Liberdade religiosa e homotransfobia: quando a expressão da fé se torna um discurso de ódio?

Religious freedom and homotransphobia: when does the expression of faith become hate speech?

Marina Fernanda Moreira Araújo *

RESUMO

O presente trabalho objetiva discutir a relação da LGBTfobia no Brasil com o Cristianismo, propondo-se a responder a seguinte questão: quando a expressão da fé se torna um discurso de ódio? O estudo passa pela análise do paradigma do Estado Democrático de Direito, Refletindo sobre as possibilidades da intervenção do estado na problemática. É apresentado um panorama geral sobre a histórica relação do cristianismo e a homossexualidade e transexualidade. Discute-se, ainda, Como se deu a criminalização da homotransfobia no Brasil e quais as possíveis limitações ao exercício da liberdade religiosa por ela trazidas. É apresentada uma definição de discurso de ódio a partir da Convenção Interamericana contra Todas as Formas de Discriminação e Intolerância, Tratado Internacional de Direitos Humanos, internalizado ao direito pátrio, em 2022, ao patamar de emenda constitucional. São tecidas considerações sobre os possíveis efeitos da criminalização da homotransfobia e da aplicação da Convenção Interamericana contra Todas as Formas de Discriminação e Intolerância, no tocante ao exercício da liberdade religiosa, em especial aos discursos de ódio homotransfóbicos, proferidos sob argumentos de ordem religiosa, e as possibilidades de atuação do Estado.

Palavras-chave: liberdade religiosa; homotransfobia; liberdade sexual; direitos fundamentais.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the relationship between LGBTphobia in Brazil and Christianity, proposing to answer the following question: when does the expression of faith become hate speech? The study analyzes the paradigm of the Democratic State of Law, reflecting on the possibilities of state intervention in the problem. A general overview of the historical relationship between Christianity and homosexuality and transsexuality is presented. It also discusses how the criminalization of homophobia in Brazil occurred and what possible limitations it brings to the exercise of religious freedom. A definition of hate speech is presented based on the Inter-American Convention against All Forms of Discrimination and Intolerance, an International Human Rights Treaty, internalized into national law in 2022, at the level of a constitutional amendment. Considerations are made about the possible effects of the criminalization of homotransphobia and the application of the Inter-American Convention against All Forms of Discrimination and Intolerance, regarding the exercise of religious freedom, especially homotransphobic hate speech, made under religious arguments, and the possibilities of State action.

Keywords: religious freedom; homotransphobia; sexual freedom; fundamental rights.

Artigo submetido em 7 de março de 2024 e aprovado em 18 de dezembro de 2024.

*Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: marinafernandamal@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste estudo é discutir a relação entre a LGBTfobia no Brasil e o Cristianismo, no intuito de responder à seguinte questão: quando a expressão de fé se transforma em um discurso de ódio? Partindo do paradigma de Estado Democrático de Direito, examina-se as formas pelas quais o Estado pode se envolver no assunto, considerando que as liberdades religiosa e sexual são, simultaneamente, direitos humanos fundamentais, constitucionalmente assegurados. Para tanto, o presente trabalho, centra-se nas áreas de Direitos Humanos e Direito Constitucional, valendo-se também de conteúdos da Teologia, Sociologia e Filosofia.

A princípio, é realizada a classificação das liberdades religiosa, de identidade de gênero e orientação sexual, enquanto direitos humanos fundamentais, por decorrerem diretamente do princípio da dignidade humana, vez que são elementares de uma existência digna, correspondendo à mais íntima liberdade dos sujeitos. Partindo da tese da historicidade dos direitos humanos, é realizado um histórico geral do tratamento jurídico das liberdades religiosa e sexual, assinalando sua atual proteção na esfera constitucional.

Em seguida, analisa-se a histórica relação do Cristianismo e a homossexualidade e transexualidade, perpassando por conceitos como cisheteronormatividade, bem como a análise de referenciais teológicos clássicos de Agostinho e Tomás de Aquino. O objetivo é analisar, de modo geral, como o Cristianismo tem enxergado a homotransexualidade ao longo do tempo, no intuito de encontrar alguma possível oposição. Isso porque, conforme dados que serão apresentados ao longo deste trabalho, o Brasil tem uma população que, majoritariamente, se autodeclara cristã, ao passo que é o país mais violento para pessoas LGBTQIAP+ (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, *queers*, intersexo, assexuais, pansexuais e outros) no mundo. Assim, é provável uma correlação entre o sentimento religioso e a homotransfobia no Brasil.

Discuta-se também como a homotransfobia foi criminalizada no Brasil e quais possíveis restrições à liberdade religiosa resultariam disso. Para tanto, realiza-se uma análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 26 (ADO 26) e do Mandado de Injunção de nº 4773 (MI 4733), julgadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2019, e que culminou com a criminalização da homotransfobia, ao equipará-la ao crime de Racismo, previsto na lei nº 7.716/89.

É feita conceituação de discurso de ódio, tomando por base diversos pontos de vista, como o do Supremo Tribunal Federal na ocasião da criminalização da homotransfobia, comparações com o Direito Norte-americano e Alemão, finalizando com a definição trazida pela Convenção Interamericana Contra Todas as Formas de Discriminação e Intolerância, da qual o Brasil é signatário. A despeito da referida Convenção, são realizados apontamentos quanto aos impactos de sua internalização ao direito brasileiro e os possíveis reflexos na questão do discurso de ódio LGBTfóbico, proferido com argumentos de ordem religiosa.

No tocante à metodologia, este estudo valeu-se do método dedutivo, passando pelas seguintes etapas: revisão bibliográfica, com o intuito de delimitar conceitos importantes, como direitos humanos fundamentais, liberdade religiosa, identidade de gênero, orientação sexual, cisheteronormatividade, discurso de ódio e Estado Democrático de Direito; estudo sociológico e teológico acerca da relação entre moralidade sexual e cristianismo, com enfoque nos escritos de Tomás de Aquino, Agostinho e Foucault; Análise do julgado da ADO 26 e do MI 4733 pelo STF, que criminalizou a homotransfobia no Brasil; sob a ótica do Direito Constitucional Internacional, analisou-se a Convenção Interamericana Contra Todas as Formas de Discriminação e Intolerância, apontando seus possíveis reflexos na questão entre a liberdade

religiosa e o discurso de ódio LGBTfóbico; e análise dos dados levantados no último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), de 2010, sobre a religiosidade dos brasileiros, cruzando tais informações com as levantadas pelo Grupo Gay da Bahia e pela Transgender Europe acerca da LGBTfobia no Brasil.

2 LIBERDADES RELIGIOSA E SEXUAL ENQUANTO DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Ao longo deste capítulo, pretende-se demonstrar que a livre expressão da fé, da orientação sexual (Melo; Sobreira, 2018)¹ e da identidade de gênero (Melo; Sobreira, 2018)² é indissociável da noção de dignidade da pessoa humana, por ser elemento crucial da personalidade, havendo existência digna apenas quando

respeitada a subjetividade de cada indivíduo e sua forma de se colocar no mundo, considerandoos sujeitos em sua unicidade e a sociedade como diversa, não como um composto homogêneo. Por essa razão, as liberdades sexual e religiosa são, simultaneamente, direitos humanos fundamentais, como será detalhado adiante.

O apreço pela liberdade, enquanto valor primordial aos seres humanos, remonta extenso passado histórico, perpassando eventos marcantes, tais como o Iluminismo e o período pós Segunda Guerra Mundial, merecendo destaque os seguintes trechos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789:

Artigo 1º- Os homens nascem e são **livres** e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.

Artigo 2º- O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a **liberdade**, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão

Artigo 4º- A **liberdade** consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei.

Artigo 11º- A **livre** comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do Homem; todo o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na Lei (Organização das Nações Unidas, 1948).

Assim, pelo valor essencial que a humanidade atribui à liberdade, em sentido amplo - aqui compreendendo a autonomia individual, a possibilidade de autodeterminação, o respeito à cultura, a livre expressão de ideias e etc. -, devem as liberdades sexual e religiosa ser consideradas direitos humanos fundamentais. Isso significa atrelá-las a aspectos indenitários dos indivíduos, sem os quais não há existência digna. São, portanto, bens jurídicos de suma relevância, que reclamam o reconhecimento e a tutela do Direito por sua própria natureza.

¹ “Orientação sexual é a identidade atribuída em função da atração sexual: se esta se direciona a alguém do mesmo gênero, denomina-se de homossexual, sendo gay (homem homossexual) ou lésbica (mulher homossexual); se, ao contrário, a alguém do gênero oposto, denomina-se heterossexual; se pelos dois gêneros, de bissexual; se há ausência parcial ou total de atração sexual, independente do gênero, trata-se de assexual. Dessa maneira, a orientação sexual está atrelada ao sentido do desejo sexual do indivíduo, se pelo mesmo sexo, pelo oposto, por ambos ou por nenhum deles.”

² “Enquanto sexo é termo biológico, relacionado às características físicas, como a genitália, hormônios e cromossomos, para designar homem e mulher, o gênero é social, relacionado-se às características culturalmente atribuídas ao masculino e ao feminino. Assim o *cisgênero* é a pessoa que se identifica com o gênero a ela designada no nascimento. Já *transgênero*, termo “guarda-chuva” que abrange identidades plurais, é aquele que não se identifica com seu sexo biológico, ou seja, com o gênero a ela designado ao nascer. Logo, identidade de gênero é o gênero ao qual a própria pessoa se reconhece e se expressa no mundo, para além de seu sexo biológico.”

Dignidade da pessoa humana, por sua vez, é o princípio norteador de todo o Direito, pelo qual toda pessoa, por si só, merece ser reconhecida em sua humanidade. Isto é, confere-se o mais alto valor à vida humana, respeitando toda a integralidade do ser, individual e socialmente considerada. É um paradigma (Cruz, 2009, p. 2)³ moral mínimo do Direito, pelo qual ao sujeito dever ser assegurada uma existência digna, não somente sua sobrevivência.

Representa, pois, uma liberdade do sujeito frente ao Estado e aos particulares, ultrapassando as barreiras do direito positivo doméstico. Logo, por decorrerem diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos humanos designam um conjunto de direitos necessários à salvaguarda de uma vida humana digna, sendo universais por terem aprópria humanidade como bem jurídico tutelado (Moraes, 2003).

O conceito de Direitos Humanos Fundamentais evoluiu ao longo do tempo. Inicialmente, para o jusnaturalismo, corrente doutrinária datada dos séculos XVI a XVIII, os direitos humanos são direitos naturais, ou seja, inerentes à condição humana e, portanto, universais e independentes de positividade, sendo ainda limites para ação do Estado. O fundamento desses direitos naturais diverge a depender da corrente jusnaturalista, sendo primeiramente compreendidos como decorrentes de uma lei divina revelada aos homens, posteriormente, de uma “lei natural” e, finalmente, de uma ordem natural das coisas racionalmente identificada (Bobbio, 2004).

Já o juspositivismo, corrente jurídica do século XIX, impulsionada pela corrida científica da época, pode ser considerada uma contraposição ao jusnaturalismo, posto que defende a necessidade de positividade das normas para a validade do direito. Assim, os direitos humanos, na lógica juspositivista são a garantia da existência digna e a liberdade dos indivíduos perante o Estado quando expressos no ordenamento jurídico, constituindo assim um conjunto de liberdades negativas e positivas frente à ação estatal, efetivadas a partir da positividade. Tal necessidade de positividade das normas advém dos abusos do poder estatal anteriormente cometidos ao longo da História, de modo que o apego à norma escrita passou a ser entendido como instrumento de garantia das liberdades individuais frente ao Poder Público nos sistemas normativos de cada Estado, ou seja, direitos positivos particulares (Bobbio, 2004).

Atualmente, apesar de certa divergência doutrinária, prevalece a ideia de que os direitos humanos são, na verdade, fruto de uma construção histórica a partir das lutas sociais por dignidade humana, perfazendo um conteúdo valorativo emancipatório. Ou seja, com a consciência de humanidade que a sociedade hoje denota, após tantos eventos históricos, como revoluções e guerras, entende-se que certos direitos são fundamentais porque sem eles não é possível uma existência humana digna.

Assim esclarece Flávia Piovesan, em sua obra *Direitos Humanos e do Direito Constitucional Internacional*:

Defende este estudo a historicidade dos direitos humanos, na medida em que estes não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos são fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana, o que compõe um construído axiológico emancipatório. Como leciona Norberto Bobbio, os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direitos) para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais. (Piovesan, 2021, p. 173)

No mesmo sentido, Ignacy Sachs defende a historicidade dos direitos humanos:

³ “Paradigmas são realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade praticante de uma ciência”.

Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos. (Sachs, 1988, p. 156)

Com efeito, identificar as liberdades religiosa e sexual enquanto direitos humanos fundamentais ultrapassa uma questão meramente teórica, traduzindo-se como verdadeiro instrumento da consecução de tais direitos. Para além da classificação, a questão central no tocante aos direitos humanos é garantir seu efetivo exercício, como assevera Norberto Bobbio: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.” (Bobbio, 2004, p. 16).

Impende ressaltar, que, por disposição constitucional, o Brasil tem por compromisso a prevalência dos direitos humanos, o respeito à diversidade e a eliminação de quaisquer formas de discriminação, adotando a dignidade da pessoa humana e o pluralismo como valores fundamentais do Estado, objetivando o alcance da justiça social. São consequências da forma de Estado Democrático de Direito, isto é, um Estado limitado por leis, com vistas a proteger as liberdades individuais, e que objetiva a promoção da equidade no corpo social (Brasil, 1988).

Conceituando em apartado, o direito à liberdade religiosa se subdivide em uma série de outros direitos: liberdade de consciência, de crença, de culto, de organização religiosa, de ensino e pregação, como preconizam o art. 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o art. 12 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, 1969), tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

O conceito de religião, por si só, é demasiado amplo, abrangendo a crença em um sagrado divino e sobrenatural, para além de uma sistematização dogmática ou rigor científico, como acentua Teraoka:

Para nós, religião é a crença e a manifestação da crença no poder divino ou sobrenatural. Baseada totalmente na fé, ainda que haja pretensão à correção científica por parte de seus seguidores. Também não é necessária sistematização teológica, nem unidade organizacional ou mesmo vinculação a determinado a um líder. Assim, para a proteção constitucional, será considerada religião o candomblé, o cristianismo, o espiritismo, o islamismo, o budismo, a prática de cartomancia e necromancia, a crença e a crença em “filosofias orientais” como Seicho-no-ie, etc. Basta, assim, a ligação a um aspecto sobrenatural, ainda que não seja ligado a um deus pessoal (Teraoka, 2010, p. 44-45)

A despeito da liberdade de consciência, tem-se que esta é mais extensa que a liberdade religiosa em si, pois implica na possibilidade de o indivíduo ater-se às próprias convicções, sejam elas de natureza religiosa ou não. Como esclarece Jorge Miranda:

A liberdade de consciência é mais ampla e compreende quer a liberdade de ter ou não ter religião (e de ter qualquer religião) quer a liberdade de convicções de natureza não religiosa (filosófica, designadamente) e por outro lado, a liberdade de consciência releva, por definição, só do foro individual, ao passo que a liberdade religiosa possui também uma dimensão social e institucional. (Ody, 2000, p. 172)

Já a liberdade de crença abarca, além dos aspectos internos do indivíduo, pensamentos e ideias, também a exteriorização de tal crença por meio das práticas religiosas, tais como ritos e orações. Por outro lado, a liberdade de culto denota especialmente o exercício público de rituais religiosos e a realização de reuniões públicas de cunho religioso (Teraoka, 2020).

Destarte, ao categorizar a liberdade religiosa como direito fundamental, expresso no rol de direitos e garantias individuais da Constituição Federal de 1988 (CF/88), o Estado brasileiro reconhece ao cidadão uma reserva pessoal de sua intimidade e autonomia na tomada de decisões. Por corresponder à autonomia da vida privada, sendo uma liberdade civil e política clássica, a liberdade religiosa é ainda classificada como direito fundamental de primeira geração (Bonavides, 2010).

Ademais, atrela-se à noção de dignidade humana porque equivale ao domínio do sujeito sobre sua própria consciência, sobre a possibilidade de viver conforme suas convicções e expressar livremente sua crença, ou mesmo sua não crença, elementos sem os quais não há que se falar em existência livre e digna. É preciso considerar que para aquele que crê, a fé, seja em sua dimensão introspectiva ou em externalização ritualística, possui um apreço especial, correspondendo aos mais íntimos valores que direcionam todas suas condutas. Nesse sentido:

A religiosidade de uma pessoa reúne tudo que lhe é mais caro, toca em seu senso de significado, em seu propósito de vida, seus valores éticos que a auxiliam a diferenciar o certo do errado. A crença no transcendente tem um peso existencial muito maior do que qualquer outra motivação terrena, pois, para aquele que crê, trata-se de peso eterno. Para aquele que acredita no sobrenatural, ser livre para poder ser coerente com o que se acredita define a sua qualidade de vida neste mundo e como deverá ser sua vida no mundo do porvir. Por isso, as liberdades ligadas à religião devem ser respeitadas por todos e protegidas pelo Estado (Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2023, p.14)

Notoriamente, o Brasil é um país com forte influência da religião, sobretudo do Cristianismo, como demonstram sua história de sua formação e composição populacional. dados do último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), de 2010, apontam que cerca de 91,96% (noventa e um vírgula noventa e seis por cento) da população brasileira professa alguma religião, sendo 64,99% (sessenta e quatro vírgula noventa e nove por cento) de católicos e 22,89% (vinte e dois vírgula oitenta e nove por cento) de evangélicos. Sendo assim, 87,88% (oitenta e sete vírgula oitenta e oito por cento) dos brasileiros se autodeclararam cristãos, segundo o último censo publicado.

Ressalta-se que o processo de formação do Estado Brasileiro valeu-se em muito do discurso cristão enquanto estratégia de dominação política. O pretexto de espalhar a fé cristã sustentou o apagamento de culturas dos povos originários nas missões jesuítas de catequização durante o período colonial e a escravização de africanos e indígenas. A narrativa dominante, portanto, era, sob o viés colonizador branco europeu, do Cristianismo enquanto única verdade legítima possível (Novais, 1997).

Apenas com a Constituição de 1891 é que o Brasil consagrou a separação do Estado e da Igreja Católica. Até então, o Catolicismo era a religião oficial do Estado, sendo proibidas todas as demais religiões (Emmerick, 2010). Com a Constituição da República de 1988, é promulgada a laicidade do Estado, ou seja, a separação oficial da Igreja e Estado, garantindo a liberdade religiosa e autonomia das decisões políticas com relação às normas religiosas. Assim, os cidadãos são livres para atermem-se à sua própria crença ou mesmo à sua não crença (Nunes, 2021).

Isso significa dizer que a sociedade brasileira adota como princípios basilares a dignidade da pessoa humana, a liberdade e o pluralismo, reservando aos sujeitos a autodeterminação, a intimidade, a liberdade de pensar e se expressar, o que implica não somente na liberdade religiosa, mas em uma liberdade em sentido amplo, englobando também a liberdade sexual. Trata-se de uma consequência evidente do paradigma do Estado Democrático de Direito (Mendes, 2018).

A liberdade sexual, por sua vez, está também intimamente ligada à noção de dignidade

da pessoa humana, compreendendo a livre expressão da sexualidade, *lato senso*, seja da orientação sexual e identidade de gênero, livre escolha dos parceiros e constituição familiar, direito à saúde sexual, respeito aos pronomes, combate à discriminação, dentre tantos outros. Mais que isso, pensar em direito à liberdade sexual, implica em reconhecer que a sexualidade, para além de um aspecto da subjetividade, interfere diretamente na forma como o sujeito é lido em sociedade, clamando, portanto, pelo reconhecimento e proteção da diversidade sexual pelo Estado. Como assevera Maria Berenice Dias:

Indispensável que se reconheça que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, albergando a liberdade da livre orientação sexual. (Dias, 2001, p.1)

O conceito de sexualidade é bastante amplo, podendo ser compreendido por diversas perspectivas, como a psicanalítica, sociológica ou mesmo jurídica. De modo sucinto, a sexualidade, para a psicanálise, não se limita ao sexo, mas engloba todo um complexo da vida psíquica do indivíduo e da cultura, que acompanha o sujeito desde o nascimento até a morte. Assim, “a sexualidade transcende à consideração meramente biológica, centrada na reprodução e nas capacidades instintivas” (Nunes, Silva, 2006, p.73).

Já a sociologia, investiga o impacto da sexualidade no corpo social, na normatização, nas estruturas de poder, dentre outros aspectos do coletivo. Para Bozon (2004, p.145), “os debates públicos contemporâneos sobre as questões sexuais suscitam indagações tanto sobre o sentido das mudanças recentes na sexualidade quanto sobre as evoluções da sociedade”.

Segundo a Organização Mundial da Saúde, sexualidade é:

Uma energia que nos motiva para encontrar amor, contato, ternura e intimidade; ela integra-se no modo como sentimos, movemos, tocamos e somos tocados, é ser-se sensual e ao mesmo tempo ser-se sexual. A sexualidade influencia pensamentos, sentimentos, ações e interações e, por isso, influencia também a nossa saúde física e mental. (Organização Mundial da Saúde, 2017)

Para fins jurídicos, o direito à liberdade sexual pode ser entendido como um direito fundamental, simultaneamente, de primeira e de segunda geração, pois é uma liberdade individual que, ao mesmo tempo, confere um tratamento isonômico a todos, independente da orientação sexual e identidade de gênero. É ainda um direito de terceira geração, pois as pessoas LGBTQIAP+ (lésbicas, bissexuais, transexuais, *queers*, intersexuais, assexuais, pansexuais e outros), socialmente consideradas, são tidas como minoria qualitativa, em razão do contexto histórico de discriminação e violência, de tal modo que o direito à liberdade sexual é também um direito social.

No entanto, é preciso ressaltar que essa identificação da livre expressão da sexualidade enquanto direito fundamental, ligada à dignidade humana, é uma construção histórica recente. Não se pode olvidar que até o século XVIII, prevalecia a corrente jurídica jusnaturalista, na qual os direitos fundamentais são inerentes à natureza humana, em razão de uma “ordem natural” das coisas, ditadas pela vontade de Deus.

A vontade de Deus, para além de fundamentar os direitos naturais, seria também o pressuposto de validade do Direito, de modo que uma norma jurídica somente seria justa se em conformidade aos desígnios divinos. Neste contexto, destacam-se as figuras de Agostinho e

Tomás de Aquino, nomes de extrema relevância para a filosofia medieval e para o pensamento Cristão em geral.

A esse respeito, Tomás de Aquino, na obra *Suma Teológica*, estabelece a existência de quatro leis: a Lei Eterna, que denota a ordenação do *cosmos* por Deus definida; a Lei Divina,

que é a revelação dos desígnios divinos nas Sagradas Escrituras; a Lei Natural que a capacidade do homem de apreender o que é bom e o que é mau, por meio do exercício da razão; e, por fim, a Lei Humana, referindo-se às leis escritas pelo homem, o próprio Direito (ordenamento jurídico), de modo que uma lei humana somente é justa se em conformidade à Lei Eterna. Existe, pois, uma sequência lógica entre tais Leis: a lei humana é justa, se em conformidade com a vontade divina; o homem apreende tal vontade do Transcendente, por meio de sua racionalidade (lei natural), valendo-se das Sagradas Escrituras (Lei Divina), as quais contêm a Lei Divina, ou seja, a ordem natural do cosmos, que fora estabelecida por Deus.

Assim, se a ordem natural das coisas, que dita o Direito, for a união do homem e da mulher para procriação, pois o mandamento divino seria “Sede fecundos, disse-lhes ele, multiplicai-vos e enchei a terra” (Gênesis 9:1), infere-se que a natureza das coisas, e mesmo a própria vontade de Deus, é a *cisheteronormatividade* (Grimm; Bagagli, 2017, p. 159- 160)⁴. Ou seja, homens e mulheres devem viver conforme seu sexo biológico, relacionando-se sexualmente apenas com pessoas do gênero oposto e gerar filhos.

Como se extrai da do Catecismo da Igreja Católica, livro que contém as orientações gerais sobre os dogmas e preceitos do catolicismo, a homossexualidade é tida como uma contrariedade a ordem natural das coisas por Deus estabelecida. Vide:

2357 A homossexualidade designa as relações entre homens ou mulheres, que experimentam uma atracção sexual exclusiva ou predominante para pessoas do mesmo sexo. Tem-se revestido de formas muito variadas, através dos séculos e das culturas. A sua génese psíquica continua em grande parte por explicar. Apoiando-se na Sagrada Escritura, que os apresenta como depravações graves
(103) a Tradição sempre declarou que «os actos de homossexualidade são intrinsecamente desordenados
(104). São contrários à lei natural, fecham o acto sexual ao dom da vida, não procedem duma verdadeira complementaridade afectiva sexual, não podem, em caso algum, ser aprovados. (Catecismo Igreja Católica, 1993, p. 662).

Por mais que a doutrina Católica oriente para o acolhimento e não discriminação, nos termos de seu Catecismo, a homossexualidade não é encarada enquanto um aspecto identitário ou como um atributo da personalidade, mas como uma prática sexual, da qual o sujeito pode abrir mão, auto impondo-se a castidade, de modo a adequar-se aos preceitos do Catolicismo.

Logo, se o “natural” é o *cisheteronormativo*, a homotranssexualidade é o desvio da norma moral, social e religiosa dominante. Mais que isso, se essa norma dominante, embasada na Lei Divina, é o fundamento do Direito, a homotranssexualidade é mais que um desvio moral de conduta ou um pecado, é um desvio da norma legal, não merecendo seu reconhecimento e tutela pelo Estado, ou ainda, requer sua erradicação do corpo social. Não se pode desconsiderar a íntima relação do Direito com o Cristianismo, como já mencionado outrora.

Quanto aos tribunais, podiam condenar tanto a homossexualidade quanto a infidelidade, o casamento sem consentimento dos pais ou a bestialidade. Na ordem civil como na ordem religiosa o que se levava em conta era um ilegalismo global. Sem dúvida, o “contra-a-natureza” era marcado por uma abominação particular. Mas era percebido apenas como uma forma extrema do “contra-a-lei”; também infringia decretos tão sagrados como os do casamento e estabelecidos para reger a ordem das coisas e dos seres. As proibições relativas ao sexo eram, fundamentalmente, de natureza jurídica. (Foucault, 2013, p. 38.)

⁴ “A heteronormatividade presume a cisheteronormatividade, na sua legitimação dos relacionamentos heterossexuais. Isso é: pressupõe também a inexistência ou a marginalização de pessoas trans – pressupõe também a possibilidade de “curar” pessoas trans, pra que se reconheçam dentro da identidade que lhes foi designada pelo estado”.

Sendo assim, a ideia de uma identidade LGBTQIAP+, isto é, a noção de que uma prática sexual configura um sujeito no tempo, trazendo reflexos sociais, é uma construção histórica recente, dada a partir das lutas sociais pelo reconhecimento de direitos e combate à discriminação desses grupos minoritários ao longo de séculos de exclusão e repressão, o que reforça a tese da historicidade dos direitos humanos fundamentais.

Com a corrida científica empreendida no século XIX, emergiu o discurso médico regulador de práticas sociais e, nesse contexto, a homotranssexualidade passa a ser entendida pela psiquiatria como “corpos perversos”, por perverterem uma lógica de funcionamento “natural”, pela psicanálise como uma inversão do Édipo e para sociologia como condutas que divergem da norma socialmente estabelecida.

Por sua vez, Michael Foucault (2013), que se dedicou ao estudo da relação entre Poder e Religião, e seus impactos no controle da sexualidade dos corpos pelo Estado, atribui o surgimento de uma identidade LGBTQIAP+ à organização política desses grupos minoritários em resposta aos discursos discriminatórios sofridos ao longo de anos de estigmatização e violência. É um contraponto aos históricos discursos da perversidade, sodomia e patologia (Foucault, 2013).

Assim, tem-se que ao elencar a liberdade e dignidade como princípios norteadores do Direito pátrio, o Estado brasileiro compromete-se com o respeito à subjetividade dos indivíduos, na formação livre de suas convicções e autonomia nas tomadas de decisão, o que abrange tanto sua livre orientação sexual e identidade de gênero, como também a liberdade de crença, reconhecendo e reclamando a tutela jurisdicional do Estado.

3 DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA: JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO DE Nº 26 E DO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4733

No dia 13 de junho de 2019, no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO 26) e do Mandado de Injunção de nº 4733 (MI 4733), o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela criminalização da homotransfobia⁵, em razão de injustificável inércia do Poder Legislativo na edição de normas protetivas à comunidade LGBTQIAP+, historicamente estigmatizada e vulnerável, reconhecendo o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional, enquadrando a LGBTfobia ao crime de racismo previsto na lei nº 7.716/89, partindo do conceito ontológico de racismo, construído no precedente do caso Ellwanger (HC 82.424/RS, STF, Tribunal Pleno).

A ADO 26 foi proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS) e o MI 4733 pela Associação Brasileira de Gays Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), ambas tendo como advogado o ilustríssimo professor Doutor Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. As ações tinham por fundamento a alegação de inércia legislativa do Congresso Nacional que, agindo em estado de mora inconstitucional, estaria se omitindo quanto à criação de norma específica para a tipificação e cominação penal da homotransfobia, de modo que a comunidade LGBTQIAP+ estaria recebendo do Estado brasileiro uma proteção deficiente.

Os autores pleiteavam, então, o reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso

⁵ A sigla LGBTQIAP+ (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, *queers*, intersexo, assexuais, pansexuais e outros) sofreu modificações ao longo do tempo, com o objetivo de englobar as variações do espectro de possibilidades de orientação sexual e de identidade de gênero. Assim, para os fins deste presente trabalho, o termo “homotransfobia” será utilizado como sinônimo de LGBTfobia, abarcando a prática de condutas discriminatórias a qualquer pessoa integrante da comunidade LGBTQIAP+, em razão de sua orientação sexual e/ou identidade de gênero.

Nacional no tocante à específica criminalização de condutas LGBTfóbicas, propondo a fixação de um prazo razoável para que o Congresso aprovasse legislação nesse sentido. Requereram, ainda, na hipótese de não cumprimento da imposição legiferante do STF ao Congresso Nacional, a inclusão imediata da homotransfobia no conceito ontológico de Racismo¹², de modo que as condutas de discriminação, motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima⁶, fossem enquadradas na Lei do Racismo, Lei n.º 7.716/89, ou outra lei que venha substituí-la, de modo a efetivamente punir a LGBTfobia. Solicitaram, por fim, o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, em razão de mora inconstitucional, a fim de indenizar as vítimas de LGBTfobia, afetadas pela inércia do Estado.

Segundo os autores, há uma ordem constitucional que impõe ao Estado o dever de legislar sobre o Racismo e demais formas de discriminação e práticas atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, de modo a efetivamente combatê-las. Isso porque a Constituição Federal é o instrumento que assegura o Estado Democrático de Direito, zelando, dentre outros princípios, pela dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, visando a consecução concreta dos direitos humanos fundamentais. Desse modo, os requerentes argumentam que a ausência de uma legislação específica sobre a criminalização da homotransfobia confere às pessoas LGBTQIAP+ uma proteção estatal deficiente, o que é inconstitucional, em razão do dever do Estado de legislar sobre a proteção de direitos e liberdades fundamentais e combate à discriminação, conferido pela própria Constituição.

Em resposta, o Senado sustentou não haver mora inconstitucional, indicando diversos projetos de lei que passaram pelo Congresso com o objetivo de criminalizar condutas discriminatórias motivadas pela sexualidade, desde 1997 a 2014, como PL Nº 5576/2013 e PL Nº 1959/2011, com o fito de demonstrar que o Poder Legislativo não esteve inerte quanto ao problema da LGBTfobia no país.

Ocorre que tais projetos não se concretizaram na efetiva produção legal e, por diversas vezes, os prazos para votação e exame desses projetos de lei foram adiados, o que, segundo o PPS e ABGLT, evidencia claramente a mora legiferante do Congresso Nacional em conferir uma proteção efetiva à população LGBTQIAP+.

Segundo o ministro relator, quando o texto constitucional impõe uma incriminação a condutas atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, bem como ao racismo - “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (CF, art. 5º, XLI e “a prática do racismo constitui crime (...), nos termos da lei” (CF, art. 5º, XLII) - há uma clara determinação ao poder estatal de criação normativa a fim de promover efetiva proteção às liberdades individuais, bem como o combate ao racismo e demais formas de discriminação.

Assim, o STF acolheu a alegação dos autores da ADO 26 e do MI 4733 de que, ao se omitir quanto à específica criminalização da homotransfobia, o Congresso Nacional atuou em desconformidade com a imposição constitucional legiferante, tendo por consequência uma proteção deficiente à população LGBTQIAP+, agindo, portanto, em evidente inconstitucionalidade por omissão.

O Supremo reconheceu ainda o nexos causal entre o dever do Poder Público de legislar, conferido pela própria Constituição, e a real omissão do Poder Legislativo ao frustrar a criação normativa destinada à tipificação e cominação penal específica da homotransfobia, traduzindo-se em um comportamento negativo do Estado que afronta mandamento constitucional e coloca em xeque a efetivação de direitos e liberdades fundamentais das pessoas LGBTQIAP+, estando presentes, portanto, os requisitos condicionantes da declaração de inconstitucionalidade por

⁶ A noção de conceito ontológico de Racismo, sustentada pelos autores da ADO 26 e do MI 4733, tem por referência a decisão do STF no julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.424/RS que, partindo da definição constitucional de racismo, prevista no art. 5º, inciso XLII, da CF/88, considerou que racismo é uma segregação de grupos humanos por razões políticas e culturais, extrapolando, portanto, uma dimensão meramente genética ou biológica de “raça”.

omissão.

4 DOS POSSÍVEIS LIMITES ENTRE A LIBERDADE RELIGIOSA E O DISCURSO DE ÓDIO HOMOTRANSFÓBICO

Na ocasião do julgamento da ADO 26 e do MI 4733, já havia certa preocupação quanto a possíveis limitações ao exercício da liberdade religiosa impostas pela criminalização da homotransfobia, estando presentes no julgamento membros da comunidade evangélica, como a Associação Nacional de Juristas Evangélicos (ANAJURE), a Frente Parlamentar mista da Família e Apoio à Vida e a Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas (COBIM), todos na condição de *amicus curiae*, o que, de certa forma, pressionava o Supremo.

Nã oportunidade, a Corte respondeu que a liberdade religiosa não sofreria qualquer limitação com a criminalização da LGBTfobia, sendo a liberdade religiosa um direito fundamental constitucionalmente assegurado, desde que não implique em um discurso de ódio, “assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero”.

Ocorre que, em termos práticos, a identificação do discurso de ódio e, portanto, a distinção entre o exercício constitucional da liberdade religiosa e uma conduta homotransfóbica, não é tão simples quanto parece. Isso porque, como explicado no capítulo “*da histórica relação entre o cristianismo e a homotransexualidade*”, do presente trabalho, historicamente, uma parcela significativa do Cristianismo, foco desta pesquisa, considera a homossexualidade e a transexualidade como comportamentos moralmente desviantes, que transgridem seus preceitos religiosos. Assim, a orientação para o casamento monogâmico heterossexual, a procriação, a identificação do gênero com o sexo biológico e os respectivos papéis de gênero reservados a homens e mulheres, em suma, a observância à cisheteronormatividade e o conseqüente desabono à homotransexualidade, constituiriam pontos da moral religiosa dessa parcela cristã.

A questão, portanto, é como preservar o livre exercício da religião, direito fundamental constitucionalmente estabelecido, e, ao mesmo tempo, assegurar a proteção às pessoas LGBTQIAP+, dissidentes das normas de gênero e sexualidade socialmente estruturadas, garantindo também os seus direitos e liberdades individuais constitucionais?

Ressalta-se, contudo, que não se trata de uma associação precipitada e descuidada do Cristianismo à homotransfobia. Ao contrário, como dito ao longo deste trabalho, o Cristianismo é uma religião com mais de dois mil anos de existência, presente em todos os continentes do globo e, portanto, sujeita às variações histórico culturais de sua alocação no tempo e espaço. Logo, não há uma unicidade do pensamento cristão, tampouco pretende-se esgotar neste estudo a imensidão de suas variantes.

Nesse diapasão, o constitucionalista Dr. Álvaro Ricardo Souza Cruz, em sua obra, *Direito à diferença* (2009), explica que o paradigma do Estado Democrático de Direito, termo cunhado por Habermas, deve ser o norteador da condução do Poder Público. Se o Estado de Direito demanda uma intervenção mínima do Estado na vida privada, visando a preservação das liberdades individuais, o Estado Democrático exige a participação estatal ativa na promoção da equidade, agindo afirmativamente frente aos grupos socialmente vulneráveis, como é o caso da comunidade LGBTQIAP+.

Com efeito, pensar numa definição de discurso de ódio, pautada no paradigma constitucional de Estado Democrático de Direito, para que não incorra num intervencionismo estatal arbitrário, nem forneça à população LGBTQIAP+ uma proteção deficiente, exige, pois, o reconhecimento de dois fatores: a) da intervenção mínima do Estado na vida privada e a conseqüente proteção constitucional à liberdade religiosa; b) situação fática de vulnerabilidade

da comunidade LGBTQIAP+, motivada pelo sentimento religioso. Conjugando esses dois elementos, é possível pensar em uma forma prática de solucionar o conflito.

4.1 Da proteção constitucional à liberdade religiosa e a identificação do discurso de ódio pelo animus injuriandi vel diffamandi

Inserida no contexto de Estado Democrático de Direito, a liberdade religiosa - compreendendo as liberdades de consciência, de crença, de culto, de organização religiosa, de ensino e pregação - corresponde à mais íntima esfera da autonomia privada, guardando diretarelacão com o princípio da dignidade humana, pois diz respeito à possibilidade do sujeito viver e se expressar conforme suas próprias convicções. Por essa razão, enquanto liberdade individualbásica, é considerada direito fundamental de primeira geração, alcançando proteção constitucional, conforme desenvolvido no segundo capítulo deste estudo.

Pensando na correlação entre o direito fundamental à liberdade religiosa e o paradigma constitucional de Estado Democrático de Direito, o Supremo Tribunal Federal, na ocasião do julgamento da ADO 26, destacou dois princípios constitucionais para a controvérsia da questão religiosa e a criminalização da homotransfobia: o **pluralismo**, o que implica no respeito à diferença; e a **laicidade do Estado** que, por sua vez, tem três principais consequências: a separação entre Igreja e Estado, a neutralidade axiológica do Estado em matéria confessional e a não interferência do Estado em questão de ordem confessional.

Desse modo, tem-se que, em razão da laicidade constitucional, o Estado brasileiro não tem natureza confessional, isto é, está formalmente desassociado da Igreja e não possui predileção ou repulsa a qualquer corrente religiosa, agindo com neutralidade valorativa frente a tais questões. Assim, com vistas a proteger a liberdade religiosa, não poderia o Estado interferir em matéria de ordem confessional, sob pena de incorrer em arbitrariedades que escapam aos limites constitucionais de atuação do Poder Público em um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a LGBTfobia seria uma espécie de crime contra a honra, isto é, que fere a dignidade, valor social e respeitabilidade pessoal, daquele que é ofendido (FERREIRA, 1994). Assim, para fins de responsabilização penal, a presença apenas do elemento objetivo da LGBTfobia, qual seja, a ofensa em razão da sexualidade e/ou identidade de gênero em si, se não conjugada com elemento subjetivo, isto é, o manifesto intuito de ofender dolosamente a outrem (*animus injuriandi vel diffamandi*), estaria descaracterizada a conduta criminosa, por não preencher todos os requisitos do tipo penal.

Ocorre que, ao definir o discurso de ódio pautado tão somente na presença explícita do *animus injuriandi vel diffamandi*, o STF acaba por desconsiderar as situações em que a manifestação do ódio se dá de forma velada, promovendo a discriminação de pessoas LGBTQIAP+, incitando a segregação e a violência, ainda que não seja possível identificar, de forma explícita, o propósito ofensivo.

4.2 Espécies de discurso de ódio: hate speech in form e hate speech in substance

Constatada a insuficiência da definição de discurso de ódio homotransfóbico pautada na presença manifesta do *animus injuriandi vel diffamandi*, por não solucionar situações em que, apesar de não ser possível identificar, de modo explícito, o intuito ofensivo, a manifestação incita a violência, segregação e discriminação contra pessoas LGBTQIAP+, é necessário pensarem alternativas para a resolução da problemática.

Para fins de comparação, o Direito Norte Americano adota uma visão mais ampla de liberdade, admitindo sua limitação apenas quando há o estímulo explícito à violência, desconsiderando o potencial ofensivo dos discursos de ódio sobre as vítimas, tomando por fundamento a neutralidade axiológica estatal e a conseqüente intervenção mínima do Estado

em âmbito privado. Não se trata, contudo, de uma proteção irrestrita à liberdade, mas esta somente será limitada em uma situação fática que viole outro direito fundamental. Já o Direito Alemão, em razão das atrocidades do período nazista, adota uma posição mais conservadora, prevenindo o discurso de ódio já no plano normativo (Schafer, Leivas e Santos, 2015).

Schafer, Leivas e Santos (2015), em seu artigo sobre discurso de ódio no contexto parlamentar, esclarecem que o discurso de ódio pode ser dividido em duas categorias: o *hate speech in form* e o *hate speech in substance*, sendo o primeiro a manifestação explícita do intuito ofensivo e o segundo quando a intenção de ofender a outrem é implícita.

Assim, no caso do *hate speech in substance*, ainda quando a intenção de ofender é velada, disfarçada de argumentos de ordem moral ou religiosa, reconhece-se que tal discurso incita a segregação, violência e estigmatização. Ou seja, há a presença *animus injuriandi vel diffamandi*, a intenção é de ofender e hostilizar, mas isso está implícito no discurso de ódio.

Os autores apontam, ainda, que uma das características do discurso de ódio é a repulsa ao diferente, a estigmatização e segregação daquele que diverge dos valores de quem profere o discurso, enxergando o outro como ameaça e inimigo. Há, assim, o acionamento do pânico moral, provocando um temor coletivo ao diferente, o que estimula a violência e a discriminação a grupos minoritários, alimentando sua vulnerabilidade social (Schafer, Leivas e Santos, 2015)

4.2.1 Da Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância e o compromisso do Estado Brasileiro com a prevenção e combate ao discurso de ódio

Firmada pelo Brasil em 05 de junho de 2013 e ratificada pelo Congresso Nacional em 10 de Janeiro de 2022, a Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Violência pode fornecer soluções para uma definição mais precisa de discurso de ódio, visando a efetivação concreta dos direitos humanos fundamentais (Schafer, Leivas e Santos, 2015), definindo que os Estados signatários têm o compromisso de prevenir, proibir, eliminar e punir todas as formas de manifestação que promovam a violência, discriminação, ódio e intolerância.

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, observado todo o trâmite formal de internalização ao direito pátrio, passam a integrar o ordenamento jurídico brasileiro com o patamar de emenda constitucional. Não há hierarquia entre as normas constitucionais, de modo que o tratado internacional que verse sobre direitos humanos, devidamente internalizado, como é o caso da Convenção Interamericana Contra Todas Formas de Discriminação e Intolerância, deve ser aplicado no caso concreto (Piovesan, 2022). Assevera-se que o Brasil integra o Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos, assumindo o compromisso na ordem internacional de cumprimento da referida Convenção (Schafer, Leivas e Santos, 2015).

Nesse sentido, as manifestações que incitem a discriminação, segregação e violência, motivadas pela identidade de gênero e/ou orientação sexual de determinada pessoa ou grupo, ainda quando intuito de ofender a outrem se dê modo implícito, camuflado por argumentos morais ou religiosos, poderiam ser consideradas como discurso de ódio, devendo, portanto, ser repudiadas pelo Direito brasileiro, ensejando a devida responsabilização.

Não há que se falar em arbitrariedade estatal. A liberdade religiosa segue assegurada constitucionalmente enquanto direito fundamental. Não seriam criminalizados preceitos, práticas ou dogmas religiosos. Trata-se, apenas, de considerar que a liberdade religiosa não é um direito absoluto, de modo que discursos que incitam a violência e a hostilização contra pessoas LGBTQIAP+, ainda quando ultrajados de argumentos de ordem moral e religiosa, ensejariam responsabilização, em razão de seu real potencial ofensivo, considerando a fática situação de vulnerabilidade social das pessoas dissidentes das normas de sexualidade e gênero.

Ademais, ao considerar o *hate speech in substance* LGBTfóbico, proferido com argumentos religiosos, enquanto um discurso de ódio criminoso, estaria preenchido o elemento

subjetivo dos crimes contra a honra, qual seja, o *animus injuriandi vel diffamandi*. Há, verdadeiramente, o intuito ofensivo de segregar e hostilizar pessoas LGBTQIAP+, mas a ofensa se disfarça de liberdade religiosa. Além disso, a internalização da Convenção Interamericana Contra Todas as Formas de Discriminação e Intolerância ao Direito Brasileiro, com o patamar de emenda constitucional, enseja sua aplicação imediata.

De fato, não se pode olvidar que, tanto a criminalização da homotransfobia (julgamento da ADO 26 e do MI 4733), que se deu em 2019, quanto a internalização da Convenção Interamericana Contra Todas as Formas de Discriminação e Violência, em 2022, são extremamente recentes, de modo que não é possível vislumbrar a dimensão de seus efeitos.

Assim, no presente momento, pelo pouco arcabouço empírico proporcionado pela jovialidade de tais fatos jurídicos, cabe aos operadores do Direito pensar, ainda no plano teórico, nas possíveis consequências da criminalização da homotransfobia e da internalização ao ordenamento jurídico pátrio da Convenção Interamericana Contra Todas as Formas de Discriminação e Intolerância, buscando alternativas que visem aferir, no plano concreto, a máxima efetividade dos direitos humanos fundamentais, partindo sempre do paradigma de Estado Democrático de Direito, orientador de toda conduta estatal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Liberdades religiosa e sexual são, simultaneamente, direitos humanos fundamentais, por decorrerem diretamente do princípio da dignidade humana, correspondendo à mais íntima esfera da liberdade e da possibilidade viver conforme suas próprias convicções. Inserem-se na lógica de Estado Democrático de Direito, isto é, um Estado limitado por leis, com vistas a proteger as liberdades individuais, bem como promover a equidade no corpo social, assumindo proteção constitucional.

O julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733, pelo Supremo Tribunal Federal, em 2019, culminaram com a criminalização da homotransfobia. Na ocasião, o STF reconheceu que o Congresso Nacional agiu com mora inconstitucional, omitindo-se quanto ao seu dever constitucional de legislar sobre o racismo e outras formas de violação aos direitos humanos, ao não criar uma legislação específica de combate à homotransfobia. Tratando em específico sobre as possibilidades de limitação ao exercício da liberdade religiosa trazidas com a criminalização da homotransfobia, mostrou-se que, na ocasião do julgamento da ADO 26 e do MI 4733, o STF posicionou-se no sentido de que não haveria qualquer limitação à liberdade religiosa, por se tratar de direito fundamental, constitucionalmente assegurado, apoiando-se, ainda na laicidade estatal que implicaria na neutralidade axiológica e não interferência do Estado frente a questões de ordem confessional.

Para o Supremo, a LGBTfobia é uma espécie de crime contra honra e, para a completa subsunção ao tipo penal, é necessária a presença de um elemento subjetivo: o *animus injuriandi vel diffamandi*, que consiste no manifesto intuito de ofender a outrem. E, uma vez não podendo ser presumido, discursos religiosos, ainda que provoquem o dissenso no corpo social, não podem, por si só, constituir crime, sob pena de incorrer em uma intervenção estatal excessiva no âmbito privado.

Foram apresentadas duas espécies de discurso de ódio: o *hate speech in form*, entendida como a manifestação explícita do intuito odioso, e o *hate speech in substance*, sendo a manifestação velada do discurso de ódio, por meio da utilização de argumentos de ordem moral, religiosa, humorística, entre outros. Utilizou-se o conceito de discurso de ódio como toda e qualquer manifestação que incite a violência, hostilização e segregação de pessoas ou grupos, por motivos raciais, de sexualidade, de gênero, de procedência nacional, de religião, de capacitismo, ou discriminação de quaisquer outras naturezas.

Destacou-se que o discurso de ódio tem por característica a repulsa ao diferente, desenvolvendo estigmas que constroem uma visão do outro como ameaça ou inimigo, incitando verdadeiramente a violência e hostilização. De tal modo que, ainda quando manifestado de forma velada, o discurso de ódio possui elevado potencial ofensivo, não podendo ser ignorados os efeitos que exercem sobre suas vítimas.

Demonstrou-se que, após assinar a Convenção Interamericana Contra Todas as Formas de Discriminação e Intolerância, em 05 de junho de 2013, o Brasil internalizou o documento em seu ordenamento jurídico, seguindo todo o trâmite formal necessário à internalização de tratados internacionais de direitos humanos no direito pátrio, ao patamar de emenda constitucional, tendo sido publicado em 10 de janeiro de 2022, o decreto nº 10.932, promulgando a referida Convenção.

Com a convenção, o Brasil, integrante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, comprometeu-se na ordem internacional a prevenir, proibir, erradicar e punir todas as formas de discurso de ódio que incitem a estigmatização, hostilização e violência contra pessoas ou grupos, em razão de discriminação de quaisquer naturezas. Estaria aqui incluído, então, o discurso de ódio LGBTQfóbico, ainda que manifestado de forma velada por argumentos morais e religiosos, na modalidade de *hate speech in substance*.

Ressaltou-se que por ser internalizado ao patamar de emenda constitucional e por versar sobre direitos humanos, a Convenção Contra Todas as Formas de Discriminação e Intolerância exige aplicação imediata, destacando a não existência de hierarquia entre normas constitucionais.

Com efeito, o referido estudo defendeu que a aplicação da aludida Convenção para fins de responsabilização de discursos de ódio proferidos com fundamentos religiosos, não ensejaria em uma intervenção estatal arbitrária na vida privada, nem criminaliza preceitos, dogmas ou práticas religiosas. Trata-se, apenas, de considerar que a liberdade religiosa não um direito absoluto e que determinados discursos revelam demasiado potencial ofensivo e contribuem para a vulnerabilização de pessoas LGBTQIAP+.

Em contraponto, pela jovialidade da criminalização da homotransfobia, de 2019, e da internalização da Convenção Contra Todas as Formas de Discriminação e Intolerância ao ordenamento pátrio, em 2022, não é possível vislumbrar, ao certo, a dimensão de seus efeitos. O presente estudo propõe-se, então, partindo do paradigma de Estado Democrático de Direito, a realizar críticas e apontamentos, no plano teórico, para que, no futuro, seja possível a máxima efetivação dos direitos humanos fundamentais na realidade fática.

REFERÊNCIAS

A BÍBLIA Sagrada: equivalência dinâmica. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

AGOSTINHO, Aurélio (Santo Agostinho). **Confissões**. Tradução J.Oliveira Santos, S.J. e A, Ambrósio de Pina, S. J. São Paulo: Editora Nova Cultural (Coleção Os Pensadores), 2004.

AGOSTINHO, Aurélio (Santo Agostinho). **De Civitate Dei, vol. III**. Tradução J.Oliveira Santos, S.J. e A, Ambrósio de Pina, S. J. São Paulo: Editora Nova Cultural (Coleção Os Pensadores), 2004.

ALMEIDA, Jesualdo Eduardo de; FACHIN, Zulmar; CARVALHO, Alcelino Rodrigues... [et al]. Direitos fundamentais e cidadania. 1. ed. São Paulo: editora Método, 2008.

ALTMAN, Carlos. Ana Paula Valadão afirma que Aids é doença de homossexual e polêmica

viraliza nas redes sociais. **Estado de Minas**. Belo Horizonte, 12 de setembro de 2020. Disponível:

https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2020/09/12/interna_nacional,1184860/ana-paula-valadao-afirma-aids-e-doenca-homossexual-polemica.shtml.

APOIE seus filhos caso eles sejam gays, diz Papa Francisco aos pais. **CNN**. São Paulo: 26 de Janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/apoie-seus-filhos-caso-eles-sejam-gays-diz-o-papa-francisco-aos-pais/>.

AQUINO, Tomás de. **Súmula teológica, vol. II**. São Paulo: Loyola, 2004.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. Curso de direito constitucional. 12. ed. São Paulo: editora Saraiva, 2008.

BERLINCK, Deborah. ‘Se a pessoa é gay, procura a Deus e tem boa vontade, que sou eu para julgá-la?’, disse o Papa Francisco. **O Globo**. Rio de Janeiro, 29 de Julho de 2013. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/se-pessoa-gay-procura-deus-tem-boa-vontade-quem-sou-eu-para-julga-la-disse-papa-francisco-9255712>.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 2.ed. Brasília: GEN LTC, 2004.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianofranco. **Dicionário de Política**. 12.ed. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

BOSWELL, John. **Christianity, social tolerance, and homosexuality**. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1981.

BOZON, Michel. **A nova normatividade das condutas sexuais ou dificuldades de dar coerência às experiências íntimas**. IN. Família e Sexualidade. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Propostas Legislativas**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/576885>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República [2023].

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO 26)**. Relator: CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 05-10-2020 PUBLIC 06-10-2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424/RS**. Relator: MOREIRA ALVES, Relator p/ Acórdão: MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00024 EMENT VOL-02144-03 PP-00524.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4733**. Relator: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 28-09-2020 PUBLIC 29-09-2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.932, de 10 de Janeiro de 2022.** Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013

CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA. 3ª. ed. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Paulinas, Loyola, Ave-Maria, 1993.

CORRÊA, Aline. **Projeto de Lei nº 5576/2013.** Acrescenta dispositivo ao art. 61, do Código Penal para considerar agravante o cometimento do crime em razão da raça, cor, etnia, religião, origem, orientação sexual ou deficiência física que são considerados crimes de ódio. Brasília.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O Direito à Diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência.** 3.ed. Belo Horizonte: Arraes, 2009.

CURSO Liberdade Religiosa e Estado Laico. **Escola Nacional de Administração Pública – ENAP.** Brasília, 2023.

D' EMILIO, John. **Capitalism and Gay Identity.** Nova York: New Feminist Library Series, 1983.

DIAS, Maria Berenice. **Liberdade Sexual e Direitos Humanos.** Instituto Brasileiro de Direito de Família. Porto Alegre, 2001.

EMMERICK, Rulian. **As relações Igreja/Estado no Direito Constitucional Brasileiro: um esboço para pensar o lugar das religiões no espaço público na contemporaneidade.** Rio de Janeiro: Revista Latino América 2010.

ESCOLA particular de Belém que passou prova com conteúdo homofóbico é denunciada por família de aluna. **G1 Globo.** Belém, 19 de novembro de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2019/11/19/familia-denuncia-escola-particular-por-passar-prova-contendo-perguntas-homofobicas-em-belem.ghtml>.

FERREIRA, Dolores Maria. **Crimes Contra a Honra veiculados através da imprensa.**

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: a vontade de saber.** 13.ed. Rio de Janeiro: Graal Ltda., 2013.

GARCIA, Eloisa Cristina; CRUZ, Camila Campos Marçal da. **A resignificação religiosa de homo e transexuais cristãos frente à heteronormatividade de suas religiões.** Monografia. Faculdade de Ciências da Vida. Sete Lagoas, 2017.

GRUPO Gay da Bahia. **Mortes Violentas de LGBTQ+ no Brasil.** Salvador, 2019.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo Brasileiro de 2010.** Rio de Janeiro: IBGE, 2012.

LUCENA, Roberto de. **Projeto de Lei nº 1959/2011.** Altera a redação de dispositivos da Lei

nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que "define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor". Brasília. Câmara dos Deputados. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=514549>

MACHADO, Kennedy L.R. **A 1ª Missa no Brasil: Análises e reflexões a partir das obras de Victor Meirelles e Cândido Portinari**. I Congresso de Educação e Artes. Paraíba, 2018.

MCCLAIN, Lisa. **A Thousand Years Ago, the Catholic Church Paid Little Attention to Homosexuality**. Boise State University, 2019.

MELO, Talita Graziela Reis; SOBREIRA, Maura Vanessa Silva. **Identidade de gênero e orientação sexual: perspectivas literárias**. Volume 18, nº 3. João Pessoa: Temas em Saúde, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NATIVIDADE, Marcelo. **Deus condena ou Deus Liberta**. Revista Senso. Rio de Janeiro, 2019.

NOVAIS, Fernando; A. SOUZA, Laura de Mello. **História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa**. 1.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, César; SILVA, Edna. **A Educação Sexual da Criança: subsídios teóricos e propostas práticas para uma abordagem da sexualidade para além da transversalidade**. Campinas: coleção polêmicas do nosso tempo, 2006.

NUNES, Élton de Oliveira Nunes. O conceito de Laicidade no Brasil: apontamentos para uma teoria. **Revista PUC SP**, V1. n.26. Religião e Sociedade. São Paulo, 2021.

OBSERVATÓRIO de Mortes e Violências LGBTI+ no Brasil. **Brasil aseina a uma personaLGBTI+ cada 32 horas em 2022**. Brasil, 2023. Disponível em: <https://observatoriomorteseviolenciaslgbtibrasil.org/dossie/muertes-lgbt-2022/>.

OMS – Organização Mundial da Saúde. **World Health Organization. Sexual health**. Genebra, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral da ONU. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (217 [III]A). Paris.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. Convenção americana sobre os direitos humanos: pacto de San José da costa rica: assinada na conferência especializada

interamericana sôbre direitos humanos. San José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Washington: OEA, 1970.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção interamericana contra toda forma de discriminação e intolerância. Guatemala, [6 jun. 2013].

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, 1995.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania, in Direitos Humanos e Cidadania no séc. XXI**. 1988.

SCHÄFER, Gilberto. **A reparação do dano ao projeto de vida na corte interamericana de direitos humanos**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 13, n. 13. Curitiba, 2013.

SCHÄFER; LEIVAS; SANTOS. **Discurso de Ódio: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar**. 2015. RIL Brasília a. 52 n. 207 jul./set. 2015

SPONCHIADO, VIVIANE Boacnin Yoneda. **O direito à livre orientação sexual como decorrente do direito fundamental à liberdade**. V1.n.1. São Paulo: Revista de Artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito, 2017.

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. **A Liberdade Religiosa no Direito Constitucional Brasileiro**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

Vários autores. **Manual de Cristianismo e LGBTI+**. São Paulo: Aliança Nacional LGBTI+, 2023.

WELLE, Deutsche. Há 30 anos, OMS retirava homossexualidade da lista de doenças. **Carta Capital**. São Paulo, 17 de Maio de 2020.