HOMOSSEXUALIDADE, DIREITO E RELIGIÃO: DA PENA DE MORTE À UNIÃO ESTÁVEL. A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E SEUS REFLEXOS NA LIBERDADE RELIGIOSA

HOMOSEXUALITY, LAW AND RELIGION: FROM DEATH PENALTY TO STABLE CIVIL UNION. THE CRIMINALIZATION OF HOMOPHOBIA AND ITS IMPACT ON RELIGIOUS FREEDOM

SILVANO ANDRADE DO BOMFIM*

Recebido para publicação em novembro de 2011.

RESUMO: A homossexualidade e o tratamento relativo à união homossexual têm sido objeto de intenso debate, sobretudo após a decisão do Supremo Tribunal Federal, que, em maio de 2011, equiparou-a à união estável heterossexual. Os avanços no direito brasileiro são enormes se levarmos em consideração que no passado a lei que vigorava no País punia com a morte o homossexual. Hodiernamente, não apenas a Suprema Corte equiparou as uniões homossexuais às uniões estáveis heterossexuais, como se discute a possibilidade de casamento gay, diretamente ou por conversão, em razão da equiparação havida. Por outro lado, há no Congresso Nacional projeto de lei que procura criminalizar a homofobia, o qual, segundo alguns, interpretado de forma genérica, poderá colocar em risco a liberdade religiosa. A discussão, portanto, foge do Direito de Família e adentra na seara do Direito Constitucional. A liberdade de expressão homossexual, fundada na dignidade da pessoa humana, coexiste com a liberdade religiosa e com a manifestação que dela decorre, garantidas igualmente pela Constituição, não havendo espaço no Estado Democrático para qualquer tentativa de restringir a liberdade religiosa ou de consciência, e suas lícitas expressões ou manifestações.

PALAVRAS-CHAVE: união estável homossexual; homofobia; criminalização; liberdade religiosa.

ABSTRACT: Homosexuality and the treatment given to gay unions have been topics of intense debate, especially after the decision of the Supremo Tribunal Federal which in May of 2011 equated gay unions to heterosexual stable unions. There have been huge advances in the Brazilian law when we consider that in the past homosexuals were punished with death. Nowadays, not only did the Supreme Court equate homosexual unions to heterosexual stable unions, it has also discussed the possibility of gay marriage, either directly or by conversion, given the comparisons that already took place. Moreover, there is a bill in Congress that seeks to criminalize homophobia which, according to some, if interpreted broadly could endanger religious freedom. Therefore, the discussion leaves the realm of Family Law and enters that of Constitutional Law. Freedom of expressing sexuality is founded on human dignity and coexists with religious freedom. Their demonstrations are both guaranteed by the Constitution, leaving no space in a Democratic State for any attempt to abridge the freedom of religion or conscience, as well as their lawful expressions or manifestations.

KEY WORDS: homosexual estable union; homophobia; criminalization; religious freedom.

1. Introdução

As questões relativas à homossexualidade e às uniões homoeróticas nunca foram tão debatidas, do ponto de vista jurídico, quanto em nossos dias. No decorrer da história e desde a antiguidade a relação entre direito e homossexualidade mostrou-se conturbada, sobretudo levando-se em consideração que a moral religiosa sempre inspirou, de alguma forma, a

* Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogado.

elaboração de leis e normas relativas ao tema. O direito tende, pois, a amoldar-se com as transformações sociais havidas, razão pela qual Pontes de Miranda (1912, p. 122) afirma que "o direito é uma espécie de árvore, que o jurista cultiva, dando-lhe formas diversas, podando-o, ajustando ramalhos, por lhe imprimir feitio simétrico e mais humanamente artístico", sendo que, nas palavras do saudoso autor, a evolução do direito é uma verdadeira evolução criadora. Justamente por ser reflexo direto das transformações sociais se diz que "o Direito é criação social, e não estatal" (MIRANDA, 1970, p. 161).

Na esteira da evolução criadora do direito, a homossexualidade – sobretudo sua expressão – tem sido objeto de atenção, e se num passado não muito distante *nossa legislação* estabelecia pena de morte pelo fogo ao homossexual, além da pena de degredo e confisco de bens a quem, sabendo de algum homossexual, não o delatasse ao poder público – penalidades que somente desapareceram com o Código Penal do Império, de 1830 –, hoje assistimos uma verdadeira mudança de paradigma, havendo, inclusive, o Supremo Tribunal Federal equiparado a união homoerótica à união estável, ao julgar conjuntamente a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132.

Além disso, essa evolução social, jurídica e legislativa – aliada aos inúmeros e lamentáveis casos de violência cometida contra homossexuais –, pode também ser verificada na tramitação de projetos de leis no Congresso Nacional que buscam criminalizar a homofobia, ou seja, atitudes que antes eram até mesmo premiadas pelas Ordenações com o recebimento de metade do patrimônio do homossexual, condenado à morte, estão na iminência de configurarem crime, cuja tipificação se pretende quer seja através do PLC n. 122/2006, quer seja através do anteprojeto de lei que visa instituir o Estatuto da Diversidade Sexual. Segundo preleciona Candido Mendes de Almeida (1870, p. v), em sua nota ao leitor, introdutória às Ordenações Filipinas, "um Código, em qualquer ramo de Legislação, importa a fixação de uma época, em que se mostra a alteração que tem havido nas ideias, nos costumes e no modo de viver de qualquer Nação, de que a lei codificada é a melhor e mais assinalada expressão". Deve-se ter em mente que não apenas os Códigos representam a fixação de uma época inserta em determinado contexto social, mas também as leis esparsas e os microssistemas criados pela legislação.

A homossexualidade, entretanto, inobstante a projeção e proteção jurídica alcançadas nas diversas searas do direito (previdenciária, patrimonial, registral, entre outras), sobretudo

após a histórica decisão do Pretório Excelso, continua a desafiar o pensamento moral religioso, embora cada vez mais se fale em identidade do ser humano como objeto de proteção irradiada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo-nos lembrar dos ensinos de Francesco Carnelutti (1942, p. 41), para quem a identidade, muito mais que a racionalidade, é a essência do homem. E essa identidade humana que faz emanar a expressão homossexual tem cada vez mais sido trazida à baila, juntamente com a liberdade de pensamento, da qual emanam a liberdade de expressão, de opinião, de consciência e de crença, e a liberdade religiosa, fazendo surgir um aparente confronto entre princípios constitucionais fundamentais.

É certo que o art. 1º, III, da Lei Maior estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, a qual tem como objetivo, entre outros, construir uma sociedade livre, justa e solidária, e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV), sendo igualmente certo que ao tratar dos direitos e garantias fundamentais o art. 5º, VI, estabelece ser "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", estatuindo ainda o inciso VIII que "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei". Esse aparente conflito que surge entre os princípios acima elencados, mostra cada vez mais a necessidade de atuação do Poder Público, com vistas a garantir, de modo pleno e isonômico, os direitos proclamados e garantidos pela Carta Magna.

O mais recente caso de atuação estatal envolvendo a questão da homossexualidade e da religião ocorreu no mês de agosto de 2011, na Comarca de Ribeirão Preto, nos autos da Ação Civil Pública, Processo n. 2103/2011, da 6ª Vara Cível, ajuizada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo contra determinada igreja evangélica e uma empresa de painéis, em razão da colocação de *outdoor* naquela cidade com textos bíblicos extraídos da *Torah*[1], também conhecida como Pentateuco ou lei mosaica, e de carta do Apóstolo São Paulo[2] aos cristãos de Roma, contrários à homossexualidade, além de texto bíblico extraído do livro de Atos,

[1] Levítico 20:13, cuja redação é a seguinte: "Se também um homem se deitar com outro homem, como se fosse mulher, ambos praticaram coisa abominável...".

[2] Romanos 1:26-27, cuja redação é a seguinte: "Por causa disso, os entregou Deus a paixões infames; porque até as mulheres mudaram o modo natural de suas relações íntimas por outro, contrário à natureza; semelhantemente, os homens também, deixando o contato natural da mulher, se inflamaram mutuamente em sua sensualidade, cometendo torpeza, homens com homens, e recebendo, em si mesmos, a merecida punição do seu erro".

contendo "convite ao arrependimento"[3], havendo a Justiça concedido liminar para retirada imediata do *outdoor*, sob pena de multa de dez mil reais[4], decisão essa proferida dois dias antes da 7ª edição da Parada do Orgulho Gay que ocorreria naquela cidade.

No presente artigo, sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, procuraremos tão-somente tecer breves reflexões sobre os novos rumos trazidos pela decisão do Supremo Tribunal Federal ao equiparar a união homoafetiva à união estável, bem como por aqueles que se divisam para um futuro próximo, caso sejam aprovados o PLC n. 122/2066 e o anteprojeto de lei que procura instituir o Estatuto da Diversidade Sexual, e ainda, lançar luz sobre os embates que se avizinham cada vez mais frequentes, no tocante às liberdades de opinião, de expressão, de consciência, de crença e religiosa, buscando no direito estrangeiro a solução que nos parece mais adequada a preservar os direitos de todos, com o que se permitirá a aprovação das referidas propostas legislativas, sem a oposição das bancadas evangélica e católica no Congresso Nacional, as quais prevêem o risco de supressão das liberdades anteriormente elencadas, caso não haja alteração nos projetos de lei em curso.

2. Breve panorama histórico da homossexualidade

Segundo apontou a revista *The Economist* no primeiro semestre de 2010, ainda há no mundo cerca de 80 (oitenta) países que criminalizam o "sexo consensual homossexual"[5]. A organização *Human Rights Watch*[6], dedicada à proteção dos direitos humanos ao redor do mundo, afirma que embora mais de oitenta países ainda criminalize a conduta sexual consensual entre homens adultos, e às vezes entre mulheres adultas, é difícil calcular o número exato, pois quase nenhuma dessas leis menciona "homossexualidade" (termo cunhado somente em 1860) ou atos homossexuais, sendo que a terminologia utilizada difere entre os diversos sistemas legais, e exemplifica com o caso do Egito, que às vezes tem sido afastado da lista porque sua lei pune a "prática habitual de libertinagem [*fujur*]"[7], muito embora a jurisprudência daquele país, desde 1970, tem estabelecido que este termo se refere a sexo consensual entre homens.

[3] Atos 3:19, cuja redação é a seguinte: "Arrependei-vos, pois, e convertei-vos para serem cancelados os vossos pecados".

[4] Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/962638-justica-manda-retirar-outdoor-evangelico-criticado-por-gays-em-sp.shtml>. Acesso em 23 Ago. 2011.

[5] Disponível em: <http://www.economist.com/node/16219402>. Acesso em 21 Ago. 2011.

[6] Disponível em: <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/lgbt1208webwcover.pdf>. Acesso em 22 Ago. 2011.

[7] A expressão inglesa contida no texto legal é *debauchery* (*fujur*), que tanto significa libertinagem como devassidão.

Maria Berenice Dias (2009, p. 62-3) observa que os países muçulmanos e islâmicos estão entre o grupo de extrema repressão à expressão da homossexualidade, de maneira que em países como Afeganistão, Arábia Saudita, Sudão, Emirados Árabes "ser homossexual pode custar a vida", enquanto no Irã os condenados por sodomia podem ter os pés e mãos amputados ou podem ser condenados à morte, sendo que no Paquistão os homossexuais estão sujeitos à prisão perpétua.

No que diz respeito aos muçulmanos, a homossexualidade não é explicitamente referida no Alcorão. Entretanto, a crença de que o Alcorão proíbe a homossexualidade tem origem na interpretação da história de Ló, salvo por Deus da condenação imposta aos homens de Sodoma e Gomorra, que mantinham relações homossexuais. Os muçulmanos, geralmente, acreditam que existe uma ordem divina que direciona os humanos a usarem atributos e características recebidos de Deus para cumprir um propósito na terra, e as relações homossexuais contrariariam a regra da natureza, pois nestas relações os seres humanos estariam a usar seus corpos em propósitos não desejados por Deus. Alguns muçulmanos ortodoxos também crêem que o *Hadith*, uma coleção de palavras e ensinamentos atribuída ao profeta Maomé, denuncia o relacionamento homossexual, enquanto os de outra escola de pensamento, os Habalites, que continuam a dominar a Arábia Saudita e a Síria, punem com execução por apedrejamento a expressão homossexual. Por outro lado, os Hanafites consideram o raciocínio dos indivíduos e as circunstancias locais na prática, ensinando que a homossexualidade é errada, mas não autoriza punição física. Apesar disso, cada vez mais organizações não governamentais permitem muçulmanos gays explorarem suas identidades sexuais (NARAYAN, 2006, p. 313-48).

A Organização das Nações Unidas[8] aponta que dos 48 países da região da Ásia-Pacífico, 19 deles – incluindo Butão, Kiribati e Malásia – possuem leis que proíbem o sexo consentido entre homens adultos. Também a África possui ainda hoje inúmeros países que criminalizam a homossexualidade. No início de 2010 circulou no mundo a notícia de um casal gay condenado no Malauí a 14 anos de trabalhos forçados, constando como fundamento da sentença "indecência grosseira" e "atos não naturais". Também o presidente do Burundi editou lei criminalizando sexo gay consensual, mesmo contra a vontade do Senado daquele país. Na Uganda há projeto de lei que pretende impor pena de prisão a quem não apontar homossexuais à polícia, e pena de morte no caso de sexo entre gays na hipótese de ser um dos

[8] Disponível em: <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=35373&Cr=hiv&Cr1>. Acesso em 24 Ago. 2011.

partícipes portador do vírus HIV/AIDS, enquanto no Zimbábue, em março de 2010, o presidente do país, Robert Mugabe – que uma vez descreveu os gays como sendo piores que cachorros e porcos –, impediu mudanças na constituição para banir a discriminação decorrente de orientação sexual. A África do Sul foi o primeiro país daquele continente a banir de sua constituição a discriminação homofóbica, sendo, igualmente, o único país daquele continente a permitir o casamento gay[9].

Conquanto se afirme que mais da metade das leis homofóbicas (*sodomy laws*, *anti-sodomy laws*[10]) em vigência no mundo tenha seu nascedouro nas leis deixadas pelo Colonialismo Britânico, como um legado estrangeiro, certo é que o sistema legal da Europa Colonialista influenciou, neste aspecto, mesmo os países do continente americano, como os Estados Unidos da América (GOODMAN, 2001, p. 672), que editaram inúmeras *sodomy laws* – cuja inconstitucionalidade somente foi declarada pela Suprema Corte em 2003, no caso *Lawrence vs. Texas*[11] –, e como o Brasil, que embora não tenha nas últimas décadas editado leis com o mesmo conteúdo homofóbico verificado nas leis estrangeiras, ainda busca sepultar a influência discriminatória recebida do direito português, originada na noção de pecado, que as Ordenações nunca ocultaram, decorrente da união entre Estado e Igreja.

O combate à expressão homossexual, e, por conseguinte, as leis que a criminalizam, surgiu ainda na antiguidade, fundada na ideia de *lei natural*. Quando se analisa a história social

[9] Disponível em: <http://www.economist.com/node/16219402>. Acesso em 21 Ago. 2011.

[10] Diversos textos de renomadas universidades estrangeiras, parlamentos e tribunais utilizam ambas as expressões, ou seja, *sodomy laws* e *anti-sodomy laws*.

[11] 539 US 558 (2003). Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/539bv.pdf>. Acesso em 21 Ago. 2011. Em 1998 a polícia de Houston, no Texas, atendendo falsa informação de perturbação com homem armado no apartamento vizinho ao denunciante – que posteriormente foi condenado por falsa comunicação de crime –, entrou na residência apontada e encontrou John Geddes Lawrence fazendo sexo com seu parceiro Tyron Garner, que foram presos, passaram a noite na prisão, foram denunciados e condenados a pena de multa de US $ 200 cada um, além das custas processuais. Os réus tiveram seu recurso negado pela Corte de Apelações daquele estado, com o que levaram o caso à Suprema Corte americana, a qual, em 26 de junho de 2003, por maioria de votos (6 X 3), asseverou que os dois homens têm direito ao respeito por suas vidas privadas, afastando a constitucionalidade da lei antissodomia do Texas, e, por conseguinte, de outros 12 estados americanos que tinham em vigor leis que criminalizavam a prática homossexual. Na decisão, o Juiz Anthony M. Kennedy, que redigiu o voto em nome da Corte, afirmou que o caso tratava de dois homens adultos, que mútua e plenamente consentiram na prática sexual comum ao estilo de vida homossexual, e que o Estado não pode diminuir a existência dos peticionantes ou controlar seu destino tornando sua conduta sexual privada um crime. Com essa decisão, a Suprema Corte reverteu a decisão havida no caso Bowers *vs*. Hardwick (478 US 186 (1986)), julgado 17 anos antes, em que Michael Hardwick, preso em Atlanta por praticar sexo oral com outro homem em seu próprio quarto, questionava a constitucionalidade da lei estadual diante de seu direito à privacidade, constando no pólo passivo da demanda o Procurador-Geral do Estado da Georgia, Michael J. Bowers. Hardwick, que tivera seu pleito rejeitado pela Corte, obteve êxito na Corte de Apelações, para a qual a lei do estado violava direito fundamental à privacidade. O caso foi levado à Suprema Corte que, naquela época, manteve a validade da lei estadual da Georgia, negando o direito à privacidade aos homossexuais, e estabelecendo que os estados poderiam editar leis antissodomia sem violar o *Due Process Clause*.

da homossexualidade, segundo aponta a Enciclopédia de Filosofia da Universidade de Stanford, verifica-se que é a ideia de lei natural que acarreta a proibição de "sexo homossexual", e as referências à lei natural ainda desempenham um importante papel nos debates contemporâneos sobre a homossexualidade na religião, na política, e mesmo nos Tribunais (PICKETT, 2011).

As regras legais dos antigos povos projetam-se, pois, até nossos dias, quer sejam como sistema legal, quer sejam como código moral e religioso. Indubitavelmente, dentre todos os sistemas legais e morais das civilizações do passado, nesta seara da sexualidade, o mais destacado – por refletir-se até nossos dias – é o sistema hebreu, cujo direito, conforme ensina Vicente Ráo (1991, p. 140), teve sua primeira fonte na *Torah*, também conhecida como Pentateuco, constituída pelos cinco livros de Moisés (cerca de 1500 anos antes da era cristã), direito esse que não se reporta, pela sua origem, à autoridade humana, ou seja, ao legislador, mas à autoridade divina, desconhecendo, portanto, a distinção entre direito sacro e profano. Ainda observa o autor que a lei hebraica não trouxe inovações radicais, apenas aceitou e sancionou uma parte dos costumes e das leis que devem ter vigorado nas épocas anteriores. Embora muitas das regras contidas na *Torah* também estivessem presentes no Código de Hamurabi, do 18º século antes de Cristo (1726 AC), somente o direito hebreu parece haver criminalizado a expressão homossexual, cuja punição era a morte por apedrejamento.

Eram virtualmente silentes ou coniventes quanto à homossexualidade leis de civilizações do antigo Oriente Médio, mesmo em épocas anteriores, contemporâneas e posteriores ao Código de Hamurabi. Estudiosos afirmam que as antigas sociedades do Egito e da Mesopotâmia, que são consideradas antecessoras importantes para a cultura ocidental, aparentemente não apenas toleravam relações entre o mesmo sexo, mas também as reconheceram em suas culturas, literatura, e mitologia, embora sejam indiretas as evidências de casamento entre pessoas do mesmo sexo nessas sociedades antigas (ESKRIDGE JR., 1993, p. 1437).

Embora as duas grandes civilizações antigas que exerceram profunda influência na cultura ocidental – Grécia e Império Romano – aceitassem amplamente a homossexualidade (DIAS, 2009, p. 34), fato é que em certo momento da história a tipificação da expressão homossexual como sendo crime se irradiou para o Direito Romano. No Código de Justiniano, promulgado no ano 529 da nossa era, as pessoas que se dedicassem à homossexualidade deveriam ser executadas, embora aqueles que estivessem "arrependidos" poderiam ser

poupados, havendo naquela época um crescimento da intolerância, conquanto estivessem presentes variações regionais. E, nesse sentido, William N. Eskridge Jr. (1993, p. 1447) preleciona ter havido no Império Romano, em 342 da era cristã, lei estabelecendo punição extraordinária para casamento entre pessoas do mesmo sexo. Com o declínio do Império Romano e sua divisão em vários reinos bárbaros houve uma tolerância geral para com a homossexualidade, com exceção da Espanha visigótica (PICKETT, 2011), situação que somente se modificaria na Europa em meados do século XIII. A influência da Igreja Católica Apostólica Romana no conceito de crime de sodomia espalhou-se por toda a Europa. Foi o III Concílio de Latrão, de 1179, o primeiro concílio ecumênico a condenar a homossexualidade, estatuindo que qualquer que fosse achado tendo cometido a *incontinência contra a natureza* seria punido, sendo que o grau da pena dependeria da qualidade do transgressor, ou seja, se clérigo ou leigo. A perseguição que se acentuou na Idade Média, especialmente a partir do século XIV em diante, tinha como objetivo o ataque aos homossexuais, aos judeus, aos muçulmanos, aos hereges, e quaisquer pessoas que não espelhassem no viver e no pensar as regras impostas pelo poder político-religioso romano.

Os reflexos da união entre Igreja e Estado nesse aspecto são igualmente verificados nos colonizadores, visto que a dominação e estabelecimento no território dos povos conquistados ou "descobertos" tiveram importante papel na propagação da legislação que vigorava na Europa. Diversos foram os países que puniram com a morte a prática homossexual, de forma que *leis antissodomia* também vigoraram no Brasil. Todas as Ordenações do Reino de Portugal (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) continham expressa disposição de pena de morte por fogo àquele que exteriorizasse sua homossexualidade.

As Ordenações Afonsinas (1446), por exemplo, criminalizavam a homossexualidade no Livro Quinto, Título XVII, intitulado "dos que cometem pecado de Sodomia", com nítida conotação de "pecado religioso" ao crime, expondo que "sobre todos os pecados bem parece ser mais torpe, sujo, e desonesto o pecado da Sodomia", asseverando que não há outro que aborreça sobremaneira Deus e o mundo, por ser ofensa ao Criador e a toda natureza criada, tanto a celestial como a humana, para ao final estabelecer: "E porque segundo a qualidade do pecado, assim deve gravemente ser punido: porém Mandamos, e pomos por Lei geral, que todo homem, que tal pecado fizer, por qualquer guisa que ser possa, seja queimado, e feito por fogo em pó, por tal que já nunca de seu de seu corpo, e sepultura possa ser ouvida memória".

As Ordenações Manuelinas (1521), por sua vez, trataram do "crime de sodomia" no Livro Quinto, Título XII, e, igualmente, determinavam a morte pelo fogo, estabelecendo, contudo, que todos os bens do condenado fossem confiscados à Coroa portuguesa, ainda que houvesse descendentes e ascendentes, ficando estes inábeis e infames, tal qual descendentes e ascendentes de condenados pelo "crime de Lesa Majestade"[12]. As Ordenações de D. Manuel, contudo, foram além daquelas de D. Afonso, pois estatuíram uma verdadeira *monarquia big brother* na medida em que a pessoa conhecedora de qualquer conduta homossexual que informasse o caso à Coroa receberia um terço das propriedades do acusado, e se não tivesse este qualquer propriedade, a Coroa pagava ao "informante" a quantia de cinquenta cruzados, após a prisão do homossexual. A alínea 2 da norma estabelecia ainda que caso alguém soubesse da conduta homossexual de outrem e não informasse à Coroa perderia toda a sua propriedade e seria degradado para sempre dos reinos e senhorios de Portugal. Quem soubesse de alguém que não delatou à Coroa a conduta homossexual de outrem e o dissesse às autoridades, receberia um terço das propriedades do acusado pela omissão, ou, na ausência de bens, receberia da Coroa "vinte cruzados". A alínea 3 da referida regra dispunha que a pena também se estendia às mulheres que com outras praticassem conduta homossexual. A alínea 4 tratava da prática de sexo com animais, e nesse caso, o acusado também sofria pena de morte pelo fogo, porém não perdiam os herdeiros o direito de herança, nem eram considerados inábeis e infames no reino, ou seja, do ponto de vista patrimonial e familiar fazer sexo com animais (bestialidade) era crime com punição menor do que a prática homossexual.

Nas Ordenações Filipinas (1603) a mesma regra é encontrada no Livro Quinto, Título XIII, ou seja, o acusado de cometer "pecado de sodomia" era queimado e "feito por fogo em pó". Candido Mendes de Almeida (1870, p. 1162), em nota a esta disposição preleciona que "neste caso, como no de heresia qualificada e pertinazmente sustentada, não era o culpado previamente estrangulado. Era queimado vivo". Aponta ainda o autor que o Alvará de 18 de janeiro de 1614, notando o grande número de culpados deste "delito", determinou que as sentenças do Santo Ofício fossem logo executadas pelos juízes seculares. A alínea 2 do Título XIII dispunha que homem ou mulher que carnalmente tivesse *ajuntamento* com alguma

[12] O crime de Lesa Majestade – previsto no Livro Quinto, Título III, das Ordenações Manuelinas, e no Livro Quinto, Título VI, das Ordenações Filipinas – significava a "traição cometida contra a pessoa do Rei ou seu Real Estado", e era comparada à lepra, posto que, segundo sua tipificação, contaminava os descendentes e qualquer pessoa que com o traidor conversasse. Dentre os vários casos que configuravam dito crime, descritos nas diversas alíneas, destacamos: tratar a morte do rei ou da rainha, ou de seus filhos legítimos, ou ajudar, aconselhar ou favorecer o executor; recusar entregar Castelo ou Fortaleza do rei; desertar em tempo de guerra e integrar exército inimigo; participar de tentativa de golpe de estado; libertar preso acusado de traição etc.

alimária, seria "queimado e feito em pó", porém, por tal condenação não ficariam seus filhos nem descendentes neste caso inábeis, nem infames, nem sofreriam prejuízo algum acerca da sucessão, nem outros que por direito seus bens deveriam herdar, sendo a bestialidade, portanto, *crime de menor potencial ofensivo* do que a prática de sexo homossexual, com penas, portanto, menos severas pois não alcançava herdeiros ou legatários. A alínea 3, por sua vez, tratava do crime de molície, ou seja, masturbação entre homossexuais, e estabelecia que as pessoas, que com outras do mesmo sexo cometessem o "pecado de molície", seriam castigadas gravemente com degredo de galés e outras penas extraordinárias, segundo o modo e perseverança do "pecado". Por outra lado, a alínea 4 estabelecia que aquele que soubesse de conduta homossexual de outrem e o dissesse à Coroa receberia a metade das propriedades confiscadas do acusado, e não tendo o faltoso propriedades, receberia o delator cem cruzados da Coroa após a prisão do homossexual. Na alínea 5 encontravam-se as penas de degredo e confisco dos bens daquele que soubesse de conduta homossexual de outrem e não informasse à Coroa, e caso fosse por alguém "denunciado" às autoridades, o informante receberia metade das propriedades do "omisso", ou, caso este último não tivesse bens, receberia "quarenta cruzados" do governo de Portugal. Cumpre observar que a Lei de 29 de janeiro de 1643 confirmou e revalidou as Ordenações Filipinas, determinando sua observância em todos os "reinos e senhorios" da Coroa portuguesa, o que, à evidência, incluía o Brasil.

Com a independência do Brasil, proclamada em 7 de setembro de 1822, convocou-se uma Assembléia Constituinte, e esta Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil decretou a Lei de 20 de outubro de 1823, sancionada por D. Pedro I, pela qual mandou, inobstante a independência havida, vigorar em nosso país as Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções promulgadas pelos reis de Portugal e pelas quais o Brasil se governava até 25 de abril de 1821, enquanto não se organizasse um novo Código, ou não fossem especialmente alteradas. Nossa Constituição de 1824 estabeleceu no art. 179, XVIII, que seriam organizados, o quanto antes, um Código Civil e Criminal, "fundado nas sólidas bases da justiça e equidade", e em 1830, com o advento do Código Criminal do Império, aquela disposição constitucional foi parcialmente cumprida, de modo que o Código Civil somente surgiria quase cem anos mais tarde. Foi somente com o advento do Código Criminal do Império do Brasil, Lei de 16 de dezembro de 1830, que desapareceu das terras brasileiras a criminalização da homossexualidade herdada de Portugal.

Embora não contivesse o Código Criminal do Império criminalização da prática homossexual, e mesmo os códigos penais que o sucederam, o Código Penal Militar, todavia, instituído pelo Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969, em seu art. 235 criminaliza a prática homossexual em local sujeito à administração militar[13], crime que não admite a suspensão condicional do processo (art. 88, II, b), e cuja condenação sujeita o militar à declaração de indignidade para o oficialato (art. 100), impedindo-lhe, pois, promoção na carreira militar.

Conquanto houvesse o Código Criminal do Império, bem como os códigos penais posteriores, varrido do sistema legal a criminalização da prática homossexual, não se tornou mais fácil a vida dos homossexuais, uma vez que passaram eles a ser "invisíveis" no tocante às políticas públicas, ou seja, se até 1830 eram tidos por criminosos sujeitos à pena de morte, a partir de então foram deslocados para a invisibilidade jurídica e social, o que continuou a acarretar graves distorções sociais, e mesmo jurídicas, que somente seriam corrigidas com a notável decisão do Supremo Tribunal Federal, em maio de 2011, equiparando a relação homoafetiva à união estável entre homem e mulher.

3. Homossexualidade e união estável: a decisão do STF e seus reflexos no direito brasileiro

Ao serem os homossexuais deslocados da condição de criminosos para a condição de invisíveis e esquecidos, do ponto de vista jurídico-político-social, diversas situações injustas foram verificadas, por exemplo, nas áreas do direito de família, direito das sucessões, direito previdenciário, direito do trabalho etc.

Embora não houvesse no passado qualquer legislação em matéria de homossexualidade – com exceção do Código Penal Militar –, e, por conseguinte, de relações homoeróticas, com o passar dos anos, especialmente os últimos, diversos foram os debates relativos às questões notadamente no âmbito patrimonial, nos casos de rompimento da relação, pela vontade dos envolvidos ou mesmo em razão de morte, o que gerava visível e odiosa injustiça, pois muitas vezes o patrimônio fora amealhado com esforço comum, e uma das partes via-se tolhida de seu direito patrimonial por ocasião da dissolução da relação. Também se passou a discutir sobre a inserção do companheiro homossexual como dependente para fins de previdência

[13] É esta a redação do art. 235 do Código Penal Militar: "Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar: Pena - detenção, de seis meses a um ano".

social, e para fins de extensão dos benefícios concedidos pelos empregadores em razão da relação laboral aos casais heterossexuais em decorrência de casamento ou de união estável, bem como passou-se a discutir sobre a adoção por casais homossexuais, dentre outras reflexões que se tornaram cada vez mais acentuadas, clamando por uma mudança legislativa e mesmo jurisprudencial. Esta distorção começou, portanto, a ser solucionada pela jurisprudência, conquanto inicialmente considerasse a relação homoerótica como sociedade de fato, dentro, portanto, do direito das obrigações, e posteriormente passasse a equipará-la à união estável.

O tratamento jurídico em determinados casos demonstra, como observa Luiz Edson Fachin (1996, p. 48), "que o sistema jurídico pode ser, antes de tudo, um sistema de exclusão" quando nega a determinadas pessoas a titularidade de direitos e deveres. Para amenizar os efeitos prejudiciais do silêncio do legislador, defendeu o autor a aplicação do art. 3º, da Lei n. 8.971/94, o que solucionaria o impasse patrimonial relativo às relações homoeróticas (Cf. OLIVEIRA, 2003, p. 79).

As limitações encontradas no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, bem como na disposição do art. 1.603 do Código Civil de 1916, impediam o parceiro homossexual de ser incluído como herdeiro no caso de falecimento do seu companheiro, e para que tivesse acesso à herança haveria de ser beneficiado por testamento, respeitada a legítima na hipótese de existência de descendentes ou descendentes do falecido. Quando a dissolução da relação homoerótica se dava em vida, a divisão far-se-ia na proporção correspondente à participação de cada um na formação do patrimônio. Comprovado o esforço comum na formação do patrimônio, obedeceria a partilha esse mesmo esforço. O Código Civil de 2002 restou silente quanto à matéria, permanecendo a questão a ser enfrentada exclusivamente pelas Cortes brasileiras.

Embora vozes na doutrina defendessem que em face da simetria entre união estável e união homoerótica mereceriam elas idêntico tratamento, vez que fazem surgir novo estado civil – a união estável – e dão ensejo aos mesmos efeitos (DIAS, 2009, p. 184-5), parte da doutrina (GAMA, 2008, p. 155-6), contudo, apegavam-se à expressa dicção do texto legal ao defenderem que a união homossexual não estava enquadrada em nenhuma das hipóteses de família aceitas pelo legislador, embora configurassem "uma entidade *quase-familiar*".

Algumas foram as decisões judiciais no país que reconheceram a união homoerótica como entidade familiar, ou seja, equiparando-a à união estável, merecedora de tutela jurídica, deixando para trás o conceito de sociedade de fato, com o que muitas distorções, sobretudo patrimoniais, foram corrigidas. A jurisprudência, portanto, aos poucos passava a inserir tais relações na seara do direito de família, e não mais no campo do direito das obrigações. Mas isso ainda não era suficiente para solucionar a questão de maneira geral e irrestrita, pois diversas foram as decisões em sentido contrário.

O marco histórico relativamente à matéria deu-se com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, ao julgar nos dias 04 e 05 de maio de 2011, conjuntamente, a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132, equiparando por unanimidade (10 votos) a união homossexual à união estável entre homem e mulher, e reconhecendo aquela união como verdadeira entidade familiar, em homenagem aos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação, e da busca da felicidade. Referidas ações foram ajuizadas, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República (2009) e pelo Governador do Rio de Janeiro (2008), Sérgio Cabral, e tiveram por objeto a interpretação, conforme a Constituição (art. 226, § 3º), do art. 1.723 do Código Civil, que trata da união estável, para sua aplicação analógica à relação homoafetiva. A Corte acompanhou o voto do relator, ministro Carlos Ayres Britto, no sentido de dar "ao art. 1.723, do Código Civil[14], interpretação conforme a Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como 'entidade familiar', entendida esta como sinônimo perfeito de 'família'", reconhecimento que deve ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva, tendo tal decisão efeito vinculante e eficácia *erga omnes* (CF, 102, § 2º). Cumpre registrar que não votou no julgamento apenas o ministro José Antonio Dias Toffoli, por estar impedido uma vez que funcionara nos autos na condição de Advogado-Geral da União, e nesta qualidade manifestara-se no mesmo sentido do que decidiu a Corte. Pode-se, pois, afirmar que todos os 11 ministros do STF têm semelhante convicção jurídica quanto ao tema.

[14] É esta a redação do art. 1.723, do CC: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

Em seu notável voto, lembra o relator o fato histórico de que "nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade", e que "o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica", de sorte que o art. 3º, IV, da Constituição é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos, e que quando levado a efeito pelo próprio Estado, essa discriminação passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos", sendo este o explícito objetivo a que se lê no referido inciso IV.

Da análise constitucional se extrai, afirma o relator, que "é tão proibido discriminar as pessoas em razão de sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual", havendo o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos. Para o ministro Ayres Britto, quanto à regra estabelecida no art. 226, *caput*, da Carta Maior, segundo a qual a família tem especial proteção do Estado, assim como relativamente aos demais dispositivos relativos à família, analisando-se o sentido e extensão da expressão "família", não há atrelamento de sua formação a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa, pois caso a interpretação do texto constitucional seja diversa da interpretação por forma não-reducionista do conceito de família estaria a Constituição incorrendo em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Preleciona ainda o ministro relator que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família.

Ao proferir seu voto, o presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Cezar Peluso, asseverou que há uma lacuna normativa que precisa ser preenchida "diante, basicamente, da similitude, não da igualdade factual em relação a ambas as entidades de que cogitamos: a união estável entre homem e mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo", e acrescentou que da decisão da Corte folga um espaço para o qual tem que intervir o Poder Legislativo.

A Suprema Corte brasileira, portanto, confere aos homossexuais um direito que lhes fora negado desde a colonização portuguesa. De fato, como asseverou o ministro Celso de Mello em seu voto, o julgamento levado a efeito pela Corte "já se mostra impregnado de densa significação histórica", e "certamente marcará a vida deste País e imprimirá novos rumos à causa da comunidade homossexual".

Conquanto tenha sido a decisão acima festejada por considerável parte da doutrina, sobretudo por aqueles afetos ao direito de família, certo é que para parte da doutrina, especialmente aqueles ligados ao direito constitucional, houve um grave e perigoso procedimento da Suprema Corte, decorrente do ativismo judicial, em que o Judiciário indevidamente colocou-se no lugar e nas funções do Legislativo. Para essa última parcela da doutrina, a qual tem como um de seus principais expoentes Ives Gandra da Silva Martins (2011, p. 75-83), não poderia o Pretório Excelso inserir no texto constitucional palavra ou interpretação não desejada de maneira proposital pelo constituinte, e entender como família ou união estável a união entre dois homens ou entre duas mulheres. Para essa corrente, "apenas o Congresso Nacional, com poderes constituintes derivados (duas votações com 3/5 de senadores e deputados decidindo a favor) pode introduzir qualquer modificação na lei suprema". Para tais doutrinadores, não havia afronta aos princípios da dignidade humana, da liberdade, e tampouco da segurança jurídica, pois o direito contratual já seria suficiente à solução das questões.

Conforme ensina Ives Gandra da Silva Martins (2011, p. 79-82), a união homossexual difere fática, biológica e juridicamente da união heterossexual, sem que tal diferença represente qualquer *capitis diminutio* da dignidade humana daqueles dos que integram a primeira. Dessa forma, o Estado pode garantir às uniões homossexuais direitos e obrigações, dar a elas *status* de uma união civil, de obrigações mútuas, mas não de família. Para referido autor, não há falar-se em "interpretação conforme" do art. 1.723 do Código Civil, que reproduziu o texto constitucional, pois o que decidiu o Supremo Tribunal Federal foi um acréscimo à Constituição para nela abrigar situação não prevista pelo constituinte nem pelo legislador, o que transformou o Pretório Excelso em autêntico constituinte derivado, ou seja, "sem o processo das duas votações nas duas Casas, com 3/5 de todos os seguimentos do povo, a Suprema Corte criou norma constitucional inexistente, acrescentando situações e palavras ao texto supremo", o que jamais foi intenção do constituinte, ou, por outras palavras, "o Congresso Nacional, eleito por 130 milhões de brasileiros e com poder de alterar a Constituição pelo voto de 3/5 de sua composição, em dois escrutínios, foi substituído por um colegiado de 11 pessoas eleitas por um homem só".

Após a histórica decisão proferida pelo STF, reconhecida a união homoerótica como entidade familiar, surgem, pois, decisões judiciais convertendo a união homoafetiva em casamento, e outras que autorizam diretamente a realização do casamento. Sempre

rejeitamos, do ponto de vista doutrinário, a ideia de casamento homossexual por entender incompatível com a Constituição e com o Código Civil, sobretudo considerando-se que a parceria civil ou união civil, adotadas por inúmeros países, bem como por vários estados norte-americanos, já seriam suficientes para resolver as questões relativas ao tema, sobretudo aquelas de ordem patrimonial. A Suprema Corte, todavia, não delimitou a extensão da equiparação das uniões homossexuais às uniões heterossexuais, dando margem à interpretação de que o ordenamento jurídico brasileiro passou a admitir a conversão daquelas em casamento. E parece-nos que ao estabelecer o § 3º do art. 226 da Constituição Federal que "para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento", bem como levando-se em consideração o disposto no art. 1.726 do Código Civil, segundo o qual "a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil", uma vez equiparadas as relações homossexuais às heterossexuais, outro não haveria de ser o entendimento, quer se aprecie ou não a decisão do STF. Disso decorre ainda outra reflexão, ou seja, havendo previsão de conversão em casamento também não haveria mais fundamento para se impedir o casamento diretamente em Cartório de Registro Civil.

Nesse sentido, não demorou o tema a chegar novamente em Brasília, desta vez na 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, a qual em também histórica decisão proferida em 25 de outubro de 2011 – apenas cinco meses após a decisão do STF – reconheceu por maioria de votos (4 x 1), ser possível a habilitação por homossexuais para o casamento diretamente no Cartório de Registro Civil, sem precisar requerer na Justiça a conversão da união estável homoafetiva em casamento, fazendo com que o ano de 2011 entre para a história do País pela profunda alteração havida na seara do direito de família, notadamente no que se refere ao direito homossexual, abrindo caminho para sedimentar o casamento gay no direito brasileiro. A decisão do STJ deu-se no julgamento do Recurso Especial n. 1.183.378-RS, e teve como relator o min. Luis Felipe Salomão, ao apreciar recurso de duas mulheres. As recorrentes, que à época da propositura da ação, em 25/03/2009, declararam namoro de aproximadamente 3 anos, tiveram negada a habilitação para o casamento tanto pelo Juízo da Vara de Registros Públicos da Comarca de Porto Alegre–RS, que julgara improcedente o pleito "por impossibilidade jurídica do pedido", como pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cuja 7ª Câmara Cível, no julgamento da Apelação Cível n. 70030975098, em que fora

relator o des. José Conrado de Souza Júnior, negara provimento ao recurso e mantivera íntegra a sentença de primeiro grau, o que ensejou o recurso especial ao STJ.

O julgamento no STJ teve início no dia 20 de outubro de 2011, e após quatro ministros votarem favoravelmente à tese de casamento homossexual (o relator, seguido pelos ministros Antonio Carlos Ferreira, Isabel Gallotti e Raul Araújo), foi o mesmo interrompido por um pedido de vistas do min. Marco Buzzi, o qual posteriormente, isto é, na semana seguinte, acompanhou o voto do relator, dando provimento ao recurso. Por outro lado, o ministro Raul Araújo, que acompanhara o relator na sessão anterior, mudou seu voto para negar provimento ao recurso sob o fundamento de que somente o STF seria competente para tratar da questão, uma vez que não se manifestara a Suprema Corte no julgamento da ADI e da ADPF citadas sobre a possibilidade de casamento homossexual, matéria essa eminentemente constitucional.

De acordo com o voto do relator, acima referido, "se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor **protege** a família, e sendo múltiplos os 'arranjos' familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto" (grifo no original). Ainda segundo consignou em seu voto, os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homossexual sem afrontar os princípios constitucionais, tais como o da igualdade, da não discriminação, da dignidade da pessoa humana, do pluralismo e livre planejamento familiar.

Verifica-se, pois, que o tema ainda será objeto de intensos debates na doutrina e mesmo na Jurisprudência, posto que a decisão do STJ, embora sirva de parâmetro e de notável precedente, pode não ser seguida pelos juízes que diversa convicção possuam, em razão do princípio do livre convencimento, além de eventualmente vir a ser em sentido oposto o entendimento da 3ª Turma, caso seja instada a se pronunciar em processo que contenha o mesmo objeto. Daí porque no julgamento ocorrido na 4ª Turma o ministro Raul Araújo chegou a propor que fosse o mesmo transferido para a 2ª Seção da Corte, que reúne as duas Turmas (3ª e 4ª) responsáveis pelas matérias de direito privado, ficando, todavia, vencido.

A mudança de paradigma no direito brasileiro é total à vista da evolução histórico-jurídica, na medida em que a condição de homossexual passou da condenação à morte e confisco de bens à possibilidade de instituição de união estável homossexual, e, finalmente, à conversão desta em casamento, ou ainda à possibilidade de contrair o próprio casamento direto no Cartório de Registro Civil. Muito embora da decisão proferida pelo STJ ainda caiba, em tese, recurso extraordinário ao STF, para eventual análise da possibilidade de casamento homossexual, a interpretação acima tende a tornar-se sólida, o que necessariamente deverá movimentar o Congresso Nacional a dar tratamento mais célere nas discussões dos projetos de lei que versam sobre a matéria, ou mesmo a reinserir neles a temática da regulamentação de uniões homossexuais.

4. A pretensão à criminalização da homofobia através do PLC n. 122/2006 e do anteprojeto de lei que visa instituir o Estatuto da Diversidade Sexual

Um dos projetos de lei mais discutidos nos últimos tempos é o PLC n. 122/2006, em trâmite no Senado Federal, que tem como relatora a senadora Marta Suplicy (PT-SP), a qual sucedeu a relatoria da senadora Fátima Cleide (PT-RO), cuja finalidade é definir os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. O projeto em comento teve origem em agosto de 2001, no PL n. 5.003/2001, proposto pela então deputada federal Iara Bernardi (PT-SP), embora com menor abrangência em sua redação original. Pretende referido projeto de lei alterar a Lei n. 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, bem como dar nova redação ao art. 140 do Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Com efeito, o art. 8º do PLC n. 122/2006 pretende dar nova redação ao art. 20 da Lei n. 7.716/89, com o que "praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero", sujeitará o agente à pena de reclusão de um a três anos e multa, acrescentando-lhe, ainda, o § 5º, pelo qual a conduta vedada "envolve a prática de qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória, de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica.

Enquanto o art. 10 do PLC n. 122/2006 pretende dar nova redação ao § 3º do art. 140, do Código Penal, para consignar como injúria a utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, sujeita a pena de reclusão de uma

a três anos, por sua vez, o art. 11 do referido projeto pretende acrescentar parágrafo único ao art. 5º da CLT, para estabelecer que "fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, orientação sexual e identidade de gênero, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção do menor previstas no inciso XXXIII do *caput* do art. 7º da Constituição Federal".

O anteprojeto de lei que visa instituir o Estatuto da Diversidade Sexual[15], e alterar inúmeras leis – sendo algumas delas as mesmas referidas acima –, trata dos crimes no Capítulo XVI, estabelecendo o art. 100, quanto ao crime de homofobia, que "praticar condutas discriminatórias ou preconceituosas previstas neste Estatuto em razão da orientação sexual ou identidade de gênero" sujeitará o infrator a pena de reclusão de dois a cinco anos, asseverando o § 1º que "incide na mesma pena toda a manifestação que incite o ódio ou pregue a inferioridade de alguém em razão de sua orientação sexual ou de identidade de gênero". O art. 101, que trata da indução à violência, prevê que "induzir alguém à prática de violência de qualquer natureza, motivado por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero" sujeitará o infrator à pena de reclusão de um a três anos, além da pena aplicada à violência. O anteprojeto de lei em comento foi entregue no dia 23 de agosto de 2011 pela Comissão Nacional de Diversidade Sexual da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) aos presidentes da OAB, Ophir Cavalcante, da Câmara dos Deputados, Marco Maia, e do Senado Federal, José Sarney[16].

Nos últimos anos a comunidade religiosa tem manifestado sua preocupação em relação ao PLC n. 122/2006, que trata da criminalização da homofobia, por entender que da forma como está redigido o texto poderá, caso aprovado, acarretar confronto com os princípios constitucionais de liberdade de expressão, crença e religião, além de gerar a possibilidade de ação penal e prisão de ministros de confissão religiosa, ou seja, dos padres, pastores, reverendos, missionários, ou fiéis que manifestarem publicamente sua crença bíblica quanto à homossexualidade, havendo, inclusive, realizado no dia 1º de junho de 2011 expressivo manifesto em frente ao Congresso Nacional para protestar contra o que chamam de "lei da mordaça"[17]. Certamente será idêntica a reação para com o anteprojeto de lei que procura

[15] Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/>. Acesso em 01 Set. 2011.
[16] Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?noticias&noticia=4611>. Acesso em 24 Ago. 2011.
17 Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/poder/923944-religiosos-fazem-protesto-contra-projeto-que-criminaliza-homofobia.shtml. Acesso em 5 Set. 2011.

instituir o Estatuto da Diversidade Sexual, por ter semelhante objetivo de criminalizar a homofobia, nos termos acima expostos.

Fora da seara religiosa, porém, também há quem defenda a não aprovação de projetos de leis que criminalizem a homofobia ao entendimento de que as leis vigentes já garantem tipificação suficiente para ataques cometidos aos homossexuais, como, por exemplo, o art. 140 do Código Penal, que trata da injúria, ou o art. 129 do mesmo diploma, que trata das lesões corporais, ou mesmo o art. 121, quanto ao homicídio praticado por motivo torpe, e para essa corrente doutrinária, a criminalização acabaria por deslocar a atenção da sociedade fazendo com que as questões culturais e educacionais fiquem arrefecidas, sendo nestas últimas searas em que se encontra maior capacidade para fomentar um ambiente tolerante e pluralista (COSTA, 2011, p. 13).

Diante do surgimento ao redor do mundo, nos últimos anos, de diversas leis e propostas legislativas relativas à criminalização da homofobia, o Vaticano – que distingue entre atos homossexuais e tendências homossexuais, dando-lhes tratamento diverso para efeito de aceitação nos Seminários e Santos Ofícios[18] –, através da Congregação para a Doutrina da Fé, editou diretrizes, denominadas *Some considerations concerning the response to legislative proposals on the non-discrimination of homosexual persons*[19] (Algumas considerações acerca da resposta às propostas legislativas sobre a não-discriminação de pessoas homossexuais), no sentido de que tais iniciativas legislativas, mesmo onde parecem mais dirigidas ao apoio dos direitos civis básicos do que à tolerância para com a atividade homossexual ou para com o estilo de vida homossexual, podem ter um impacto negativo na família e na sociedade. Após

18 A Congregação para a Educação Católica, quanto aos critérios de discernimento de vocações acerca de pessoas com tendências homossexuais e sua admissão nos Seminários e Santos Ofícios, fundada nos princípios contidos na Catequese, a qual distingue entre atos homossexuais e tendências homossexuais, estabelece que as pessoas com tendências homossexuais devem ser aceitas com respeito e sensibilidade, como se lê, no original: "Regarding acts, it teaches that Sacred Scripture presents them as grave sins. The Tradition has constantly considered them as intrinsically immoral and contrary to the natural law. Consequently, under no circumstance can they be approved. Deep-seated homosexual tendencies, which are found in a number of men and women, are also objectively disordered and, for those same people, often constitute a trial. Such persons must be accepted with respect and sensitivity. Every sign of unjust discrimination in their regard should be avoided. They are called to fulfil God's will in their lives and to unite to the sacrifice of the Lord's Cross the difficulties they may encounter". Disponível em: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/ccatheduc/documents/rc_con_ccatheduc_doc_20051104_istruzione_en.html. Acesso em 5 Set. 2011.

19 No original: "Such initiatives, even where they seem more directed toward support of basic civil rights than condonement of homosexual activity or a homosexual lifestyle, may in fact have a negative impact on the family and society". E ainda: "The Church has the responsibility to promote family life and the public morality of the entire civil society on the basis of fundamental moral values, not simply to protect herself from the application of harmful laws". Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19920724_homosexual-persons_en.html>. Acesso em 5 Set. 2011.

discorrer sobre os fundamentos pelos quais rejeita leis e projetos de lei que criminalizam a homofobia, o texto encerra com a declaração de que "a Igreja tem a responsabilidade de promover a vida familiar e a moralidade pública de toda a sociedade civil sobre as bases dos valores morais fundamentais, não simplesmente para proteger a si mesma da aplicação de leis prejudiciais".

Embora haja controvérsia sobre a necessidade de se estabelecer tipificação específica à homofobia, entendemos que, à vista dos inúmeros casos de agressão contra homossexuais nas diversas cidades brasileiras, noticiados constantemente na mídia, como por exemplo, o recente caso de severa agressão a pai e filho, com decepamento da orelha daquele, por estarem abraçados em exposição aberta ao público, sendo, por isso, confundidos pelos agressores como casal gay[20], encontram-se presentes circunstâncias suficientes para que o legislador combata com maior rigor o ódio e a violência que dele decorre, em razão do preconceito e da intolerância às diferenças de gênero, elaborando, para tanto, leis que disciplinem severamente atitudes criminosas fundadas na homofobia.

5. Homofobia e liberdade religiosa

Muito embora nenhum dos casos de agressão, incitação à violência ou ao ódio contra os homossexuais divulgados nos meios jornalísticos tiveram como agentes quaisquer cristãos ou evangélicos, os projetos de lei que procuram criminalizar a homofobia, caso interpretados equivocadamente, em desconformidade com a liberdade constitucional, os podem atingir pelo tão-só fato de crerem, fundados nos textos bíblicos que julgam sagrados, ser a prática homossexual "reprovada" pelo Criador, e, portanto, "pregarem" e manifestarem publicamente suas convicções religiosas (SEVERINO, 2007, p. 970).

Como é cediço, a conquista da liberdade religiosa no Brasil foi construída dolorosamente ao longo dos séculos, e, embora tornada efetiva em momento anterior à equiparação das relações homoeróticas à união estável entre homem e mulher não apaga a importância e a necessidade do Estado continuar a garantir, doravante, os direitos e prerrogativas de ambas as classes, posto que tais direitos emanam do mesmo princípio de liberdade e igualdade com que são dotados todos seres humanos. Vale dizer, o fato de ter a nação brasileira conferido direitos em sua plenitude aos homossexuais somente em 2011, através da decisão do Supremo

[20] Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/945603-pai-e-filho-sao-agredidos-apos-serem-confundidos-com-casal-gay.shtml>. Acesso em 9 Ago. 2011.

Tribunal Federal anteriormente referida, não os torna em grau superior àqueles conferidos em épocas mais distantes no tocante à liberdade religiosa, de forma que ao se legislar em uma das searas deve-se também levar em consideração a outra, pois os reflexos da lei ocorrem em todas as direções. Nesse aspecto, cumpre observar que tanto as declarações universais de direitos do homem como as convenções internacionais sobre direitos humanos e civis preocupam-se, igualmente, tanto com o respeito à liberdade religiosa quanto à orientação sexual dos indivíduos.

Assim como vimos acima relativamente aos países que criminalizam a homossexualidade, há, igualmente, intensa luta dos órgãos de direitos humanos no âmbito da liberdade religiosa, havendo hoje, segundo organizações internacionais, 150 países que prevêem a liberdade religiosa em suas constituições, 50 países que a restringem, e outros 10 em que nenhuma liberdade religiosa existe[21], sendo que tanto aqueles que a restringem como aqueles que a vedam por completo coincidem, geralmente, com aqueles que punem a homossexualidade. Esta questão é tão emblemática que o próprio Departamento de Estado norte-americano possui em sua estrutura o Escritório de Liberdade Religiosa Internacional, cuja missão é promover a liberdade religiosa e a tolerância ao redor do mundo como objetivo central da política externa daquele país, e publicam, inclusive, constantes relatórios contendo o panorama verificado em todos os países, de forma que no prefácio do relatório de 2010 esclarece que "devido ao fato de inexistir país homogêneo, a liberdade religiosa é vital para todas as sociedades"[22]. Registre-se ainda, que o Departamento de Justiça[23] daquele país possui em sua estrutura a Divisão de Direitos Humanos, que dentre outras atribuições, tem por objetivo o combate à discriminação religiosa e a proteção à liberdade religiosa no âmbito interno.

Entre nós, a Constituição Imperial, de 1824, estabelecia em seu art. 5º que a Religião Católica Apostólica Romana continuaria a ser a religião do Império, e que as outras religiões seriam permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo, embora estatuísse no art. 179, § 5º, que ninguém seria perseguido por motivo de religião, desde que respeitasse a do Estado, e não ofendesse a moral

[21] Jornal do Advogado. Representante do IRLA faz visita à Seccional Paulista da Ordem. ano 37. n. 363. jul. 2011. p. 4.
[22] Disponível em: <http://www.state.gov/g/drl/irf/>. Acesso em 7 Set. 2011.
[23] Disponível em: <http://www.justice.gov/crt/spec_topics/religiousdiscrimination/>. Acesso em 7 Set. 2011.

pública. Isso já se mostrava um avanço se considerarmos que as Ordenações[24] criminalizavam o exercício de qualquer outra religião que não fosse a da Coroa, e que o Código Criminal do Império, de 1830, também em muito restringia a liberdade religiosa[25].

O Decreto n. 119-A, de 7 de janeiro de 1890, proibiu a intervenção estatal nas questões de caráter religioso, estabeleceu o Estado laico, vedou a criação de diferenças entre os habitantes por motivo de crenças ou opiniões filosóficas ou religiosas, bem como conferiu liberdade religiosa ao povo, reconhecendo personalidade jurídicas às entidades religiosas. Posteriormente, a Constituição da República, de 1891, estatuiu em seu art. 72, § 3º, que todos os indivíduos e confissões religiosas poderiam exercer pública e livremente seus cultos, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições de direito comum. Tais disposições afastavam, assim, séculos de perseguição e intolerância religiosas perpetradas pelo próprio Estado e pela Religião estatal contra as demais confissões religiosas. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, no art. 5º, VI, assevera ser "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 as suas liturgias", enquanto o inciso VIII assevera que "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei".

Verifica-se, portanto, quando se tem em mente a penosa conquista das liberdades religiosa e homossexual, que ambas devem ser protegidas – e são – pela Constituição da República, não havendo, nesse sentido, direito maior ou menor de qualquer dos grupos. Em outras palavras, tanto permite e protege a lei brasileira qualquer expressão homossexual como permite e protege o direito à liberdade de consciência, da qual irradia a liberdade religiosa. A liberdade de consciência, nas palavras de Pontes de Miranda (1987, p. 626-7), é direito fundamental absoluto e supra-estatal, não suscetível de suspensão. Entretanto, como

[24] Confira-se, por exemplo, as Ordenações Filipinas, Livro Quinto, Títulos I a IV, quanto aos crimes de heresia, blasfêmia, feitiçaria, benzimento de animais, e vigílias.

[25] O art. 276 do Código Criminal do Império, por exemplo, assim dispunha: "Celebrar em casa, ou edifício, que tenha alguma forma exterior de Templo, ou publicamente em qualquer lugar, o culto de outra Religião, que não seja a do Estado. Penas - de serem dispersos pelo Juiz de Paz os que estiverem reunidos para o culto; da demolição da forma exterior; e de multa de dois a doze mil réis, que pagará cada um". O art. 278, por sua vez, estatuía: "Propagar por meio de papéis impressos, litografados, ou gravados, que se distribuírem por mais de quinze pessoas; ou por discursos proferidos em públicas reuniões, doutrinas que diretamente destruam as verdades fundamentais da existência de Deus, e da imortalidade da alma. Penas - de prisão por quatro meses a um ano, e de multa correspondente à metade do tempo".

preleciona Sampaio Dória (1958, p. 714), "os abusos, isto é, as ofensas aos direitos alheios, já deixam de ser liberdade", ensejando a atuação estatal para coibi-los.

A liberdade religiosa não deve representar *salvo conduto* para violações de direitos constitucionais igualmente conferidos aos demais indivíduos. Da mesma forma, os direitos e garantias conferidos aos homossexuais não podem acarretar diminuição ou interferência na liberdade religiosa ou mesmo na liberdade de expressão e opinião, posto que o que se combate não é a diferença de opiniões, mas tão-somente o ódio e a incitação à violência e à discriminação. A tentativa de criminalização da homofobia pelo PLC n. 122/2006, bem como pelo anteprojeto de lei que visa instituir o Estatuto da Diversidade Sexual, manterá acesa a discussão sobre a aparente colidência de princípios constitucionais garantidores da liberdade de expressão e da liberdade religiosa.

Cumpre observar, entretanto, que a questão dos direitos civis dos homossexuais em confronto com a liberdade religiosa tem surgido em todas as partes. Em 2 de março de 2011, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América julgou um dos processos mais interessantes sobre o tema, no caso *Snyder vs. Phelps*[26], envolvendo uma comunidade religiosa independente, denominada Westboro Baptist Church, fundada por Fred Phelps, e conhecida por fazer manifestações em funerais de militares, com severas críticas à tolerância americana para com os gays. No caso em questão, Phelps, juntamente com suas filhas e netos, viajaram do Kansas até Maryland para protestarem, em local público próximo à igreja católica onde ocorreria o funeral do militar Matthew Snyder, morto em combate no Iraque. No protesto, que ocorreu por cerca de 30 minutos antes do início do funeral, os religiosos além de cantarem hinos e recitarem versos bíblicos, seguravam placas contendo expressões tais como: *thank God for dead soldiers* (graças a Deus pelos soldados mortos), *God hates USA/Thank God 9/11* (Deus odeia os EUA/Graças a Deus por 11 de setembro), *fags*[27] *doom nations* (*bichas* condenam nações), *God hates fags* (Deus odeia *bichas*), *America is doomed* (A América está condenada), *Priests rape boys* (Padres estupram garotos), *you're going to hell* (você está indo para o inferno) e *God hates you* (Deus te odeia).

[26] 562 US ___ (2011). Disponível em: http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-751.pdf. Acesso em 30 Ago. 2011.

[27] A palavra inglesa *fag* não possui tradução específica em português, mas é expressão extremamente ofensiva utilizada para afrontar um homossexual, havendo este autor escolhido, por analogia, a expressão portuguesa "bicha", utilizada entre nós com idêntico grau de proposital ofensividade.

Inconformado, o pai do militar morto entrou com ação judicial na Corte Distrital Maryland contra Phelps, suas filhas, e contra a igreja Westboro Baptist, imputando-lhes crimes tipificados na lei estadual, tais como difamação, dar publicidade a vida privada, imposição intencional de angústia emocional, ingerência na vida privada e conspiração civil, sendo que um júri condenou-os ao pagamento de US $ 2,9 milhões de dólares a título de danos compensatórios (*compensatory damages*) e US $ 8 milhões de dólares por danos punitivos (*punitive damages*), de sorte que os réus recorreram alegando que a Primeira Emenda[28] lhes garante a completa liberdade de fala ou discurso (*freedom of speech*), e obtiveram daquela Corte apenas a redução dos *punitives damages*, para a importância de US $ 2,1 milhões, o que acarretou recurso à Corte de Apelações, que absolveu os réus pelo princípio contido na emenda acima referida. O pai do militar morto levou o caso à Suprema Corte, que manteve a absolvição dos réus. Para o Juiz (*Chief Justice*) John G. Roberts Jr., que redigiu o voto em nome da Suprema Corte, as frases contidas nas placas sustentadas pelos réus em sua manifestação, tratam de temas de interesse geral, não sendo um ataque pessoal ao militar morto ou ao seu pai, requerente, de maneira que tais frases não podem ser restringidas simplesmente porque são perturbadoras ou despertam desprezo, pois caracterizam discurso em matéria de interesse público, não tendo havido interferência no serviço fúnebre. De acordo com o Juiz Roberts, se há um princípio fundamental contido na Primeira Emenda ele significa que o governo não pode proibir a expressão de uma ideia pelo fato de a sociedade a considerar ofensiva ou desagradável[29].

Não se pode defender que liberdade religiosa autoriza toda sorte de manifestação e ataque contra a honra pessoal de qualquer pessoa, e nesse sentido, verifica-se que não foi unânime a decisão da Suprema Corte americana. Isso porque, o Juiz Samuel A. Alito Jr., em seu voto divergente, inicia com a afirmação de que o profundo compromisso nacional para com o debate livre e aberto não é uma licença para o violento ataque verbal, ocorrido no momento em que o pai requerente desejava apenas exercer o direito de sepultar seu filho em paz. De acordo com o Juiz Alito, os réus têm o direito conferido pela Primeira Emenda para expressar

[28] "Amendment I: Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances."

[29] Conclui o magistrado seu voto afirmando que: "Speech is powerful. It can stir people to action, move them to tears of both joy and sorrow, and – as it did here – inflict great pain. On the facts before us, we cannot react to that pain by punishing the speaker. As a Nation we have chosen a different course – to protect even hurtful speech on public issues to ensure that we do not stifle public debate. That choice requires that we shield Westboro from tort liability for its picketing in this case".

suas fortes opiniões morais, religiosas e políticas em oportunidades quase ilimitadas, ou seja, através de livros, artigos ou quaisquer textos, de conversa com indivíduos ou grupos em fóruns públicos ou locais privados cujos proprietários os desejem acomodar, através de marchas pacíficas em incontáveis lugares, de divulgação de suas convicções pelo rádio, televisão, *internet* etc., mas haveriam de respeitar os locais de cerimônias fúnebres, onde os familiares estão emocionalmente vulneráveis[30].

A discussão, portanto, que envolve o PLC n. 122/2006, e que certamente envolverá o anteprojeto que tem por objeto a instituição do Estatuto da Diversidade Sexual, é saber se haverá ou não, caso aprovados, interferência ou diminuição na liberdade religiosa, na medida em que continuará a fazer parte da doutrina cristã o princípio extraído dos textos bíblicos, considerado sagrado, segundo o qual a homossexualidade, sobretudo sua prática ou expressão, é contra a natureza e não admitida ou desejada pela Divindade.

Conforme preleciona Regis Fernandes de Oliveira (2011, p. 237-8), não comete crime o celebrante de culto de qualquer igreja que fizer interpretação de texto bíblico e pregar que não é adequado o comportamento homossexual, de acordo com sua leitura, ou seja, se a afirmativa for apenas a de que a homossexualidade é conduta incompatível com os dizeres gramaticais do texto bíblico, não cometerá crime ou contravenção, nem podendo a lei prevê-los. Prossegue, porém o autor, e afirma que, "todavia, se, no prosseguimento da interpretação o celebrando incitar qualquer repulsa pública ou rejeição pública ao homossexual, aí sim, estará caracterizado eventual crime ou contravenção, na forma do que estabelecer a lei". Isso porque, "o incitamento à perseguição, à abominação, à repulsa, à segregação é que pode servir de fundamento fático ao tipo penal que venha a ser criado".

É da essência da liberdade religiosa que se possa ter qualquer interpretação possível dos textos bíblicos tidos como sagrados pelos evangélicos, e pelos cristãos de maneira geral, ou qualquer outra confissão religiosa que, por estes ou por outros textos que tenham por sagrados formem sua convicção doutrinário-religiosa, e o intérprete, qualquer que seja ele e qualquer que seja a comunidade ou organização religiosa, pode rejeitar a conduta ou prática

[30] Para o Juiz Alito, o problema não está na manifestação ou na liberdade de expressão e de fala, mas no momento inoportuno em que ela ocorreu, com evidentes contornos de ataque pessoal, e neste aspecto, em seu voto declarou que os réus poderiam escolher lugares incontáveis, como o Capitólio, a Casa Branca, a Suprema Corte, o Pentágono, as mais de 5.600 estações de recrutamento militar, o Parlamento estadual, a Academia Naval, os mais de 6,4 milhões de quilômetros de estradas onde se permitem pedestres, os mais de 20 mil parques públicos do país, as aproximadamente 19 mil igrejas católicas existentes no país, mas não o funeral do militar morto em combate, por representar afronta e impor intencionalmente angústia emocional aos pais do falecido. Para evitar manifestações e protestos nos funerais, 44 estados americanos, além do governo federal, editaram leis que proíbem tal prática.

homossexual e entendê-la incompatível com o comportamento religioso, sendo vedado, todavia, o excesso, ou seja, a argumentação e o convencimento dos fiéis, dos ouvintes ou da comunidade religiosa ou social, da necessidade imperiosa de rejeição e discriminação dos homossexuais, de ódio e incitação à violência para com estes, pois terão extrapolado sua liberdade religiosa, cometendo os crimes previstos na lei, ou que venham a ser por ela previstos (OLIVEIRA, 2011, p. 238), violando o direito constitucional igualmente conferido àqueles que expressam sua homossexualidade.

Não há qualquer inconstitucionalidade no PLC n. 122/2006, bem como não há qualquer inconstitucionalidade no anteprojeto de lei que procura instituir o Estatuto da Diversidade Sexual, relativamente à criminalização da homofobia, tornando-a passível de punição nos mesmos moldes que o racismo. Não há, igualmente, restrição à liberdade de expressão no projeto ou no anteprojeto de lei, acima referidos, posto que o próprio art. 3º, IV, da Carta Maior, dentre os objetivos fundamentais da República, estabelece a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou quaisquer forma de discriminação, e o art. 5º, XLI, da mesma Carta, estatui que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". Depreende-se, portanto, que inexiste colidência de princípios constitucionais, uma vez que tanto os homossexuais estão plenamente amparados pelo Direito – sobretudo após a decisão do Supremo Tribunal Federal, acima mencionada –, como também os religiosos ou qualquer pessoa que por convicção religiosa, filosófica ou de outra ordem entendam e manifestem, dentro dos parâmetros conferidos pela Constituição e pelas leis em vigor ou que vierem a ser criadas, sua posição contrária. Vale dizer, a liberdade religiosa pressupõe tanto a liberdade de crer como inadequada a conduta homossexual perante a bíblia ou qualquer outro texto tido por sagrado, como manifestar essa crença, nos templos religiosos ou fora deles, fazer adeptos mediante atos de proselitismo, ensinar e propagar a convicção havida. A liberdade religiosa, porém, não é *salvo conduto* para incitação ao ódio, à violência, ao repúdio e discriminação contra homossexuais. Por outro lado, a recusa de qualquer igreja em casar gays jamais poderá ser fundamento para punição legal em razão da reserva de consciência ou reserva de religião (OLIVEIRA, 2011, p. 236), sob pena de inconstitucional interferência estatal nas questões religiosas, em direta afronta aos arts. 5º, VI, e 19, I, ambos da Carta Política.

A questão relativa à liberdade de expressão, bem como a de manifestação pública mesmo em temas que não tenham simpatia social foi, em 15 de junho de 2011, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

n. 187, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, para questionar a interpretação do art. 287, do Código Penal (apologia ao crime), uma vez que diversos estados brasileiros impediam a realização de marcha pacífica para a descriminalização de determinadas drogas, manifestação pública vulgarmente denominada "marcha da maconha". A relatoria coube ao ministro Celso de Mello, o qual em primoroso voto enfrentou o tema, discorreu com maestria sobre a liberdade de expressão, e deu ao dispositivo legal referido interpretação conforme a Constituição "de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos". Embora proferida em razão da "marcha da maconha", a decisão da Corte Excelsa lança luz sobre as mesmas discussões suscitadas no âmbito da liberdade religiosa e da homossexualidade.

Em seu voto, o ministro Celso de Mello ressaltou existir íntima conexão entre liberdade jurídica e o direito fundamental à livre manifestação do pensamento, verificados até mesmo através de atos de proselitismo com vistas a conquistar novos adeptos e seguidores para a causa defendida, vez que garantida a propagação de ideias. Para referido ministro, ao direito de propagação das ideias é irrelevante, para efeito da plena fruição da liberdade constitucional conferida, quaisquer resistências, por maiores que sejam, que a coletividade oponha às opiniões, ainda que desagradáveis, atrevidas, insuportáveis, chocantes, audaciosas ou impopulares, o que, com efeito, nos faz lembrar da decisão recentemente proferida pela Suprema Corte americana, acima mencionada. Segundo o ministro Celso de Mello, nada se revela mais nocivo e mais perigoso do que a pretensão do Estado de reprimir a liberdade de expressão, mesmo que se objetive, com apoio nesse direito fundamental, expor ideias ou formular propostas que a coletividade repudie, pois, nesse tema, "o pensamento há de ser livre, sempre livre, permanentemente livre, essencialmente livre", sendo que numa sociedade fundada em bases democráticas mostra-se intolerável a repressão estatal ao pensamento. Do voto do ministro relator ainda se extrai a interpretação constitucional de que o cidadão é livre até mesmo para usar camiseta com a estampa da folha da maconha sem que esteja caracterizada qualquer conduta criminosa.

Ainda de acordo com o ministro citado, "a livre expressão e manifestação de ideias, pensamentos e convicções não pode e não deve ser impedida pelo Poder Público nem submetida a ilícitas interferências do Estado", na medida em que "a liberdade de expressão representa, dentro desse contexto, uma projeção significativa do direito, que a todos assiste,

de manifestar, sem qualquer possibilidade de intervenção estatal "a priori", as suas convicções, expondo as suas idéias e fazendo veicular as suas mensagens doutrinárias, ainda que impopulares, contrárias ao pensamento dominante ou representativas de concepções peculiares a grupos minoritários". Adverte ainda o ministro Celso de Mello que o Estado não pode dispor de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre os modos de sua manifestação, ou seja, o Estado não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias, sobre o pensamento e sobre as convicções manifestadas pelos cidadãos. Isso porque, preleciona, "nenhuma autoridade pode prescrever o que será ortodoxo em política, ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, jurídica, social, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição à própria manifestação do pensamento", embora a livre expressão do pensamento não se revista de caráter absoluto, uma vez que sofre limitações de natureza ética e de caráter jurídico, decorrendo dessa limitação o fato de que a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social não recebe a proteção constitucional da liberdade de expressão. Vale dizer, em um país democrático, é livre a manifestação do pensamento, assim como é livre a expressão da sexualidade como bem aprouver aos seus indivíduos, embora a liberdade de ambos os grupos encontre limite nos moldes acima expostos, ou seja, nas fronteiras dos abusos.

A edição de leis que criminalizam a homofobia e seus possíveis reflexos na liberdade religiosa tem suscitado debates em todo o mundo. A discussão não é meramente acadêmica, e pode ser vista, inclusive, no fato de que algumas leis estrangeiras que criminalizam a homofobia, ou que estabelecem a união civil homossexual, expressamente inserem, no próprio texto, garantias de que tais leis não atingirão a liberdade religiosa. Um exemplo da necessidade do legislador resguardar tanto os direitos relativos à liberdade religiosa quanto os direitos relativos à união homossexual é a recente lei do Estado de Illinois, nos Estados Unidos da América. Publicada em 1º de fevereiro de 2011, entrou em vigor no dia 1º de junho do mesmo ano a *Illinois Religious Freedom Protection and Civil Union Act* (Lei da União Civil e da Proteção à Liberdade Religiosa), estabelecida pela *Public Act* 096-1513, promulgada pela Assembléia Legislativa daquele estado. Referida lei garante aos casais do mesmo sexo, que vivam ou queiram viver em união civil, todos os direitos, obrigações, responsabilidades e benefícios conferidos pelo casamento entre pessoas heterossexuais, tendo sido considerada como o maior passo no campo das liberdades civis, embora o "casamento" tradicional

permaneça disponível apenas aos casais heterossexuais. A seção 10, que trata das definições por ela utilizadas, estabelece que "'união civil' significa um relacionamento legal entre duas pessoas, do mesmo sexo ou do sexo oposto, estabelecida nos termos da presente lei", enquanto a seção 15, expressamente trata da liberdade religiosa, ao estabelecer que "nada nessa lei interferirá ou regulará as práticas religiosas de quaisquer organismos religiosos. Qualquer corpo religioso, Nação Indígena ou Tribo ou Grupo Nativo é livre para escolher se deve ou não solenizar ou oficializar a união civil"[31].

A lei promulgada no Estado de Illinois serve de exemplo ao legislador brasileiro quanto aos projetos de lei que tratam da matéria, como o PLC n. 122/2006, e mesmo o anteprojeto de lei que visa instituir o Estatuto da Diversidade Sexual, cujo art. 15 estabelece que a união homoafetiva faz jus a todos os direitos assegurados à união heteroafetiva, dentre os quais o direito ao casamento, à constituição de união estável e sua conversão em casamento, à escolha do regime de bens, ao divórcio, à filiação, à adoção e ao uso das práticas de reprodução assistida, à proteção contra a violência doméstica ou familiar, à herança, ao direito real de habitação, à concorrência sucessória. Embora os grupos cujos projetos de lei citados têm por objetivo proteger constantemente informem não ter interesse em afrontar as organizações religiosas, com a imposição de dever de celebração da união homossexual contra sua convicção religiosa, melhor seria, a fim de evitar maiores discussões no futuro, que o próprio texto legal expressamente trouxesse a ressalva, como verificado na lei estrangeira citada e em muitas outras.

Estudos norte-americanos demonstram que a edição de leis que regulam o casamento gay, a união civil homossexual, ou mesmo as leis que definem os crimes de preconceito ou ódio aos homossexuais, de discriminação no trabalho, dentre outras prescrições, podem gerar, caso não sejam feitas as devidas ressalvas no texto legal, risco real à liberdade religiosa. Nesse sentido, Roger Severino (2007, p. 970), ao analisar a questão, preleciona serem potenciais os riscos de processos fundados em leis sobre "crimes de ódio" relativamente a instituições

[31] No original: Section 10. Definitions. As used in this Act: (…) "Civil union" means a legal relationship between 2 persons, of either the same or opposite sex, established pursuant to this Act. (…) Section 15. Religious freedom. Nothing in this Act shall interfere with or regulate the religious practice of any religious body. Any religious body, Indian Nation or Tribe or Native Group is free to choose whether or not to solemnize or officiate a civil union". A lei, ao regular a união civil entre pessoas do mesmo sexo, confere tratamento idêntico às relações heterossexuais, e, pois, ao casamento, estabelecendo inúmeras regras quanto à proteção, obrigações, responsabilidades, impedimentos, invalidade, dissolução da união civil, e jurisdição. Disponível em: <http://www.ilga.gov/legislation/publicacts/fulltext.asp?name=096-1513&GA=96&SessionId=76&DocTypeId=SB&DocNum=1716&GAID=10&Session>. Acesso em 01 Jul. 2011.

religiosas que ativamente pregam contra a união homossexual, e aponta que dos 46 estados norte-americanos que possuem legislação dispondo sobre o crime de ódio, 31 deles têm previsão legal de crimes de ódio específicos à orientação sexual – número que tem crescido rapidamente nos últimos anos –, sendo que alguns estados como Massachusetts e Pensilvânia, incluem na legislação a proibição ao discurso de ódio em relação à orientação sexual[32]. Segundo aponta o autor, existem nas legislações alienígenas, como por exemplo, Canadá, Grã-Bretanha, Austrália e Suécia, proibições civis e criminais ao discurso religioso "censurável" (2007, p. 971). Estas e outras tendências verificadas pelo autor levaram-no a afirmar que as instituições religiosas encaram uma variedade de sérios riscos na esteira da legalização das uniões homossexuais.

O autor ainda preleciona que as instituições religiosas podem se sentir forçadas a comprometer seus princípios sobre a questão homossexual simplesmente para evitar custosa e desgastante luta nos tribunais, mesmo que de tal luta pudessem sair, ao final, vitoriosas (SEVERINO, 2007, p. 979). Daí porque o Estado, ao legislar sobre as questões relativas à homossexualidade deve também considerar seu impacto na liberdade religiosa, objetivando a justiça e a pacificação social. Portanto, assim como excepciona a lei do Estado de Illinois a liberdade religiosa nos termos acima referidos, outros estados americanos possuem regras assemelhadas em suas leis que tratam do crime de discriminação decorrente de orientação sexual, como, por exemplo, Indiana, Iowa, Louisiana, Nebraska, Minnesota, Nova Hampshire e Novo México (SEVERINO, 2007, p. 980-1).

À vista das experiências legislativas verificadas acima, e tendo-se em mente que a liberdade religiosa é direito inalienável do ser humano, sendo igualmente fonte de estabilidade nacional, mostra-se imperioso seja protegida tal qual a liberdade de expressão homossexual, de maneira que tanto o PLC n. 122/2006 como o anteprojeto de lei que visa instituir o Estatuto da Diversidade Sexual, haverão de ser interpretados de acordo com os direitos e garantias assegurados pela Carta Magna, posto que "a supremacia da Constituição impõe que todas as normas jurídicas ordinárias sejam interpretadas em consonância com seu texto" (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2009, p. 476), sendo forçoso lembrar que embora não se confunda intolerância com firmeza de convicções, quaisquer que sejam elas, "não é liberdade

[32] O autor registra que em 2004, um grupo organizado de cristãos foi preso por "intimidação étnica" prevista na lei de crimes de ódio, por protestar pacificamente, em evento do orgulho gay na Filadélfia, mesmo sendo evento aberto ao público e ocorrido nas ruas e calçadas da cidade. A acusação criminal de ódio contra os manifestantes foi rejeitada, bem como foi rejeitado o subsequente processo que os manifestantes ajuizaram contra a cidade, por violação de seus direitos civis.

o incitamento ao crime" (DÓRIA, 1958, p. 714), estando constitucionalmente amparados os projetos e anteprojetos de lei que tenham por objeto a criminalização do preconceito, do ódio e da violência para com os homossexuais.

Conclusão

A evolução havida na seara dos direitos dos homossexuais mostra-se, pois, em plena consonância com os princípios constitucionais enunciados desde a Constituição da República. Esta evolução jurídica culmina com a equiparação da união homoafetiva à união estável entre homem e mulher, pelo do Supremo Tribunal Federal, e ainda, com decisão proferida pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que autorizou duas mulheres a promoverem a habilitação para o casamento gay diretamente no Cartório de Registro Civil, encurtando o caminho para se alcançar o casamento, pois com isso mostra-se mais longo – e até mesmo desnecessário em alguns casos – o caminho da conversão, por decisão judicial, da união homossexual em casamento, cumprindo observar que embora a decisão do STJ produza efeitos tão-somente entre as partes, serve de importante precedente sobre o tema.

Por outro lado, a fim de corrigir uma injustiça histórica para com a sociedade, sobretudo para com os homossexuais e demais seguimentos minoritários, não é desnecessária – e tampouco inconstitucional –, lei que tenha por objetivo dar efetividade aos comandos expressos na Constituição, destinados a proibir a discriminação, o ódio, a incitação à violência, enfim, proibir quaisquer atos que extrapolem os limites da liberdade de expressão.

Todavia, a liberdade religiosa tem igual proteção constitucional, de sorte que não cometerá crime ou contravenção aquele que, por convicção religiosa, entender a conduta homossexual como não condizente com os preceitos bíblicos, ou quaisquer outros preceitos emanados de textos considerados sagrados, mas poderá incidir nas penalidades existentes ou que vierem a ser criadas no caso de incitar a perseguição, a abominação, o desprezo, a repulsa, a segregação e a violência para com os homossexuais. Por conseguinte, desde que não extrapolados esses limites, a liberdade religiosa pressupõe a divulgação de suas crenças, quer seja através dos cultos, reuniões, conversas públicas ou privadas, confecção e distribuição de panfletos, vídeos, *outdoors*, ou outra forma de proselitismo, sendo inconstitucional toda e qualquer medida capaz de restringir o direito de expressão, a propagação das ideias, das opiniões, conquanto possam eventualmente ser desagradáveis, atrevidas ou impopulares, diante das regras democráticas que balizam o País.

Finalmente, embora tanto a homossexualidade como a liberdade religiosa sejam protegidas por dispositivos constitucionais, parece-nos prudente que o legislador, à guisa de delimitar a abrangência de lei que vier a ser criada, e evitar desnecessárias discussões judiciais acerca da constitucionalidade da norma infraconstitucional, faça constar nos textos dos projetos e anteprojetos de lei em trâmite, que visam tornar crime a homofobia, a exclusão de seu alcance quanto à liberdade religiosa, nos termos acima descritos.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Candido Mendes de. Codigo philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico. 1870.

CARNELUTTI, Francesco. Teoria geral do direito. Tradução de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Coimbra: Arménio Amado – Editor. 1942.

COSTA, Helena Lobo da. In: O Brasil deve criminalizar a homofobia? Jornal do Advogado. ano 36. n. 359. mar. 2011.

DIAS, Maria Berenice. União homoafetiva: o preconceito & a justiça. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.

DÓRIA, A. de Sampaio. Direito constitucional. 4. ed. rev. São Paulo: Max Limonad. 1958. v. 1. t. 2.

ESKRIDGE Jr., William N. A history of same sex marriage. Virginia Law Review. v. 79. p. 1419-1513. 1993. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1504>. Acesso em 26 Jun. 2011.

FACHIN, Luiz Edson. Apectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. In: Revista dos Tribunais. Guarulhos/SP. ano 85. v. 732. p. 47-54. Out. 1996.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito civil: família. São Paulo: Atlas. 2008.

GOODMAN. Ryan. Beyond the enforcement principle: sodomy laws, social norms, and social panoptics. In: California Law Review. v. 89. n. 3. p. 643-740. May 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A disciplina jurídica do homossexualismo. In: Revista Síntese de Direito de Família. ano XIII. n. 66. p. 75-83. Jun./Jul. 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de segurança e ações constitucionais. 32. ed. atualizada de acordo com a Lei n. 12.016/2009, com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros Editores. 2009.

MIRANDA, F. C. Pontes de. À margem do direito: ensaio de psychologia juridica. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia. 1912.

_____. Comentários à constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969. (arts. 1º ao 7º). 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1970. t. 1.

_____. Comentários à constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969. (arts. 118 ao 153 § 1º). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1987. t. 4.

NARAYAN, Pratima. Somewhere over the rainbow...international human rights protections for sexual minorities in the new millennium. In: Boston University International Law Journal. v. 24. p. 313-48. 2006. Disponível em: <http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/international/volume24n2/documents/313-348.pdf>. Acesso em 22 Ago. 2011.

OLIVEIRA, Euclides. União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Método. 2003.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Homossexualidade: uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

PICKETT, Brent. Homossesuality. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2011 Edition). Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/homosexuality/>. Acesso em 20 Jul. 2011.

RÁO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. 3. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1991. v. 1.

SEVERINO, Roger. Or for poorer? How same-sex marriage threatens religious liberty. Harvard Journal of Law and Public Policy. v. 30. n. 3. p. 941-82. June 2007. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol30_No3_Severinoonline.pdf>. Acesso em 26 Jun. 2011.