



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

PRISCILA FREITAS COUTO

**O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO
RELIGIOSA E A AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL.**

Salvador
2015

PRISCILA FREITAS COUTO

**O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO
RELIGIOSA E A AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL.**

Monografia apresentada ao curso de graduação
em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Salvador
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

PRISCILA FREITAS COUTO

**O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO
RELIGIOSA E A AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL.**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2015

À minha família. Sem vocês nenhuma vitória teria sentido.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço ao meu Senhor e amigo Jesus Cristo, a razão do presente trabalho, a quem confiei minha vida e meus sonhos, quem nunca me desamparou, e sem o qual eu jamais teria chegado até aqui.

Ao meu pai, Rogério, por ser meu maior exemplo de caráter, dedicação e perseverança, e por sempre confiar em mim. Cada passo que dou é buscando ser motivo de orgulho para o senhor.

À minha mãe, Ângela, por ser meu suporte, por cada palavra de incentivo, por acreditar em mim mais do que eu mesma, pelas orações, apoio e segurança. Sem a sua presença eu não teria conseguido.

Ao meu irmão, Rafael, por seu cuidado que me faz sentir segura, e por sua alegria que fez esse tempo mais leve.

Aos meus pastores e à Denise, que sempre me incentivaram e me fizeram acreditar em mim. A vida de vocês me ensina, a cada dia, sobre o amor a Deus e ao próximo. E este amor foi o fundamento do presente trabalho.

Aos meus amigos, pelo apoio, palavras de ânimo e incentivo, e por compreenderem a minha ausência.

Aos professores da Faculdade Baiana de Direito, por contribuírem para a minha formação profissional. Aos funcionários da biblioteca, que facilitaram a concretização deste trabalho, sempre atenciosos e com bom humor.

A todos que, de alguma maneira, contribuíram para a conclusão dessa etapa, os meus sinceros agradecimentos.

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de analisar o conflito entre os direitos à liberdade de expressão religiosa e à autodeterminação sexual, sob o prisma da violação e do abuso de direito. Tanto a liberdade religiosa como a autodeterminação sexual são direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal, e como tais, devem ser protegidos e efetivados. Contudo, em virtude do exercício abusivo por parte daqueles que detêm essas garantias constitucionais, essa efetivação tem sido prejudicada. Por outro lado, por conta dos conceitos subjetivos que permeiam essas relações, muito se fala sobre atos abusivos e a necessidade de uma intervenção estatal restringido o exercício dos mesmos, quando, na verdade, o que ocorre é apenas a manifestação de opiniões que, por vezes, não são unânimes. Por isso se dá a importância de compreendermos quando efetivamente ocorre a violação e o abuso do direito, quais os limites impostos ao exercício dessas garantias constitucionais, e quando elas podem sofrer restrições. O abuso de direito decorre de um ato que excede os limites impostos pelo conceito de boa fé objetiva. Assim, toda conduta abusiva, necessariamente decorrerá de uma intervenção em direito de terceiro, de forma a causar danos a este, seja em âmbito patrimonial ou extrapatrimonial. Portanto, compreende-se que todo ato de um cristão que, em exercício de sua liberdade religiosa, ofende, agride, denigre, ou causa qualquer outro dano a um homossexual, se constitui em uma conduta abusiva que viola o direito deste. O contrário também se aplica, quando membros de grupos LGBT's intervêm na esfera do direito de grupos religiosos, ofendendo a sua honra e moral. Nessa feita, qualquer conduta que não se encaixe nesses conceitos, ou seja, que não se constitua como ato abusivo, deve ser respeitada, ainda que gere divergência de pensamentos e conflitos de opiniões, vez que a liberdade de expressão é um dos pressupostos básicos de uma democracia.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão Religiosa; Autodeterminação Sexual; Violação de Direito; Abuso de Direito; Homofobia.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal da República
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA E O DIREITO A AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL	13
2.1 O CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL	13
2.2 OS FUNDAMENTOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA	19
2.2.1 Breve Contexto Histórico	20
2.2.2 A liberdade religiosa na Constituição de 1988	22
2.2.3 A laicidade do Estado	26
2.2.4 A liberdade de pensamento como fundamento à liberdade religiosa	31
2.3 OS FUNDAMENTOS DA AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL	32
2.3.1 A igualdade	32
2.3.2 A dignidade da pessoa humana	33
2.4 A TEORIA DO SUPORTE FÁTICO DO DIREITO FUNDAMENTAL E A CONSEQUÊNCIA DA SUA APLICAÇÃO	34
3 A VIOLAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA E DA AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL	39
3.1 A VIOLAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA	39
3.1.1 O âmbito de proteção da liberdade de expressão religiosa	39
3.1.2 A intervenção em relação à liberdade de expressão religiosa	40
3.2 A VIOLAÇÃO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL	41
3.2.1 O âmbito de proteção jurídica da autodeterminação sexual	41
4 O ABUSO DE DIREITO	43
4.1 CONCEITO	43
4.2 NATUREZA JURÍDICA	46
4.3 REQUISITOS PARA CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO DE DIREITO	49
4.3.1 Os limites estabelecidos a exercício do direito	53
4.3.2 Efeitos do abuso de direito	56
5 O EXERCÍCIO ABUSIVO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA EM FACE DO DIREITO A AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL	58

5.1 UMA ANÁLISE ACERCA DA HOMOFOBIA	58
5.2 A BÍBLIA E A HOMOFOBIA	60
5.3 A (DES) NECESSIDADE DE CRIMINALIZAR A HOMOFOBIA	64
6 O EXERCÍCIO ABUSIVO DA AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL EM RELAÇÃO AOS PROTESTANTES	66
6.1 A BANALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E A RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE PENSAMENTO	66
6.2 A (DES) NECESSIDADE DO PL 1411/2011	68
7 CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

Tornou-se parte do nosso cotidiano nos depararmos nas mídias sociais com notícias acerca dos conflitos comumente ocorridos entre grupos LGBT's e representantes religiosos, especialmente os protestantes. De um lado, estes buscam a liberdade de expressarem sua crença, enquanto que aqueles buscam a liberdade de viverem a sua opção sexual sem sofrerem represálias de cunho preconceituoso ou ofensivo.

A liberdade de expressão religiosa é um direito fundamental, previsto em nossa Carta Magna, devendo, com isso, ter sua efetividade garantida. Porém, em que pese o Brasil seja um Estado laico, ou seja, não possui uma religião oficial e não se rege por preceitos e crenças religiosas, deverá garantir que os cidadãos que aderiram a alguma crença possam exercê-la livremente, sem qualquer impedimento estatal.

Por outro lado, a autodeterminação sexual, embora não esteja prevista expressamente na Constituição Federal, também é um direito fundamental, uma vez que amparada na igualdade e dignidade da pessoa humana, e como tal deve ter sua efetividade garantida.

A opção sexual é uma escolha pessoal, íntima, que não retira do homem a sua condição de cidadão, que como tal merece ter seus direitos garantidos e sua integridade física e moral protegidas.

Contudo, se temos direitos confiados a ambos os lados, qual a razão de tantos conflitos?

A resposta para tal questionamento se encontra nos conceitos de violação e abuso de direito. Isso porque, é justamente o mau uso desses direitos que têm feito com que tantos embates se estabeleçam.

Não são estes direitos absolutos, portanto, nenhum deles poderá ser exercido de forma totalitária, suprimindo ou impedindo o exercício de outros.

Todavia, o que vemos em nossa sociedade são grupos que utilizam as garantias que lhes são conferidas de maneira arbitrária e abusiva. De um lado, temos extremistas religiosos, que usam de sua crença para justificar atitudes ultrajantes e hostis, enquanto que, de outro lado, vemos grupos LGBT's que tentam impor seus ideais e pensamentos a toda a sociedade, buscando para si direitos absolutos, com vistas a

alcançar privilégios em detrimento de outros cidadãos, inclusive, cerceando a liberdade daqueles de manifestarem a sua fé.

Em uma rápida análise da história, percebemos que direitos exacerbados conferidos a grupos extremistas, de qualquer seguimento, somente criaram governos totalitários que trouxeram mazelas para a sociedade.

O Direito, como regulador das relações intersociais, não pode se eximir da responsabilidade de buscar solucionar esses conflitos.

Questiona-se, assim, a necessidade de uma regulamentação que solucione tais celeumas.

Entretanto, a ideia de usar o Poder Legislativo como forma de prestigiar os interesses de uma minoria, como temos visto ocorrer, é atemorizante. Vivemos em uma democracia, forma de governo que busca regular os interesses da sociedade de maneira “una”, ou seja, visando o melhor para o conjunto social. Assim, cabe ao Legislativo buscar um equilíbrio social e não servir como massa de manobra de uma classe.

Necessário se faz, portanto, estudar acerca das soluções cabíveis para resolver tais conflitos, bem como fazer uma análise crítica da causa dos mesmos.

A presente monografia estrutura-se nos seguintes capítulos: O direito fundamental à liberdade de expressão religiosa e o direito à autodeterminação sexual, a violação da liberdade de expressão religiosa e da autodeterminação sexual, o abuso de direito, o exercício abusivo da liberdade de expressão religiosa em detrimento da autodeterminação sexual, o abuso do exercício do direito da autodeterminação sexual em detrimento da liberdade de expressão religiosa.

No primeiro capítulo será estudado o conceito de Direito Fundamental e realizada uma análise acerca da solução para os conflitos existentes no caso concreto entre tais direitos, além de um estudo acerca dos fundamentos constitucionais da autodeterminação sexual e da liberdade de expressão religiosa. No capítulo seguinte será analisada a violação aos referidos direitos fundamentais, perpassando sobre o âmbito de proteção jurídica dos mesmos e a possibilidade de intervenção em sua aplicabilidade. No quarto capítulo será estudado o conceito de Abuso de Direito, sua natureza jurídica, bem como os requisitos para caracterização da conduta abusiva. No capítulo quinto será realizada uma análise crítica acerca da aplicabilidade abusiva

da liberdade de expressão religiosa em detrimento da autodeterminação sexual, complementando com uma avaliação da (des) necessidade de criminalização da homofobia. No capítulo sexto, será feita uma apreciação acerca do exercício abusivo da autodeterminação sexual em detrimento da liberdade de expressão religiosa, concluindo com uma crítica ao PL 1411/2011. O último capítulo se predispõe a trazer soluções práticas para os conflitos entre os direitos fundamentais em questão, de forma a que ambos os grupos sociais tenham seus interesses protegidos sem, com isso, mitigar outros direitos.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA E O DIREITO A AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL

Para melhor compreensão do tema do presente trabalho, é imprescindível realizarmos um estudo acerca do conceito de direito fundamental e suas abrangências.

2.1 O CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais surgiram abalizados em valores que visavam garantir a proteção à dignidade da pessoa humana, em um contexto histórico no qual a sociedade buscava superar os períodos políticos antecedentes, marcados por regimes opressores e ditatoriais, os quais criaram um marco na história da humanidade¹.

Nesse contexto, a Constituição Brasileira de 1988 trouxe o conceito de direitos fundamentais como um marco caracterizador da busca pela efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, ao longo dos anos, essa ideia foi se perdendo, sendo tais direitos usados, muitas vezes, como forma de defender interesses individuais escusos.

O conceito de dignidade da pessoa humana age, então, como um solucionador para essa questão, visto que funciona como um alicerce do sistema constitucional, servindo como base para os direitos fundamentais, uma vez que se constitui como uma estrutura de valores e finalidades que, ao serem cumpridos pelo Estado e pela sociedade, concretizam a aplicabilidade dos referidos direitos ², e, coopera para que haja uma maior delimitação do alcance destes.

A busca pela dignidade da pessoa humana demonstra a afirmação dos direitos fundamentais³, de forma que tais princípios, embora sejam, em parte, de caráter individual, devem ser aplicados de forma a preservar a dignidade daquele que o

¹ A exemplo da ditadura militar no Brasil, que ocorreu no período de 1964 a 1985.

² SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direitos Fundamentais: Reflexões e Perspectivas**. Salvador: JusPodvum, 2013, p. 52 *et seq.*

³ *Idem*. **Hermenêutica E Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.137.

detém, bem como daqueles que serão influenciados, direta ou indiretamente, pelo seu exercício.

Portanto, para que possamos compreender os direitos fundamentais, faz-se necessário, inicialmente, entendermos em que se resume a dignidade da pessoa humana.

Com base em tais conceitos, declarou Ricardo Maurício Freire:

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade física e moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo, relacionando-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. A busca de uma vida digna expressa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, no exercício da liberdade de ser, pensar e criar do ser humano⁴.

Apreende-se de tal conceito que a dignidade da pessoa humana pressupõe a garantia de uma vida digna, sendo assegurada a integridade física e moral do indivíduo, pressupondo a suplantação da intolerância, exclusão social, discriminação, violência e incapacidade de conviver com as diferenças.

O referido autor complementa essa ideia apontando três delimitadores da dignidade da pessoa humana, quais sejam, “a) a preservação da igualdade; b) o impedimento à degradação e coisificação da pessoa; c) a garantia de um patamar material para a subsistência do ser humano”⁵.

Nota-se, com isso, que a garantia aos direitos fundamentais vai além do que está descrito no texto normativo. Por se fundamentar na dignidade da pessoa humana, tais direitos visam garantir, dentre outros valores, a igualdade, a integridade física e moral, e uma vida digna, ao indivíduo.

Podemos compreender como direitos fundamentais os valores que a sociedade, enquanto representada pelo poder constituinte, reconheceu, de maneira formal, vindo a merecer, com isso, a proteção normativa da nossa Carta Magna⁶.

Segundo George Marmelstein:

...os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por

⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica E Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.140.

⁵ *Ibidem*, p.140.

⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014, p.17.

sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico⁷.

Em complemento, José Afonso da Silva declara que são fundamentais “as situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”⁸.

Ou seja, os direitos fundamentais conferem ao indivíduo as condições imprescindíveis para uma existência minimamente digna.

Igualmente, Manoel Jorge e Silva Neto assinala que,

A expressão “direitos” fundamentais configura o direito material reputado fundamental pelo criador do Estado de 1988, como são, por exemplo, os direitos à vida, à propriedade, à intimidade, à privacidade, à imagem, à liberdade religiosa, à inviolabilidade do domicílio, entre tantos outros previstos no Texto Constitucional.⁹

Portanto, tais direitos são a base para a estruturação da sociedade, sendo imprescindíveis para a existência do indivíduo.

A Constituição Federal é a fonte dos direitos fundamentais, os quais, por decorrerem da referida Lei Maior, bem como em virtude do princípio da supremacia dos direitos fundamentais, possuem maior preeminência formal e material, devendo, com isso, ter sua efetividade garantida.

O doutrinador Paulo Bonavides, ao tratar dos direitos fundamentais, divide-os em cinco gerações.

Inicialmente, enquadra como direitos da primeira geração aqueles que decorrem da liberdade, sendo os primeiros a constarem no texto constitucional. Tais direitos possuem o indivíduo como centro, resumindo-se, portanto, em prerrogativas referentes à pessoa, ou seja, possuem caráter subjetivo¹⁰.

Em contrapartida, os direitos fundamentais da segunda geração são os direitos sociais, culturais, econômicos e os direitos coletivos. É notório que tais direitos não possuem a subjetividade existente nos da primeira geração.

⁷ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014, p.17.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 180.

⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.592.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p.580, *et seq.*

Em seguida, têm-se como característica dos direitos da terceira geração o fato de não visarem a proteção de interesses individuais, ou de interesses de um grupo ou Estado específicos, tendo como destinatário primordial o homem enquanto sujeito de direitos. Note-se, ainda, que se engloba nessa classificação os direitos da fraternidade, os quais se dividem em: “direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”¹¹.

São classificados como direitos da quarta geração aqueles referentes à ideia da globalização política, ou seja, são os direitos à democracia, à informação e o direito ao pluralismo, os quais possuem a capacidade de concretizar a universalização da sociedade em suas relações cotidianas. Tais direitos poderão, inclusive, se expandir a todos os outros em nosso ordenamento.

Por fim, classifica-se como direito da quinta geração o direito à paz, em sua concepção universal, o qual é indispensável para que haja um efetivo progresso das nações, desde as pequenas até as grandes, em todos os âmbitos.

Os direitos discutidos na presente pesquisa estão englobados na esfera da primeira geração, nos termos da classificação proposta por Paulo Bonavides, os quais, devido à subjetividade que os cerca, devem ser analisados em cada caso concreto, sendo esta a proposta do presente trabalho.

Os direitos fundamentais são inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. Primeiramente, a inalienabilidade significa dizer que tais direitos são intransferíveis, não podendo ser negociados. Por seu turno, a irrenunciabilidade retrata a impossibilidade de abdicar dessas garantias, podendo o sujeito optar por não as exercer, estando, entretanto, impossibilitado de abrir mão delas. Por outro lado, a imprescritibilidade pressupõe que tais direitos nunca deixarão de ser exigidos, não se verificando neles requisitos que importem em sua prescrição¹².

Tais medidas reforçam a relevância dos referidos direitos ao vetar a possibilidade de renúncia, transferência e prescrição. Portanto, os direitos à liberdade de expressão religiosa e à autodeterminação sexual, não podem ser abdicados e sequer

¹¹BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p.588.

¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 183.

transferidos, sendo, com isso, direitos personalíssimos, cuja efetividade pode ser exigível a qualquer tempo.

Com a assunção dos direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico, passou-se a aderir à ideia de que a relação do indivíduo perante o Estado será, inicialmente, de detentor de direitos, para posteriormente ser constituído como titular de deveres. Em contrapartida, o Estado atua inicialmente como detentor de obrigações perante a sociedade, e os direitos que lhe são atribuídos em face dos indivíduos visam a proteção das necessidades de toda a coletividade. Ou seja, caberá ao Estado a função de atuar como garantidor da eficácia dos direitos fundamentais perante toda a sociedade¹³.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins afirmam que:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.¹⁴

É notório, porém, que os direitos fundamentais não se esgotam nas previsões explanadas pela Constituição Federal, podendo ser encontrados em normas esparsas, desde que elas tragam em si a essência que norteia o conceito previsto pelo legislador constituinte.

Tal ideia pode ser extraída do artigo 5º, § 2º da CF¹⁵ ao estabelecer que os direitos e garantias explanados em seu texto não excluem outros que decorram do regime e princípios por ela adotados, ou de Tratados Internacionais dos quais o Brasil seja signatário¹⁶.

Nesse sentido assiste Ricardo Maurício ao declarar que, “a dignidade da pessoa humana figura como princípio ético-jurídico capaz de orientar o reconhecimento, a partir de uma interpretação teleológica da Carta Magna pátria, de direitos fundamentais implícitos”¹⁷.

¹³ MENDES E BRANCO, Gilmar Ferreira e Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 154.

¹⁴ DIMOULIS E MARTINS, Dimitri e Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.54.

¹⁵ Art.5º, § 2º da Constituição Federal de 1988: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

¹⁶ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direitos Fundamentais: Reflexões e Perspectivas**. Salvador: Juspodium, 2013, p. 53.

¹⁷ *Ibidem/loc.cit.*

Os direitos fundamentais funcionam como base do ordenamento jurídico como um todo, atuando, inclusive, como legitimador do mesmo. Por isso influem na interpretação e aplicabilidade de qualquer norma jurídica. Contudo, devido ao fato de tais direitos se fundamentarem na garantia da dignidade da pessoa humana, seu exercício não é ilimitado, sendo vedada a aplicabilidade de seus preceitos de maneira que venha a violar a dignidade de terceiros¹⁸.

Nesse sentido, podemos afirmar que um dos limitadores da aplicabilidade dos direitos é justamente a existência de outro direito que a ele se oponha. É a ideia disseminada popularmente que preceitua que nosso direito termina quando começa o do outro. Portanto, temos garantida a completa aplicabilidade dos direitos que nos são conferidos nos textos normativos, desde que estes não violem direitos de outrem.

Compreende-se, portanto, que o exercício da liberdade de expressão religiosa encontrará um limite na autodeterminação sexual. Mas, como tais limites são estabelecidos? Como será solucionada a colisão que ocorrer quando esse limite for ultrapassado?

É notório que em virtude do vasto rol de direitos garantidos pela CF, em algum momento a concretização do direito de um indivíduo pode vir a limitar a efetividade do direito de outrem.

Os direitos subjetivos possuem como objeto um bem jurídico, compreendendo-se como tal tudo aquilo que pode ser instituído como objeto de uma relação jurídica, ou seja, aqueles bens que podem ser componentes de direitos subjetivos, intervindo no poder de agir do indivíduo.

Nesse sentido, se manifesta por Cristiano Chaves ao declarar que,

Averba-se, deste modo, que, de regra, todo direito subjetivo traz em seu objeto um bem jurídico. Explicitando, detalhadamente. A partir da ideia, já vista alhures, de que as relações jurídicas são formadas por três elementos (sujeitos, objeto e vínculo), é de se notar que o seu objeto é um bem sobre o qual recairá o direito subjetivo ativo, permitindo-lhe exigir do sujeito passivo o comportamento esperado.¹⁹

Embora, popularmente, ao nos referirmos a um bem, automaticamente atribui-se uma conotação financeira ao objeto de nossa narrativa, a ideia de bem jurídico presente

¹⁸ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014, p.19.

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPodvm, 2013, p.325.

nas relações intersubjetivas ultrapassa o valor econômico, estendendo-se às questões relativas à personalidade dos indivíduos.

Com base nesses conceitos, podemos concluir que, ao falarmos em liberdade de expressão religiosa e direito à autodeterminação sexual, estamos lidando com direitos subjetivos que, como tais, possuem bens jurídicos que precisam ser tutelados.

Portanto, ainda que determinado direito fundamental não tenha previsão de qualquer limitação no texto constitucional, não podemos concluir que tal garantia poderá ser exercida de maneira ilimitada e absoluta, visto que tal ideia nos permitiria concluir pela superposição de um direito fundamental em detrimento de outro ²⁰.

Dentre os direitos fundamentais expressos na Carta Magna, em seu artigo 5º, iremos ressaltar aqueles previstos nos incisos IV e VI, os quais declaram que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; 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 liturgias²¹.

2.2 OS FUNDAMENTOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA

Para compreendermos em que consiste o direito à livre manifestação de crença, é necessário conhecermos os conceitos que o embasam, a sua evolução em nosso ordenamento e os direitos sobre os quais tal garantia está fundamentada.

Define-se religião como sendo um conjunto de ensinamentos que norteiam os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, englobando em seu conceito a moral, a crença, a liturgia, o dogma e o culto.²²

O termo “religião” deriva do latim “*religare*”, que significa “religação”, ou seja, a religião é a forma que o homem tem de se religar ao ser divino, ao qual deve obediência e

²⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p.594.

²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

²² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2015, p.47.

reverência. É a crença em um ser superior que possui, em suas mãos, o controle sobre o destino da humanidade.

Nesse sentido, diversas religiões foram criadas, com preceitos e liturgias variadas, havendo pluralidade inclusive no que se refere à divindade a qual estão submetidas, a exemplo do espiritismo, do candomblé e do cristianismo, sendo estas as religiões predominantes em nosso país.

No presente trabalho, iremos analisar o conflito entre a autodeterminação sexual e liberdade religiosa sob o prisma do cristianismo, em especial o protestantismo, visto que, na atualidade, são os adeptos desta crença os maiores envolvidos nesses embates.

2.2.1 Breve Contexto Histórico

O Cristianismo, juntamente com a religião Católica Apostólica Romana, foi consolidado como manifestação de fé oficial do Estado no período da Idade Média. Com isso, iniciou-se a perseguição a toda tentativa de instituição de novas crenças ou formas de culto que divergissem dos ritos instituídos pelos católicos, sendo declarados como hereges, blasfemos e merecedores de castigo quaisquer adeptos de outras religiões.²³

Neste contexto, foi instaurada a Santa Inquisição, que perseguiu e queimou inúmeros inocentes nas denominadas “fogueiras santas”, os quais foram taxados de bruxos, por ousarem oporem-se ao catolicismo, seguindo outras religiões.

Contudo, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão promulgada em 1789, a diversidade religiosa passou a ser tutelada, dispondo seu artigo 10 que “ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei”.²⁴

²³ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.631.

²⁴ Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso: 25 mai. 2015.

Entretanto, o contexto brasileiro seguia por caminhos opostos ao proposto pela referida Declaração. Em que pese D. Pedro I, com a outorga da Constituição de 1824, tenha adequado os princípios Iluministas - liberdade, igualdade e fraternidade - ao absolutismo ainda vigente, a religião católica permaneceu como manifestação de fé oficial do Estado, não sendo reconhecida qualquer religião distinta desta.²⁵

Embora neste momento já houvesse previsão de liberdade de crença, havia, em contrapartida, restrições à liberdade de culto (conceito que será visto mais a frente), visto que, conforme vimos, a Constituição da época determinava que a religião católica permanecesse como religião oficial do Império.²⁶ Portanto, qualquer tentativa de manifestação religiosa que divergisse do catolicismo sofreria duras represálias.

Posteriormente, com a Constituição de 1891, a liberdade religiosa passou a ser garantida no Brasil, diferente da que lhe precedeu, tutelando a liberdade de crença e a liberdade de culto, consubstanciadas pelo artigo 11, § 2º c/c com o artigo 72, §§ 7º, 28º e 29º.

As Constituições de 1934 e 1946 trouxeram a previsão da separação entre o Estado e a igreja, a qual, em que pese tenha se iniciado na CF/34, foi inovada pela norma instituída em 1946, que trouxe uma evolução na relação entre as mencionadas instituições ao prever a possibilidade de colaboração entre ambas, desde que em prol do interesse público, conforme se afere do seu artigo 31, inciso III²⁷.

Os textos constitucionais de 1967 e 1969 representaram uma importante evolução em nosso ordenamento ao prever a inclusão da opção religiosa como gênero, juntamente com sexo, raça, trabalho e convicções políticas²⁸.

Por fim, a Constituição de 1988, firmou esse entendimento ao prever, em seu art. 5º, inciso VI que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado

²⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.631.

²⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 47.

²⁷ “Art 31 - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: III - ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto ou igreja, sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo”.

²⁸ “Art. 9º - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: II - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o exercício ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada a colaboração de interesse público, na forma e nos limites da lei federal, notadamente no setor educacional, no assistencial e no hospitalar” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1969.

o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”²⁹.

2.2.2 A liberdade religiosa na Constituição de 1988

Como vimos, a CF/88 prevê a proteção tanto à liberdade de consciência quanto à liberdade de crença, seguindo um caminho distinto dos textos normativos de 1967 e 1969, os quais regulavam apenas a proteção à liberdade de consciência³⁰.

A liberdade religiosa se divide em duas dimensões, sendo a dimensão objetiva aquela referente aos princípios, deveres de proteção e garantias institucionais, que são os valores e normas sobre os quais esse direito está fundamentado, enquanto que a dimensão subjetiva reporta-se aos sujeitos objetos dessa liberdade, os quais se dividem em direitos subjetivos individuais (pertencentes às pessoas naturais) e direitos subjetivos de pessoas coletivas (pertencentes às instituições religiosas)³¹.

A liberdade religiosa vai além da condição de direito fundamental, podendo ser classificada como um direito humano, inerente à condição de “ser” dos indivíduos, cuja proteção foi instituída, inclusive, em tratados e convenções internacionais, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que prevê o tratamento igualitário aos cidadãos, independente de sua crença, bem como a garantia da liberdade de manifestação religiosa.³²

A liberdade religiosa está claramente relacionada à ideia de dignidade da pessoa humana. Como vimos anteriormente, o conceito de dignidade da pessoa humana norteia o ordenamento jurídico na busca pela plena efetivação do direito à vida, à intimidade, à imagem, à vida privada, e à liberdade, devendo esta ser compreendida em todas as suas vertentes, inclusive no contexto religioso. Nesse sentido, é evidente

²⁹BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

³⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodvm, 2015, p. 566

³¹ *Ibidem/loc.cit.*

³²Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf >; Acesso 29 out.2015.

que a religião faz parte do íntimo do ser humano, e o seu desrespeito representa o mesmo efeito de uma violação à dignidade da pessoa humana³³.

O Estado brasileiro está fundamentado na ideia do pluralismo político, ou seja, na viabilização por parte do Estado da convivência harmônica entre entes coletivos que emitem opiniões e posicionamentos divergentes³⁴.

Essa ideia do pluralismo político confere a efetivação da liberdade religiosa, visto que tal manifestação não é exercida apenas de forma individual, mas sim por grupos que se identificam por professarem a mesma crença, e, em virtude dessa identidade de fé, se reúnem em cultos de adoração à divindade a qual veneram.

Conforme se verifica no inciso VI do art.5º de nossa Carta Magna³⁵, a liberdade religiosa compreende quatro manifestações, quais sejam, a proteção à liberdade de consciência religiosa, de culto, de organização e de crença. Note-se que tais conceitos, em que pese soem semelhantes, não se confundem.

A liberdade de consciência, embora associada à de crença, almeja garantir ao indivíduo a prerrogativa de não crer. Ou seja, confere ao sujeito a possibilidade de não se associar a qualquer religião, optando por aderir a conceitos morais totalmente desvinculados de dogmas e preceitos religiosos, aderindo ao ateísmo, agnosticismo ou ceticismo.

O agnosticismo, segundo Manoel Jorge, “é corrente filosófica que repugna o conhecimento de qualquer objeto que esteja fora dos limites da ciência”. Por outro lado, o ateísmo “nega a existência de qualquer ser divino”. Em contrapartida, o ceticismo “corresponde à doutrina filosófica segundo a qual não é possível conhecer a verdade”.³⁶

Conclui-se, portanto, que a liberdade de consciência visa garantir ao indivíduo a prerrogativa de se associar a qualquer uma dessas correntes, afastando-se da crença na existência de um ser divino.

³³ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.634.

³⁴ *Ibidem*, p.635.

³⁵ Art.5º, IV da Constituição Federal de 1988: “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”.

³⁶ SILVA E NETO, Manoel Jorge. **Proteção Constitucional à liberdade religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 33 *et seq.*

A liberdade de consciência, segundo Dirley da Cunha Júnior é "o poder e a autonomia de cada um de fazer suas próprias escolhas existenciais em torno de alguma ideia ou convicção política, filosófica ou ideológica" ³⁷.

A liberdade de crença, em contrapartida, não abrange ideais não religiosos, propondo garantir a todos o direito de crer no que quiser, submetendo-se aos dogmas e liturgias de alguma das diversas religiões existentes. Configura-se como a prerrogativa de atuar em conformidade com a crença escolhida, havendo, inclusive, a possibilidade de mudar de credo, aderindo, com isso, ao proselitismo, bem como podendo optar por seguir o ecumenismo ³⁸.

Portanto, o cerne da distinção entre a liberdade de consciência e a liberdade de crença resume-se na prerrogativa que aquela concede ao indivíduo de poder optar por não aderir a qualquer manifestação religiosa, enquanto que esta pressupõe, necessariamente, a profissão de uma fé.

Por outro lado, a liberdade de culto refere-se à faculdade de exercer os rituais e cerimônias religiosas da crença adotada. Entretanto, a liberdade de culto não pode ser exercida de modo que venha a ferir a ordem social ou a dignidade da pessoa humana.

Há quem compreenda que a liberdade de culto, para ser exercida, deve ser compatível com os bons costumes. Para muitos tal ideia é desarrazoada, visto que o conceito de bons costumes traz em si um alto grau de subjetivismo, de forma que confrontaria a concepção de liberdade que a norma constitucional visa efetivar. Contudo analisaremos esse entendimento mais adiante.

Certo é que a liberdade de culto encontra seu óbice na percepção do interesse público, não sendo cabível o exercício de rituais que colidam com o interesse da coletividade³⁹.

Assemelhando-se à ideia de liberdade de culto, temos a liberdade de organização religiosa, a qual prevê a possibilidade de instauração e organização das igrejas, bem

³⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. Salvador: JusPodvm, 2015, p. 566.

³⁸ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.270.

³⁹ Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa, Manoel Jorge e Silva Neto, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.31

como a relação das mesmas com o Estado ⁴⁰. Portanto, não poderá o ente público obstar as atividades e a organização das igrejas, desde que estejam de acordo com as normas preestabelecidas em nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, é evidente que as referidas limitações à atuação do Estado se aplicam desde que as entidades estejam atuando em consonância com as normas vigentes, ou seja, respeitando o interesse público.

A liberdade de crença vai além da prerrogativa de realização de cultos e profissão de fé. O direito fundamental à liberdade religiosa agrega, de um lado, a impossibilidade de que um indivíduo seja privado de seus direitos, em virtude da crença que professa, e de outro, prevê a escusa de consciência, sendo esta a prerrogativa do indivíduo de se recusar a cumprir obrigações que outrora tenham sido impostas a todos os sujeitos, caso estas confrontem com sua crença.

Portanto, em que pese não possa o Estado privar o sujeito dos direitos que lhe são conferidos, por conta da crença a que este tenha aderido, poderá o mesmo se recusar a cumprir alguma obrigação que lhe seja imposta, em virtude de confrontar sua fé.

Entretanto, a escusa de consciência somente será legítima caso preceda ao cumprimento de uma prestação alternativa instituída em lei. Note-se, contudo, que a CF traz, como consequência ao descumprimento de uma obrigação associada a não realização da prestação facultativa, a perda dos direitos políticos, conforme se verifica em seu art. 15, IV ⁴¹.

Assim, não cabe ao indivíduo a mera alegação de que a obrigação confronta sua fé, se desincumbindo do ônus de realizá-la. Como forma de evitar privilégios e desigualdades, o texto constitucional estabeleceu uma punição para aquele que descumprir uma obrigação, não realizando, por conseguinte, a prestação alternativa, qual seja, a perda de seus direitos políticos.

Conclui-se, portanto, que somente haverá a privação de direitos em virtude da opção religiosa quando houver o descumprimento de uma obrigação facultada a todos associada a não realização da prestação facultativa ofertada. Em verdade, não se

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 252

⁴¹ Art. 15, IV da Constituição Federal de 1988: "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"

trata de privação em virtude de crença, mas sim em decorrência do inadimplemento de uma obrigação.

2.2.3 A laicidade do Estado

A Constituição Federal de 1988 manteve a ideia da separação entre o Estado e a igreja, instituída inicialmente pela Constituição de 1891, estabelecendo, assim, a laicidade da República Federativa do Brasil. Entretanto, o referido texto normativo traz em si a existência de um regime de colaboração entre ambos, desde que fundamentado em um interesse público ⁴².

Para Manoel Jorge, o laicismo compreende-se como a “doutrina defensora da separação entre a Igreja e o Estado, determinando ainda a destinação a leigos de funções antes exercidas por religiosos, como era o caso da educação” ⁴³.

A separação entre o Estado e a religião deve ser aplicada no que se refere aos preceitos e cerimônias religiosas, não sendo cabível ao ente público, portanto, construir relacionamentos de alianças ou dependência com as instituições religiosas, sendo-lhe facultado apenas a construção de uma relação colaborativa, com vistas a atingir o interesse público.

A laicidade, portanto, não representa um total distanciamento entre o Estado e as instituições religiosas. A linha que os separa, em que pese tenha sido expressamente declarada por nosso legislador constituinte, é muito tênue, tendo em vista que o Estado além de não poder criar empecilhos à liberdade de crença, deve agir como garantidor da sua plena eficácia, havendo, de um lado, o impedimento a atuações estatais que infrinjam a liberdade de crença, e de outro lado a necessidade de atuação do poder público como garantidor do cumprimento da norma constitucional.

José Afonso da Silva aponta a existência de três sistemas que retratam a relação entre a igreja e o Estado, sendo eles, a confusão, a união e a separação ⁴⁴.

⁴² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Ed.9, 2015, p.566

⁴³ SILVA E NETO, Manoel Jorge. **Proteção Constitucional à liberdade religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 35.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p.252 *et seq.*

A confusão acontece quando se torna inexequível dissociar o Estado da igreja, visto que ambos se confundem. Um exemplo evidente de confusão é o Vaticano, que se organiza na forma de Estado teocrático.

Aqui, não há como saber onde termina o Estado e começa a Igreja, visto que o Estado se apresenta como o próprio segmento religioso e a religião como o Estado, existindo, inclusive, confusão entre as autoridades religiosas e políticas, não havendo sequer a possibilidade de a sociedade aderir à outra crença, estando submetida à religião oficial do Estado ⁴⁵.

Por outro lado, a união ocorre quando o Estado possui relação jurídica com a igreja, interferindo em sua organização e funcionamento, influenciando, inclusive, na nomeação de líderes religiosos. O Brasil aderiu a tal vinculação na época do Império, em que a igreja estava sob o completo controle e domínio do Estado.

Quando é estabelecida essa união entre o Estado e a Igreja, o reflexo dessa relação é notório, inclusive na norma constitucional ⁴⁶.

Distintamente dos conceitos ora expostos, o sistema da separação, instituído com a República e consolidado na Constituição de 1891, assegura o distanciamento entre o Estado e a igreja, podendo haver colaboração entre eles apenas quando estiver em jogo o interesse público, na forma da lei.

Em nosso cotidiano podemos ver facilmente situações em que há uma atuação conjunta entre o Estado e igreja, a exemplo dos projetos sociais realizados pelas entidades religiosas, nas mais diversas áreas da sociedade, que recebem, em contrapartida, financiamento do poder público, em virtude do fato de que esse tipo de atuação é de interesse do Estado, sendo, inclusive, de sua responsabilidade.

Entretanto, a atuação da igreja em colaboração com o ente público não poderá ocorrer no âmbito religioso. De igual modo, a atuação do Estado em prol desse mesmo interesse deve ser genérica, não podendo conceder privilégios às entidades religiosas específicas em detrimento de outras, de forma a violar o princípio da isonomia na atuação estatal, a qual a concessão de tratamento desigual por parte do Estado.

Dispõe o artigo 19, I da CF, que:

⁴⁵ SILVA E NETO, Manoel Jorge. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 36.

⁴⁶ *Ibidem/loc.cit.*

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 ⁴⁷.

Um exemplo claro dessa relação colaborativa está na imunidade tributária conferida às entidades religiosas, como forma de evitar que a tributação seja um empecilho ao pleno exercício da liberdade de culto e organização religiosa.⁴⁸

Compreende-se, portanto, que ao Estado está vedada a profissão de crenças, a promoção de cultos ou impedimento à realização dos mesmos, bem como a conservação de dependência ou aliança com instituições religiosas, ressalvando-se, como outrora visto, quando em prol do interesse público.

Em que pese a colaboração entre o Estado e a igreja possa trazer inúmeros benefícios à sociedade, como ocorre, por exemplo, no exercício de atividades de cunho social realizado por igrejas que atuam em ajuda a dependentes químicos, a interferência da religião em questões de ordem pública ainda é uma questão polêmica que levanta questionamentos acerca da genuinidade da laicidade.

O fato que gerou mais polêmica desde a regulamentação da liberdade religiosa pela Constituição de 1988, quando o catolicismo deixou de ser a religião imposta ao povo, é a permanência do nome de Deus no preâmbulo do texto constitucional. Vejamos o que aduz o polêmico prelúdio:

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.⁴⁹
(Grifo nosso)

Muito se questiona acerca da efetividade da posição laica do Estado por manter em sua carta Magna a expressão “sob a proteção de Deus”. Pressupõe-se que um Estado que se declara laico não irá prever em sua Lei Maior que seus representantes atuarão sob a proteção de uma divindade.

⁴⁷BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁴⁸ Art. 150, VI, “b” da Constituição Federal do Brasil de 1988: “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”

⁴⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

Em tese, a invocação a Deus, refletiria a caracterização de um Estado regido por preceitos religiosos, ou neles fundamentado, demonstrando um paradoxo entre os preceitos constitucionais.

Todavia, tais questionamentos não merecem prosperar, pois a invocação presente na Constituição Federal não possui força de norma, tratando-se apenas de uma profissão de fé dos legisladores constituintes, que resolveram requerer a proteção de Deus, sem, com isso, atribuir valor normativo a tal declaração.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, dispondo como relator o então Ministro Carlos Velloso, concluiu que:

CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre. I. - Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). **II. - Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa.** III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente (grifo nosso). (STF - ADI: 2076 AC, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 15/08/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 08-08-2003 PP-00086 EMENT VOL-02118-01 PP-00218)⁵⁰

Assim, não aduz razão a questionamentos acerca da laicidade do Estado, utilizando a mencionada invocação como fundamento para alegar que não há autenticidade em seu caráter laico.

Outra polêmica acerca do tema gira em torno da realização de concurso público em dia da semana considerado sagrado em determinadas crenças, a exemplo do sábado sagrado dos Adventistas do Sétimo Dia. Os adeptos dessa religião reconhecem que do pôr-do-sol da sexta-feira até o mesmo horário no sábado, devem cultuar a Deus e descansar, não podendo realizar qualquer outra atividade.

Sobre essa questão, primeiramente devemos lembrar que o Estado está submetido ao princípio da impessoalidade previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal⁵¹,

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI: 2076 AC, Relator: Carlos Velloso. Data de Julgamento: 15/08/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 08-08-2003. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/773544/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2076-ac>>; Acesso em: 31 out.2015.

⁵¹Art. 37, *caput* da Constituição Federal do Brasil de 1988: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também..."

o qual impede que o ente público dedique tratamento distinto entre os indivíduos. Entretanto, alguns entendem que, nesses casos, ao buscar uma alternativa para que os adventistas não fiquem impedidos de candidatar-se a cargos públicos, em virtude da crença praticada, não estaria o Estado ferindo a impessoalidade, mas sim garantindo a efetividade da liberdade religiosa, evitando que eles sejam privados do direito de participar da seleção por conta da fé adotada.

Todavia, este não é o posicionamento predominante.

Em recente decisão, o Conselho Nacional de Justiça derrubou liminar que permitia que candidatos adventistas realizassem prova de concurso para juiz em horário diferente de outros concorrentes, desde que adentrassem ao local de realização da avaliação no horário marcado para os demais candidatos, permanecendo isolados até o pôr-do-sol, quando seria iniciada a prova, visto ser este o horário em que encerra o dia sagrado para os que professam a referida religião. Tal decisão utilizou jurisprudência internacional como precedente para o posicionamento escolhido, referindo-se à decisão proferida pela Comissão Europeia de Direitos Humanos que considerou que a demissão de um funcionário que se recusava trabalhar aos sábados por conta de sua religião, estava dentro dos padrões de legalidade.⁵²

Nesse sentido também se pronunciou o Supremo Tribunal Federal ao declarar a impossibilidade de utilização da liberdade religiosa como justificativa para conceder a candidatos a concurso público a prerrogativa de realizarem as provas em data alternativa à determinada no edital, ainda que esta coincida com dia sagrado para a religião da qual o participante seja adepto. Este posicionamento do STF está fundamentado na ideia de que a admissão da realização da prova em dia alternativo é medida que se opõe ao princípio da isonomia, visto que se trata de concessão de privilégio a determinado grupo religioso.⁵³

Com o fulcro de uniformizar o mencionado posicionamento, manifestou-se o Supremo, em julgamento de RE, de forma favorável à repercussão geral da decisão que considerou improcedente a pretensão de realização de prova para concurso público em data alternativa, sob alegação, por parte do querelante, de colisão aos preceitos

⁵² Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62082-derrubada-liminar-que-autorizou-candidato-adventista-a-fazer-prova-para-juiz-em-separado> >; Acesso: 31 out.2015

⁵³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>; Acesso em: 31 out.2015.

religiosos por ele praticados, devido à coincidência da data escolhida pela organizadora do processo seletivo com o dia sagrado da religião perpetrada.⁵⁴

Por último, cabe mencionar a polêmica mais incisiva na atualidade, que se refere ao sacrifício de animais em rituais religiosos. Esta prática habitual em alguns segmentos religiosos, dentre eles as religiões afro-brasileiras, encontra óbice no artigo 64 da Lei das Contravenções Penais⁵⁵, que coíbe que seja dado tratamento cruel aos animais. Todavia, o conceito de crueldade é muito subjetivo, devendo ser analisado de acordo com o senso comum, representado pelo Judiciário, de forma a garantir a imparcialidade da conclusão a que se chega.

2.2.4 A liberdade de pensamento como fundamento à liberdade religiosa

A liberdade de pensamento, pressuposto intrínseco de um Estado Democrático, é inerente a todo ser humano que tenha um mínimo de consciência, estando prevista na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso IV⁵⁶, sendo vedada qualquer restrição ao seu livre exercício, conforme previsto no mesmo Códex, ao dispor em seu artigo 220 que: “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”⁵⁷

Tem-se, com isso, que essa liberdade compreende além do direito à reflexão e construção de uma opinião, a prerrogativa de exteriorizá-la, seja ela de cunho político, social ou religioso, configurando-se, assim, como embasamento da liberdade de crença.

Nesse sentido se posiciona Walber de Moura Agra,

O direito à liberdade de pensamento é considerado como um direito primário porque alicerça outras prerrogativas, como a liberdade de expressão, a liberdade de consciência, a liberdade de crença, a escusa de consciência etc.

⁵⁴Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623839>> ou (http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/showacord.php?nmfile=TJ_381935120138090051%20%20_2014102320141112_133841.PDF); Acesso em: 31 out.2015.

⁵⁵ Art. 64 da Lei 3688/41: “Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo”.

⁵⁶ Art. 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

⁵⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

Ele também ampara o direito de opinião, ou seja, o direito de os cidadãos se posicionarem acerca de determinado assunto.⁵⁸

Portanto, tendo em vista que a liberdade de crença pressupõe não apenas o direito de crer, mas também de professar aquilo em que acredita, qualquer vedação a essa garantia constituir-se-á em violação ao direito fundamental à liberdade de pensamento e manifestação.

2.3 OS FUNDAMENTOS DA AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL

O direito à autodeterminação sexual, embora não esteja explicitamente previsto em nossa Carta Magna, pode ser apreendido de alguns preceitos constitucionais.

2.3.1 A igualdade

A igualdade está prevista no artigo 5º, *caput*, da CF/88⁵⁹, que visa assegurar a todos um tratamento igual perante a lei, independentemente de cor, raça, classe social, sexo ou credo, divide-se em igualdade material e formal.

Na esfera da igualdade formal, afirma-se que todos são iguais perante a lei, ou seja, será dado um tratamento homogêneo aos indivíduos, sem preocupação com as particularidades de cada um⁶⁰.

Por sua vez, a igualdade material prevê a adoção de tratamento diferenciado entre os desiguais com vistas a alcançar a igualdade real. Com isso, tratamentos discriminatórios somente serão aceitos se realizados com o intuito promover a equidade entre os indivíduos

Esse princípio atua em planos variados. Por um lado, opera perante os Poderes Legislativo e Executivo, na edição de leis, atos normativos e medidas provisórias, de forma a impedir que sejam implantados tratamentos distintos às pessoas que estejam

⁵⁸ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.193.

⁵⁹ Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal do Brasil: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”

⁶⁰ PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.217.

em situação idêntica. De outro lado, a igualdade opera perante a autoridade pública, a qual, ao aplicar as leis e atos normativos, deverá fazê-lo de forma igualitária, sem discriminações por motivo de convicções filosóficas, políticas, raça, classe social, sexo ou religião ⁶¹.

A igualdade se opera, ainda, perante os particulares, visto que estes não poderão atuar de maneira discriminatória, preconceituosa ou racista, sob o risco de serem responsabilizados civil e penalmente, conforme disposição da legislação em vigor, a exemplo do crime de racismo, previsto na Lei nº 7.716/89⁶².

Portanto, toda tentativa de instituição de desigualdade, estará em confronto com a Constituição Federal, inclusive quando se tratar de tratamento discriminatório conferido aos homossexuais, uma vez que a igualdade de sexo não se aplica apenas no que tange às relações heterossexuais, estendendo-se também aos homossexuais. Nesse sentido foi o voto do Ministro Ayres Britto, quando do julgamento da ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ, *in verbis*:

Mas é preciso aduzir, já agora no espaço da cognição jurídica propriamente dita, que a vedação de preconceito em razão da compostura masculina ou então feminina das pessoas também incide quanto à possibilidade do concreto uso da sexualidade de que eles são necessários portadores. Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual. Numa frase: há um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; c) de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não; quer dizer, assim como não assiste ao espécime masculino o direito de não ser juridicamente equiparado ao espécime feminino – tirante suas diferenças biológicas –, também não assiste às pessoas heteroafetivas o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homoafetivos. O que existe é precisamente o contrário: o direito da mulher a tratamento igualitário com os homens, assim como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos⁶³.

2.3.2 A dignidade da pessoa humana

Os valores constitucionais que compõem a ideia da dignidade da pessoa humana se constituem nos conceitos de liberdade, de vedação à violação da pessoa humana, a

⁶¹ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2015, p.35.

⁶² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7716.htm; Acesso em: 31 out.2015.

⁶³ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>; Acesso em: 29 out.2015.

proteção à integridade física e moral, a inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade ⁶⁴.

2.4 A TEORIA DO SUPORTE FÁTICO DO DIREITO FUNDAMENTAL E A CONSEQUÊNCIA DA SUA APLICAÇÃO

Como vimos, o amparo normativo dos direitos a liberdade de expressão religiosa e à autodeterminação sexual, é vasto, o que acaba permitindo que esses direitos sejam utilizados de forma arbitrária, como forma de justificar condutas abusivas.

A teoria do suporte fático surge para solucionar essa questão, ao indicar quais atos e fatos estão tutelados pelos direitos à liberdade de expressão religiosa e à autodeterminação sexual, nos permitindo compreender qual a amplitude desses direitos, e, conseqüentemente, identificar quando efetivamente ocorre uma violação a esses direitos, evitando, com isso, a banalização ou uso abusivo dessas garantias.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, da violação a um direito constitucional decorre uma consequência jurídica, que é a prerrogativa de o indivíduo exigir a cessação de uma intervenção em um direito seu. No entanto, para que essa consequência ocorra é imprescindível que o suporte fático seja preenchido⁶⁵.

O suporte fático, em esfera constitucional, é constituído pela existência de fatos, atos ou posições jurídicas tutelados por uma norma de direito fundamental, somado a uma intervenção estatal, desde que não fundamentada em norma constitucional⁶⁶.

Portanto, a consequência jurídica, qual seja, o poder de exigir a cessação de uma intervenção, somente ocorrerá quando houver o preenchimento desse suporte fático.

Assim, para que seja constatada a intervenção, e, conseqüentemente, seja acionada a consequência jurídica, e com isso, declarada a inconstitucionalidade do ato transgressor, é necessário que este ato interventor não esteja amparado em preceito

⁶⁴ Curso de Direito Constitucional, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, Saraiva: São Paulo, 2015, p. 241.

⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.71.

⁶⁶ *Ibidem*, p.73 et seq.

constitucional, caso contrário, não haverá que se falar em intervenção, mas sim em restrição a direito fundamental.

A controvérsia que envolve a aplicação desta teoria no campo dos direitos fundamentais gira em torno da discussão se a aplicação do suporte fático será realizada em âmbito estrito ou amplo.

A aplicação do suporte fático restrito prevê a exclusão de determinadas condutas na esfera protetiva dos direitos fundamentais, de forma a definir quais atos e fatos são tutelados por esses direitos. Aqui não há uma restrição ou sopesamento de interesses, o que ocorre é que, quando um desses fatos ou atos não tutelados se depararem com um direito fundamental, serão por estes superados.

Essa teoria não traz segurança jurídica, pois, na maioria das vezes, a definição de quais condutas serão excluídas da esfera de proteção dos direitos fundamentais ocorre de forma intuitiva.

Por outro lado, na incidência do suporte fático amplo não haverá essa exclusão *prima facie*, aqui a constatação da existência ou não de uma violação a um direito fundamental é feita com base na argumentação utilizada no momento da fundamentação da intervenção. Portanto, será necessário uma análise cuidadosa do caso concreto para que se determine qual o suporte fático. Esta é a vertente seguida pelo referido autor, e será, também, adotada no presente trabalho, em virtude da variedade de direitos existentes em nosso ordenamento.

Para Virgílio Afonso da Silva, por conta da diversidade de textos normativos em que são tutelados os direitos fundamentais, não é fácil definir o suporte fático, utilizando-se, para tal, de três perguntas que conduzirão nessa delimitação, quais sejam: 1) O que é protegido? 2) Qual a consequência jurídica que poderá ocorrer? 4) O que é necessário ocorrer para que a consequência possa também ocorrer?⁶⁷

Portanto, para que seja constatada a violação a um direito fundamental, é imprescindível que haja uma conduta abusiva, ou seja, a prática de uma ação que não esteja amparada por preceito constitucional.

⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.71.

Assim, nem toda intervenção consistirá, necessariamente, em uma violação, visto que poderá o Estado atuar de forma interventiva, desde que fundamentado em preceitos constitucionais.

Essa possibilidade de intervenção nos faz concluir que não existem direitos absolutos. Diante da pluralidade de direitos existentes em nosso ordenamento, é evidente que em algum momento surgiriam conflitos entre eles, de forma a culminar na relativização dessas garantias, ou seja, na possibilidade da restrição de um direito com vistas a garantir a efetividade de outro.

A questão da existência de direitos absolutos em nosso ordenamento jurídico já foi objeto de estudo de diversos doutrinadores, restando sedimentado o entendimento de que os mesmos foram suprimidos, não havendo mais que se falar em direitos invioláveis e insuperáveis, conforme declarou Manoel Jorge e Silva Neto:

De há muito já se ultrapassou, no sistema da ciência do direito, a fase dos denominados “direitos absolutos”. Não há, assim direito absoluto dentro do ordenamento jurídico. Mesmo que um direito fundamental esteja previsto sem qualquer contenção firmada pelo legislador constituinte originário, isso não engendrar conclusão de que esta ideia poderia reduzir à prevalência absoluta de um direito fundamental em face de outro, também protegido pela Constituição, redundando, assim, em ofensa aos princípios da unidade e da concordância prática.⁶⁸

De igual modo, Alexandre de Moraes declara que: “Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna”.⁶⁹

Portanto, tanto o direito à liberdade de manifestação religiosa, como a autodeterminação sexual, não podem ser exercidos de forma absoluta, constituindo-se como direitos relativos.

Nesse sentido tem se manifestado o Supremo Tribunal Federal,

EMENTA: Queixa-crime. Condenação penal imposta a jornalista. Delito de injúria (CP, art. 140). Reconhecimento, no caso, pelo Colégio Recursal, da ocorrência de abuso no exercício da liberdade de opinião. [...] O direito à livre expressão do pensamento, contudo, não se reveste de caráter absoluto, pois sofre limitações de natureza ética e de caráter jurídico. Os abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, quando praticados, legitimarão, sempre a posteriori, a reação estatal aos excessos cometidos, expondo aqueles que os praticarem a sanções jurídicas, de caráter civil ou,

⁶⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p. 626 *et seq.*

⁶⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p.30 *et seq.*

até mesmo, de índole penal. É que, se assim não fosse, os atos de caluniar, de difamar, de injuriar e de fazer apologia de fatos criminosos, por exemplo, não seriam suscetíveis de qualquer punição ou reação do ordenamento jurídico, porque supostamente protegidos pela cláusula da liberdade de expressão. [...] É por essa razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em memorável julgamento a propósito da abrangência da liberdade de expressão, concluiu que essa prerrogativa fundamental não protege nem ampara opiniões, escritos ou palavras cuja exteriorização ou divulgação configure hipótese de ilicitude penal, tal como sucede nas situações que caracterizam crimes contra a honra ou delitos de apologia e de incitação ao crime, uma vez que a liberdade de palavra – insista-se – não traduz franquia constitucional ilimitada ou absoluta: “13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). [...] A prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a veiculação de insultos ou de crimes contra a honra de terceiros, especialmente quando as expressões moralmente ofensivas – manifestadas com evidente superação dos limites da crítica e da opinião jornalísticas – transgridem valores tutelados pela própria ordem constitucional. Tenho por inquestionável, no tema, na linha de diversos pronunciamentos emanados do Supremo Tribunal Federal (RTJ 173/805- -810, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), que não é ilimitada a extensão dos direitos e garantias individuais assegurados pela Carta Política, mesmo tratando-se da liberdade de manifestação do pensamento, cuja invocação não pode nem deve legitimar abusos cuja prática qualifique-se como ato impregnado de ilicitude penal. [...] (...). Publique-se. Brasília, 02 de setembro de 2015. Ministro CELSO DE MELLO Relator⁷⁰

Todavia, a ideia de violação a direito fundamental necessariamente estará vinculada a uma ação estatal?

Embora seja esta a visão do autor outrora mencionado, não será esse o posicionamento adotado no presente trabalho.

Em que pese tradicionalmente o Estado seja reconhecido como o maior violador dos direitos fundamentais, não é ele o único a representar uma ameaça a esses direitos, visto que, no âmbito das relações privadas é cada vez mais comum presenciarmos violação às garantias constitucionais. Com isso, o poder público, cuja atuação interventiva está limitada à necessidade de fundamento constitucional, deverá atuar como regulador das relações privadas, com vistas a garantir que os direitos fundamentais sejam respeitados.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE: 891647 SP - SÃO PAULO 0064436-95.2012.8.26.0050, Relator: Min. Celso De Mello, Data de Julgamento: 02/09/2015. <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/228495402/recurso-extraordinario-com-agravo-are-891647-sp-sao-paulo-0064436-9520128260050>>; Acesso 15/10/2015.

Em suma, o suporte fático será preenchido quando houver uma intervenção a um direito fundamental, não amparada por preceito constitucional, decorrente de um ato estatal ou de um particular, configurando, assim, uma violação à garantia constitucional, que ensejará na declaração de inconstitucionalidade do ato transgressor.

3 A VIOLAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA E DA AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL

A incidência da teoria do suporte fático, no âmbito da liberdade de expressão religiosa e da autodeterminação sexual nos permitirá identificar quais atos e fatos são protegidos por esses direitos, possibilitando, assim, a constatação precisa da existência ou não de uma conduta que viole tais garantias.

3.1 A VIOLAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA

Nos termos da referida teoria, ao compreendermos qual o âmbito de proteção da liberdade de expressão religiosa, poderemos identificar se o ato ou fato realizado pelo Estado, ou por um particular, viola ou não esta garantia constitucional.

3.1.1 O âmbito de proteção da liberdade de expressão religiosa

Conforme vimos no início da presente pesquisa, a liberdade de expressão religiosa consiste na liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização. Portanto, para que seja constatado o efetivo exercício desse direito fundamental é necessário que aqueles que aderiram à determinada religião ou que optaram por não seguir a nenhuma crença, possam expressar a sua fé ou incredulidade sem sofrer discriminações ou retaliações, exercendo seu direito à livre manifestação, guiados pela razoabilidade, em respeito aos outros direitos também tutelados pela Constituição Federal.

Como consequência da liberdade religiosa, deve ser garantido a todos os indivíduos a plena liberdade para manifestarem suas opiniões e ideias, com base em sua fé, sobre qualquer assunto, ou emitirem sua opinião fundamentados em sua descrença. Isso é democracia, a possibilidade de se falar sobre qualquer assunto, as discussões em volta de temas conflitantes, a possibilidade de se emitir opiniões, ainda que divergentes, sobre os variados assuntos, sejam na esfera política, social, sexual ou

religiosa. Caso contrário, seria necessário mudar a nossa Constituição, e nos despirmos do caráter democrático sobre o qual ela foi construída.

3.1.2 A intervenção em relação à liberdade de expressão religiosa

Assim, fundamentado no fato de vivermos em um Estado Democrático de Direito, é notório que todo ato que vise impedir a liberdade de crença, de culto ou de organização religiosa, estará revestido de um caráter inconstitucional, configurando-se em um ato interventor.

De igual modo, a restrição à manifestação de pensamento que esteja embasado em uma crença, ou na inexistência de uma crença, é atentatório à liberdade religiosa.

O que temos visto cotidianamente é a tentativa de limitar os discursos religiosos a um padrão socialmente aceitável, restringindo a liberdade de pensamento e manifestação religiosa àquilo que condiz com os ideais predominantes na sociedade.

Dessa forma, caminha-se para um quadro de intolerância a toda forma de expressão de pensamento que conflita com o comum, qualquer ideia divergente não é bem vista, sendo criados rótulos tantas vezes pejorativos aqueles que ousam manifestarem-se contrários ao que a maioria pensa.

O presente trabalho não almeja revestir a liberdade de manifestação religiosa de um caráter absoluto. É possível que sejam impostos limites ao exercício desse direito, já que intervenções são admitidas em nosso ordenamento desde que amparadas pela Norma que o instituiu.

Como já dito, nem toda intervenção consiste em uma violação a um direito. Contudo, quando houver um ato que tente restringir a liberdade religiosa, seja ele oriundo do Estado ou de um particular, em qualquer de suas vertentes – liberdade de crença, culto, organização e manifestação de pensamento-, sem que esteja revestido de uma fundamentação constitucional, estará configurada a violação.

Contudo, devido ao caráter subjetivo por trás desse direito, a análise da existência de uma violação deve ser feita casuisticamente.

3.2 A VIOLAÇÃO DA AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL

De igual modo, conforme explanado anteriormente, nos termos da teoria do suporte fático, ao compreendermos qual o âmbito de proteção da autodeterminação sexual, poderemos identificar se o ato ou fato realizado pelo Estado, ou por um particular, viola ou não esta garantia constitucional.

3.2.1 O âmbito de proteção jurídica da autodeterminação sexual

Em que pese nosso ordenamento jurídico não tutele expressamente a autodeterminação sexual, a CF, em seu artigo 3º, inciso IV c/c artigo 5º, *caput*, prevê, ainda que de forma implícita, a garantia à liberdade de opção sexual, ao dispor que,

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade⁷¹.

Com base nesses dispositivos, podemos concluir que a todos os indivíduos é garantida a liberdade de opção sexual, sem que, em virtude da sua escolha, sofram preconceitos ou recebam tratamentos diferenciados pela lei.

A garantia do direito à autodeterminação sexual vai além da escolha em si, pressupõe a liberdade de manifestar-se de acordo com sua escolha, é a faculdade conferida ao indivíduo de conduzir a sua sexualidade livremente, e portar-se em conformidade com sua opção sexual.

As questões relativas à sexualidade estão vinculadas a vida privada do indivíduo, sendo inadmissível que o Estado ou a sociedade queiram intervir nessa seara. Como já dito, nossa Norma máxima garante que cada um tem o direito de escolher a opção sexual que melhor lhe apraz, sem sofrer qualquer preconceito por conta disso.

⁷¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

Qualquer ato que pretenda cercear o direito do indivíduo de escolher a sua opção sexual, de manifestar seu pensamento sobre o tema e agir em conformidade com sua escolha, seja decorrente de uma conduta do Estado ou de um particular, caso não fundamentado em preceito constitucional, configurar-se-á como uma violação a direito fundamental, passível de decretação de inconstitucionalidade.

4 O ABUSO DE DIREITO

No capítulo anterior vimos que a liberdade de expressão religiosa e a autodeterminação sexual são direitos relativos, sobre os quais é admissível que haja uma intervenção do Estado ou de um particular, desde que amparada pela norma constitucional, caso contrário, constituirá uma violação a direito fundamental.

No presente capítulo veremos que esses direitos são comumente exercidos como se fossem garantias absolutas, sobre as quais não incide qualquer limitação.

É evidente que os direitos aqui estudados são, a certo modo, antagônicos, vez que fundamentados em ideais que se opõem. Dessa forma, quando tais direitos são exercidos de forma arbitrária, instaura-se um quadro de conflito entre aqueles que pretendem ter garantido o seu direito à autodeterminação sexual e os que reivindicam a sua liberdade de manifestar sua crença sem qualquer impedimento.

4.1 CONCEITO

O abuso de Direito está previsto no artigo 187 do Código Civil⁷², o qual dispõe que “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Portanto, infere-se desse conceito que a conduta abusiva decorre de um ato excessivo.

A ideia do abuso de direito gira em torno da possibilidade de que o indivíduo, em exercício de uma prerrogativa legal, cause lesões a outrem. Com isso, constata-se que é imprescindível que os direitos sejam exercidos com moderação e razoabilidade, posto que, diante da pluralidade social na qual estamos inseridos, se assim não for, viveremos em constantes embates.

A ideia de uma conduta abusiva vai além de textos positivados, tratando-se de norma supralegal, que deriva da condição humana e da própria natureza das coisas. Dessa

⁷² BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2002.

forma, exercer um direito de maneira irrestrita, prejudicando terceiros, constitui-se como uma violação aos princípios da finalidade da lei e da equidade⁷³.

Acerca do conceito de abuso de direito, Silvio de Salvo Venosa declara que:

No vocábulo *abuso* encontramos sempre a noção de excesso; o aproveitamento de uma situação contra pessoa ou coisa, de maneira geral. Juridicamente, abuso de direito pode ser entendido como o fato de se usar de um poder, de uma faculdade, de um direito ou mesmo de uma coisa, além do que razoavelmente o Direito e a sociedade permitem⁷⁴.

Desse conceito podemos concluir que o exercício abusivo do direito não decorre de um ato ilegal, mas sim de uma conduta inicialmente regular, já que exercida dentro da esfera jurídica, mas que se reveste de uma ilicitude por conta do excesso no exercício dessa garantia, de forma a infringir direitos de terceiros.

Seguindo esse raciocínio, Cavalieri Filho defende que

É contraditória a expressão *abuso de direito*, e disso resultou toda a controvérsia sobre o tema. O direito é sempre lícito; há uma antítese entre o direito e o ilícito, um exclui o outro. Onde há direito, não há ilicitude. O que pode ser ilícito é o exercício do direito – a forma de sua exigibilidade. Mais correta, portanto, é a expressão abuso no exercício do direito, ou exercício abusivo do direito⁷⁵.

Portanto, o abuso do direito não tem qualquer relação com o momento de criação da norma, se caracterizando pelo exercício excessivo do direito por ele instituído, fugindo da finalidade para a qual fora prescrita.

Esse instituto surge no intuito de evitar que o titular de um direito o utilize de forma opressora e arbitrária, destoando da razão para a qual a norma fora criada, colidindo com os valores éticos e sociais.

Nessa mesma linha de intelecção, Castanheira Neves classifica como sendo abuso de direito,

Um comportamento que tenha a aparência de licitude jurídica – por não contrariar a estrutura formal-definidora (legal ou conceitualmente) de um direito, à qual mesmo externamente corresponde – e, no entanto, viole ou não cumpra, no seu sentido concreto-materialmente realizado, a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado, ou de que o comportamento realizado se diz exercício, é o que juridicamente se deverá entender por exercício abusivo de um direito⁷⁶.

⁷³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.556.

⁷⁴ *Ibidem/loc.cit.*

⁷⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.202.

⁷⁶ NEVES, Castanheira. **Questão-de-facto-Questão-de-Direito ou o problema metodológico da juridicidade: (ensaio de uma reposição crítica)**. Coimbra: Livraria Almedina, 1967, p.523-524.

Podemos dizer que o abuso de direito foi uma estratégia encontrada pelo legislador como forma de evitar o exercício demasiado, ultrajante, de um direito, constituindo-se em um instrumento de correção que limita a prática das garantias normativas, evitando a ocorrência de danos a terceiros.

Portanto, não se trata de um ilícito formal, uma vez que este se caracteriza pela violação à letra da lei, enquanto que o abuso de direito se configura no descumprimento da estrutura material da norma, dos preceitos que a fundamentaram.

Heloísa Carpena, em consonância com esse entendimento, atesta que o abuso de direito, conforme sedimentado pela doutrina, é:

Aquele ato pelo qual o sujeito excede ao exercício do direito, sendo estes fixados por seu fundamento axiológico, ou seja, o abuso surge no interior do próprio direito, sempre que ocorra uma desconformidade com o sentido teleológico em que se funda o direito subjetivo. O fim – social ou econômico – de um certo direito subjetivo não é estranho à sua estrutura, mas elemento de sua própria natureza⁷⁷.

Assim, considerando que a norma é formada pela conexão entre sua estrutura formal e seu fundamento axiológico, refletindo este em sua validade material, a qual está amparada no conteúdo ético por trás dela, o abuso de direito se constitui justamente numa violação aos limites sociais e éticos impostos aos indivíduos na vida em sociedade.

Insta salientar que a função social da norma é efetivar os valores sociais, dentre os quais estão a liberdade, a ordem, a segurança e a saúde. Portanto, o abuso de direito configura-se numa conduta antissocial, posto que consiste numa violação ao fundamento material da norma, o qual está embasado no conteúdo ético.

Toda a teoria do abuso de direito, nessa ordem de ideias, se apoia no princípio maior da convivência social, que impõe a necessidade de conciliar a utilização individual do direito com o respeito à esfera jurídica alheia. Desse confronto de forças resulta a ideia de relatividade e de limitação do direito de cada um (interesse individual) em face dos direitos sociais (interesse coletivo) ⁷⁸.

⁷⁷CARPENA, Heloísa. **Abuso de direito no Código Civil de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional**. In: TEPEDINO, Gustavo (org). A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.404.

⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.112.

O conceito do referido instituto se ampara na relativização dos direitos, sobre os quais devem ser impostos limites externos, configurando-se a abusividade no conflito entre interesses individuais e coletivos.

Essa ideia pode ser resumida quando da análise de quatro premissas: o direito é uma faculdade; essas faculdades estão contidas no direito subjetivo; esses direitos subjetivos são relativos; essa relatividade ocasiona o abuso dos direitos⁷⁹.

Portanto, ao compreender que os direitos não são absolutos, e por isso devem ser exercidos em respeito aos limites externos, dentre os quais está a boa-fé, qualquer conduta que ultrapasse esse limite é entendida como abusiva.

...o indivíduo para exercitar o direito que lhe foi outorgado ou posto à disposição deve conter-se dentro de uma limitação ética, além da qual desborda do lícito para o ilícito e do exercício regular para o exercício abusivo. Como se impõe a noção de nosso direito termina onde se inicia o direito do próximo, confirma-se a necessidade de prevalência da teoria da relatividade dos direitos subjetivos, impondo-se fazer uso dessa prerrogativa apenas para satisfação de interesse próprio ou defesa de prerrogativa que lhe foi assegurada e não com o objetivo único de obter vantagem indevida ou de prejudicar outrem, através da simulação, da fraude ou da má-fé⁸⁰.

Diante do exposto, podemos concluir que de uma conduta abusiva decorrerá, necessariamente uma violação a um direito.

Tendo em vista que o abuso de direito constitui-se no exercício excessivo de uma garantia normativa, esse ato desmedido irá invadir a esfera de direitos de outrem. O contrário não se impõe, visto que nem toda violação decorrerá de um ato abusivo, já que intervenções são admitidas, desde que tenham respaldo constitucional.

4.2 NATUREZA JURÍDICA

Ao falar de abuso de direito não podemos deixar de realizar um estudo acerca da sua natureza jurídica, a qual, para a maioria da doutrina, é de ato ilícito, sendo este, contudo, um posicionamento ainda não unânime.

⁷⁹ STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.58.

⁸⁰ *Ibidem*, p.59

Aqueles que se opõem à caracterização do abuso de direito como ato ilícito sustentam que a ilicitude consiste numa violação direta à lei, enquanto que a abusividade representa uma violação aos limites estipulados para o exercício dos direitos.

Para os que pensam dessa forma, a única identidade entre o ato ilícito e o abuso de direito está no que diz respeito aos efeitos que deles decorrem.

Dentre os que aderem a este entendimento, podemos mencionar o ilustre Orlando Gomes, que preleciona que,

O abuso de direito é, para alguns, ato ilícito. Provém o equívoco da consideração, hoje ultrapassada, de que se sujeitaram à mesma sanção. Diferem substancialmente. No ato ilícito, agente infringe a lei frontalmente. No abuso de direito, viola o princípio geral de que os direitos devem ser exercidos com certos limites, a fim de que seja atingida a finalidade em vista da qual se conferem e tutelam, apesar de serem inconfundíveis, o novo texto do Código Civil, de 2002, definiu o abuso de direito como sendo uma modalidade de ato ilícito⁸¹.

Em oposição a essa tese, existem aqueles que fundamentados no artigo 927 do CC⁸², definem o abuso de direito como um ato ilícito, que possui, no entanto, características específicas, posto que, em regra, quando falamos de ilicitude, estamos nos referindo a uma conduta que não encontra respaldo em dispositivo legal, sendo exercida, muitas vezes, contra um dever jurídico, enquanto que, no abuso de direito estamos diante de uma conduta amparada por lei, mas que viola o fundamento desta⁸³.

Ou seja, ambos os institutos estão no plano da antijuridicidade, sendo que o ato ilícito viola a norma em seu sentido formal, enquanto que o abuso de direito viola a norma em seu sentido material, desnaturando, assim, os argumentos alhures expostos, fortalecendo a teoria que defende a identidade entre esses institutos.

Nessa mesma linha de intelecção se posiciona Felipe Braga Netto, ao propor uma visão menos formal do conceito de ato ilícito, afirmando que,

O juízo de ilicitude, atualmente, há de ser um juízo substancial, e não apenas formal. O referencial de análise abandonou uma perspectiva puramente estrutural, passiva e estática, e passou a conter um elemento funcional, no qual sobreleva a atuação social dos direitos, com especial ênfase para o momento interpretativo...A contrariedade ao direito é determinada, na órbita civil, não pela contraposição estreita entre uma conduta e uma regra de direito, mas pela oposição, jurídico integralmente observado, considerando-

⁸¹ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.123.

⁸² Art. 927 do Código Civil Brasileiro de 2002: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

⁸³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.205.

se, de modo precípua, a função dos valores. Abandona-se, nessa ótica, uma perspectiva substancial, onde os referenciais de análise não são estáticos, e sim fundamentalmente dinâmicos, colhidos na análise da experiência social⁸⁴.

Para o referido autor, o ato ilícito consistirá justamente em uma conduta que, embora assegurada pelo ordenamento, excede os limites que por ele foram impostos, igualando-se, dessa forma, ao conceito de abuso de direito, conforme já vimos.

No exercício abusivo de um direito a ilicitude não está no direito em si, mas no exercício deste, quando o indivíduo excede a finalidade da norma, atingindo direito de outrem. Aqui, o sujeito atua em consonância com a estrutura normativa, mas viola os valores que a fundamentam.

Há, assim, uma oposição à função social ou econômica de uma norma, à boa-fé e aos bons costumes, sendo necessário avaliar casuisticamente se o agente, ao exercer uma garantia que lhe fora conferida, violou os limites determinados pelos mencionados princípios gerais do direito.

É notória, portanto, a plausibilidade na configuração do abuso de direito como ato ilícito, conforme o entendimento de Eduardo Jordão, *in verbis*,

Em outras palavras, o ato ilícito é todo aquele que não encontra guarida em dado ordenamento jurídico, por frustrar um dever ou um valor nele fundados. E assim, o ato abusivo é indubitavelmente ilícito. Trata-se de conduta proibida pelo ordenamento jurídico, na medida em que fere norma sua. Não se justifica igualmente, a ideia de que o abuso de direito é uma categoria à parte, entre os atos lícitos e ilícitos. Esses conceitos são auto excludentes: o ato que não é lícito é necessariamente ilícito, e vice-versa⁸⁵.

A definição do abuso de direito como ato um ilícito está amparada no artigo 187 do Código Civil, *in verbis*: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”⁸⁶.

Portanto, o ato que, fundamentado em uma norma legalmente instituída, é cometido em excesso, violando os fundamentos desta, somente pode ser definido como ato ilícito, contudo, com características particulares.

Tem-se, portanto, que do exercício regular de um direito pode derivar uma conduta abusiva quando ultrapassados os limites legais.

⁸⁴BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.127 *et seq.*

⁸⁵ JORDÃO, Eduardo. **Abuso de direito**. Salvador: JusPodivm, 2006, p.101.

⁸⁶BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2002.

4.3 REQUISITOS PARA CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO DE DIREITO

Nos termos do referido artigo 187 do CC, para que ocorra o abuso de direito é necessário que o agente atue no exercício de uma garantia legal, mas que, por fugir da sua finalidade social e econômica, violando a boa-fé e os bons costumes, gera danos a terceiros.

Da leitura do referido artigo podemos concluir que são requisitos para configuração do abuso: a) o exercício de um direito; b) violação à finalidade econômica ou social desse direito; c) ofensa à boa-fé ou aos bons costumes; c) a ocorrência de um dano a terceiro e d) nexo de causalidade entre o dano e o exercício anormal do direito.

Noutra senda, Humberto Theodoro Júnior acrescenta aos requisitos a necessidade de uma conduta emulativa, ou pelo menos culposa. Para ele, a caracterização de um ato ilícito prescinde que o autor do fato tenha o intuito de buscar vantagens que se dissociam do fim social, econômico e ético da norma⁸⁷.

Dentre os requisitos necessários para configuração do abuso, a culpa é o ponto controverso na doutrina, que se divide em duas correntes: a subjetiva, que defende que apenas ocorre o abuso quando há a intenção de violar direitos de terceiros, e a corrente objetiva que sustenta que para configurar o abuso apenas é necessária a existência de um ato que seja contrário à sua função, independente de culpa.

Dentre os que defendem a culpa como requisito essencial à configuração da conduta abusiva, podemos mencionar Felipe Braga Netto, para quem a culpa não é elemento essencial para a configuração do abuso de direito, havendo, inclusive, em nosso ordenamento, inúmeros casos de condutas ilícitas não culposas, a exemplo dos abusos ocorridos no âmbito dos direitos da personalidade.

A culpa, se tratando de violações a direitos da personalidade, é fator que não entra em consideração. O ato não deixa de ser contrário ao direito em razão da ausência de culpa. O sistema não tolera tais agressões, mantendo o caráter da contrariedade ao direito do ato, ainda que involuntário⁸⁸.

Em consonância com esse entendimento, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald declaram que,

⁸⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III in: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org). **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.119.

⁸⁸ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.94 e 98.

O legislador qualificou o abuso de direito como ato ilícito e concordemos ou não, é assim que doravante devemos tratá-lo. Mas de maneira alguma a referida qualificação retida do abuso do direito a sua completa autonomia com relação ao ato ilícito subjetivo, ancorado na culpa⁸⁹.

Compreende-se, dessa forma, que o próprio legislador não previu, ao menos de maneira expressa, que a culpa é um elemento do abuso de direito, sendo, portanto, dispensável.

Assim, em que pese os atos ilícitos, regulados pelo artigo 186 do CC, estejam amparados por uma concepção subjetivista, tendo a culpa como um dos requisitos para a sua configuração, o abuso de direito, embora qualificado como ato ilícito, é um instituto firmado em uma concepção objetiva, prescindindo, com isso, da configuração de culpabilidade.

Nesse sentido se posicionou o Superior Tribunal de Justiça,

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 425.874 - SP (2013/0364924-2)
 RELATOR : MINISTRO MARCO BUZZI AGRAVANTE : CHAN CHAN LAI WAH E OUTRO ADVOGADO : DANIEL COSTA RODRIGUES E OUTRO (S)
 AGRAVADO : ESMERY POMPEU D'ANDRÉA ADVOGADO : LUCIANA MARIA SOARES E OUTRO (S) DECISÃO (...) A pretensão recursal não prospera. 1. Inicialmente, o acórdão recorrido não decidiu acerca do art. 422 do CC, apesar da interposição de embargos de declaração, razão pela qual, incide, na espécie, o enunciado n. 211 da Súmula do STJ, ante a ausência de prequestionamento, pois a matéria regulada no aludido dispositivo não foi interpretada pela Corte de origem. Para que se configure o prequestionamento da matéria, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal. Confira-se, a propósito: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. QUESTÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SÚMULA 211/STJ. ART. 557 DO CPC. EVENTUAL AFRONTA. AFASTAMENTO COM O JULGAMENTO PELO ÓRGÃO COLEGIADO. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NA ALÍNEA C DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. 1. Constata-se que o Tribunal de origem, apesar da oposição dos embargos declaratórios, não examinou a controvérsia sob enfoque do dispositivo apontado como violado, razão pela qual, à falta do necessário prequestionamento, a questão não merece ser conhecida. Caberia à recorrente, de acordo com a iterativa jurisprudência desta Corte, alegar, nas razões do apelo especial, violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, providência, todavia, da qual não se incumbiu. Correta, portanto, a aplicação da Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça. 2. Eventual ofensa ao art. 557 do Código de Processo Civil foi superada por ocasião do julgamento do agravo interno pelo órgão colegiado, o qual teve a oportunidade de reapreciar a irrisignação da ora recorrente, confirmando, entretanto, a decisão tomada de forma monocrática. 3. Para a configuração do dissídio jurisprudencial, faz-se necessária a indicação das circunstâncias

⁸⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 11ª edição. Salvador: JusPodvm, 2013, p. 683.

que identifiquem as semelhanças entre o aresto recorrido e os paradigmas citados, nos termos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ. Na hipótese, contudo, a agravante não procedeu ao devido cotejo analítico entre os arestos confrontados, de modo que não ficou caracterizada a sugerida divergência pretoriana. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 745.555/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 24/05/2013) 2. No mérito, o Tribunal local concluiu, com base na análise dos elementos de convicção acostados aos autos, que não foram comprovados os requisitos legais ensejadores da reparação civil pleiteada nos autos, consoante se observa nos seguintes trechos do acórdão hostilizado (fl. 361, e-STJ): No entanto, não há nos autos nenhuma indicação consistente de que a ré tivesse conhecimento da destinação da locação do piso superior antes de celebrar o contrato (fs. 73/80). O contrato foi celebrado como se se tratasse de locação para fins residenciais e o conjunto probatório é todo ele voltado para a demonstração de que a ocupação foi feita para instalação de uma casa de massagem. Ora, não há nexo de causalidade entre os prejuízos supostamente sofridos pelas autoras e a locação celebrada pela ré, se ela não tinha conhecimento, antes de locar o imóvel, de que seu fim era a instalação de um prostíbulo. No abuso de direito, embora não se possa exigir culpa do titular do direito, certamente há necessidade de que ele, ao menos, tenha ciência do suposto excesso. Com efeito, onde se poderia detectar o abuso de direito na mera locação de um imóvel para fins residenciais? Sem a identificação do excesso pela ré, não há ilícito a reconhecer, de modo que o pedido é improcedente. O recurso das autoras, em consequência do que até aqui exposto, fica prejudicado. Sendo assim, para acolhimento do apelo extremo, seria imprescindível derruir a afirmação contida no decisum atacado, o que, forçosamente, ensejaria em rediscussão de matéria fática, incidindo, na espécie, o óbice da Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça, sendo manifesto o descabimento do recurso especial. 3. Do exposto, nego provimento ao agravo. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 26 de junho de 2015. MINISTRO MARCO BUZZI Relator (STJ - AREsp: 425874 SP 2013/0364924-2, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Publicação: DJ 30/06/2015)

EMBARGOS INFRINGENTES. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. REPRESENTAÇÃO CONTRA POLICIAL. ABUSO DE DIREITO. DANO MORAL. REQUISITOS LEGAIS. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS. - "A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico" (Enunciado n. 7 da CJF). - "Não há dano moral quando os fatos narrados estão no contexto de meros dissabores, sem abalo à honra do autor. Inda mais, os aborrecimentos ficaram limitados à indignação da pessoa, sem qualquer repercussão no mundo exterior" (AgRg no AgRg no Ag 775948 / RJ). - A responsabilidade civil impõe que, para ser acolhido o pedido de reparação por dano moral, o autor deve comprovar a prática de ato ilícito pelo réu e o nexo de causalidade entre sua conduta e o dano concretamente demonstrado⁹⁰.

De igual modo, foi este o posicionamento firmado na I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal, mediante edição do enunciado 37 que dispõe que "A

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EI: 10024097331292002 MG, Relator: José Flávio de Almeida, Data de Julgamento: 10/04/2013, Câmaras Cíveis / 12ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 22/04/2013 >; Acesso 31 out.2015.

responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”⁹¹.

Portanto, resumem-se como requisitos do abuso de direito: a conduta humana embasada em um direito subjetivo; o dano causado à terceiro; nexos de causalidade; e a violação aos limites impostos pelo ordenamento.

O primeiro elemento já foi amplamente analisado na presente pesquisa, ao vermos que a ação humana, embasada em um direito instituído pelo ordenamento jurídico, é condição imprescindível para a configuração do abuso de direito, devendo ser exercida voluntariamente. Todavia, esse caráter voluntário se refere ao exercício do direito e não à intenção de causar dano.

Nessa mesma linha de intelecção, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona definem que,

Em outras palavras, a *voluntariedade*, que é pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, não traduz necessariamente a intenção de causar dano, mas sim, e tão somente, a *consciência daquilo que se está fazendo*. E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também de responsabilidade objetiva (calcada na ideia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com sua livre capacidade de autodeterminação. Nessa consciência, entenda-se o conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não se exigindo, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato⁹².

De igual modo, Cavalieri declara que “o abuso de direito - repita-se – é o seu anormal exercício, assim entendido aquele que se afasta da ética e da finalidade social ou econômica do direito”⁹³.

Para analisarmos a essencialidade do segundo requisito, é necessário entendermos inicialmente o conceito de dano.

Compreende-se como dano o prejuízo sofrido ou causado por alguém, é a ofensa ou diminuição do patrimônio moral ou material de alguém.

Para Sérgio Cavalieri Filho o dano consiste na “lesão a um bem jurídico ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem

⁹¹ Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>; Acesso em: 4 out. 2015.

⁹² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 13 e.d. São Paulo: Saraiva, 2015, p.74.

⁹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.207

patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, imagem, liberdade, etc.”⁹⁴.

Dessume-se desse conceito que a conduta humana que cause lesão a um bem jurídico, seja ele referente à honra, imagem, liberdade ou personalidade, configurará em dano a terceiro. Ou seja, a violação a um direito, que é consequência do abuso de direito, constitui-se em lesão a um interesse jurídico da parte, configurando o dano, desde que demonstrado o nexo de causalidade.

Acerca do último requisito, já vimos que em nosso ordenamento não há que se falar em direitos absolutos, compreendendo, portanto, que a todos os direitos são impostas limitações, que, ao serem violadas, irão derivar numa conduta abusiva.

4.3.1 Os limites estabelecidos ao exercício do direito

Muito se falou sobre limites impostos a norma. Cumpre, agora, analisarmos quais são esses limites impostos pelo artigo 187 do Código Civil.

Consistem em restrições ao exercício de uma garantia legal: o fim econômico ou social, a boa fé e os bons costumes. Os dois primeiros, em virtude da sua especificidade, são analisados casuisticamente, considerando a incidência das normas constitutivas do direito sobre a realidade na qual ele é exercido. Os dois últimos, por sua vez, são limites gerais, que devem ser observados quando em exercício de todo e qualquer direito.

Compreende-se como finalidade econômica, o proveito financeiro ou vantagem decorrentes do exercício de um direito, ou a perda material a ser suportada pelo seu não exercício⁹⁵.

A finalidade social resume-se na função do Direito como instrumento para realizar a paz, a ordem, a solidariedade e a harmonia da coletividade, ou seja, promover o bem comum.

Sobre a finalidade social e econômica, Humberto Theodoro Júnior aduz que:

⁹⁴ *Ibidem*, p.93.

⁹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.208.

O abuso ocorre, justamente, quando se despreza a economia interna do negócio, ou da situação jurídica preexistente, para perseguir fim lesivo a outrem, sem proveito lícito para titular do direito subjetivo. Para ser regular o exercício do direito, haverá o titular de praticá-lo dentro da finalidade que econômica e socialmente se lhe reconhece. Fugindo desse padrão, estar-se agindo abusivamente; sair-se-á a conduta antissocial ou antieconômica, reprimida pelo art. 187⁹⁶.

Portanto, se o agente, em exercício de um direito seu, não respeitar o fim social ou econômico para o qual a norma fora criada, estará incorrendo em uma prática abusiva.

Por outro lado, os bons costumes, que estão ligados à boa fé, compreendem-se como sendo os ideais ético-jurídicos que predominam na sociedade, são as regras de convivência que regem as relações intersociais. Neste caso, haverá abuso quando a conduta humana infringir a ética dominante na sociedade.

Acerca dos bons costumes, Ronnie Duarte afirma que:

A cláusula de bons costumes, inserida no art. 187 do CC, é a expressão máxima da penetração da moral no direito. Atua contra os bons costumes (contra *bonos mores*) aquele que peca por não observar os deveres ético-sociais de conduta genericamente aceitos em sociedade, numa determinada condição de espaço e tempo. A noção de bons costumes varia conforme segundo critérios espaciais ou temporais. O que antes era moralmente aceitável hoje pode não mais o ser⁹⁷.

A boa-fé pode ser classificada como um princípio geral do direito, que se divide em duas vertentes, a primeira de natureza subjetiva e a segunda de natureza objetiva.

A boa fé subjetiva refere-se às convicções internas do indivíduo, levando-se em consideração a intenção do agente, reporta-se ao *animus*, ao estado psíquico do indivíduo. Nos termos de Francisco Amaral,

A boa-fé é um princípio geral do direito que oferece duas perspectivas de análise e consideração. Para a primeira, de natureza subjetiva ou psicológica, a boa-fé é a crença de que se procede com lealdade, com certeza da existência do próprio direito, donde a convicção da licitude do ato ou da situação jurídica. É estado de consciência, uma crença de agir conforme o direito; é o respeito consciente ao direito de outrem⁹⁸.

Tendo em vista que os bons costumes são determinados por conceitos sociais, sempre que um direito estiver sendo exercido de forma condenada socialmente, estará ocorrendo o abuso de direito.

⁹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.124.

⁹⁷ DUARTE, Ronnie Preuss. **A boa-fé, abuso de direito e o novo Código Civil Brasileiro**. In Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 69.

⁹⁸ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.420.

Dessa forma, a boa fé subjetiva pode ser definida como a convicção do indivíduo de estar atuando, em exercício do seu direito de forma lícita, dentro dos limites determinados pelo ordenamento jurídico, em respeito aos direitos de terceiros.

No que tange à boa fé objetiva, César Fiuza define que “baseia-se na conduta das partes, que devem agir com correção e honestidade, correspondendo à confiança reciprocamente depositada. As partes devem ter motivos objetivos para confiar uma na outra”⁹⁹. Ou seja, a boa fé objetiva reflete um padrão de conduta imposto aos indivíduos, fundamentado na lealdade e transparência.

É a concepção objetiva da boa-fé que merece destaque no presente trabalho, posto que, considerando que a caracterização de uma conduta como abusiva prescinde de culpa ou intenção de causar dano a outrem, é a vertente objetiva utilizada como limite do exercício do direito. Dessa forma, tem-se que é possível que o sujeito exerça um direito com boa fé subjetiva, mas com má fé objetiva, ou seja, atuou sem intenção de causar dano a terceiro, contudo violou o padrão de conduta que lhe fora imposto, exercendo seu direito de forma abusiva.

A *boa-fé* objetiva impõe aos indivíduos a obrigação de agir com lealdade, com cooperação, impedindo, com isso, o exercício anormal do direito, de forma que venha a configurar a conduta abusiva, funcionando com um parâmetro para estabelecer a limitação do ato antijurídico¹⁰⁰.

Por se basear em conceitos subjetivos, quais são, a honestidade, a retidão e a lealdade, a boa fé objetiva é aferida casuisticamente, sendo possível, a partir de uma análise do fato concreto, identificar qual conduta, em consonância com os bons costumes, se espera do indivíduo no exercício do seu direito.

Parte da doutrina defende que o limite imposto ao exercício de um direito resume-se no princípio da boa fé objetiva. Nesse sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal declaram que:

O verdadeiro critério do abuso de direito, por conseguinte, parece se localizar no princípio da boa-fé, pois em todos os atos geralmente apontados como abusivos estará presente uma violação ao dever de agir com os padrões de

⁹⁹ FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 9.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.410 *et seq.*

¹⁰⁰FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENTHAL, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p.700.

lealdade e confiança, independentemente de qualquer propósito de prejudicar¹⁰¹.

De igual modo sustenta Eduardo Jordão,

Parece-nos possível demonstrar a correção de fundar-se o critério do abuso de direito na violação à boa-fé a partir da análise da experiência internacional. É interessante observar que os países que não possuem um dispositivo específico estabelecendo sanção aos atos abusivos costumam fundamentá-la no princípio da boa-fé. Ou seja: à falta da consagração expressa do abuso de direito, este princípio cumpre-lhe o papel, o que demonstra a estreita relação entre ambos¹⁰².

Parece-nos acertada a posição adotada pelos referidos autores. Uma vez que a boa fé objetiva pressupõe que a conduta humana seja exercida de acordo com o padrão de comportamento socialmente aceitável, fundamentado na lealdade e transparência, em respeito aos direitos de terceiros, é notório que nesse conceito estão englobados os demais limites.

Ou seja, se o indivíduo exercer seu direito à liberdade de expressão religiosa ou à autodeterminação sexual, guiado pelo princípio da boa fé objetiva, de forma a mover-se de maneira honrosa e leal, automaticamente atuará em consonância com os bons costumes, assim como com a finalidade social e econômica da norma.

Este, portanto, é o entendimento adotado na presente pesquisa.

4.3.2 Efeitos do abuso de direito

Os efeitos do abuso de direito são os mesmos decorrentes de qualquer atuação sem direito, de todo ato ilícito. Dentre eles, o principal é a obrigação de indenizar, que será devida desde que a conduta abusiva do agente se alinhe com os demais pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, o dano e o nexo de causalidade, outrora estudado. Dessa forma, tem-se que a obrigação de indenizar é a consequência mais importante de um ato abusivo.

As consequências derivadas de uma conduta abusiva não são taxativas, de forma que a análise acerca da sanção a ser aplicada quando ocorrer o abuso de direito é casuística, variando de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

¹⁰¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson . **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p.699.

¹⁰² JORDÃO, Eduardo. **Abuso de Direito**. Salvador: JusPodivm, 2006, p.102-103.

Por conta do amplo alcance do conceito de abuso de direito, nem todas as circunstâncias que envolvem essa questão terão previsão normativa. Por isso, não sendo estipulada uma sanção específica, ficará a cargo do juiz optar pela medida que considerar mais adequada, devendo atuar, em todo tempo, nos limites da razoabilidade e proporcionalidade¹⁰³.

Cumprido ressaltar que, o ato abusivo, diversamente do ato ilícito, não ocasiona a responsabilidade penal do agente, posto que se trata de um ato atípico. Isso porque o abuso de direito decorre de uma conduta humana cuja ilicitude está no exercício anormal do direito e não na violação de uma norma, não se admitindo, por isso, que haja uma prévia tipificação.

¹⁰³ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.123.

5 O EXERCÍCIO ABUSIVO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA EM FACE DO DIREITO A AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL

Após compreendermos o conceito de abuso de direito, e aferirmos que da violação de um direito decorre uma conduta abusiva, cuja avaliação prescinde de uma análise casuística, iremos refletir sobre a aplicação desses institutos no âmbito da liberdade de expressão religiosa.

Com base nos requisitos necessários para configuração do ato abusivo, podemos definir que do exercício da liberdade de expressão religiosa, haverá abuso de direito em face da autodeterminação sexual quando um cristão, em exercício do direito à livre manifestação religiosa, violar os limites da boa fé objetiva, gerando um dano de cunho moral, físico ou ideológico, aos homossexuais.

Como já vimos, no âmbito do abuso de direito, a violação a um direito de terceiro, por si só, é considerada como um ato danoso. Portanto, em que pese esse prejuízo possa ser patrimonial ou extrapatrimonial, para que seja configurada o dano em decorrência de liberdade de crença em face da autodeterminação sexual, basta que seja demonstrada a violação a esta garantia.

Dessa forma, condutas que venham a humilhar, insultar, agredir, física ou emocionalmente, terceiros por conta de sua opção sexual, ainda que embasadas em doutrinas religiosas, estão manifestamente infringindo a boa fé, a qual, firmada na ética social, pressupõe o respeito ao próximo e às diferenças.

Essas condutas, denominadas comumente de homofóbicas, são cotidianamente exercidas por aqueles que, utilizando-se de fundamentos religiosos, agridem os homossexuais.

5.1 UMA ANÁLISE ACERCA DA HOMOFOBIA

A homofobia é a expressão mais visível do abuso de direito em face da autodeterminação sexual. Contudo, se trata de um conceito relativamente novo, que, em virtude da subjetividade sobre a qual está firmado, abre espaço para as mais

variadas definições, e com isso, ocorre a banalização do tema, o que gera uma insegurança jurídica e intersocial.

Como forma de evitar essa vulnerabilidade em torno do tema, é imprescindível que se adote um conceito de homofobia, com vistas a evitar que sejam imputadas a determinadas condutas o status de homofóbicas, quando na verdade não o são.

Com vistas a colaborar para essa questão, Alexandre Moreira e Tereza Vieira aduzem que:

A homofobia, na sua etimologia, advém de *homo* (igual) e *fobia* (medo), do termo. Trata-se de um termo utilizado para identificar o ódio, a aversão ou a discriminação de pessoas que são contrárias ao modo que a população LGBT exerce sua sexualidade. Manifesta por um comportamento humano inexplicável racionalmente, podendo em determinadas situações gerar o abuso de práticas ofensivas à moral (constrangimento, dispensa de relação empregatícia) e à integridade física (lesões corporais, homicídio)¹⁰⁴.

O conceito de homofobia, portanto, vai além da violência física, englobando qualquer ato discriminatório do qual decorra ofensa à integridade física e moral daqueles que direcionam o seu afeto e atração sexual para pessoas do mesmo gênero, trazendo intrínseco em sua definição a ideia de uma conduta guiada pelo ódio ao diferente.

Em suma, a homofobia representa o “horror irracional e plenamente emotivo” aos grupos LGBT’s¹⁰⁵.

A discriminação em virtude da opção sexual envolve não só a relação íntima entre pessoas do mesmo, mas também uma rejeição à cultura LGBT e ao estilo de vida desses indivíduos.

Dessa forma, revela-se equivocada a caracterização de todo e qualquer posicionamento que divirja dos ideais homossexuais, a exemplo das manifestações religiosas, como atos homofóbicos.

É inegável que muitos cristãos, se amparando na liberdade de expressão religiosa que a eles fora conferida pela CF, atuam de forma abusiva, agredindo, ofendendo e até humilhando os homossexuais, conduta esta que deve sim ser qualificada como homofobia.

¹⁰⁴ MOREIRA, Alexandre Magno Augusto; VIEIRA, Tereza Rodrigues. *In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Org). Minorias sexuais – Direitos e Preconceitos*. 1 ed. Brasília: Consulex, 2012, p. 184.

¹⁰⁵ ANDRADE, Camila Damasceno de. *Homossexualidade, Diversidade e Homofobia: Um olhar histórico e sociológico*. Revista Discenso. Florianópolis: Fundação Boiteux, v.3, 2011, p.170.

Todavia, o fato de não concordar com o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, por si só, não pode receber a conotação de uma manifestação homofóbica. Como vimos, a homofobia traz em sua essência a ideia de uma conduta fundamentada no ódio, conceito este que é repudiado pela sociedade em qualquer situação, são atitudes que, ao serem proferidas contra qualquer indivíduo, seja por que motivo for, será reprovada pela coletividade, por ferirem a boa fé, e, por consequência, os bons costumes e a finalidade social ou econômica da norma.

Com isso, todo ato discriminatório, embutido de uma aversão ou rejeição fundamentada pelo ódio ao homossexual e à homossexualidade, ainda que supostamente amparado em preceitos religiosos, estará revestido de um caráter homofóbico.

Em resuma, a homofobia decorrerá, necessariamente, de uma conduta abusiva, vez que um ato firmado no ódio ao outro é claramente oposto ao conceito de boa fé que atua como limitador do exercício das garantias constitucionais.

5.2 A BÍBLIA E A HOMOFOBIA

A Bíblia é uma espécie de código de conduta daqueles que professam o protestantismo. Por isso, após compreendermos o conceito de homofobia, é importante sabermos se esse livro estimula, ou não, o ódio contra os homossexuais.

Essa análise, além de nos permitir compreender se os textos bíblicos instigam a homofobia, de forma a que seja necessária a imposição de restrições em sua aplicabilidade, fará com que possamos verificar se as condutas que por diversas vezes geram conflitos entre cristãos e homossexuais estão verdadeiramente fundamentadas em preceitos religiosos, ou se decorrem de convicções individuais.

Dentre os que se manifestam sobre essa questão, têm aqueles que defendem que a Bíblia Sagrada é um livro homofóbico, revestido de um discurso de ódio contra os homossexuais, impondo a estes um peso de culpa e o sentimento de que são, aos olhos de Deus, uma aberração.

No rol dos que aderem a essa teoria, mencionamos Mônica Aguiar, que sustenta o seguinte:

Com a culpa instaurada pelo Cristianismo, a homossexualidade passou a ser vista como uma anomalia, até mesmo um vício repugnante, condenada em passagens bíblicas e na destruição de Sodoma e Gomorra. Com efeito, a primeira referência encontra-se no Antigo Testamento com Gênesis 19, ao relatar a tentativa de estupro levada a efeito pelos habitantes daquelas cidades contra dois anjos com aparência humana. Relata o codificador bíblico que, ao tentarem invadir a casa de Ló, local onde os anjos se abrigaram, os homens das cidades indagavam: 'Onde estão os homens que, à noite entraram em tua casa? Traze-os para fora a nós para que abusemos deles'¹⁰⁶.

Com o fim de demonstrar o caráter homofóbico da Bíblia, a autora se baseia em um capítulo do texto sagrado no qual é relatada a destruição das cidades de Sodoma e Gomorra, cujos habitantes viviam completamente distantes dos mandamentos instituídos por Deus, com práticas que afastavam o povo da divindade cristã. Todavia, nesse texto, Deus não se refere apenas à homossexualidade, mas relata diversas condutas do povo que aos olhos do ser divino eram inaceitáveis.

Por outro lado, Maria Berenice Dias, se opondo a essa ideia, endossa a teoria de que a Bíblia é favorável à prática da homossexualidade e veda o ódio aos homossexuais,

De qualquer modo, das religiões que existem, não deve haver nenhuma que não pregue o amor ao próximo. As mais próximas, por terem sido trazidas com a colonização, acreditam em um Deus que veio à Terra encarnado na pessoa do próprio filho. Jesus Cristo desde menino exercitou a tolerância. Em nenhuma de suas pregações incitou o ódio ao semelhante ou negou a alguém o direito de subir ao reino do céu. Basta lembrar que impediu que Madalena fosse apedrejada, multiplicou pães para dar de comer a quem tinha fome e morreu na cruz para salvar toda a humanidade. Assim, cabe questionar qual a justificativa de evangélicos, protestantes e católicos se posicionarem de modo tão assustadoramente preconceituosa contra quem tem orientação sexual diversa da maioria, mas não significa alguma ameaça a nem causa mal a ninguém. Deste modo, cabe perguntar: Quem disse aos pregadores, padres e pastores que é pecado amar o seu igual? Quem lhes outorgou a missão de banir a diversidade sexual da face da Terra?¹⁰⁷

Os que aderem a essa corrente se fundamentam na ideia de que Deus é amor, e como tal, além de se opor a qualquer ação agressiva e preconceituosa, aceita todas as formas de manifestação de amor. Para eles, Jesus não fez distinção entre os indivíduos e não negou a ninguém a entrada no reino dos céus, demonstrando, assim, que sua mensagem veio para alcançar a todos, o que se vê, por exemplo, quando ele não permitiu o apedrejamento de Maria Madalena, ex prostituta.

¹⁰⁶ AGUIAR, Mônica. **A proteção do direito à diferença como conteúdo do princípio da dignidade humana: a desigualdade em razão da orientação sexual**. In: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. (Org.). **Direitos fundamentais na constituição de 1988**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2008, p.88 et seq.

¹⁰⁷ Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/uploads/ser%E1_deus_homof%F3bico.pdf>; Acesso em:31 out.2015.

Por fim, existem aqueles que sustentam que a Bíblia, em que pese não aprove a prática da homossexualidade, veda a homofobia. Esta é a corrente a que aderimos no presente trabalho.

O simples fato de manifestar uma opinião contrária a uma prática não deriva, necessariamente, em uma conduta abusiva. É possível que haja uma divergência de pensamentos em respeito aos limites da boa fé.

Para que possamos compreender a real posição da Bíblia acerca do tema, primeiramente é necessário que saibamos o conceito de pecado, uma vez que o texto sagrado, ao condenar a prática da homossexualidade, define-a como sendo uma conduta pecaminosa.

Compreende-se como pecado a transgressão à lei ou preceito religioso¹⁰⁸. Diversas passagens bíblicas tratam sobre a questão da homossexualidade. Dentre elas, insta salientar o texto de Romanos, capítulo 1, versículos 26 e 27 que dizem: “E, semelhantemente, também os varões, deixando o seu natural da mulher, se inflamaram em sua sensualidade uns para com os outros, varão com varão, cometendo torpeza e recebendo em si mesmos a recompensa que convinha ao seu erro”¹⁰⁹.

Na mesma linha de intelecção, o texto de Levíticos em seu capítulo 18, versículo 22, ao expor uma série de práticas sexuais que desagradam a Deus, aduz que “não se deite com um homem como quem se deita com uma mulher; é repugnante”.

Dessas passagens pode-se aferir que a Bíblia se opõe à prática da homossexualidade e não ao homossexual. Ou seja, a fala de Maria Berenice acerca da essência do cristianismo, qual seja, o amor ao próximo, não está de todo incorreta. Deus ama a todas as pessoas, incondicionalmente, contudo, esse amor não é indicativo de anuência às práticas que violam os preceitos bíblicos.

Deus é amor, e como demonstração desse amor se revestiu da forma de homem para que todos pudessem se chegar a Ele, recebendo identidade de filhos. Contudo, assim como nós por diversas vezes discordamos de atitudes tomadas por pessoas

¹⁰⁸Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=pecado>>, que, no caso, são aqueles previstos pela Bíblia Sagrada ; Acesso em: 31 out.2015.

¹⁰⁹ BÍBLIA DE ESTUDO PENTECOSTAL. Rio de Janeiro: CPAD, 1995, p.1697 *et seq.*

que amamos, Ele também desaprova determinadas condutas que se opõem à sua essência, ainda que realizadas por aqueles a quem é direcionado seu amor.

Um dos fundamentos utilizados pelos cristãos, para justificar o conceito de família por eles defendidos, está no que descreve a livro de Marcos em seu capítulo 10, versículos 6 a 9, que assim declaram:

Porém, desde o princípio da criação, Deus os fez macho e fêmea. Por isso, deixará o homem a seu pai e a sua mãe e unirá-se à sua mulher, e serão os dois uma só carne e, assim, já não serão dois, mas uma só carne. Portanto, o que Deus ajuntou, não o separe o homem¹¹⁰.

Apreende-se assim, que segundo o padrão cristão, a família é constituída pela união de um homem e uma mulher, não havendo espaço para interpretações que fujam desse conceito.

Dessa forma vemos que a manifestação dos cristãos contrária à prática homossexual está sim fundamentada na crença em que se firmam, estando, portanto, abarcadas pela liberdade religiosa.

Vemos, no entanto, que a limitação à livre manifestação religiosa, referente ao cristianismo, parte, inicialmente, do próprio livro sagrado. Isso porque, o principal mandamento a ser seguido pelos adeptos dessa crença é amar ao próximo como a si mesmo¹¹¹. Portanto, compreendendo que toda atitude de ódio, contra qualquer ser humano, viola esse preceito bíblico, conclui-se que o texto sagrado condena a homofobia.

Portanto, ao mesmo tempo em que a Bíblia se opõe a prática da homossexualidade, ela veda o comportamento homofóbico. Com isso, resta evidente que os cristãos que, se utilizando de um discurso religioso agredem, ofendem ou humilham outros indivíduos por conta da sua opção sexual, não estão atuando com base no que os preceitos bíblicos aduzem, mas sim de forma excessiva, violando os limites impostos pela própria fé, e, conseqüentemente, os limites da boa fé, posto que, aquele que amar ao próximo como a si mesmo, andarà em consonância com esses limites.

Dessa forma, visto que a Bíblia não faz apologia à homofobia, não há razão para tentar limitar o direito de que, aqueles que nela creem, professem a sua fé.

¹¹⁰ BÍBLIA DE ESTUDO PENTECOSTAL. Rio de Janeiro: CPAD, 1995, p.1480.

¹¹¹ Mateus 22, versículo 39: "Amarás o teu próximo como a ti mesmo".

5.3 A (DES) NECESSIDADE DE CRIMINALIZAR A HOMOFOBIA

Em virtude dos crescentes casos de violência contra os homossexuais ocorridos em nosso país, muito tem se discutido acerca da necessidade de criminalizar a homofobia.

Tramitava no Senado o Projeto de Lei da Câmara nº 12/2006, de autoria da Deputada Iara Bernardi, que pretendia alterar a Lei nº 7.716/1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e dar nova redação ao § 3º do art. 140 do Código Penal e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, prevendo, ainda, outras providências¹¹².

O referido PLC, após inúmeras polêmicas e propostas de alteração em seu texto original, foi arquivado em 26/12/2014. Muitas discussões giraram em torno da proposta da relatora, contudo, iremos nos ater a questão da efetividade e constitucionalidade desse projeto.

Inicialmente, compreende-se que, se a promulgação de uma lei resolvesse os problemas existentes em nossa sociedade, o Brasil deveria ser um dos países com as melhores condições de vida, uma vez que nossa Constituição, em um contexto mundial, é uma das mais amplas. No entanto, não é o que vemos cotidianamente.

O problema que envolve a homofobia não está na falta de normas que protejam os homossexuais, visto que, em nosso ordenamento, tanto a integridade física como a moral já são protegidas. A questão aqui gira em torno de problemas culturais, educacionais e jurídicos.

A cultura da impunidade que assola nossa sociedade é uma das causas, se não a principal, do crescimento da criminalidade em nosso país, a exemplo da violência contra os homossexuais. A ideia de que os ilícitos não são efetivamente punidos dá margem a atos homofóbicos.

Essa ideia de impunidade se firmou por conta da falta de efetividade das normas, que decorrem da morosidade da justiça, da falta de servidores, da corrupção, dentre outros problemas sistêmicos evidentes em nosso país.

¹¹² Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>; Acesso em: 30 out.2015.

Ademais, o respeito às leis e ao próximo são questões de educação. Em nosso país, as leis são cotidianamente ignoradas, não havendo, para muitos, o sentimento de obrigatoriedade de cumprimento dos preceitos normativos.

Noutra senda, além de desnecessária, a criminalização da homofobia, nos moldes que em que vem sendo discutida, revela-se como uma violação à liberdade de pensamento, e, por conseguinte, violação à liberdade de expressão religiosa.

Sobre essa questão, aduz Fernando Carpez:

Vivemos em uma sociedade complexa e pluralista, na qual convivem as mais variadas culturas, religiões e comportamentos sociais, em tolerância recíproca às concepções ideológicas contrastantes. [...] Nossa sociedade é uma sociedade de risco e devemos sopesar os prós e contras de cada um deles, pois a cada direito corresponde o ônus da restrição de um comportamento. O risco de tolerarmos a livre expressão do pensamento alheio é o de ouvirmos algo que nos desagrade, mas é compensado pelo direito de também externarmos nosso ponto de vista¹¹³.

É evidente que, diante do crescente número de atos de violência direcionados aos grupos LGBT's, com base no conceito da igualdade material por nós já visto, os homossexuais mereceriam uma proteção jurídica específica, se esta já não fosse garantida em nosso ordenamento e se fosse exercida de forma que não violasse outros direitos.

Todavia, conferir garantias a um grupo específico, de forma a suprimir outros direitos constitucionais, é uma promoção à desigualdade, conferindo privilégios por vezes desnecessários e exacerbados, à uma minoria.

¹¹³ CARPEZ, Fernando. Homofobia: Intolerância de quem? **Revista Jurídica LEX**. São Paulo: LEX, n.51, 2011, p.484.

6 O EXERCÍCIO ABUSIVO DA AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL EM RELAÇÃO AOS PROTESTANTES

Com base nos requisitos necessários para configuração do ato abusivo, podemos definir que do exercício da autodeterminação sexual, haverá abuso de direito em face da liberdade de expressão religiosa quando um homossexual, em exercício de seu referido direito, violar os limites da boa fé objetiva, gerando um dano de cunho moral, físico ou ideológico, aos evangélicos.

Como já vimos, no âmbito do abuso de direito, a violação ao direito de terceiro, por si só, é considerada como um ato danoso. Portanto, em que pese esse prejuízo possa ser patrimonial ou extrapatrimonial, para que seja configurado o dano em decorrência da autodeterminação sexual em face da liberdade religiosa, basta que seja demonstrada a violação a esse direito.

Dessa forma, condutas que venham a humilhar, insultar, agredir, física ou emocionalmente, terceiros por conta de sua opção religiosa, estão manifestamente infringindo a boa fé, a qual, firmada na ética social, pressupõe o respeito ao próximo e às opiniões divergentes.

O Brasil não sofre com perseguições religiosas com ocorre em países mulçumanos, por exemplo, no entanto, atos de intolerância religiosa, assim como difamações, calúnias e humilhação são cada dia mais frequentes em nosso meio.

Um exemplo claro de ato abusivo no exercício da autodeterminação sexual ocorreu recentemente quando, durante a celebração de um culto, duas jovens se beijaram como forma de afrontar o líder religioso que pregava naquele evento. Tal ação constitui uma expressa violação à boa fé¹¹⁴.

6.1 A BANALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E A RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE PENSAMENTO

¹¹⁴Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2013/09/jovens-sao-agredidas-apos-se-beijarem-em-culto-de-feliciano.html>> Acesso em: 29 out.2015.

A democracia pressupõe o respeito às diferenças de opiniões, sejam elas de cunho político, social ou religioso. Todavia, tem se instaurado um quadro de intolerância em nosso país no que diz respeito à manifestação de opinião acerca da homossexualidade. Este virou um tema “*tabu*”, sobre o qual qualquer opinião que seja proferida pode ser taxada de homofóbica e preconceituosa.

É desarrazoada a ideia de que aos indivíduos é vedada a manifestação de pensamento sobre o tema que for. Essa restrição nos remete à época da ditadura militar, quando, mediante edição do AI a liberdade de expressão sofreu censura por parte do Estado.

Esse retrocesso não pode ser admitido. A liberdade de manifestação de pensamento somente deve ser limitada pelo conceito de boa fé. Portanto, ainda que a opinião a ser exposta não agrade ao senso comum, deve ser respeitada, desde que não se trate de um ato vexatório e humilhante.

No exemplo dado anteriormente, sobre as jovens que se beijaram em afronta a um pastor, durante uma cerimônia religiosa, se qualquer membro daquela igreja reprimisse essa atitude, prontamente seria taxado por muitos como homofóbico, o que é uma demonstração evidente da intocabilidade dos homossexuais.

Independente de ser um casal heterossexual ou homossexual, um ato como esse atenta contra a ordem do culto, sendo admissível que qualquer pessoa, inclusive o pastor, reprima tal conduta. O templo religioso está aberto para todos, independente de raça, sexo, credo ou opção sexual, contudo, assim com em qualquer outro ambiente que frequentamos, deve-se respeitar as liturgias que ali imperam.

É importante ressaltar que não se pretende aqui induzir como correta a reação do líder religioso no caso em questão, posto que fora completamente arbitrária, ilegal e desproporcional. A intenção é, utilizando desse fato, demonstrar a atitude abusiva de ambas as partes.

A fé faz parte do íntimo do indivíduo, configurando-se, para muitos, como inerente à sua condição de ser, é uma espécie de identidade do sujeito, e retirar dele o direito de viver e manifestar aquilo que faz parte da sua essência é uma conduta violadora da intimidade.

Nesse sentido, compreende-se que o cristão ao professar que, com base na sua fé, a homossexualidade é pecado, não estará, necessariamente, exercendo uma conduta abusiva. Da mesma forma que se admite que um não protestante emita opinião sobre questões que envolvam a fé cristã, em concordância ou discordância dos preceitos por ela determinados, desde que tal opinião seja feita em respeito à boa fé.

6.2 A (DES) NECESSIDADE DO PL 1411/2011

O projeto de lei 1411/2011¹¹⁵, recentemente desarquivado, pretende acrescentar parágrafo ao art. 20 da Lei nº 7.716/1989, que dispõe sobre os atos de discriminação, passando a dispor:

§ 5º O caput deste artigo não se aplica: I – à manifestação do pensamento decorrente de ato de fé, que em razão da liberdade religiosa não obriga qualquer organização religiosa a efetuar casamento religioso em desacordo com suas crenças; II – à prática do exercício de culto religioso, sendo livre e opcional, não configurando discriminação a recusa de organizações religiosas na permanência de cidadãos que violem seus valores, doutrinas, crenças e liturgias¹¹⁶.

Da mesma forma que se mostra desnecessária a criminalização da homofobia, não há razão para a edição de lei nos moldes do referido projeto, uma vez que, com base na garantia amplamente estudada na presente pesquisa, as liberdades de culto, de crença e de manifestação já estão garantidas pela norma constitucional.

De igual modo, já é garantido aos líderes religiosos a não obrigatoriedade de celebrar um casamento entre homossexuais, uma vez que esse ato representaria uma afronta à fé deles.

Portanto, conferir garantias a um grupo específico, de forma a suprimir outros direitos constitucionais, é uma promoção à desigualdade, conferindo privilégios por vezes desnecessários e exacerbados, à uma minoria.

¹¹⁵Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503350>>; Acesso em: 29 out.2015.

¹¹⁶ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=668E0A92987519BBA818691766C2E2DD.proposicoesWeb1?codteor=875845&filename=Tramitacao-PL+1411/2011>; Acesso em: 29 out.2015.

No caso, a promulgação dessa lei vai além, revelando-se descabida, uma vez que representaria, em suma, apenas a repetição daquilo que outras normas já declaram, seja expressamente ou implicitamente, configurando, com isso, em gastos públicos.

7 CONCLUSÃO

Após o quanto explanado no presente trabalho, podemos concluir que a liberdade de expressão religiosa e a autodeterminação sexual são direitos fundamentais, amparados pela Constituição Federal, cuja efetividade deve ser garantida.

A liberdade de expressão religiosa, instituída em um estado laico, está fundamentada na liberdade de pensamento, enquanto que, a autodeterminação sexual, embora não prevista de maneira expressa em nossa Carta Magna, pode ser aferida dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

São constantes os conflitos acerca do exercício desses direitos. Dessa forma, para que seja possível estabelecer quando, desses embates, decorre efetivamente uma violação a uma dessas garantias, aplicamos a teoria do suporte fático, com base na qual, haverá violação a um direito quando, em virtude de um ato do Estado ou de um particular, houver uma intervenção no âmbito de incidência desse direito, sem qualquer amparo constitucional.

Dessa violação a um direito poderá decorrer uma conduta abusiva. Nem sempre o abuso de direito será uma consequência de uma intervenção, já que, poderá o Estado ou um particular intervir na esfera de atuação de um direito, desde que fundamentados por norma constitucional. No entanto, o contrário se aplica, ou seja, sempre que se falar em abuso de direito haverá uma intervenção.

Compreende-se, assim, que haverá abuso de direito em face da autodeterminação sexual quando um cristão, em exercício do direito à livre manifestação religiosa, violar os limites da boa-fé objetiva, gerando um dano de cunho moral, físico ou ideológico, aos homossexuais.

De igual modo, haverá abuso de direito em face da liberdade religiosa quando um homossexual, em exercício do direito à autodeterminação, violar os limites da boa-fé objetiva, gerando um dano de cunho moral, físico ou ideológico, aos evangélicos.

Tendo em vista que a Bíblia, em que pese se oponha à prática da homoafetividade, não é um livro homofóbico, já que a homofobia é um ato de ódio e repulsa contra o diferente, e o principal mandamento do livro sagrado é o amor ao próximo, não há razão para a imposição de restrições no exercício da liberdade religiosa.

Dessa forma, vê-se que aqueles que agridem ou ofendem os homossexuais, fundamentando-se em preceitos bíblicos, estão na verdade, excedendo ao limite do direito que lhe fora concedido.

Da mesma forma, existem aqueles que no exercício do seu direito à autodeterminação sexual violam o âmbito da liberdade religiosa, por excederem aos limites da boa-fé.

Nesses casos, não há razoabilidade na elaboração de leis que visem criminalizar a homofobia ou garantir a efetividade de liberdade religiosa, pois nosso ordenamento já possui normas suficientes que resguardam esse direito.

Visto que as práticas abusivas decorrem de ambos os lados, resta notório que o cerne da questão não está no direito em si, mas na prática abusiva por parte daqueles que o detém. Portanto, a solução para essa questão não está na interferência do legislativo, criando novas leis, mas sim na consciência dos limites de cada direito e no exercício dessas garantias dentro desses limites.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

AUGUSTO, Alexandre. **Minorias sexuais – Direitos e Preconceitos**. 1 ed. Brasília: Consulex.

ALMEIDA, João Ferreira. **BÍBLIA DE ESTUDO PENTECOSTAL**. Rio de Janeiro: CPAD, 1995.

AMARAL, Francisco. **Direito Civi introdução**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANDRADE, Camila Damasceno de. Homossexualidade, Diversidade e Homofobia: Um olhar histórico e sociológico. **Revista Discenso**, volume 3, 1 ed. Florianópolis: Fundação Boiteux.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BRASIL. **Código Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Constituição Federal de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm> Acesso em 17 de outubro de 2015.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 21 de maio de 2015.

_____. **Decreto-Lei Nº 3.688 de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>

_____. **Emenda Constitucional N.01 de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>

_____. **Lei Nº 7.716 de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7716.htm>

_____. **Lei Nº 10.406 de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp: 425874/ SP 2013/0364924-2**, Rel. Min. Marco Buzzi. Publicado em: DJ 30/06/2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204189302/agravo-em-recurso-especial-arep-425874-sp-2013-0364924-2>>

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI: 2076 AC**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, Publicado em: DJ 08 de agosto de 2003. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/773544/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2076-ac>>

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 611.874 RG/DF**, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 25 de março de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623839>

CARPENA, Heloísa, **Abuso de direito no Código Civil de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional**. In: TEPEDINO, Gustavo (org). A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CARPEZ, Fernando. **Homofobia: Intolerância de quem?** Revista Jurídica LEX. São Paulo: LEX, n.51, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodvm, 2015.

Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>

DIMOULIS E MARTINS, Dimitri e Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Será Deus Homofóbico?** Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=pecado>>

Dicionário Michaelis. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=pecado>> Acesso em 31 de outubro de 2015.

DUARTE, Ronnie Preuss. **A boa-fé, abuso de direito e o novo Código Civil Brasileiro**. In Revista dos Tribunais. Ano 92. Volume 817. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil** Volume 1, 11 ed. Salvador: JusPodvm, 2013.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 9.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GOIÁS. Tribunal de Justiça de Goiás. **APC. 38193-51.2013.8.09.0051**, Primeira Turma da Quinta Câmara, Rel. Des. Alan Sebastião De Sena Conceição Julgado em 23 de Outubro de 2014. Disponível em: http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/showacord.php?nmfile=TJ_381935120138090051%20%20_2014102320141112_133841.PDF

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

JORDÃO, Eduardo. **Abuso de direito**. Salvador: JusPodivm, 2006.

_____. **Abuso de Direito**. Salvador: JusPodivm, 2006.

Jovens são agredidas após se beijarem em culto de Feliciano. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2013/09/jovens-sao-agredidas-apos-se-beijarem-em-culto-de-feliciano.html>. Acesso em 31 de outubro de 2015.
MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES E BRANCO, Gilmar Ferreira, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça TJ-MG - **EI: 10024097331292002 MG**, 12ª Câmara Cível. Rel. José Flávio de Almeida. Julgado em 10 de abril de 2013. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114878898/embargos-infringentes-ei-10024097331292002-mg>>

MONTENEGRO. Manuel Carlos. **Derrubada liminar que autorizou candidato adventista a fazer prova para juiz em separado**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62082-derrubada-liminar-que-autorizou-candidato-adventista-a-fazer-prova-para-juiz-em-separado>>. Acesso em 10 de outubro de 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, São Paulo: Atlas, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Ética na Administração Pública (Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação)**. Coletânea Ética no Direito e na Economia, Editora Pioneira.

NETO, Jayme Weingartner **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEVES, Castanheira, **Questão-de-facto-Questão-de-Direito ou o problema metodológico da juridicidade: (ensaio de uma reposição crítica)**. Coimbra: Livraria Almedina, 1967.

ONU. **Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em 25 de maio de 2015.

Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>

Projeto de Lei nº 1411/2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503350>>

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA E NETO, Manoel Jorge, **Proteção Constitucional à liberdade religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direitos Fundamentais: Reflexões e Perspectivas**. Salvador: Juspodium, 2013.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002, nº 3.02.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvio, **Direito Civil: parte geral**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011.