta maneira, a partir desse entendimento, em análise aos direitos aqui conflitantes, tem-se que o âmbito de proteção à liberdade religiosa apresenta restrições ao seu exercício para não agredir os direitos da comunidade LGBT+. Contudo, é imprescindível a construção de uma justificativa que considere a especificidade do contexto da religião e fundamente toda a limitação imposta, devendo esta ser proporcional, para que seja considerada uma restrição de direitos válida.

Do exame aqui em comento, pode-se refletir, dentre outras questões, se, por mais que se discorde de tal ensinamento, se seriam válidas restrições às crenças e seus textos sagrados quando condenam a homossexualidade; se seriam válidas restrições a registro de estatutos de organizações religiosas que vedam a membresia a pessoas homossexuais; ou se seria válida a vedação de acesso a local de culto a essas pessoas; se seria válida a exposição pública contra a homossexualidade ou se esta deveria (ou não) estar restrita tão somente ao contexto privado da religião.

Por se tratarem de direitos fundamentais em conflito e possíveis restrições para solução, Alexy<sup>151</sup> coloca que uma limitação a direito fundamental surge a partir da existência de regra de não-liberdade incidente sobre o direito. Seu entendimento foi assim exposto:

Uma regra (compatível com a Constituição) é uma restrição a um direito fundamental se, com sua vigência, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surge uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo. Alguns exemplos podem esclarecer isso. Enquanto não existe o dever de usar capacete, dirigido aos motociclistas, o titular do direito fundamental tem, em razão do princípio da liberdade geral de ação, uma liberdade fundamental *prima facie* para, como motociclista, usar ou não usar um capacete. Assim que o dever passa a existir, passa o titular a estar em uma posição de não-liberdade definitiva, em face do Estado, no que diz respeito a usar ou não usar capacete. A regra que obriga os motociclistas a usar capacete é uma restrição a um direito fundamental, porque em virtude de sua vigência surge, no lugar da liberdade *prima facie*, uma não-liberdade definitiva de igual conteúdo.

Dessa forma, partindo do ponto de vista de Alexy, para restringir os direitos fundamentais aqui discutidos, quais sejam a liberdade de crença e a liberdade sexual, seria necessária regra que limitasse diretamente este direito. Com a criminalização da homofobia decidida pelo Supremo Tribunal Federal, a liberdade religiosa, de fato, recebeu limitação, contudo o que resta identificar, objetivo deste trabalho, é qual a dimensão dentro da qual está limitada.

---

<sup>151</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 283.

Oliveira<sup>152</sup>, ao falar sobre o Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição, pontua que, em um Estado de Direito, não se vive regido por um “direito livre”, mas sim das leis criadas pelo próprio Estado para, de modo efetivo, direcionar a sociedade para a convivência pacífica.

Assim sendo, diante da situação conflituosa aqui estudada, cabe ao Estado desenvolver a legislação para promover a coexistência harmoniosa de ambos os direitos. Porém, considerando a pesquisa realizada, a solução para esse problema origina-se essencialmente da jurisprudência dos tribunais, como o estabelecimento da própria criminalização da homofobia por parte do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, considerando a vida privada e o direito à intimidade, os quais, sem dúvidas, alcançam tanto a comunidade LGBT+ quanto a pessoa religiosa em suas escolhas, existe uma área particular delimitada, na qual são tomadas decisões sobre condutas e crenças, que precisa ser respeitada e protegida pelo Estado. Kelsen<sup>153</sup>, ao colocar a liberdade como fundamento da justiça, reconhecendo a sua importância, como exposto em seguida, indica que, por conta da liberdade, o Estado deve agir o mínimo possível na vida do particular:

E é esta ideia originária de liberdade, o ideal anti-social do não-estar-sujeito a vinculação normativa, que leva a exigir que a competência do Estado seja reduzida a um mínimo, isto é, que o conteúdo das normas que constituem a ordem jurídica seja modelado de por forma tal que a liberdade individual das pessoas sujeitas a esta ordem seja restringida o menos possível. É o ideal de justiça da democracia liberal que garante a liberdade da economia, a liberdade de crença, a liberdade da ciência.

A respeito do Estado Democrático de Direito, Streck e Morais<sup>154</sup> indicam os seguintes princípios a ele intrínsecos:

A – **Constitucionalidade**: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; B – **Organização Democrática da Sociedade**; C – **Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos**, seja como Estado “de distância”, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado “antropologicamente amigo”, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; D – **Justiça Social** como mecanismos corretivos das desigualdades; E – **Igualdade** não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa; F – **Especialização de Poderes ou de Funções**, marcada por um novo relacionamento e vinculada à produção dos “resultados” buscados pelos “fins” constitucionais; G – **Legalidade** que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; H – **Segurança e certeza jurídicas. (Grifou-se)**

<sup>152</sup> OLIVEIRA, James Eduardo. **Constituição Federal anotada e comentada: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 3-4.

<sup>153</sup> KELSEN, Hans. **Justiça e o direito natural**. 1ª Edição - Coimbra: Almedina, 2001, p. 83-84.

<sup>154</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Estado Democrático de Direito. Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 115.

Do exposto, para a análise deste trabalho, destaca-se a relevância do princípio da segurança e certeza jurídicas para estabelecer delimitações claras para o exercício da liberdade religiosa, aqui compreendida a liberdade de crença, culto e de expressão, de modo a exercerem sua fé conforme suas teologias sem o risco de responsabilização por eventuais regras de fé. Também, em relação à comunidade LGBT+, até que ponto podem pleitear ao Poder Público a tutela de seus direitos diante de algum imbróglio na dimensão religiosa.

A respeito do contexto fático, ao discorrer sobre as lacunas constitucionais, Sarmiento<sup>155</sup> salienta o papel da equidade nestas particularidades do caso concreto:

A equidade é o instituto jurídico que autoriza o intérprete a adaptar o direito vigente a estas necessidades, buscando retificar injustiças ou inadequações mais graves. A discussão sobre a equidade remonta a Aristóteles, que a comparou à “régua de Lesbos”: uma régua maleável, que se adapta às reentrâncias e irregularidades dos objetos, para medi-los com mais precisão. Diferentemente das leis, que seriam como as réguas rígidas, **a equidade teria flexibilidade para se amoldar às singularidades de cada caso, buscando a justiça particular para cada situação. (Grifou-se)**

Em relação à igualdade trazida pelo art. 5º da Constituição, com o fim de estabelecer a proteção de direitos, Melo<sup>156</sup> indica que seu *caput* trouxe mudança de perspectiva constitucional porque passou a dar atenção às pessoas, sendo necessário proporcionar maior efetividade aos valores e princípios constitucionais.

No exame entre as relações diretas entre a comunidade LGBT+ e as pessoas religiosas, referente aos direitos fundamentais nas relações entre particulares, Mello<sup>157</sup> traz que estas relações devem estar em conformidade com os princípios da Constituição como o princípio da dignidade da pessoa humana e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Constituição).

Diante do exposto, constata-se que o texto constitucional defende as pessoas religiosas e a comunidade LGBT+, em suas liberdades, essencialmente por meio dos direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana (inciso III do artigo 1º), o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança (*caput* do artigo 5º). No caso em estudo, o direito à liberdade, em seu sentido amplo, assume destaque, pois incide na capacidade de cada um escolher e agir conforme seus valores e concepções existenciais.

---

<sup>155</sup> SARMENTO, Daniel. **As lacunas constitucionais e sua integração**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 12, 2012, p. 44.

<sup>156</sup> MELO, Alexandre José Paiva da Silva. Artigo 5º, *caput* e incisos I, II e III. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. – Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 77.

<sup>157</sup> MELLO, Cleyson de Moraes. **Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2022, p. 104.

#### 4.3 O POSICIONAMENTO DA DOUTRINA PÁTRIA SOBRE A COLISÃO ENTRE O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA E O DIREITO À AUTONOMIA DA VIDA SEXUAL

Em primeiro lugar, para melhor compreensão da discussão, é mister lembrar a diferenciação de liberdade trazida por Jayme Weingartner Neto e Ingo Wolfgang Sarlet<sup>158</sup>. Para eles, a liberdade de consciência representa a autonomia moral-prática da pessoa e sua faculdade de autodeterminação; já a liberdade de religião estende-se na liberdade de crença (escolher ou não uma fé), na liberdade de expressão e informação religiosa (proselitismo e ensino teológico) e na liberdade de culto (ritos e liturgias).

Além disso, cumpre trazer a definição do que seja LGBTfobia, importante para compreensão dos embates objeto de estudo deste trabalho. Nas palavras de Valadares<sup>159</sup>:

A LGBTfobia é o termo cunhado para o medo, a **aversão, a intolerância e o desprestígio dirigido** às pessoas que possuem orientação diversa, como lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, em razão da heteronormatividade/heterocisnormatividade (regra normalizadora e regulamentadora da sexualidade, que impõe o padrão reducionista binário, homem e mulher, na lógica existencial) concretizada na sociedade brasileira hodierna. **(Grifou-se)**

João Trindade<sup>160</sup> traz a conceituação sobre o que seja o “discurso do ódio” (*hate speech*) do seguinte modo:

é o exercício da liberdade de expressão para insultar pessoas ou grupos de pessoas, propagando o ódio baseado em motivos como raça, religião, cor, origem, gênero, orientação sexual etc. Racismo, xenofobia, homofobia, antissemitismo são fenômenos modernos e contemporâneos que constituem, na verdade, variantes do discurso do ódio.

Luccas<sup>161</sup>, por sua vez, dispõe que discurso de ódio são manifestações que realizam avaliações negativas sobre determinados grupos ou indivíduos vulneráveis com o propósito de colocá-los como menos dignos de direitos do que pessoas de outros grupos e legitimar a discriminação e a violência.

<sup>158</sup> WEINGARTNER NETO, Jayme; SARLET, Ingo Wolfgang. **Liberdade religiosa no Brasil com destaque para o marco jurídico-constitucional e a jurisprudência do STF**. REPATS: Brasília, 2016, p. 63-64.

<sup>159</sup> VALADARES, Gustavo; ALMEIDA, João Paulo Rodrigues. **Direito Constitucional: a LGBTfobia como resultado do discurso de ódio. Homotransfobia e direitos sexuais: debates e embates contemporâneos**. 1ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018, p. 54.

<sup>160</sup> CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 17.

<sup>161</sup> LUCCAS, Victor Nóbrega. **O Dilema entre a Proteção da Liberdade de Expressão e o Combate ao Discurso de Ódio. Discurso de Ódio: Desafios Jurídicos**. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 39-40.

Neste contexto, entretanto, Bentivegna<sup>162</sup> ressalta que se deve atentar sobre o que não é discurso de ódio. Sobre tal ponto, coloca o seguinte:

Necessário, no entanto, atentar para o quanto **não é** discurso de ódio, mas sim posicionamento contrário a ideias que beneficiem grupos minoritários, pelas razões mais diversas. Assim, a discordância ou argumentação contrária (i) às políticas de cotas ou discriminações afirmativas; (ii) à possibilidade de casamento homoafetivo ou (iii) o simples proselitismo de uma determinada crença como único caminho de “salvação das almas” etc. **Não praticaria hate speech o pastor de uma das seitas neopentecostais que afirmasse, por exemplo, que “quem não vive segundo os cânones da bíblia está sujeito à danação eterna”, ou ainda que “afirme ser pecado viver maritalmente com alguém do mesmo sexo”**. Tais afirmações, posto que assertivas contra alguns comportamentos, não carregam em si a ilicitude do discurso de ódio – carregando apenas a insensatez e o mau gosto de tentar impor ao público, em geral, uma regra moral de adesão voluntária e restrita àquele grupo a que pertence o emissor da mensagem. A mesma proteção de sua liberdade de expressão **não terá** o mesmo pregador que, porventura, “chute” a imagem de santa de devoção de outro grupo religioso. **(Grifou-se)**

Do posicionamento acima, temos dois exemplos colocados em análise. Para Bentivegna, a simples manifestação contrária à homossexualidade não seria considerada discurso de ódio, em que pese quaisquer discordâncias. Contudo, no caso de uma pessoa religiosa que, por ventura, chute alguma imagem de outra religião, o discurso de ódio estaria configurado. No primeiro caso, o discurso é genérico, não há exposição de pessoa homossexual nem ofensas odiosas que excedem a pura convicção de fé. No segundo exemplo, por seu turno, é nítido que houve invasão do espaço do outro e menosprezo sobre o seu símbolo de fé.

De modo mais direcionado à questão da religião, Gomes<sup>163</sup> considera que existe a possibilidade de variação sobre o entendimento do que seria ou não discurso de ódio. Ademais, salienta que o discurso religioso pode ter proteção especial. Em suas palavras, afirma que:

O contexto de realização de discurso religioso é uma situação que, a depender da posição teórica adotada, pode influenciar na determinação do nível de tolerância ao discurso de ódio. Os pesquisadores ponderam que **o contexto de discurso religioso pode elevar o nível de tolerância ao discurso de ódio**, com fundamento no **valor especial atribuído à proteção da liberdade de expressão religiosa** pelo ordenamento jurídico. **(Grifou-se)**

Aquino e Lima<sup>164</sup>, em contrapartida, levam em conta o “impacto final” do discurso religioso como critério para, em virtude do risco que oferece, restringi-lo do espaço público.

<sup>162</sup> BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. **Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade**. Barueri-SP: Editora Manole, 2020, p. 241.

<sup>163</sup> GOMES, Fabrício Vasconcelos; LUCAS, Victor Nóbrega; SALVADOR, João Pedro Favaretto. A Construção do Conceito Jurídico de Discurso de Ódio no Brasil: A Matriz de Variáveis. **Discurso de Ódio: Desafios Jurídicos**. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 104.

<sup>164</sup> AQUINO, Theófilo Miguel de; LIMA, Stephane Hilda Barbosa. A prática da liberdade religiosa e a vedação ao discurso de ódio: caminhos possíveis de harmonização. **Discurso de Ódio: Desafios Jurídicos**. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 204.

Entretanto, eles consideram que há a possibilidade de tolerância a esse discurso caso o nível da ofensa seja menos grave.

Do colocado acima, a identificação do que seja mais ou menos grave gera dúvidas, o que demandaria por parte do magistrado uma análise pormenorizada acerca do contexto fático do caso concreto para determinar esse nível de gravidade. Certamente, tal situação gera insegurança jurídica sobre os limites do exercício da liberdade religiosa, pois, a depender do magistrado, a decisão pode trilhar caminhos distintos.

No núcleo, portanto, desta insegurança jurídica estaria a incerteza sobre a definição de quando um discurso religioso poderia ser considerado discurso de ódio passível de punição do Estado. No que se refere à ADO 26 do Supremo Tribunal Federal, que criminalizou a homofobia, Aquino e Lima<sup>165</sup> indicam de modo expresso as dificuldades em sua clareza e afirmam que:

Trata-se de entendimento dúbio. Ao mesmo tempo em que o STF proíbe o discurso de ódio, reconhece a importância de defender ativamente a liberdade religiosa, abrindo espaço para discurso religioso que se posicione de modo contrário a outras crenças, religiões e a atos homossexuais. Na prática, fica a dúvida de quando um discurso religioso se tornaria, de fato, um discurso de ódio, e as consequências que devem advir disso.

Nesse cenário de conflito e incerteza, Luccas<sup>166</sup>, em consideração à liberdade de expressão, aponta que “a falta de clareza nos critérios para sua identificação, avaliação e sancionamento gera insegurança e cria o risco de limitações indevidas e indesejáveis.” Para ele, além de identificar a existência do discurso de ódio, também é preciso proceder a sua avaliação de gravidade<sup>167</sup>.

Diante disso, Luccas<sup>168</sup> ressalta a importância da identificação, avaliação e regulação do discurso de ódio, pois existe o risco de limitar em excesso a liberdade de expressão, atacando um dos pilares da democracia. Além disso, caso não se enfrente o discurso de ódio, indivíduos e grupos estarão sujeitos à discriminação e à violência e terão seus direitos fundamentais restritos. Acrescenta também que “A regulação do discurso de ódio visa à proteção de grupos vulneráveis por ataques sofridos discursivamente, assegurando que sejam respeitados os seus direitos à igualdade e à dignidade”<sup>169</sup>.

---

<sup>165</sup> AQUINO, Theófilo Miguel de; LIMA, Stephane Hilda Barbosa. A prática da liberdade religiosa e a vedação ao discurso de ódio: caminhos possíveis de harmonização. **Discurso de Ódio: Desafios Jurídicos**. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 184.

<sup>166</sup> LUCCAS, Victor Nóbrega. O Dilema entre a Proteção da Liberdade de Expressão e o Combate ao Discurso de Ódio. **Discurso de Ódio: Desafios Jurídicos**. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 47.

<sup>167</sup> Ibid., p. 49.

<sup>168</sup> Ibid., p.38.

<sup>169</sup> Ibid., p. 39.

Como proposta de solução a essa problemática, os autores propõem uma Matriz de Variáveis<sup>170</sup>, por meio da qual, a partir dessas variáveis, pode-se identificar a ocorrência de discurso de ódio, promover a avaliação da sua gravidade e orientar a forma de sua regulação e sanção. A Matriz de Variáveis apresenta três etapas compostas de elementos internos. Em síntese, conforme trazido pelos autores, a matriz possui a seguinte configuração<sup>171</sup>:

a) **identificação** (usada para identificar o discurso de ódio e suas exceções): I. alvo (grupo vulnerável) II. mensagem (conteúdo ofensivo da mensagem) III. contexto intencional (propósito de avaliar negativamente o grupo);

b) **avaliação** (graduar o nível do discurso de ódio): IV. contexto situacional (situação na qual a tolerância ao discurso de ódio é maior ou menor) V. orador (a condição da pessoa que emitiu o discurso de ódio, se autoridade etc.) VI. audiência (referente ao público e sua dimensão) VII. veículo da mensagem (relaciona-se ao alcance da mensagem) VIII. contexto histórico-social (leva em consideração as influências dos fatores históricos e sociais no discurso de ódio) IX. consequências (relacionada aos danos no caso concreto);

c) **regulação e sancionamento** (postura do ordenamento jurídico diante do discurso de ódio e suas penalidades): X. políticas de prevenção (medidas de combate ao discurso de ódio) XI. contradiscurso (discurso contrário para mitigar os efeitos do discurso de ódio) XII. remoção XIII. censura prévia XIV. indenização XV. sanções criminais XVI. sanções administrativas XVII. sanções privadas.

Em referência à harmonização do conflito entre a defesa dos homossexuais e a liberdade religiosa, Aquino e Lima<sup>172</sup> indicam os seguintes caminhos como soluções:

**A primeira solução é dar prioridade à proibição ao discurso de ódio como identificado pela Matriz de Variáveis sobre a liberdade religiosa**, não abrindo margem a qualquer tolerância ao discurso identificado como de ódio, aprofundando o que foi feito pelo STF na ADO 26.

Para garantir que o Estado não intervenha de maneira injustificada sobre a liberdade individual, devem-se utilizar apenas os elementos da Matriz de Variáveis de I. Alvo, II. Mensagem e III. Contexto Intencional para delimitar discurso de ódio como somente aquele que traz condutas de maior gravidade no âmbito do contexto religioso. Devem ser critérios que avaliem o conteúdo dos discursos para decidir exclusivamente se a vulnerabilidade de grupos-alvo foi agravada. Embora se garanta, assim, algum espaço de discricionariedade ao indivíduo que expresse sua crença, é inevitável, nesta solução, que o Estado desautorize discursos que indivíduos sustentem como expressão de sua fé. Não é necessário, assim, analisar se é ou não discurso religioso: passa-se diretamente ao seu sancionamento, independentemente de elementos como IV. Contexto Situacional; V. Orador; VI.

<sup>170</sup> LUCAS, Victor Nóbrega. O Dilema entre a Proteção da Liberdade de Expressão e o Combate ao Discurso de Ódio. **Discurso de Ódio: Desafios Jurídicos**. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 50-52.

<sup>171</sup> Ibid., p. 50-54.

<sup>172</sup> AQUINO, Theófilo Miguel de; LIMA, Stephane Hilda Barbosa. A prática da liberdade religiosa e a vedação ao discurso de ódio: caminhos possíveis de harmonização. **Discurso de Ódio: Desafios Jurídicos**. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 206-207.

Audiência; VII. Veículo da Mensagem; VIII. Contexto Histórico-Social; e IX. Consequências.

A **segunda solução** implica mudar a orientação jurisprudencial mais adotada, para **estabelecer que a liberdade de crença pode ter prioridade sobre a proibição ao discurso de ódio, em alguns casos estritos**. Neste cenário, não importaria apenas os elementos para definir o que é discurso de ódio. Grupos e indivíduos religiosos estão autorizados a proferir quaisquer tipos de discursos em suas práticas religiosas, mesmo que eles contenham elementos que em qualquer outro contexto os caracterizaria como discurso de ódio, contanto que isso seja realizado de modo que não tenha grave consequência de aprofundar a vulnerabilidade do outro grupo.

**Essa opção faz da prática religiosa um critério legal para justificar a licitude (tolerância) de falas que, em qualquer outro contexto, poderiam seriam proibidas, dada a efetivação em máxima medida, também, da liberdade de crença frente à vedação ao discurso de ódio**, que continuará a ser sancionado, se a conduta tiver potencial lesivo e alcance grave. Na interpretação dada pela ADI 4339 e pelos casos analisados no tópico anterior, o Estado não pode ditar o conteúdo das religiões, sem ferir a liberdade religiosa. Logo, ele não pode garantir que as religiões não tenham, em sua base, discursos que, em qualquer outro contexto, seriam considerados discursos de ódio. A opção por este caminho demanda que discursos de ódio, ainda que assim identificados, possam ser tolerados eventualmente no campo da prática da liberdade de religião. Assim, o discurso de ódio, dependendo da análise dos critérios da Matriz de Identificação poderiam vir a ser tolerados, a fim de que não haja restrição indevida no âmbito da liberdade individual de professar tais crenças. Essa tolerância, ou mesmo regulamentação por outras vias, como o incentivo ao contra discurso, demanda análise pormenorizada do alcance, da capacidade persuasiva do discurso de ódio, bem como de suas consequências, sendo possível um sopesamento no caso concreto entre a proteção ao discurso de ódio e a liberdade de religião. Isso deve ser realizado não *a priori*, mas conforme as características do caso concreto.

**É importante para isso que a liberdade religiosa seja identificada como direito autônomo à liberdade de expressão**, e que, por isso, possua características que demandam análise específica no contexto de mensagens proferidas sobre, por, ou contra uma religião. Assim sendo, não é porque se identifica um discurso como de ódio que este deveria ser imediatamente proibido. Caso esse discurso faça parte de uma prática religiosa, a segunda solução diz que ela tem prioridade sobre a vedação de discurso de ódio. **(Grifou-se)**

Do exposto acima, vislumbra-se possibilidades diversas para a resolução do conflito entre liberdade religiosa e o direito à autonomia sexual. A depender do posicionamento adotado, tem-se um maior ou menor grau de proteção do exercício da liberdade de crença.

Em relação ao papel da política neste contexto, após analisar a situação do discurso de ódio no Brasil, Estados Unidos e Alemanha, João Trindade<sup>173</sup> chega a conclusão de que a posição política predominante nesses países possui grande relevância nas decisões dos tribunais acerca do discurso de ódio:

Quando se analisa especificamente o tema do tratamento constitucional do discurso do ódio (*hate speech*) em países como Brasil, Estados Unidos e Alemanha, percebe-se que, nesse assunto, à autopoiese do Direito é seriamente ameaçada, pois a presença de vários indicadores de influência política mostra que a **ideologia política predominante em cada país influi decisivamente na forma como os tribunais consideram o *hate speech* constitucionalmente protegido ou proibido.**

<sup>173</sup> CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 183-184.

Assim, nos EUA, em que predominam tendências liberais e utilitaristas, a Suprema Corte tende a ler os casos envolvendo o discurso do ódio como uma maneira de reafirmar a posição preferencial da liberdade de expressão, até mesmo “criando” uma situação de conflito e oposição entre Estado e Sociedade, de modo a reforçar dogmas liberais como a neutralidade do Estado e a necessidade de se garantir um livre mercado de ideias.

Por outro lado, o Tribunal Constitucional Federal Alemão – talvez de forma ainda mais nítida que no caso americano – compromete-se de tal maneira com ideais comunitaristas de democracia militante e defesa da comunidade, que chega, em algumas decisões, a substituir a argumentação jurídica, baseada no código binário lícito/ilícito, pela argumentação estritamente política.

Até mesmo em países como o Brasil, em que não se pode afirmar que exista uma ideologia política predominante, a análise individualizada dos votos dos Ministros no conhecido caso Ellwanger demonstra que boa parte dessas manifestações transcende o Direito, chegando mesmo a utilizar diretamente argumentos políticos para justificar e fundamentar a tomada de uma decisão (que deveria ser) jurídica. **(Grifou-se)**

Diante do disposto por último sobre as influências políticas no contexto jurídico, reflete-se sobre o decisionismo político de Carl Schmitt. Dessa forma, vale lembrar, nas palavras Mascaro<sup>174</sup>, tal posicionamento de Carl Schmitt:

**Carl Schmitt postula o fenômeno jurídico de modo intimamente ligado às manifestações do poder.** O direito não é compreendido como uma processualidade formal e automática, isto é, como se fosse uma decorrência lógica de competências previamente estabelecidas, como se fosse uma cadeia infinita de produção de normas jurídicas. Pelo contrário, o direito é compreendido como decisão independente das normas, como ato que instaura uma condição que não haveria de outro modo.

[...]

Uma das mais célebres frases de Carl Schmitt é a que dá início à sua obra Teologia política: **“soberano é quem decide sobre o estado de exceção”**. Nessa afirmação se dá o extrato daquilo que é mais rico em termos de análise do direito a partir do poder. O cumpridor da regra não revela a verdade do direito: apenas demonstra seu caráter burocrático. O poder nu, soberano, é aquele que passa por cima das normas e instaura, portanto, a decisão original. Daí o soberano ser o que decide sobre a exceção. **(Grifou-se)**

Em consideração ao mencionado e em face dos problemas de incerteza que tocam o problema do conflito entre o direito à liberdade religiosa, em especial o discurso religioso e a homossexualidade, é cristalino que, pelo menos até essa situação alcançar níveis maiores de certeza, seja com a formação de jurisprudência ou com a produção de legislação específica, a postura dos magistrados determinará as nuances e delimitações aceitáveis ou não. Destarte, é a análise do caso concreto e as convicções jurídicas dos juízes que apontarão os limites do direito à liberdade religiosa e o crime de homofobia.

Na seção seguinte, analisa-se justamente como tem se posicionado os magistrados e tribunais em relação a esta problemática.

<sup>174</sup> MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 9. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2022, p. 351.

#### 4.4 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA NO ÂMBITO DOS CONFLITOS ENTRE O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA E O DIREITO HOMOAFETIVO

##### 4.4.1 Jurisprudências diversas sobre a colisão entre o direito homoafetivo e o direito à liberdade religiosa

Com o intuito de obter melhor conhecimento acerca do panorama atual do tema, a pesquisa deu preferência para a jurisprudência produzida após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO n. 26 do STF, que criminalizou a homofobia. Contudo, foi utilizada uma ou outra decisão anterior considerada pertinente para o desenvolvimento deste trabalho.

Também, convém informar que, em que pese a matéria tratada diga respeito à esfera penal, considerando também os poucos casos encontrados, a pesquisa não se limitou à área criminal tendo em vista o propósito de identificar compreensões jurídicas sobre o tema de modo geral, o que não impede que tais entendimentos, mesmo pertencentes a outras áreas jurídicas, possam ser estendidos analogamente nos casos de “suspeita crime”, se assim entender as autoridades responsáveis pela apuração do fato.

Nesta ação civil pública, o Tribunal de Justiça de São Paulo, sob fundamento de desrespeito à dignidade da pessoa humana, decidiu que a liberdade religiosa não permite manifestações públicas ofensivas aos homossexuais. Nota-se, portanto, a influência direta da dimensão pública da manifestação como fundamento de barreira para liberdade do discurso religioso. Assim restou a ementa:

Ação civil pública. Obrigação de fazer. Apelante que apresentara 'outdoors' com trechos bíblicos e expressões envolvendo homossexualismo. Instalação que ocorrera dias antes da Parada do Orgulho LGBTT em Ribeirão Preto. Conotação de homofobia caracterizada. Inobservância da autodeterminação, além de afrontar a dignidade da pessoa humana. Referência sobre religião é insuficiente para dar respaldo à pretensão da recorrente. Liberdade de crença e de culto não proporciona supedâneo para manifestação em público de caráter preconceituoso. Procedência da ação deve prevalecer. Apelo desprovido.<sup>175</sup>

O julgado agora analisado, resolvido após a criminalização da homofobia, mostra-se com relevância direta ao embate entre a liberdade sexual e a liberdade religiosa, motivo pelo qual é transcrito integralmente. O Superior Tribunal de Justiça, com fundamento na liberdade religiosa, na voluntariedade em adesão a crença, bem como considerando se houve ofensas direta à pessoa, deu ganho de causa para igreja que se recusou a receber homossexual como

---

<sup>175</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação n. 0045315-08.2011.8.26.0506**. Relator: Natan Zelinski de Arruda. São Paulo, 10/12/2015. Data de Publicação: 17/12/2015.

padrinho religioso. Novamente, o caráter público do discurso serviu de fundamento para decisão, que ficou com a seguinte ementa:

Na espécie, o contexto probatório constante dos arestos proferidos pelas instâncias ordinárias não permite inferir situação de constrangimento, vexame ou humilhação do autor. Segundo a sentença, "o ato ilícito está na conduta preconceituosa e discriminatória do requerido em negar a admissão do autor como padrinho apenas pela sua opção sexual" (fl. 134). Tal atitude teria causado no autor dano moral indenizável, "evidenciado pelo transtorno causado decorrente diretamente do fato em si, sendo desnecessária a comprovação do abalo psíquico, que é evidente" (fl. 132). O acórdão recorrido, consignou relato de testemunha, no sentido de que "o requerido comentou os fatos na missa, alertando aos pais para a necessidade de saber escolher as pessoas adequadas para padrinhos, e que o Padre GIUSEPPE fazia comentários sobre homossexualismo" (fl. 246). Contudo, também está registrado na sentença que "nunca ouviu o requerido mencionar diretamente o nome do requerente na missa; que o requerido fazia comentários sobre o homossexualismo, mas não citava nomes" (fl. 133).

Não se pode negar que a sociedade em geral vem caminhando no sentido de respeitar as diversidades, e seus vários segmentos, inclusive os religiosos têm demonstrado que conceitos estão sendo revistos. **É preciso ter em mente, contudo, que as religiões têm seus dogmas, ritos e cânones, aos quais estão sujeitos todos aqueles que decidem voluntariamente - pois não estão obrigados - fazer parte de determinada comunidade espiritual ou religiosa.** Cada grupo tem seus preceitos, os quais servem de orientação para os membros que comungam da mesma crença. Cada comunidade tem seus princípios, que são transmitidos a seus seguidores segundo a interpretação que seus líderes fazem de suas normas e doutrina.

Na hipótese, não se pode desconsiderar que o fato aconteceu em 2003, no interior do país, município de Vigia, estado do Pará, e principalmente, que **não foi demonstrado que a recusa em aceitar o autor como padrinho de batismo tenha sido manifestada de forma humilhante ou vexatória ou que tenha sido exposta pública, causando abalo psicológico.**

Por isso, com todo o respeito ao autor e ao entendimento dos magistrados de origem, não se flagra na conduta imputada ao recorrente característica apta a causar dano moral indenizável ao proponente da ação.

Ante do exposto, nos termos do art. 255, § 4º, III, do RISTJ, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedente a pretensão autoral.<sup>176</sup> **(Grifou-se)**

Outra decisão de inegável importância para o entendimento e também exarada após a criminalização da homofobia, é uma apelação cível por meio da qual o Tribunal de Justiça do Paraná negou a retificação de nome em certidão de batismo de pessoa homossexual. O Tribunal sustentou sua posição na laicidade, liberdade religiosa e no reconhecimento da separação entre poder estatal e o eclesiástico, cuja matéria não está submetida à jurisdição do Estado:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE retificação de nome e gênero em certidão de batismo. – TRANSEXUALIDADE. FENÔMENO QUE ULTRAPASSA O âmbito privado, inserindo-se na esfera pública de comunicação e intersubjetividade. DEVER DO ESTADO de GARANTIR A LIBERDADE SEXUAL, BEM COMO A INTEGRAÇÃO E ACEITAÇÃO DAS DIVERSAS FORMAS DE EXPRESSÃO DA SEXUALIDADE. DIREITO À MUDANÇA DE NOME NO REGISTRO CIVIL JÁ concretizado PELA AUTORA. – LAICIDADE E LIBERDADE RELIGIOSA. arts. 5º, VI, e 19, I, CF/88. SEPARAÇÃO DAS

<sup>176</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1366699-PA**. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília. Data de Publicação: 31/03/2022.

INSTÂNCIAS DE PODER SECULAR E ECLESIAÍSTICO. DEVER DE NEUTRALIDADE DO ESTADO EM ASSUNTOS RELIGIOSOS. – conflito e compatibilização entre liberdade sexual e liberdade religiosa. jurisprudência. ADO nº 26, STF. – pleito de retificação do nome e do gênero na certidão de batismo. **impossibilidade jurídica do pedido. separação entre o registro civil e o registro eclesiástico. sacramento da igreja católica. matéria que não se submete à jurisdição estatal.** não afronta aos direitos subjetivos fundamentais da autora. – INCIDÊNCIA DE HONORÁRIOS RECURSAIS. – recurso conhecido e NÃO provido.<sup>177</sup> (Grifou-se)

Aqui, tem-se outra decisão após a ADO n. 26 do STF. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, considerando a dimensão pública da afirmação, realizada em entrevista a jornal, na defesa da liberdade sexual em contraste com a liberdade de expressão, no cargo do autor e contexto social, manteve a condenação de secretário de pasta que disse acreditar na “cura gay”. No ponto, foi afirmado que “Não há que se confundir liberdade de expressão e liberdade religiosa com discursos preconceituosos, seja no que diz respeito à raça, religião, nacionalidade ou orientação sexual”. Contudo, o Tribunal entendeu desproporcional do valor do dano e reduziu o *quantum*<sup>178</sup>.

Por fim, a decisão a seguir, de inegável valor para os estudos, foi exarada em apelação cível pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Isso porque o caso diz respeito à regulamentação interna de organização religiosa com conflito aparente com a condição homossexual. No caso, originado de procedimento de dúvida sobre registro cartorial, foi discutido sobre a vedação de registro de estatuto de igreja por conter proibição de aceitação de homossexual como membro da igreja. Após negativa em primeira instância e recurso do Ministério Público em defesa da liberdade religiosa, o Tribunal, em unanimidade e acompanhando o relator, deu ganho de causa em favor da organização religiosa, com fundamento na proteção da liberdade religiosa pela laicidade estatal, na liberdade de associação e de culto, inclusive apontando que as religiões, de modo geral, não são inclusivas, devendo os membros respeitarem os princípios e crenças da entidade. Além disso, foi disposto de forma expressa que ao Estado é vedado intromissões nos assuntos religiosos, nos cultos e suas liturgias e na organização interna das instituições. Contudo, na parte oitava do acórdão, existe a ressalva de que se tivesse havido a recusa posterior a fiel que se descobre homossexual incorreria em violação aos direitos fundamentais. Tal *decisum*, pela pertinência aos estudos ora feitos, merece integral transcrição:

APELAÇÃO CÍVEL. PROCEDIMENTO DE DÚVIDA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.

<sup>177</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação n. 0000400-49.2019.8.16.0059**. Relator: Cândido de Abreu. Curitiba, 11/03/2021. Data de Publicação: 12/03/2021

<sup>178</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação n. 0052099-80.2016.8.19.0001**. Relator: Camilo Ribeiro Ruliere. Rio de Janeiro, 05/04/2022. Data de Publicação: 07/06/2022.

REGISTRO DE ESTATUTO DE ASSOCIAÇÃO RELIGIOSA. CLÁUSULA SUB JUDICE QUE IMPOSSIBILITA A ADMISSÃO, COMO MEMBROS DA IGREJA, DE PESSOAS QUE OPTAM POR CONVIÊNCIA MATRIMONIAL E/OU UNIÃO HOMOAFETIVA. OS ATOS INTERNA CORPORIS, INERENTES AO PRÓPRIO REGRAMENTO DA ENTIDADE ASSOCIATIVA, SÓ DEVEM SOFRER EXAME DO ESTADO QUANDO HOUVER VIOLAÇÃO À LEI OU AOS PRÓPRIOS ESTATUTOS E, ESPECIALMENTE, AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. ART. 5º, INCISO VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSAGRA A LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO E CULTO. AS RELIGIÕES SÃO, EM REGRA, NÃO INCLUSIVAS. ASSOCIAÇÃO RELIGIOSA QUE CONDENA A HOMOSSEXUALIDADE. MEMBROS DA IGREJA QUE DEVEM RESPEITAR OS PRINCÍPIOS BÍBLICOS DA ENTIDADE. ASSOCIAÇÃO QUE DEVE SER EXERCIDA LIVREMENTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Art. 5º. VI - e 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; (...) XVII - e plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar ( Constituição Federal); 2. Cuida-se de procedimento de dúvida suscitada pelo Tabelião do Cartório do Ofício Único do Município de Itaboraí/RJ acerca do registro dos atos constitutivos de associação religiosa, posto que o artigo 5º, parágrafo segundo, do mencionado documento dispõe que **"Por questão de princípio bíblico, não serão admitidos como membros pessoas que optam por convivência matrimonial e/ou união homoafetiva.;"** 3. O princípio da laicidade se relaciona com as liberdades de pensamento, consciência e religião e com o princípio da igualdade (art. 19, I CF); 4. O direito de opção, pelas garantias constitucionais e atinentes à liberdade religiosa, de opinião e de associação, desdobra-se nos direitos de não adotar ou adotar qualquer credo, bem como de associar-se de acordo, sempre livremente; 5. **A intromissão oficial não poderá adentrar nas formas de culto e rito, na organização hierárquica, na simbologia etc;** 6. Podem ser livremente pregados os preceitos religiosos, mesmo que ofendam a grupos étnicos ou sociais, haja vista serem as Religiões, em regra, não inclusivas e adotarem padrões não devassáveis fora do domínio da fé e da opção individual; 7. **No caso concreto, é da doutrina da Organização Religiosa a condenação da homossexualidade. Isto não pode ser regulado.** Neste ponto, não haveria lógica em permitir que não heterossexuais fossem pastores ou membros da associação, isto porque, são os responsáveis pela organização, hierarquia, pregação, cuja livre manifestação é assegurada constitucionalmente; 8. Sem prejuízo, ressalvo que, se houvesse vedação absoluta à associação, participação do associado, fiel, que se descobre homossexual, o que não se verificou, haveria violação dos Direitos Fundamentais, posto que a Constituição Federal, mesmo no âmbito privado, veda o manejo de regras excludentes deste porte; 9. O Estatuto é escorreito e registrável, para todos os efeitos, nos termos da Constituição Federal, do Código Civil e da Lei dos Registros Públicos, **visto que não há, no seu artigo 5º, limitação à frequência aos cultos, apenas há restrição quanto ao exercício da membresia, da referida associação, em razão de princípios religiosos, que devem ser respeitados;** 10. Reforma da sentença para julgar improcedente o procedimento de dúvida, determinando o registro do Estatuto, como requerido.<sup>179</sup> (Grifou-se)

Em conclusão, nas situações conflituosas aqui apresentadas, nota-se que os magistrados decidiram em favor da comunidade LGBT+ quando presente manifestação pública ofensiva e o alcance de tais ofensas. Ainda, em que pese não tenha sido o caso, foi expresso que a negação de frequência aos cultos não possui amparo do direito à liberdade religiosa. Quanto aos posicionamentos favoráveis às organizações religiosas, encontra-se

<sup>179</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação n. 000025776.2020.8.19.0080** Relator: Isabela Pessanha Chagas. Rio de Janeiro, 20/10/2021. Data de Publicação: 20/10/2021.

como fundamentação a liberdade de crença, a voluntariedade de adesão a determinado credo, a separação entre o poder estatal e o poder religioso, a não intromissão do Estado nas doutrinas religiosas nem nas formas de culto e no reconhecimento de que as religiões, em regra, não são inclusivas, tendo em vista suas especificidades doutrinárias.

#### **4.4.2 Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO n. 26 - STF sob a perspectiva da liberdade religiosa**

Nesta parte, serão feitos comentários a respeito dos trechos da manifestação dos ministros pertinentes à liberdade religiosa no bojo do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 - STF<sup>180</sup>.

Por meio da mencionada ação, que foi proposta pelo Partido Popular Socialista - PPS com o fim de incriminar a homofobia e transfobia devido à inércia do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a omissão do Congresso Nacional e decidiu que quaisquer formas de manifestações homofóbicas e transfóbicas, com aversão odiosa, se enquadram nos tipos penais da Lei nº 7.716/89 (Lei do Racismo), sendo consideradas racismo social, pois tais práticas inferiorizam e discriminam o grupo LGBTQ+ e ofendem seus direitos e liberdades fundamentais. Outrossim, tais condutas são causas para qualificar o crime de homicídio doloso, por motivo torpe<sup>181</sup>.

Além disso, como ponto central da problemática deste trabalho, no mesmo acórdão, o STF indica de modo expresse que a liberdade religiosa não é alcançada nem limitada por estes crimes, independente da crença, porém com ressalva de que ocorrerá crime no caso de estar configurado o discurso de ódio, o qual é entendido como aquele que gere discriminação, hostilidade e violência contra a comunidade LGBTQ+.

Inicialmente, analisa-se o trecho do acórdão de tratou diretamente da criminalização da homofobia/transfobia na esfera religião:

[...]COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL ENTRE A REPRESSÃO PENAL À HOMOTRANSFOBIA E A **INTANGIBILIDADE DO PLENO EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA** – A repressão penal à prática da homotransfobia **não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada**, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) **é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o**

<sup>180</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO n. 26-DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13/06/2019. Data de Publicação: 06/10/2020.

<sup>181</sup> Código Penal, art. 121, § 2º, I, *in fine*.

**que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.** TOLERÂNCIA COMO EXPRESSÃO DA “HARMONIA NA DIFERENÇA” E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, POR REVESTIR-SE DE CARÁTER ABRANGENTE, **ESTENDE-SE, TAMBÉM, ÀS IDEIAS QUE CAUSEM PROFUNDA DISCORDÂNCIA OU QUE SUSCITEM INTENSO CLAMOR PÚBLICO OU QUE PROVOQUEM GRAVE REJEIÇÃO POR PARTE DE CORRENTES MAJORITÁRIAS OU HEGEMÔNICAS EM UMA DADA COLETIVIDADE** – As ideias, nestas compreendidas as mensagens, inclusive as pregações de cunho religioso, podem ser fecundas, libertadoras, transformadoras ou, até mesmo, revolucionárias e subversivas, provocando mudanças, superando imobilismos e rompendo paradigmas até então estabelecidos nas formações sociais. O verdadeiro sentido da proteção constitucional à liberdade de expressão consiste não apenas em garantir o direito daqueles que pensam como nós, mas, **igualmente, em proteger o direito dos que sustentam ideias (mesmo que se cuide de ideias ou de manifestações religiosas) que causem discordância ou que provoquem, até mesmo, o repúdio por parte da maioria existente em uma dada coletividade.** O caso “United States v. Schwimmer” (279 U.S. 644, 1929): o célebre voto vencido (“dissenting opinion”) do Justice OLIVER WENDELL HOLMES JR.. É por isso que se impõe construir espaços de liberdade, em tudo compatíveis com o sentido democrático que anima nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, para que o pensamento – e, **particularmente, o pensamento religioso – não seja reprimido e, o que se mostra fundamental, para que as ideias, especialmente as de natureza confessional, possam florescer, sem indevidas restrições,** em um ambiente de plena tolerância, que, longe de sufocar opiniões divergentes, legitime a instauração do dissenso e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções antagônicas, a concretização de valores essenciais à configuração do Estado Democrático de Direito: **o respeito ao pluralismo e à tolerância.** – O discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações e manifestações que incitem a discriminação, que estimulem a hostilidade ou que provoquem a violência (física ou moral) contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, não encontra amparo na liberdade constitucional de expressão nem na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 13, § 5º), que expressamente o repele.[...].<sup>182</sup> (Grifou-se)

O Supremo Tribunal Federal destacou pontos relevantes para compreensão do entendimento do tribunal sobre a liberdade religiosa, são eles: a intangibilidade do pleno exercício da liberdade religiosa, a garantia do proselitismo, da teologia e da vida religiosa conforme o que estiver preceituado nos livros sagrados, permissão de ideias que possuam discordância com clamor público e entendimentos majoritários e o respeito ao pluralismo e à tolerância. Destes pontos, percebe-se claramente o reconhecimento da proteção à liberdade religiosa, englobando as várias liberdades decorrentes dela, mesmo nos casos em que envolva posicionamentos polêmicos como, por exemplo, a aprovação ou não da homossexualidade.

<sup>182</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO n. 26-DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13/06/2019. Data de Publicação: 06/10/2020, p. 6-8

Porém, as convicções religiosas não podem sustentar a discriminação, hostilidade ou violência.

Quanto a estes dois últimos pontos, não existem incertezas, tendo em vista a essência, desrespeitosa, afrontosa e agressiva do que se entende por hostilidade e violência. No entanto, o que gera maiores dúvidas é a respeito do aspecto “discriminação”, considerando o seu simples significado, resumidamente, de incluir e excluir conforme preferências.

No que se refere ao sentido jurídico de discriminação, toma-se como referência o que traz a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1966)<sup>183</sup>, que, em seu Artigo I, PARTE I, conceitua discriminação racial da seguinte forma:

1. Nesta Convenção, a expressão “discriminação racial” significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.

Partindo-se do conceito apresentado, como falado, o ato discriminatório denota preferência, escolha, restrição ou negação em virtude de determinadas razões. Dito isto, o problema estudado neste trabalho apresenta as seguintes questões: a liderança religiosa pode ser responsável criminalmente por negar cargos, funções ou tarefas a homossexuais? Indo mais além, pode uma igreja negar que um homossexual seja membro da organização religiosa por motivo de crença? De modo cristalino, é evidente o choque da decisão do Supremo Tribunal Federal com o direito à liberdade religiosa. Até que ponto o exercício da fé deve ser limitado para que seja promovida a responsabilização, seja na área criminal, objeto deste estudo, ou outra, já que, a depender da circunstância, é o próprio Estado que estaria promovendo a discriminação religiosa.

A respeito da discriminação e na igualdade de direitos, é evidente que ela alcança tanto a pessoa religiosa quanto alguém da comunidade LGBT+. Sobre isso, cumpre mencionar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)<sup>184</sup>, respeitável referência internacional em nível de proteção de direitos, logo em seu Artigo 1º, afirma que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”. Do artigo

<sup>183</sup> BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Brasília, DF: Presidência da República, 1969.

<sup>184</sup> DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS [1948]. Rio de Janeiro: UNIC, 2009. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>.

mencionado, já se denota a força contrária a discriminações, sejam elas de quaisquer ordens, ao referir-se à igualdade. Ainda, expressamente sobre sexo (compreendido em sua acepção moderna e ampla) e religião, o Artigo 2º da mencionada declaração coloca o seguinte:

Todo ser humano 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. **(Grifou-se)**

Agora, passa-se a analisar algumas manifestações dos ministros referentes à liberdade da religião e à laicidade do estado. Como observação, as páginas indicadas referem-se à numeração do inteiro teor do acórdão<sup>185</sup>.

Aqui, o relator, Ministro Celso de Mello, coloca de modo expresso que é protegido o direito ao livre proselitismo. Indo além, ao não vedar que as doutrinas religiosas sejam exercidas conforme os seus livros sagrados e crenças. Porém, no final, ressalva que essas condutas não devem provocar discriminação nem hostilidade, muito menos violência. Sobre tais pontos, como já exposto, em especial à discriminação, devem ser direcionadas análises jurídicas para se verificar até que ponto tais atos serão considerados nesta direção. Assim se expressou:

é **assegurado** o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de **externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica**, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.<sup>186</sup>**(Grifou-se)**

Neste trecho, em seu relatório, Celso de Mello indica diretamente que a proibição de condutas homofóbicas por parte do Estado não deve representar restrição à liberdade de crença e consciência, garantindo a devida proteção às liturgias de culto. Contudo, em seguida, afirma que esse direito não é absoluto. Dessa construção, salvo melhor juízo, pode ser deduzido um certo limite de aceitação de conduta religiosa contrária à homossexualidade.

O regime constitucional de proteção às liberdades do pensamento permite asseverar que a adoção pelo Estado de meios destinados a impedir condutas homofóbicas e transfóbicas **em hipótese alguma poderá coarctar, restringir ou suprimir a liberdade de consciência e de crença, nem autorizar qualquer medida que interfira nas celebrações litúrgicas ou que importe em cerceamento**

<sup>185</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO n. 26-DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13/06/2019. Data de Publicação: 06/10/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>.

<sup>186</sup> Ibid., p. 11.

à **liberdade de palavra**, seja como instrumento de pregação da mensagem religiosa, seja, ainda, como forma de exercer o proselitismo em matéria confessional, quer em espaços públicos, quer em ambientes privados.

[...]

**A livre expressão e divulgação de ideias não deve (nem pode) ser impedida pelo Estado**, cabendo advertir, no entanto – precisamente por não se tratar de direito absoluto –, que eventuais abusos cometidos no exercício dessa prerrogativa constitucional ficarão sujeitos à apreciação do Poder Judiciário, mediante controle jurisdicional “a posteriori”.<sup>187</sup> **(Grifou-se)**

Nessa direção, pode-se também interpretar o posicionamento do Ministro Barroso em seu voto, que indica expressamente a permissão da condenação homoafetiva:

O reconhecimento da omissão inconstitucional na criminalização da homofobia e da transfobia em nada diminui a relevância da liberdade religiosa. O entendimento aqui defendido não implica criminalização dos discursos religiosos contrários às relações homoafetivas. Tampouco significa que as religiões não possam vocalizar suas crenças ou participar do diálogo amplo e aberto que caracteriza a democracia contemporânea. **Penso ser perfeitamente possível que, em uma sociedade moderna, plural e inclusiva, haja discursos condenando a homoafetividade como conduta contrária à Bíblia, à Torá ou ao Alcorão.** Embora não concorde com a ideia, **condenar relações homoafetivas com fundamento em sincera convicção religiosa não constitui crime.**<sup>188</sup> **(Grifou-se)**

Contudo, em seu relatório, o Ministro Celso de Mello aponta algumas limitações à liberdade religiosa, como o escárnio em público, a ofensa à honra, o respeito à igualdade e à dignidade humana. Colocou da seguinte forma:

O que não se revela lícito a qualquer pessoa, no entanto, além de **não poder ofender a honra de terceiros em razão de sua preferência religiosa**, é **escarnecer de alguém, em público**, por motivo de crença ou função religiosa, ou, então, de impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso ou, ainda, vilipendiar, publicamente, ato ou objeto de culto religioso.<sup>189</sup> **(Grifou-se)**

Cabe reconhecer, em suma, desse modo, que **os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão**, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.<sup>190</sup> **(Grifou-se)**

Tal situação culmina por gerar **um quadro de (inaceitável) submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria**, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários.<sup>191</sup> **(Grifou-se)**

O relator, até para melhor compreensão do termo, considerou a extensão do significado da liberdade religiosa à liberdade de crença, de culto, de organização religiosa e

<sup>187</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO n. 26-DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13/06/2019. Data de Publicação: 06/10/2020, p. 144.

<sup>188</sup> Ibid., p. 289.

<sup>189</sup> Ibid., p. 124.

<sup>190</sup> Ibid., p. 141.

<sup>191</sup> Ibid., p. 142.

de realizar proselitismo. Também, destacou o respeito que deve ser dirigido a essas liberdades por parte do Estado. Assim se posicionou:

O conteúdo material da liberdade religiosa – que se qualifica como direito fundamental do indivíduo – compreende, na abrangência de seu significado, entre outras prerrogativas essenciais, a **liberdade de crença** (que traduz uma das projeções da liberdade de consciência), a **liberdade de culto**, a **liberdade de organização religiosa**, a **liberdade de fazer proselitismo**, a **liberdade de não aderir a religião alguma**, a liberdade de alterar suas preferências confessionais, a liberdade de não sofrer qualquer restrição de ordem jurídica em virtude de suas convicções religiosas e a **liberdade de ver-se respeitado, em sua esfera de autonomia pessoal, pelo Poder Público, quanto às opções religiosas que fizer**, valores esses que representam elementos necessários à própria configuração da ideia de democracia, cuja noção se alimenta, continuamente, do respeito ao pluralismo.<sup>192</sup> **(Grifou-se)**

Na manifestação seguinte, o Ministro Celso de Mello indica que o conteúdo teológico deve ser respeitado pelo Estado. Caso contrário, incorre-se em grave afronta à liberdade religiosa. Deste posicionamento, salvo melhor juízo, percebe-se a permissão para o discurso religioso contrário à homossexualidade, obviamente dentro das devidas limitações. Expôs seu pensamento do seguinte modo:

Na visão filosófica de ESPINOSA, tornava-se claro que assuntos de teologia e questões de Estado revelavam-se matérias que não deveriam confundir-se, pois tinha ele, por incontestável, que **nem a teologia deveria subordinar-se à razão de Estado nem esta ao pensamento teológico, mesmo porque as convicções no domínio religioso pertencem, exclusivamente, ao plano da razão individual e ao foro íntimo de cada ser humano, que é, no âmbito da religião, a suprema autoridade.**<sup>193</sup> **(Grifou-se)**

É por essa razão, Senhor Presidente, que cabe destacar a relevantíssima circunstância de que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, torna-se imperioso reconhecer que **temas de caráter teológico ou concepções de índole filosófica** – que busquem atribuir densidade teórica a ideias propagadas pelos seguidores de qualquer fé religiosa – **estão, necessariamente, fora do alcance do poder censório do Estado**, sob pena de **gravíssima frustração e aniquilação da liberdade constitucional de crença e de disseminação (sempre legítima) das mensagens inerentes às doutrinas confessionais em geral.**<sup>194</sup> **(Grifou-se)**

Além disso, tratando-se do conteúdo da fé, o ministro Alexandre de Moraes, de modo elucidativo ao abarcar diferentes credos, deixa claro que não existe neutralidade em matéria religiosa, inclusive dentro de ramificações em uma só religião como ocorre com o Cristianismo e suas diversas correntes. Por fim, reconhece que posicionamentos teológicos

<sup>192</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO n. 26-DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13/06/2019. Data de Publicação: 06/10/2020, p. 134.

<sup>193</sup> Ibid., p. 140-141.

<sup>194</sup> Ibid., p. 174

podem ser contrários, e até ofensivos, contudo, não devem ser objeto de criminalização tão somente por isso:

Aquele que pretende professar ou ter um ensino religioso cristão, obrigatoriamente, precisará ter acesso à Bíblia, cuja interpretação católica, luterana, calvinista, anglicana, pentecostal não é absolutamente idêntica; caso seja ESPÍRITA, também precisará extrair ensinamento do Livro dos Espíritos e ao Evangelho Segundo o Espiritismo, ambos de ALLAN KARDEC. Por outro lado, esses textos serão substituídos pelo estudo judaico do Torá; ou pela análise do Corão no islamismo. Se for adepto de uma das RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA, precisará estudar o culto aos orixás, o “jogo de búzios” ou “ifá”, caso adote o Candomblé; ou o estudo dos rituais dos espíritos de Caboclos, Pretos-Velhos, Baianos, Exus, Pombos Gira, caso adote a Umbanda. **Em todas essas hipóteses, a neutralidade não existe, pois as manifestações, os ensinamentos e o aprendizado se baseiam, fundamentalmente, nos dogmas de fé, que não podem ser censurados, cerceados ou criminalizados, mesmo que conflitantes e, em alguns casos, até ofensivos a determinados grupos.**<sup>195</sup> (Grifou-se)

Diante do exposto, a partir das manifestações dos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO n. 26, que criminalizou a homofobia, equiparando-a ao crime de racismo, percebe-se que ao direito do exercício religioso foi dada relativa margem de liberdade como, por exemplo, a convicção de fé sobre a condenação da homossexualidade e a prática religiosa conforme suas crenças e seus livros sagrados, inclusive como o reconhecimento da existência da não neutralidade religiosa. No entanto, tal liberdade não é absoluta, pois não deve ser fundamento para a prática de discurso de ódio, que manifesta na discriminação, hostilidade ou violência contra a comunidade LGBT+. Em relação à hostilidade e à violência, como dito, não há necessidade de maiores esclarecimentos.

O problema incide primordialmente na dimensão da discriminação, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal não tocou diretamente no assunto no contexto da organização e da vida religiosa e a possibilidade de negar cargos e membresia à comunidade LGBT+. Especificamente sobre isso, como visto, existe entendimento jurisprudencial na permissão de tais condutas, com fundamento na liberdade religiosa e na não obrigatoriedade de adesão religiosa, com a ressalva para a proibição de negar acesso e frequência a cultos a pessoas da comunidade LGBT+.

Por fim, embora já se vislumbre alguma proteção especial à liberdade religiosa, o problema da permissão (ou não) e dos limites da discriminação homoafetiva no contexto

---

<sup>195</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO n. 26-DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13/06/2019. Data de Publicação: 06/10/2020, p. 269.

religioso necessitam de maior esclarecimento da jurisprudência, da atividade legislativa específica sobre a matéria e da produção científica da doutrina jurídica para trazer luz à questão.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como propósito a identificação dos limites incidentes sobre a liberdade religiosa no que se refere à criminalização da homofobia, tendo em vista que no contexto religioso não são raros posicionamentos teológicos contrários à homossexualidade.

A criminalização da homotransfobia foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO n. 26, por meio da qual equiparou o crime de homofobia ao racismo contido na Lei nº 7.716/89 (Lei do Racismo). Como objetivos secundários, buscou-se compreender o estatuto da laicidade e a liberdade religiosa na constituição de 1988 para identificação da proteção à liberdade litúrgica e religiosa; entender a situação da proteção jurídica nacional ao direito fundamental à autonomia da vida sexual; e, por fim, verificar se a tutela jurídica brasileira da liberdade religiosa permite que ela sofra limitações e em quais proporções em relação ao conflito com o direito à autonomia da sexual.

Inicialmente, no que se refere ao modelo de laicidade do Brasil, buscou-se conhecer o processo de laicização do Brasil e a situação da laicidade na Constituição Federal de 1988, cujo princípio encontra-se essencialmente no inciso I do artigo 19. Restou evidente que, diferente da ideia do laicismo ateu, o Poder Constituinte Originário adotou um modelo de laicidade neutro e não combativo às religiões, com a possibilidade inclusive da colaboração com o Poder Público para fins de interesse público. Tal posicionamento do Estado contribui para dar luz à compreensão acerca da proteção da religião, pois ela não foi excluída da vida pública e recebeu inclusive proteção constitucional, não sendo permitido ingerências estatais

Quanto à liberdade religiosa, esta compreende a liberdade de crença ou não crença, bem como a liberdade de expressão religiosa, litúrgica e teológica. A Constituição Federal reconheceu a liberdade de crença como direito fundamental (inciso VI do artigo 5º). No entanto, não é um direito absoluto, pois pode ser relativizado nos casos de colisão com outros direitos fundamentais, por exemplo.

A legislação infraconstitucional também contribui para a tutela do direito à liberdade de religião ao, por exemplo, reconhecer a autonomia das organizações religiosas (§ 1º e inciso IV do artigo 44 do Código Civil), determinar os crimes contra o sentimento religioso (artigo 208 do Código Penal), bem como incluir a religião como motivo no rol de direitos protegidos na Lei nº 7.716/89 (Lei do Racismo).

Na concepção da doutrina, o direito à liberdade religiosa abrange o direito à liberdade de crença (escolher ou não, aderir ou deixar de aderir determinado credo e viver conforme as regras de fé); a liberdade de expressão religiosa (proselitismo); a liberdade de culto (relacionado aos ritos e práticas litúrgicas), a liberdade de organização religiosa e teológica.

Em relação à posição jurisprudencial quanto à liberdade religiosa, constatou-se que o Poder Judiciário tem reconhecido as especificidades da vida religiosa e admitido, até certo ponto, situações consideradas intolerantes, mas que não extrapolam os limites da normalidade da vida social como, por exemplo, discordâncias doutrinárias e posicionamentos contrários a outras religiões. Entretanto, não é um direito absoluto, devendo atentar-se para a ofensividade e a dimensão da conduta, principalmente se tratando de espaço público.

Posteriormente, examinou-se a situação do direito à autonomia da vida sexual. Ao analisar de modo breve os avanços dos direitos da comunidade LGBT+, percebeu-se que a luta pela socialização e a despatologização da homossexualidade contribuíram para a construção de uma nova concepção sobre a vida sexual. Neste contexto, o posicionamento pela despatologização da Organização Mundial da Saúde no ano de 1992 representou importante marco para tais direitos. No Brasil, após a Resolução n. 001/99 do Conselho Federal de Psicologia pela despatologização, o Judiciário de Catanduva-SP decidiu favorável à adoção de criança por família de homossexuais com base na referida resolução.

Além disso, “Os Princípios de Yogyakarta”, elaborado em 2006 na cidade de Yogyakarta, na Índia, significou importante avanço no plano internacional com a apresentação de 29 princípios, dentre os quais o Direito ao Gozo Universal dos Direitos Humanos, Direito à Igualdade e a Não-Discriminação. Contudo, a Resolução do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, intitulada de *Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity* (Resolução 17/19), apresentada em 2011 na África do Sul, representou a concretude dos direitos da comunidade LGBT+ no direito internacional.

Ao estudar o posicionamento doutrinário sobre os direitos das pessoas do grupo LGBT+, restou evidente que, de modo geral, não há controvérsias. Como alicerce para tais direitos, encontrou-se na produção da doutrina os próprios direitos humanos, o direito à liberdade, à igualdade e o conjunto de direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade.

No ordenamento jurídico do Brasil, a proteção dos direitos da comunidade LGBT+ se apoia essencialmente nos Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988. No âmbito da legislação infraconstitucional, ainda há muito que se desenvolver, pois não há leis que

tratem de modo específico o direito homoafetivo. Sendo o casamento homoafetivo, por exemplo, imposto pela Resolução n. 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça aos cartórios e autoridades competentes.

Em virtude disso, percebeu-se que os principais avanços do direito homoafetivo no Brasil decorrem da atuação do Poder Judiciário. Como exemplo, cita-se: o reconhecimento da união estável homoafetiva (STF - ADI n. 4277 DF); adoção de criança por casal homossexual (STJ - REsp n. 889852 RS); possibilidade de alteração de nome independente da cirurgia de redesignação sexual (STF - ADI n. 4275 DF); aplicação da Lei Maria da Penha a mulher transsexual vítima de violência doméstica (STJ - REsp n. 1977124 SP); e a própria criminalização da homofobia (STF - ADO n. 26 DF).

No último capítulo, analisou-se os limites entre o direito à liberdade religiosa e o direito à autonomia da vida sexual. Primeiramente, de modo geral, trouxe um panorama geral do conflito entre religião e a homossexualidade, que ocorre com base em posições teológicas contrárias à prática homossexual com fundamento nos livros sagrados da fé.

Em seguida, examinou-se o ordenamento constitucional e a intersecção entre os direitos em colisão. Essencialmente, ambos encontram respaldo constitucional nos direitos fundamentais, em especial no direito à liberdade e na dignidade da pessoa humana.

Quanto ao posicionamento da doutrina, buscou-se estudiosos que tratam especificamente da colisão direta entre esses direitos, principalmente no que se refere à concepção de discurso de ódio (*hate speech*). Sobre a criminalização da homofobia, em que pese o Supremo Tribunal Federal (STF) descreva discurso de ódio como manifestações discriminatórias, *hostis e violentas* (ou que provoquem violência), constatou-se que o problema maior reside na falta de maior clareza na sua aplicação sobre a discriminação, principalmente porque o próprio STF destaca a especificidade e a proteção da liberdade religiosa.

Diante disso, encontrou-se a proposta de uma Matriz de Variáveis<sup>196</sup> para análise do discurso de ódio. Resumidamente, sobre o discurso de ódio, a matriz se propõe à sua identificação (considera o alvo, o teor da mensagem e seu contexto intencional); avaliação (considera o contexto situacional, o orador, a audiência, o contexto histórico-social e as consequências do dano); e regulação e sancionamento (abarca políticas de prevenção,

---

<sup>196</sup> LUCCAS, Victor Nóbrega. O Dilema entre a Proteção da Liberdade de Expressão e o Combate ao Discurso de Ódio. **Discurso de Ódio: Desafios Jurídicos**. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 50-54.

contradiscurso, remoção, censura prévia, indenização, sanções criminais, administrativas e privadas).

Dessa forma, verificou-se que é notório que a análise do caso concreto indicará a amplitude das limitações da liberdade religiosa. A depender do posicionamento adotado, tem-se uma maior ou menor proteção do exercício da liberdade religiosa.

No contexto da jurisprudência brasileira sobre os conflitos entre o direito à liberdade religiosa e o direito homoafetivo, percebeu-se que as decisões favoráveis à comunidade LGBT+ possuíram como fundamento o autor, a ofensa do discurso bem como a publicidade e a amplitude do seu alcance. No que se refere às decisões em favor das organizações religiosas, foram alicerçadas na liberdade de crença, na não obrigatoriedade de adesão a determinado credo, na separação do poder estatal e do poder religioso, na não intromissão do Estado em doutrinas religiosas nem nas formas de culto e no reconhecimento da ausência de neutralidade e, de modo geral, da característica de não inclusividade das religiões.

Por fim, da análise das manifestações dos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade que decidiu por criminalizar a homofobia, ficou evidente que a liberdade religiosa ocupa posição de proteção diferenciada, segundo entendimento dos magistrados. Contudo, não se deve considerar a liberdade religiosa absoluta, pois é possível, a depender do entendimento no caso concreto, que determinadas condutas de pessoas religiosas sejam consideradas homofobia ou não. Neste contexto, o problema maior reside no contexto da discriminação como, por exemplo, na possibilidade de alguma organização religiosa negar cargos ou membresia a pessoa da comunidade LGBT+. Sobre tal questão, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu em favor da liberdade religiosa<sup>197</sup>. Porém, não se encontrou jurisprudência robusta neste sentido, provavelmente por ainda ser uma novidade jurídica.

Em conclusão última, afirma-se que o problema das possibilidades e dos limites da liberdade religiosa e o crime de homofobia, levando em conta principalmente que se trata de matéria nova, necessita de maior esclarecimento por parte da doutrina, de produção jurisprudencial que consolide a questão e da elaboração de leis que normatizem de modo específico e com clareza o problema.

---

<sup>197</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação n. 000025776.2020.8.19.0080** Relator: Isabela Pessanha Chagas. Rio de Janeiro, 20/10/2021. Data de Publicação: 20/10/2021.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALPHONSE, Ana Luiza de Oliveira. **A construção da laicidade na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.
- ANDREATA, Ocir de Paula. **Religião, gênero e sexualidade: fundamentos para o debate atual** (Série Panorama das Ciências da Religião). Curitiba: InterSaberes, 2021.
- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. – 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- ARAÚJO, Janaína. **Garantia do casamento homoafetivo no país ainda não foi concedida por lei**. Brasília: Rádio Agência Senado Federal, 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/01/18/garantia-do-casamento-homoafetivo-no-pais-ainda-nao-foi-concedida-por-lei>. Acesso em: 09 de outubro de 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. O direito de amar e de ser feliz. **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. **Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade**. Barueri-SP: Editora Manole, 2020.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos** - tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *et al.* **Comentários à Constituição Federal de 1988**. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, promulgada em 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 29 de outubro de 2022.
- BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 28 de outubro de 2022.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 10 de setembro de 2022.
- BRASIL. **Constituição de 1934**. *Lex*: República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 23 de outubro de 2022.

BRASIL. **Constituição de 1937**. *Lex*: República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 23 de outubro de 2022.

BRASIL. **Constituição de 1946**. *Lex*: Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 23 de outubro de 2022.

BRASIL. **Constituição de 1967**. *Lex*: República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 23 de outubro de 2022.

BRASIL. **Decreto nº 119-A**, de 07 de janeiro de 1890. Proíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%20119%20DA%20C%20DE%207%20DE%20JANEIRO%20DE%201890.&text=Prohibe%20a%20interven%C3%A7%C3%A3o%20da%20autoridade,padroado%20e%20estabelece%20outras%20providencias](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%20119%20DA%20C%20DE%207%20DE%20JANEIRO%20DE%201890.&text=Prohibe%20a%20interven%C3%A7%C3%A3o%20da%20autoridade,padroado%20e%20estabelece%20outras%20providencias). Acesso em: 24 de outubro de 2022.

BRASIL. **Decreto nº 4.496**, de 4 de dezembro de 2002. Exclui o Decreto no 119-A, de 7 de janeiro de 1890, do Anexo IV do Decreto no 11, de 18 de janeiro de 1991. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4496.htm#art4](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4496.htm#art4). Acesso em: 24 de outubro de 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.635**, de 27 de dezembro de 2007. Institui o Dia Nacional de Combate à Intolerância Religiosa. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111635.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111635.htm). Acesso em: 24 de outubro de 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.288**, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/112288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112288.htm). Acesso em: 24 de outubro de 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.716**, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7716compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716compilado.htm). Acesso em: 25 de setembro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Direito das pessoas LGBTQIAP+** - cadernos de jurisprudência do supremo tribunal federal: concretizando direitos humanos. – Brasília: STF : CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/cadernos-stf-lgbtqia-3-1.pdf>. Acesso em: 02 de outubro de 2022.

BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D65810.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html). Acesso em: 12 de outubro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 2566-DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 16/05/2018. Data de Publicação: 23/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 494601-RS**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 28/03/2019. Data de Publicação: 19/11/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE n. 1099099-SP**. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 26/11/2020. Data de Publicação: 12/04/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4277-DF**. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05/05/2011. Data de Publicação: 14/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 5258-AM**. Relator: Min. Carmen Lúcia. Brasília, 13/04/2021. Data de Publicação: 27/04/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 646721-RS**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 10/11/2011. Data de Publicação: 07/12/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC n. 134682-BA**. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 29/11/2016. Data de Publicação: 29/08/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE n. 1315221-RJ**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 17/08/2021. Data de Publicação: 20/08/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4439-DF**. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 27/09/2017. Data de Publicação: 21/06/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 461-PR**. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 24/08/2020. Data de Publicação: 22/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO n. 26-DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13/06/2019. Data de Publicação: 06/10/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 5543-DF**. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 11/05/2020. Data de Publicação: 26/08/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 889852 RS**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 27/04/2010. Data de Publicação: 10/08/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1977124-SP**. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 05/04/2022. Data de Publicação: 22/04/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1366699-PA**. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília.. Data de Publicação: 31/03/2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação n. 0300946-72.2016.8.24.0072**. Relator: Sérgio Roberto Baasch Luz. Florianópolis, 30/03/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação n. 0000400-49.2019.8.16.0059**. Relator: Cândido de Abreu. Curitiba, 11/03/2021. Data de Publicação: 12/03/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação n. 0052099-80.2016.8.19.0001**. Relator: Camilo Ribeiro Ruliere. Rio de Janeiro, 05/04/2022. Data de Publicação: 07/06/2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação n. 000025776.2020.8.19.0080**. Relator: Isabela Pessanha Chagas. Rio de Janeiro, 20/10/2021. Data de Publicação: 20/10/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação n. 0045315-08.2011.8.26.0506**. Relator: Natan Zelinschi de Arruda. São Paulo, 10/12/2015. Data de Publicação: 17/12/2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 7582/2014**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=616270>. Acesso em: 02 de outubro de 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares: secularização, laicidade e religião civil: uma perspectiva histórica**. 2.ª edição. Coimbra: Almedina, 2010.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e Direito: Proteção Constitucional, Uniões, Casamento e Parentalidade**. 3ª edição. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

CHAVES, Marianna. A família homoafetiva e a sua tutela jurídica. **Direito à diversidade**. – São Paulo: Atlas, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 175 de 14/05/2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 23 de novembro de 2022.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Por uma concepção do Estado Laico. **Embates em torno do Estado laico**. – São Paulo: SBPC, 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS [1948]. Rio de Janeiro: UNIC, 2009. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 12 de outubro de 2022.

FACCHINI, Regina *et al.* Conselho Regional de Psicologia da 6ª Região (org.). **Psicologia e diversidade sexual**. – São Paulo: CRPSP, 2011. Disponível em: [https://www.crpasp.org/uploads/impresso/89/ix-PY27-0PBIELJ3QsiCZn8NRZ\\_HW\\_1K.pdf](https://www.crpasp.org/uploads/impresso/89/ix-PY27-0PBIELJ3QsiCZn8NRZ_HW_1K.pdf). Acesso em: 15 de outubro de 2022.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. Casamento entre pessoas do mesmo sexo: a desconstrução de estigmas e a construção de parâmetros para o desenvolvimento pessoal e a justiça social. **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. – 41. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FRANCO, Tiago Bana. A possibilidade de controle das associações religiosas. **Liberdade religiosa e liberdade de expressão**. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2020.

GALINDO, Bruno. O direito antidiscriminatório entre a forma e a substância: igualdade material e proteção de grupos vulneráveis pelo reconhecimento da diferença. **Direito à diversidade**. – São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, Fabrício Vasconcelos; SALVADOR, João Pedro Favaretto. LUCAS, Victor Nóbrega (coordenadores) *et al.* **Discurso de Ódio: Desafios Jurídicos**. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2020.

GONÇALVES, José Mário; GOMES, André Curty. **Análise histórico-constitucional da laicidade no Brasil**. Revista Direitos Culturais: Vitória/ES, 2021. Disponível em: <https://san.uri.br/revistas/index.php/direitosculturais/article/view/327>. Acesso em: 16 de outubro de 2022.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal: Parte Especial (Coleção Esquemático)**. – 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Traduzido por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOUAISS, Antônio; SALLES, Villar Mauro. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.diversidadessexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>. Acesso em: 15 de outubro de 2022.

KELSEN, Hans. **Justiça e o direito natural**. 1ª Edição - Coimbra: Almedina, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direito Religioso. **Liberdade religiosa e liberdade de expressão**. 1ª ed. - São Paulo: Noeses, 2020.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 9. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2022.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. E agora, José? ou “a trajetória de afirmação da homossexualidade no direito brasileiro e novos desafios após a adpf 132 e adi 4277”. **Direito à diversidade**. – São Paulo: Atlas, 2015.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual didático de direito constitucional**. 1. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MIRAGEM, Bruno. Direito à diferença e autonomia: proteção da diversidade no direito privado em relação ao exercício individual das liberdades sexual e religiosa. **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Alexandre de. *et al.* **Constituição Federal Comentada**. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NANNI, Giovanni Ettore. *et al.* **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo**. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

NEVES, Marcelo. Direitos humanos: inclusão ou reconhecimento? **Direito à diversidade**. – São Paulo: Atlas, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 18ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

OLIVEIRA, Catarina Almeida de. Requisitos para a configuração da união estável homoafetiva. **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Constituição Federal anotada e comentada: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

**Princípios de Yogyakarta: Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Tradução de Jones de Freitas. Observatório de Sexualidade e Política (*Sexuality Policy Watch*), 2007, p. 5. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf). Acesso em: 22 de outubro de 2022.

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel. **As lacunas constitucionais e sua integração**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais: Vitória, 2012.

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

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 134, de 2018**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132701>. Acesso em: 02 de outubro de 2022.

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. **A Liberdade Religiosa no Direito Constitucional Brasileiro**. Tese (doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21062011-095023/publico/liberdade\\_religiosa\\_completa.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21062011-095023/publico/liberdade_religiosa_completa.pdf). Acesso em: 28 de outubro de 2022.

TIRADENTES, Adrielly Francine Rocha. **Direito, religião e orientação sexual: os paradoxos ao reconhecimento da família homoafetiva**. Dissertação (mestrado) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Tiradentes. Pouso Alegre – MG: FDSM, 2016. Disponível em: <https://www.fdsm.edu.br/conteudo/dissertacoes/e66870d43e92ecb1d368b564d861f976.pdf>. Acesso em: 29 de outubro de 2022.

TORTELLI, Ana Beatriz Dias Pinto dos Passos. **Religião e temas contemporâneos**. Curitiba: Contentus, 2020.

VIEIRA, Thiago Rafael e REGINA, Jean Marques. **Direito Religioso: Questões Práticas e Teóricas**. 3ª Ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Vida Nova, 2020.

WEINGARTNER NETO, Jayme; SARLET, Ingo Wolfgang. **Liberdade religiosa no Brasil com destaque para o marco jurídico-constitucional e a jurisprudência do STF**. REPATS: Brasília, 2016. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/repats/article/view/7739>. Acesso em: 03 de setembro de 2022.

ZYLBERSZTAJN, Joana. **O princípio da Laicidade na Constituição Federal de 1988**. Tese (doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11102012-111708/publico/Joana\\_Zylbersztajn\\_TESE\\_Corrigido.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11102012-111708/publico/Joana_Zylbersztajn_TESE_Corrigido.pdf). Acesso em: 29 de outubro de 2022.