

A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA E OS LIMITES DA LIBERDADE RELIGIOSA

THE CRIMINALIZATION OF HOMOTRANSFOBIA AND THE LIMITS OF RELIGIOUS FREEDOM

Marcelo Schenk Duque

Doutor em Direito do Estado pela UFRGS/ed. Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Alemanha.

Professor do programa de pós-graduação stricto sensu da Faculdade de Direito da UFRGS;

Pesquisador do Centro de Estudos Europeus e Alemães (CDEA). Professor da Escola da Magistratura Federal do Estado do Rio Grande do Sul – ESMAFE/RS, onde exerce a coordenação da matéria de direito constitucional; Professor da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre. Membro da Associação Luso-alemã de Juristas: DLJV. Presidente da Comissão Especial de Reforma Política da OAB/RS.

E-mail: marceloschenk@gmail.com

Marcelo Olson Porto Amar

Especialista em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul em parceria com a Escola da Magistratura Federal do Estado do Rio Grande do Sul – ESMAFE/RS; Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS; Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

E-mail: molsonporto@gmail.com

Aprovado em: 04/09/2023

RESUMO: Este estudo investiga os possíveis efeitos e limites do enquadramento da homotransfobia como crime, em face do julgamento proferido pelo STF na ADO 26, sobre a esfera de liberdade religiosa. Inicialmente, busca-se investigar, em face de críticas levantadas, o respaldo jurídico da decisão. Em seguida, contrapõe-se a liberdade religiosa como direito fundamental diante da proteção penal da população LGBTQIA+. Ao fim, pretende-se responder se o enquadramento da homotransfobia como espécie de racismo impõe limites, e em que medida o faz, à liberdade religiosa. A investigação é de natureza aplicada, com abordagem qualitativa, objetivo exploratório e procedimento bibliográfico. Os métodos adotados são precipuamente dedutivo e dialético.

Palavras-chave: Homotransfobia. Racismo. Inconstitucionalidade por omissão. Liberdade religiosa.

ABSTRACT: This study investigates the possible effects and limits of the framing of homotransphobia as a crime, due to the decision rendered by the STF in ADO 26, on the sphere of religious freedom. Initially, one investigates, in the face of the criticisms, the law support of the decision. After, religious freedom is contrasted as a fundamental right in the face of criminal protection of the LGBTQIA+ population. At the end, it is intended to answer whether homotransphobia as racism crime imposes limits, and to what extent does it, on religious freedom. The research has applied nature, with qualitative approach, exploratory goal and bibliographic

procedure. The methods used are primarily deductive and dialectical.

Keywords: Homotransphobia. Racism. Omission unconstitutionality. Freedom of religion.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Um exame da ADO 26: a criminalização da homotransfobia. 1.1 Mandado de criminalização da homotransfobia: a existência de lacuna legislativa. 1.2 A inconstitucionalidade por omissão e o preenchimento da lacuna legislativa. 2. Homotransfobia e liberdade religiosa. 2.1 Estado laico e liberdade religiosa. 2.2 Homotransfobia como limite à liberdade religiosa. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Em 13 de junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da ADO 26, reconhecendo a tipicidade da homotransfobia, que foi enquadrada, por adequação típica, no conceito de racismo para o fim de aplicação da Lei 7.716/1989. A decisão sofreu duras críticas de diversos segmentos da sociedade, inclusive de parcela dos juristas, além de setores religiosos, que reivindicam espaço de garantia da liberdade de expressão de crenças refratárias à população LGBTQIA+.

A resistência advinda a partir de determinadas organizações religiosas contra esses avanços protetivos não são novidade, mas, sim, a expressão de uma história de inconformidade perpetrada contra orientações sexuais e identidades de gênero consideradas desviantes. Nesse passo, torna-se necessário investigar se o reconhecimento da homotransfobia como espécie do gênero racismo impõe limites, e em que medida o faz, sobre a liberdade religiosa. Para tanto, a investigação será dividida em dois capítulos.

No primeiro capítulo, será examinada a ADO 26 diante das críticas manifestadas contra a decisão do STF, abordando-se a existência de lacuna legislativa para a punição criminal da homotransfobia, bem como a sustentabilidade do achado jurídico do STF no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. No segundo capítulo, abordam-se os possíveis efeitos que o enquadramento da homotransfobia como racismo acarreta sobre a esfera de liberdade religiosa.

A relevância do tema manifesta-se na necessidade de delimitação do âmbito de proteção da liberdade religiosa em conjunto com outros direitos fundamentais, de igual hierarquia, destinados a garantir um espaço de livre desenvolvimento da personalidade nos temas relativos às decisões de ordem interna, como a orientação sexual. Envolve, ainda, a complexa questão relativa ao aspecto instrumental da democracia e da separação dos poderes, no marco da chamada omissão inconstitucional do dever de legislar.

A investigação é de natureza aplicada, já que tem por objetivo delinear os critérios de incidência dos tipos penais de racismo homotransfóbico diante da liberdade religiosa. Além disso,

possui abordagem precipuamente qualitativa com objetivo exploratório e procedimento bibliográfico, pois toma por base doutrinas e jurisprudências acerca da liberdade religiosa e dos direitos da população LGBTQIA+, sem adentrar em aspectos quantitativos, embora se utilize de dados estatísticos elaborados por entidades acerca de crimes motivados por homotransfobia.

Emprega-se, aqui, o método dedutivo, partindo-se das premissas adotadas pelo STF no julgamento da ADO 26, bem como de entendimentos doutrinários acerca do crime de racismo e da liberdade religiosa, para se chegar a conclusões sobre os limites desta. Adota-se, também, o método dialético, na medida em que se contrapõem argumentos doutrinários às críticas levantadas contra a decisão do STF.

No decorrer da investigação, é utilizado o termo homotransfobia para a discriminação contra toda pessoa LGBTQIA+, que não se resume a homossexuais ou transexuais. Prefere-se esse termo a outros, como LGBTQIA+fobia, pois adotado pelo STF na ADO 26 e de melhor compreensão para o leitor. Utiliza-se, ademais, o termo LGBTQIA+ para designar todas as formas de orientação sexual e identidade de gênero consideradas desviantes do padrão cis-heteronormativo, não sendo pretensão do trabalho abordar individualmente cada elemento da sigla.

1 UM EXAME DA ADO 26: A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA

1.1 Mandado de Criminalização da Homotransfobia: a existência de lacuna legislativa

A opressão e a discriminação contra pessoas LBTQIA+ é fato que pode ser extraído tanto da leitura da história como do exame do atual contexto social. Já no século XVI, surgiam na civilização ocidental manuais, tanto religiosos como civis, que prescreviam normas de comportamento relativas ao corpo, e as ordenações do Reino português instituíam penas rigorosas, que incluíam a pena de morte na fogueira aos que cometesse o chamado crime de sodomia, equiparado que era aos crimes de lesa-majestade (GOMES, 2010, pp. 20 e 59-62). O Brasil não escapa dessa realidade, onde se constata a perseguição à população LBTQIA+ ao longo dos anos até os dias atuais, inclusive no âmbito das instituições públicas.

Com efeito, durante o período colonial e em parte do Império, a homossexualidade foi criminalizada com penas rigorosas (GOMES, 2010, pp. 59-62), e apenas em 1830, com o advento do primeiro Código Penal, o crime de sodomia desapareceu do ordenamento jurídico brasileiro (LOPES, 2007, pp. 58-59). Entretanto, a revogação do tipo penal da sodomia não eliminou a opressão sofrida pelas pessoas LGBTQIA+. A extinção da conduta típica vem acompanhada da patologização da homossexualidade e da transexualidade pela Organização Mundial da Saúde

(COELHO, 2020).

Na história ocidental, tem-se o exemplo da perseguição havida durante e após fim do regime nazista na Alemanha do século XX (LIMA, 2021, pp. 130-131). Importante lembrar, também, da conhecida rebelião de Stonewall, bar gay periférico da cidade de Nova Iorque, ocorrida em 1969, quando policiais entraram no local, sob alegação de fiscalizar a venda ilícita de bebidas alcoólicas, e passaram a agredir e levar sob custódia, além de funcionários, frequentadores do bar (DIAS, 2019). Ainda hoje, aproximadamente 70 países punem a prática homossexual, alguns inclusive com a pena de morte (LIMA, 2021, p. 131).

No Brasil, o relatório da Comissão Nacional da Verdade, parágrafos 90 e 91, revela que, durante o regime militar, houve clara perseguição institucional contra funcionários públicos homossexuais (2014). Também a Comissão da Verdade da Assembleia Legislativa de São Paulo elaborou estudo em que constatou, durante o regime ditatorial, a repressão a pessoas LGBTQIA+ pelo governo estadual (2015).

Mesmo após o advento da Constituição de 5 de outubro de 1988, a discriminação homotransfóbica continua se apresentando como problema social crônico, inclusive dentro das instituições. Em face dos comandos constitucionais antidiscriminatórios, o Congresso Nacional promulgou a Lei 7.716/1989, sem, entretanto, tratar de modo expresso da proteção à população LGBTQIA+. Soma-se a ausência de lei que reconheça as relações afetivas homossexuais como entidades familiares, cuja proteção dependeu das instâncias do Poder Judiciário (LIMA, 2017, p. 298), o que é denunciado por parte da doutrina nacional (RIOS, 2011, p. 93; DIAS, 2017, p. 93).

São também inúmeros os casos de violência motivada por homotransfobia no Brasil, a exemplo do casal homossexual que foi agredido com uma lâmpada fluorescente (JOVENS, 2018), do jovem que foi estuprado e tatuado à força com expressões homofóbicas (KURTZ, 2021) e da mulher trans que foi incendiada em Recife, falecendo em 9 de julho de 2021 (MORRE, 2021), além de inúmeros outros casos. A violência homotransfóbica também atinge pessoas que não pertencem ao grupo LGBTQIA+, como o caso do pai e do filho que, ao se abraçarem, foram agredidos por serem confundidos com um casal homossexual (PAI, 2011).

Em termos estatísticos, o Grupo Gay da Bahia publicou em 2020 relatório que aponta o preocupante número de casos de mortes violentas sofridas por pessoas pertencentes ao grupo no Brasil (OLIVEIRA; MOTT, 2020). Por sua vez, a Associação Nacional de Travestis e Transexuais publicou, em 2021, relatório que aponta o crescimento do número de assassinatos de pessoas trans, que, em 2008, encontrava-se em 58 no ano, passando para 175 no ano de 2020 (BENEVIDES; BONFIM, 2021a). A associação registra, ainda, em boletim informativo, a morte de 89 pessoas trans no primeiro semestre de 2021, sendo 80 homicídios e nove suicídios (BENEVIDES;

BONFIM, 2021b).

Não faltam, portanto, dados históricos e estudos para demonstrar a opressão perpetrada contra pessoas LGBTQIA+. A ausência de dados oficiais, antes de justificar a desnecessidade de proteção, comprova justamente o desamparo a que o Estado brasileiro expõe as pessoas LGBTQIA+. Em tal contexto, não se pode ignorar que o conceito ontológico-constitucional de racismo reconhecido pelo STF, quando do julgamento do HC 82.424, compreende as condutas homofóbicas e transfóbicas (VECCHIATTI, 2017, p. 123).

Além disso, o art. 5º, XLI, da Constituição, ao determinar a punição de condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais, estabelece verdadeiro mandado de criminalização da homotransfobia por duas razões: a primeira, topológica, porque o inciso está localizado “no coração do Direito Penal” do art. 5º da Constituição; a segunda, material, “por força do princípio da proporcionalidade em sua acepção de proibição da proteção insuficiente” (VECCHIATTI, 2017, p. 123).

Ocorre que o Congresso Nacional tem se recusado a cumprir o comando constitucional de proteção penal contra a homotransfobia. Em 7 de agosto de 2001, foi apresentado, na Câmara dos Deputados, o PL 5003/2001, que tinha por finalidade sancionar criminalmente as condutas discriminatórias em razão da orientação sexual. Entretanto, após aprovado na Câmara, o projeto foi definitivamente arquivado pelo Senado em dezembro de 2014, tratando-se de verdadeira estratégia de opositores para postergar a discussão sobre a criminalização da homofobia (VECCHIATTI, 2017, p. 119).

Somente em 23 de maio de 2019, quando já proferidos os votos dos Ministros Celso de Mello, Alexandre de Moraes e Roberto Barroso na ADO 26, o Senado enviou comunicado ao STF sobre a tramitação de novo projeto para o fim de incluir os crimes de discriminação ou preconceito de orientação sexual ou identidade de gênero (PL 672/2019). Entretanto, não houve, com isso, o suprimento da mora legislativa, pois a longa demora na conclusão de um projeto de criminalização da homotransfobia (*inertia deliberandi*) (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1353), demora que remonta a um período de mais de trinta anos, caso considerada a data da promulgação da Constituição de 1988, não pode ser suprida por uma simples iniciativa de outro projeto. E foi esta, justamente, a posição do STF quando do julgamento da ADO 26, ao concluir, nos termos do voto do Relator, que o trâmite do projeto legislativo não seria capaz de prejudicar a ação.

Verifica-se, portanto, que o Congresso Nacional está em reiterado estado de mora na elaboração de projeto de lei que criminalize a homotransfobia. O mandado de criminalização da conduta é evidente diante das disposições constitucionais e do contexto de violência homotransfóbica.

1.2 A Inconstitucionalidade por Omissão e o Preenchimento da Lacuna Legislativa

O controle de inconstitucionalidade por omissão no Brasil, influenciado pelo processo constitucional alemão (SCHLAICH; KORIOTH, 2010, p. 409ss) e pela Constituição portuguesa de 1976 (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 223) ganhou impulso a partir da Constituição de 1988. Na teoria, apresenta significativo avanço diante da previsão portuguesa em face da existência do mandado de injunção, destinado à efetivação de direitos fundamentais, além do fato de que a ADO, no Direito brasileiro, não se destina unicamente a suprir a falta de lei em sentido estrito, mas também de toda medida necessária a tornar efetiva a norma constitucional, inclusive na via administrativa (CANOTILHO, 2003, p. 1038).

Alexandre de Moraes, analisando o histórico das decisões do STF, classifica as diferentes posições acerca dos efeitos da decisão proferida em sede de mandado de injunção em concretista e não concretista, conforme se entenda pela possibilidade ou não de a lacuna legislativa ser suprida na via judicial (MORAES, 2021, pp. 440-448). Ao longo dos anos, a jurisprudência do STF evoluiu, em alguns casos, da posição não concretista para concretista, servindo como marco dessa mudança a decisão proferida nos MIs 670, 708 e 712, quando o Tribunal reconheceu o direito de greve dos servidores públicos, embora não estivesse ainda regulamentado, mediante aplicação da Lei 7.783/1989, destinada a regular o movimento no âmbito das relações de emprego.

O suprimento de lacunas diante da Constituição, todavia, sempre enfrentou e permanece enfrentando dificuldades, principalmente em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Historicamente, o STF “tem se recusado a conferir *efeito de solução* ao controle concentrado de inconstitucionalidade por omissão” (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 254). Tal postura, segundo parte da doutrina, não seria adequada sob a ótica da tutela da ordem constitucional, sob o argumento de que deixaria ao critério do legislador, que tem o dever de legislar, a possibilidade de se omitir (MITIDIERO; MARINONI, SARLET, 2021, p.1734). De fato, uma interpretação literal do art. 103, § 2º, da Constituição não garante o suprimento de lacunas legislativas, o que deixa de satisfazer o seu propósito, que é assegurar a efetividade das normas constitucionais (CUNHA JÚNIOR, 2010, pp. 249-250).

Portanto, entende-se que, em determinadas situações, o STF possui competência para sanar a omissão em sede de controle concentrado. Não é o caso de interferência indevida na esfera do Poder Legislativo. Não faria sentido a Constituição criar mecanismos para combater a “síndrome de inefetividade das normas constitucionais” (STRECK, 2019, pp. 516-517), mas, ao mesmo tempo, esvaziar esses mecanismos de efeito prático. Existem competências constitucionais

implícitas, as quais podem se relacionar tanto ao grau de profundidade de determinada competência como à necessidade de preenchimento de lacunas constitucionais patentes (CANOTILHO, 2003, p. 1038)¹. No caso, o efeito prático da decisão em sede de controle de constitucionalidade por omissão é uma necessidade da própria competência conferida ao Poder Judiciário para julgar tais omissões.

Também não há falar em violação ao princípio da reserva legal. A reserva legal é um dos desdobramentos do princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, das Constituição, e determina que a validade de determinado conteúdo depende da edição de lei em sentido estrito (MORAES, 2021, p. 160). Um dos aspectos deste princípio é a reserva legal penal de que trata o art. 5º, XXXIX, da Constituição, que dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Trata-se do direito fundamental de somente ser punido por atos previamente definidos pelo Estado como delituosos, garantindo-se, assim, segurança a todos os membros da sociedade (NUCCI, 2020, p. 66). Sem este princípio, o Estado Democrático de Direito não poderia se consolidar (NUCCI, 2020, pp. 65-66).

Há que se ponderar, ainda, que o direito à tolerância também possui o caráter de direito fundamental, pois igualmente consectário do Estado Democrático de Direito, constituindo desdobramento lógico do mandamento de preservação da dignidade da pessoa humana como fundamento do próprio Estado (art. 1º, I, da Constituição), além de estar previsto expressamente na Constituição como objetivo fundamental da República (art. 3º, IV). Disso decorre a existência do mandado constitucional de criminalização do racismo e das demais formas de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (VECCHIATTI, 2017, pp. 92-97 e 104).

Assim, considerando que o mandado de criminalização da homotransfobia é norma integrante do direito fundamental à tolerância, assim como também o é o princípio da reserva legal penal, está-se diante de uma inegável tensão entre direitos fundamentais, o que há de se resolver mediante ponderação no caso concreto (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 425), com o cuidado para proteger os bens individuais e coletivos na maior medida possível, bem como o conteúdo essencial desses direitos (DUQUE; NASCIMENTO, 2018). Rica, neste particular, é a doutrina alemã sobre mecanismos de solução de conflitos entre direitos fundamentais.

De maneira geral, a ponderação de bens de hierarquia constitucional pertence à chamada essência dos direitos fundamentais (DUQUE, 2014, p. 169ss.). Em comum, a técnica da

¹ É importante registrar, contudo, que, nos dizeres do próprio autor, a “força normativa da Constituição é incompatível com a existência de competências não escritas salvo nos casos de a própria constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo-constitucionalmente especificado”, admitindo-se, portanto, as competências implícitas como situações de exceção (*idem*).

ponderação acaba por ampliar os espaços de discricionariedade jurídico-constitucionais, justamente pela indissociável necessidade de sopesar interesses opostos frente a normas de conteúdo vago e abstrato, que, não raro, exprimem interesses conflitantes entre posições jurídico-fundamentais diversas (HEUN, 1992, p. 10). É exatamente o que ocorre na temática relativa à equiparação da homofobia ao crime de racismo.

O mecanismo da ponderação encerra, inevitavelmente, dificuldades que devem ser combatidas. Tais dificuldades apontam, sobretudo, para a manutenção da segurança jurídica e de um espaço de conformação legislativa compatível com a Constituição, que deve ser reconhecido pela jurisdição constitucional (JARASS, 2006, pp. 652-654). Além disso, a politização excessiva da jurisdição constitucional é outra ameaça que se faz presente (SCHULTE, 1996, p. 1009ss).

Para contornar, ou ao menos suavizar tais perigos, os tribunais têm se valido do preceito da proporcionalidade, como critério aferidor do grau de restrições compatíveis com os direitos fundamentais. Parte-se do pressuposto de que o mandamento de proporcionalidade funciona como uma espécie de máxima geral, que percorre a totalidade do ordenamento jurídico, ainda que em diferentes graus (WIEACKER, 1979, p. 867). O teste da proporcionalidade é um exame escalonado que visa a investigar se uma intervenção em direitos fundamentais respeita os critérios de adequação – se a medida é capaz de produzir o resultado pretendido –, necessidade – se não há outra medida menos gravosa capaz de produzir o mesmo resultado – e proporcionalidade em sentido estrito – verifica-se o grau de não satisfação do direito fundamental a ser protegido pela medida para, depois, avaliar a importância da satisfação desse direito e, em seguida, conferir se, em virtude disso, justifica-se a afetação ou não satisfação do direito colidente (ALEXY, 1994, p. 100ss).

Quanto à presença da adequação do enquadramento da homotransfobia como espécie de racismo, a resposta é evidentemente afirmativa, já que o Tribunal deu concretude à ordem constitucional. Noutras palavras, a decisão proferida pelo STF na ADO 26 foi capaz de dar concretude ao comando constitucional de criminalização da homotransfobia, sendo adequada para este fim. No que diz respeito à necessidade, entende-se por atendido este critério quando ausente outra medida menos gravosa à reserva legal, mas capaz de dar eficácia ao mandado constitucional de criminalização. Diante da histórica violência sofrida pela população LGBTQIA+, bem como da reiterada recusa do Congresso Nacional em criminalizar a conduta, não se vislumbra medida menos gravosa que possa surtir o mesmo efeito protetivo.

Também se entende que a decisão observou a proporcionalidade em sentido estrito. Até a colmatação da lacuna legislativa, era possível afirmar que a satisfação ao dever de proteção contra condutas homotransfóbicas sequer existia. Em segundo lugar, a importância de satisfação desse

princípio foi demonstrada já no subcapítulo anterior, onde se verificou a histórica perseguição a pessoas LBTQIA+. Além disso, deve-se observar que o STF preservou o núcleo essencial da reserva legal, pois determinou que as teses firmadas na ADO 26 somente surtiriam efeitos após a publicação da decisão, afastando a possibilidade de punição-surpresa FONTES, 2019).

O enquadramento da homotransfobia como racismo também não configurou utilização da analogia *in malam partem*, ao contrário do que defende parte da doutrina (PINHEIRO, 2020). A conclusão tomada na ADO 26 é um desdobramento de importante precedente do STF, construído no HC 82.424/RS, conhecido como “Caso Ellwanger”. Já naquela oportunidade, o STF observou que, com a definição do mapeamento do genoma humano, não existem raças de seres humanos e que a divisão de grupos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Em tal julgamento, assim, concluiu, por maioria, que a expressão racismo refletiria o “reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre grupos humanos”.

Partindo dessa concepção, Guilherme Nucci já defendia, antes mesmo do julgamento da ADO 26, o enquadramento da homotransfobia como crime de racismo (NUCCI, 2010, p. 304). O STF, há muito, havia firmado o entendimento de que o racismo se configura pelo ato que categorize determinado grupo como de inferior hierarquia social, não havendo, portanto, mera equiparação ou equivalência (VECCHIATTI, 2017, p. 107). Com efeito, não se está equiparando a população LGBTQIA+ a uma raça, mas se está negando o próprio conceito de raça, reconhecendo-se o racismo como a mera manifestação segregacionista (NUCCI, 2010, p. 305).

É bem verdade que a questão se apresenta delicada, principalmente diante da imprescritibilidade da pretensão punitiva do crime de racismo, o que pode levantar dúvidas acerca da teleologia constitucional. Ocorre que, de acordo com o que foi até aqui tratado, a problemática está na extensão do termo racismo, que não há de ter sua interpretação amputada para se escapar à imprescritibilidade. Observe-se que os efeitos prospectivos da decisão proferida na ADO 26 têm justamente o propósito de garantir o prévio conhecimento do cidadão acerca do que significa o crime de racismo homotransfóbico com todas as suas repercussões.

Assim, compreendida a homotransfobia como espécie do gênero racismo, as condutas discriminatórias homotransfóbicas devem ser punidas criminalmente caso se enquadrem em algum dos tipos previstos na Lei 7.716/1989. Nesse passo, cumpre verificar se o tipo penal se apresenta como limite ao exercício da liberdade religiosa e se esta, por sua vez, pode implicar algum bloqueio à perseguição penal.

2 HOMOTRANSFOBIA E LIBERDADE RELIGIOSA

2.1 Estado Laico e Liberdade Religiosa

A ideia de separação e imparcialidade do Estado em face da religião é recente em termos históricos e remonta ao advento do constitucionalismo liberal do séc. XVIII (MITIDIERO; MARINONI, SARLET, 2021, p. 170). Até então, na história ocidental, o poder político e o poder religioso sempre estiveram intimamente relacionados, senão confundidos num único centro de controle da sociedade.

Com efeito, na Antiguidade, prevaleceu um modelo de identificação entre Estado e religião, o qual recrudesceu no período medieval, quando o cristianismo assume o papel de portador da verdade única e de único titular da liberdade religiosa (WEINGARTNER NETO, 2006). Já na Modernidade, com os conflitos protestantes, desemboca-se num modelo de protagonismo político e religioso do monarca (WEINGARTNER NETO, 2006), mantendo-se, apesar da inversão dos papéis, a identificação entre Estado e religião.

É no séc. XVIII que o Estado absoluto e a identificação entre poder político e religioso passam a ruir, bombardeados pelo fogo da razão iluminista, que coloca não apenas o absolutismo, como também a própria cristandade, na posição de alvo de impiedosas críticas (FALCON, 1991, pp. 6 e 38). A limitação do poder e a supremacia da lei (BARROSO, 2020, p. 37) fundam as bases da secularização do Estado e da liberdade de crença religiosa.

Nasce, assim, o Estado laico, que, de acordo com Oscar de Plácido e Silva, significa “o Poder Público que não se vincula a qualquer confissão religiosa” ou “separação entre a Igreja e o Estado” (SILVA, 2014). A República, a partir de então, somente poderia ser uma ordem livre “na medida em que não se identificasse com qualquer ‘tese’, ‘dogma’, ‘religião’ ou ‘verdade’ de compreensão do mundo e da vida” (CANOTILHO, 2003, p. 226).

O Supremo Tribunal Federal entende a laicidade de acordo com esse sentido, como se pode extraír do voto de relatoria do Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF 54, onde consignou que “o Brasil é um Estado secular tolerante” e que “o Estado não é religioso, tampouco é ateu” e que o “Estado é simplesmente neutro”. Tal concepção se fez presente, também, no julgamento da ADI 3510, quando o STF concluiu pela constitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/2005, que permite a utilização de células-tronco obtidas de embriões produzidos por fertilização *in vitro*, sem se comprometer com visões religiosas. Na doutrina nacional verificam-se inúmeros posicionamentos voltados a compreender a laicidade como neutralidade do Estado diante das religiões (MITIDIERO; MARINONI, SARLET, 2021, p. 170; MORAES, 2021, pp. 166-167).

Conseqüário do princípio da laicidade, a liberdade religiosa é compreendida pela doutrina a partir de diferentes concepções. Para alguns, “sua exteriorização é forma de manifestação do

pensamento” (SILVA, 2016, p. 250), enquanto, para outros, é um corolário da liberdade de consciência (MACHADO, 2013). A liberdade religiosa, aliás, também é garantida pela Constituição na sua condição de prestação positiva (MITIDIERO; MARINONI, SARLET, 2021, p. 702). Foi consagrada, além disso, em diversos documentos internacionais de direitos humanos, destacando-se, aqui, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções.

A par das diferentes concepções, não há dúvida de que a liberdade religiosa está compreendida no rol dos direitos fundamentais mais relevantes e complexos na atualidade, considerando a sensibilidade dos temas que lhe dizem respeito. Seja como for, independentemente da visão acerca dos fundamentos da liberdade religiosa, tanto a liberdade de pensamento como a liberdade de consciência e a liberdade de expressão encontram guarida constitucional (art. 5º, IV, VI e IX, da Constituição), o que afasta qualquer dúvida sobre a necessidade de protegê-las. É o que se costuma enquadrar na dimensão do chamado status negativo (*status libertatis*), que descreve um âmbito no qual é vedada aos poderes estatais a prática de intervenções na esfera de liberdade do particular, garantindo a livre ação do indivíduo (JELLINEK, 1919, p. 87). Configura também direito a prestação positiva, por ser o Estado garantidor dessa liberdade (FAVARO, 2020, p. 329).

A complexidade do tema emerge nos aspectos que são caros à teoria dos direitos fundamentais, sobretudo na temática relativa à questão dos conflitos. À medida que esses direitos impõem ao Estado e a particulares um dever de respeito, não há como conceber a liberdade religiosa, ou qualquer outro direito fundamental, como direitos absolutos. Essa é a constatação-chave, que impõe a necessidade de uma fundamentação racional em torno do reconhecimento de restrições ao exercício das liberdades (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1430). É justamente o possível tensionamento da liberdade religiosa em face da criminalização da conduta homotransfóbica que está em debate neste trabalho.

2.2. HOMOTRANSFOBIA COMO LIMITE À LIBERDADE RELIGIOSA

Falar sobre tensionamento entre liberdade religiosa e criminalização da homotransfobia significa reconhecer a ocorrência de condutas homotransfóbicas no cenário religioso. Afinal, não existisse esse tensionamento, o debate seria infrutífero, direcionado exclusivamente à criação de hipóteses cerebrinas. Ocorre que a história da religiosidade ocidental expõe, não raro, o uso da religião como mecanismo de geração e propagação da homotransfobia, aspecto que se mantém inalterado mesmo no constitucionalismo de valores do pós II Guerra.

Conforme já verificado, houve, desde o século XVI, uma perseguição institucional contra relações homossexuais que se enrijeceu com o passar dos anos. Observe-se que, em tal período, não havia separação entre Estado e Igreja. Além disso, embora atualmente a homossexualidade e a transexualidade não estejam mais classificadas como doenças pela OMS, a opressão à população LGBTQIA+ não foi extinta, e pode ser observada com certa frequência dentro das comunidades religiosas dominantes.

Com efeito, a Bíblia, livro sagrado das religiões cristãs, que são maioria no Brasil², possui trechos que são utilizados por alguns cristãos, sem a devida contextualização, para discriminar a população LGBTQIA+, mediante a prática denominada *Bible bullets* (balas bíblicas) pelos norte-americanos (LIMA, 2021, pp. 71-73). Noutras palavras, trata-se do uso de um texto sagrado como arma contra grupos minoritários em favor de preconceitos individuais, mas muitas vezes institucionalizados³.

Cita-se, como exemplo de tais situações, o caso da participante de culto religioso evangélico, que pediu, durante o culto para as pessoas pararem de “ficar postando coisa de gente preta, de gay” (MARQUES; LIBÂNIO, 2021). Registra-se, também, recente investigação aberta contra pastor evangélico, que proferiu declarações injuriosas contra negros, gays e prostitutas (PASTOR, 2021). Tais casos, ademais, não estão adstritos ao ambiente neopentecostal, e é possível observar que a própria Igreja Católica tem contribuído para a hostilidade homotransfóbica.

Durante o pontificado de João Paulo II, houve uma defesa da possibilidade de discriminação contra homossexuais. Na época, a Cúria Romana divulgou texto em que afirmava não haver um direito à homossexualidade, defendendo que não constitui uma característica comparada a raça ou a tradições étnicas, mas que se trata de uma tendência resultante da combinação entre um liberalismo exacerbado com marxismo, denominada “ideologia de gênero” (LIMA, 2021, p. 76). Não se pode desconsiderar, pois, que a própria expressão *ideologia de gênero*, utilizada por grupos conservadores para difamar pessoas LGBTQIA+ (MATARAZZO; GONÇALVES, 2019), “aparece pela primeira vez em documento normativo da Cúria Romana” (LIMA, 2021, p. 77).

Diante disso, cumpre indagar se o discurso homotransfóbico pode ser acobertado pela liberdade de expressão religiosa. A resposta a esse questionamento está longe de ser simples. Se a

² O Censo do IBGE de 2010 aponta os cristãos como mais de 80% da população brasileira, sendo 64,6% católicos e 22,2% evangélicos (CENSO, 2012).

³ Ainda no século XVIII, Voltaire examina o caso em que um cidadão de Toulouse foi condenado à pena de morte, acusado injustamente pelo assassinato de seu filho que, supostamente, iria se converter do protestantismo ao catolicismo (VOLTAIRE, p. 7). Embora não examinado sob esta nomenclatura, trata-se de evidente perseguição religiosa, o que poderia de alguma forma ser enquadrado no conceito de *Bible bullets*.

liberdade religiosa é um direito fundamental, também o é a liberdade sexual, que pode ser entendida como desdobramento dos direitos à liberdade e à igualdade previstos no art. 5º, I e II, da Constituição, que, em última instância, deixam-se derivar de uma garantia constitucional de livre desenvolvimento da personalidade. A compreensão jurídica consolidada na doutrina e na jurisprudência acerca de tais direitos serve de supedâneo para o combate à discriminação homotransfóbica em defesa do livre desenvolvimento da personalidade e do direito à igualdade, concebido, também, como direito à diferença (RIOS, 2007a, p. 25). Essa garantia de livre desenvolvimento da personalidade é o que, de fato, assegura a vigência de direitos fundamentais com âmbito de proteção focado na autoconsciência da pessoa e na liberdade de se autodeterminar e de se configurar no mundo em que vive (WINTRICH, 1957, p. 15).

A autodeterminação da orientação sexual decorre de interpretação sistemática e evolutiva do texto constitucional, bem como da abertura do art. 5º, § 2º, da Constituição, que inclui os direitos previstos em documentos internacionais dos quais o Brasil faça parte (FACHIN, 2017, p. 314). Destaca-se a convergência entre os Comitês da ONU e as Cortes Europeia e Interamericana para a ideia de que os comandos de não discriminação constantes em normas internacionais abrangem, também, a proibição à discriminação por motivos de orientação sexual ou identidade de gênero (PIOVESAN, 2017, p. 342). Ainda no plano internacional, cumpre lembrar dos Princípios de Yogyakarta, que, embora não vinculem diretamente os sujeitos jurídicos de direito internacional, servem de parâmetro de interpretação que reforça o caráter da liberdade sexual como direito humano.

Também o STF, quando do julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, ao tratar do reconhecimento das uniões homoafetivas como união estável e entidade familiar, reconheceu expressamente que a vedação constitucional à discriminação sexual abrange, além do plano da dicotomia homem/mulher (gênero), o plano da orientação sexual. Tal entendimento é reforçado diante do reconhecimento da homotransfobia como crime diante da leitura conjugada da Lei 7.716/1989 em face da Constituição no âmbito da ADO 26. Nesse passo, faz-se necessário um olhar mais detido sobre as teses firmadas pelo STF quando do julgamento da referida ação direta.

De acordo com a primeira tese, a homotransfobia atrai a incidência da lei 7.716/1989 quando configurar aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero. É de se observar, entretanto, a indeterminação da expressão “aversão odiosa”, que, embora não tenha sido a mais feliz, deve ser compreendida de acordo com conceitos doutrinários.

O art. 1º da Lei 7.716/1989 expressamente determina que se enquadraram nos tipos penais os crimes resultantes de discriminação ou preconceito. Enquanto o termo preconceito designa “percepções mentais negativas em face de indivíduos ou de grupos inferiorizados”, a discriminação

configura “a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violação de direitos” (RIOS, 2007b, p. 113). O preconceito diz respeito à opinião antecipada e fundada em suspeita, intolerância, ódio irracional ou aversão, enquanto a discriminação é a “atitude dinâmica” de separar, segregar, traduzindo-se como “a manifestação fática ou concretização do preconceito” (BALTAZAR JUNIOR; GONÇALVES; LENZA, 2021, pp. 921-922).

Dessa forma, embora o termo preconceito conste expressamente na Lei 7.716/1989, não é o preconceito em si objeto de punição, mas sim a discriminação, como manifestação do preconceito, que se concretiza como crime na forma dos tipos penais tratados pela referida lei. O preconceito é relevante como motivo para a prática do ato, mas, sem o ato, não existe crime de racismo, pois o Direito não pune pensamentos (NUCCI, 2020, p. 510).

Portanto, a Lei 7.716/1989 tipifica condutas motivadas por discriminações que inferiorizem indivíduos ou grupos de modo a violar seus direitos, o que leva à terceira tese firmada pelo STF, no sentido de que o racismo é uma construção histórico-cultural. Assim, aversão odiosa é o preconceito concretizado na forma de uma discriminação injusta ou ilícita, entendendo-se que o termo *odiosa* diz respeito à ilicitude da diferenciação praticada.

Já a segunda tese firmada pelo STF determina que a repressão penal à homotransfobia não restringe nem limita o exercício da liberdade religiosa, desde que o exercício desta não resulte em discurso de ódio, “assim entendidas as exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão da sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero”. Aqui pode-se notar que houve uma definição mais assertiva dos limites da liberdade religiosa, pois o STF especificou o que entende por discurso de ódio para o fim do que dispõe a Lei 7.716/1989.

Logo, a liberdade religiosa encontra limites quando se torna discurso de ódio. Trata-se de um dos temas mais complexos da atualidade, à medida em que busca definir limites a uma das liberdades mais elementares do indivíduo, que é a de expressão (DUQUE; HARF, 2021, p. 199ss). Em particular, destacam-se as tipificações da Lei 7.716/1989 com as consequentes implicações na esfera da liberdade de crença.

Os tipos penais dos arts. 3º a 14 tratam do impedimento da fruição de direitos e liberdades em diversas áreas. Quanto a essas figuras típicas, a ideia de discurso de ódio não se aplica, na medida em que não se está diante de delitos que possam tensionar com o direito fundamental de expressão do pensamento. Aqui, o tensionamento entre a liberdade religiosa e a tipicidade da homotransfobia tende a se resolver contra a primeira. Entretanto, ainda existe o espaço da escusa de consciência, que é a recusa em obedecer a ordem ou mandamento legal com base em crenças ou convicções pessoais (FROSI, 2014). Tal recusa deve ser compreendida com parcimônia, para

que não se transforme em justificação para a prática de crimes.

Um caso que envolveu a discussão sobre a escusa de consciência por convicções religiosas diante de discriminação contra pessoa LGBTQIA+ foi examinado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em junho de 2018 (caso *Masterpiece Cakeshop vs. Colorado Civil Rights Comission*). Jake Phillips, padeiro e dono da padaria Masterpiece, havia se recusado a produzir um bolo de casamento para dois homens, sob a justificativa de que suas convicções religiosas eram contra o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Denunciado à Divisão de Direitos Civis do Colorado (*Colorado Civil Rights Division*) e condenado perante a comissão responsável pelo julgamento (*Colorado Civil Rights Comission*) e perante a Corte de Apelação do respectivo Estado, o réu foi absolvido pela Suprema Corte estadunidense.

É de se observar, entretanto, que o principal fundamento da Suprema Corte foi o de que a Comissão feriu o princípio da neutralidade estatal, especialmente em face da declaração de um dos membros da Comissão, que comparou a crença do réu a discursos que já justificaram a escravidão e o holocausto, posição que foi considerada hostil à religião do réu pela Suprema Corte. Além disso, a decisão não solucionou o dilema havido entre a escusa de consciência e a não discriminação (AZEVEDO; BONISSONI, 2019), pois seu fundamento esteve mais ligado às posturas adotadas pelos órgãos julgadores antes de o caso chegar à Suprema Corte, que ao direito em si da escusa invocada pelo réu (MOVSESIAN, 2019).

Por outro lado, transportar tais fundamentos para o Brasil demanda superar o fato de que a união homoafetiva é reconhecida pelo STF desde 2011, e, portanto, é tida como legítima (DIAS, 2017, pp. 34-35). Admitir a recusa em fornecer um serviço que é prestado normalmente a outros casais afronta diretamente os princípios democrático e da não discriminação (art. 1º, *caput*, e I, e art. 3º, IV, ambos da Constituição). Ademais, reconhecida a homotransfobia como espécie do gênero racismo, a recusa em prestar serviços desse caráter pode enquadrar-se no art. 8º da Lei 7.716/1989, que criminaliza expressamente o ato de recusar atendimentos em confeitarias, sendo difícil admitir que a objeção de consciência possa justificar a prática de condutas racistas⁴.

A situação é, realmente, delicada. Por outro lado, fica o questionamento se a mesma dúvida surgiria no caso de uma doutrina religiosa que se oponha ao casamento “interracial”, o que, aliás, não era permitido nos Estados Unidos até pouco mais da metade do séc. XX (RIOS, 2011, p. 93)⁵. Portanto, a escusa de consciência, embora admissível excepcionalmente, não pode servir

⁴ Segundo Voltaire, a intolerância somente deve ser admitida contra atos que causem perturbação à sociedade, caracterizados como crimes, em confronto às leis do reino (VOLTAIRE, p 84).

⁵ Observe-se que, em 2019, houve polêmica nos Estados Unidos devido a um salão que se recusou a celebrar um casamento “interracial” por motivos religiosos (AFP, 2019). Observe-se, também, que, ainda no ano de 2021, circulou,

como supedâneo à criação de permissões genéricas para práticas criminosas.

Já o art. 20 da Lei 7.716/1989 criminaliza o ato de praticar, induzir ou incitar a discriminação, além de prever qualificadoras nos §§ 1º e 2º, quando o ato consiste em fabricar símbolos de divulgação do nazismo ou quando é cometido por intermédio de meios de comunicação ou publicação de qualquer natureza. Aqui verifica-se um tensionamento direto entre o tipo penal e a liberdade de expressão religiosa e de proselitismo religioso.

Deve-se atentar para o fato de que, apesar de a liberdade de expressão religiosa ser um direito fundamental (e também por isso), o proselitismo não é um direito absoluto, o que também implica situações de tensionamento. Serve, aqui, a distinção entre fundamentalismo-crença e fundamentalismo-militante. O primeiro, caracterizado pela profissão de dogmas religiosos com o objetivo de convencer outras pessoas, é aceito pelo Estado Democrático de Direito, enquanto o segundo, consistente na tentativa de imposição de dogmas religiosos a quem não compartilha da respectiva doutrina, é, de regra, bloqueado pelo ordenamento jurídico (WINGARTNER NETO, 2006). O STF, inclusive, já explicitou, quando do julgamento do RHC 134.682, a admissibilidade de críticas feitas por um segmento religioso a outro, ainda que duras, desde que não configurado o discurso de ódio.

Com efeito, a liberdade religiosa, como direito fundamental, abre espaço inclusive para que as instituições religiosas sustentem posições ligadas a dogmas, ainda que de cunho discriminatório, não cabendo ao Estado impor seus próprios critérios normativos, proibindo, por exemplo, as restrições de acesso ao sacerdócio em razão do sexo, da orientação sexual ou da cor da pele (WEINGARTNER NETO, 2006), o que está dentro do chamado fundamentalismo-crença. Entretanto, o fundamentalismo torna-se militante e proibido pelo ordenamento jurídico quando pretende, em virtude das crenças religiosas, retirar de outros grupos direitos que são a todos garantidos (LOPES, 2011, p. 37)⁶.

Não se pode, ainda, perder de vista que, dentro do Estado Democrático de Direito, os crentes têm voz ativa, assim como os não crentes, para expor e lutar por suas convicções (MARTINS, 2020, p. 5). Entretanto, há de ser sopesado que os discursos religiosos, inclusive quando propagados dentro do âmbito das igrejas, podem causar lesões a bens jurídicos fundamentais, quando não observados certos limites. Ainda que se possa argumentar que ninguém é obrigado a seguir determinado dogma religioso, tal visão acaba desconsiderando que muitas

no Brasil, por meio da *Internet*, petição pública contra o casamento interracial, o que levou o Ministério Público Federal a pedir uma investigação sobre a autoria do conteúdo (MENEZES, 2021).

⁶ Segundo o autor, “a negativa de direitos, somada ao tradicionalismo do *status quo*, é mantenedora e fomentadora das formas mais evidentes de violência física e é em si mesma uma ofensa ao regime democrático de iguais liberdades”.

pessoas já nascem dentro de um ambiente religioso e que, nesse contexto, discursos discriminatórios afetam substancialmente a vida das pessoas.

O que se afirma, diante dessa realidade, é que não há impedimento para que pessoas crentes participem da vida pública, o que, ademais, é um direito fundamental. Nesse passo, torna-se impensável que o crente, ao participar da vida pública, se desfaça de suas crenças em face do caráter laico do Estado. Exatamente por esse motivo é que há limites para a liberdade de expressão, já que esta não há de ser usada como meio para combater o próprio caráter democrático e pluralista do Estado Democrático de Direito. Portanto, pessoas crentes devem se sujeitar aos mesmos limites impostos a não crentes para professar suas visões de mundo, o que significa dizer que o fundamentalismo-crença esbarra nos limites constitucionais quando a propagação de sua doutrina afrontar os valores básicos da democracia (WEINGARTNER NETO, 2006).

Para o fim de compreender os limites do fundamentalismo-crença, sugere-se que, agregado à segunda tese firmada na ADO 26, que tem por antijurídica a prática do discurso de ódio, seja observado o critério estipulado também pelo STF no RHC 134.6826. Na oportunidade, observou-se que o discurso discriminatório criminoso se materializa quando ultrapassadas três etapas: (1^a) etapa de caráter cognitivo, quando atesta a desigualdade entre grupos e indivíduos; (2^a) etapa de caráter valorativo, quando defende a superioridade de um grupo ou indivíduo em relação aos demais, e (3^a) etapa em que o agente, com base nas etapas anteriores, defende a exploração, a escravização, a eliminação, a supressão ou a redução de direitos fundamentais do indivíduo ou grupo inferiorizado. Embora os critérios estipulados no julgamento do RHC 134.682 não tenham caráter vinculante, servem de explicitação do que configura o discurso de ódio para o fim da tese fixada na ADO 26.

De tudo o que foi exposto, é possível chegar a alguns entendimentos. A homotransfobia, como tipo penal, configura barreira ao exercício da liberdade religiosa. Em princípio, a liberdade religiosa não serve de objeção de consciência para impedir o acesso de pessoas LGBTQIA+ a cargos e empregos, bem como a bens e serviços oferecidos ao público em geral. Entretanto, não se descarta a objeção de consciência diante dos tipos previstos nos arts. 3º a 14 da Lei 7.716/1989 apenas em hipóteses excepcionais a serem robustamente justificadas. Por outro lado, a liberdade religiosa traz consigo um espaço para a defesa de visão doutrinária discriminatória, desde que não haja imposição de seus dogmas a pessoas que não compartilham da mesma doutrina. Ainda assim, mesmo nessas ocasiões, o fundamentalismo-crença encontra limites quando se converte em discurso de ódio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tipicidade da homotransfobia como espécie do gênero racismo foi reconhecida pelo STF em decisão confluente aos fundamentos básicos da democracia constitucional. A dignidade humana e o pluralismo político são fundamentos constitucionais da República brasileira, enquanto a promoção do bem de todos sem preconceitos está entre os seus objetivos fundamentais. Se tomados estes fundamentos como lentes para a leitura da realidade da população LGBTQIA+, é imperativa a conclusão de que a homotransfobia se apresenta como uma das desigualdades a serem erradicadas.

Diante disso, extrai-se o comando de criminalização da homotransfobia presente no art. 5º, XLI e XLII, da Constituição, comando do qual emerge a Lei 7.716/1989, que tipifica o crime de racismo. Entretanto, é possível perceber que o Congresso Nacional não teve a preocupação de tratar expressamente da discriminação homotransfóbica, o que caracteriza o estado de mora legislativa.

Nessa linha, o STF entendeu por bem solucionar a problemática inéria do legislador de modo imediato, o que se justifica pelo fato de se tratar de uma omissão que remonta a período de mais de trinta anos da promulgação da Constituição, e também pela recusa deliberada em aprovar o PL 5003/2001. Além disso, entende-se que o STF não infringiu o princípio da reserva legal. A questão é, realmente, complexa, não apenas diante do significado que se extrai do termo *racismo*, como também das implicações que isso acarreta, como o caso da imprescritibilidade da pretensão punitiva estatal. Ainda assim, é de se observar que os efeitos prospectivos da decisão protegem o cidadão de um eventual julgamento-surpresa.

A proteção penal que decorre do enquadramento da homotransfobia como racismo se apresenta, ainda, como limite à liberdade religiosa, que não há de servir de escudo para práticas criminosas contra a população LGBTQIA+. O Estado laico não é indiferente à prática religiosa e reconhece a necessidade de proteção a todos os credos. Entretanto, o exercício da religião não acarreta imunidade penal e, como todo direito, deve ser exercido dentro dos limites democráticos estabelecidos pela Constituição.

A partir do julgamento da ADO 26, caberá às instituições estatais competentes a devida vigilância e proteção da população LGBTQIA+. Somente a prática demonstrará quais contornos serão dados às teses firmadas pelo STF. Entretanto, a presente investigação encontrou traçados essenciais para viabilizar a correta aplicação da Lei 7.716/1989 de modo a respeitar a liberdade religiosa e a dignidade das pessoas LGBTQIA+. Esperam-se dos profissionais do Direito a sensibilidade e a responsabilidade necessárias para construir uma sociedade em que todos possam viver sua sexualidade e identidade de gênero sem o medo da marginalização, da patologização e

da violência.

REFERÊNCIAS

AFP. Salão se recusa a fazer casamento interracial por ‘motivos religiosos’ nos EUA. **Istoé**. [S. l.], 03 set. 2019. Disponível em: <https://istoe.com.br/salao-se-recusa-a-fazer-casamento-interracial-por-motivos-religiosos-nos-eua/>. Acesso em: 01 set. 2021

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Suhrkamp, 1994.

AZEVEDO, Marcelo Sampaio Soares de; BONISSONI, Natammy Lana de Aguiar. A Suprema Corte americana e o direito à liberdade religiosa: o caso Masterpiece Cakeshop vs. Colorado Civil Rights Commission. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**. [S. l.], v. 24, n. 1, jan./abr. 2019. Disponível em:

<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/14180/8001>. Acesso em: 01 set. 2021.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; LENZA, Pedro. **Legislação penal especial esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

BENEVIDES, Bruna G.; BONFIM, Sayonara Naider (org.). **Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2020**. São Paulo: Expressão Popular, Associação Nacional de Travestis e Transexuais - ANTRA, Instituto Brasileiro Trans de Educação - IBTE, 2021a. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2021/01/dossie-trans-2021-29jan2021.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2021.

BENEVIDES, Bruna G.; BONFIM, Sayonara Naider. **Boletim nº 002/2021**, Associação Nacional de Travestis e Transexuais – ANTRA, Rio de Janeiro, 5 jul. 2021b. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2021/07/boletim-trans-002-2021-1sem2021-1.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2021.

BRASIL. COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. **Relatório**. Brasília: CNV, 2014. v. 1. Disponível em:

http://www.memoriasreveladas.gov.br/administrator/components/com_simplefilemanager/uploads/CNV/relat%C3%B3rio%20cnv%20volume_1_digital.pdf. Acesso em: 06 jul. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

Censo 2010: número de católicos cai e aumenta o de evangélicos, espíritas e sem religião. **Agência IBGE Notícias**. [S. l.], 29 jun. 2012. Disponível em:

<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/14244-asi-censo-2010-numero-de-catolicos-cai-e-aumenta-o-de-evangelicos-espirtas-e-sem-religiao>. Acesso em: 30 ago. 2021.

COELHO, Fernanda. 17 de maio: Dia Internacional de Enfrentamento à LGBTfobia. **Conselho Nacional de Saúde de Minas Gerais**, [S. l.], 17 Maio 2020. Disponível em:

<http://ces.saude.mg.gov.br/?p=7850>. Acesso em: 05 jul. 2021.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 4. ed. Salvador: Juspodim, 2010.

Dia do orgulho LGBTQIA+: o que foi a revolta de Stonewall que deu origem à comemoração. **BBC News**, Brasil, [S. l.], 1 jun. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-48432563>. Acesso em: 06 jul. 2021.

DIAS, Maria Berenice. Rumo a um novo direito. In: DIAS, Maria Berenice (org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DUQUE, Marcelo Schenk; HARFF, Graziela. **Discurso de ódio nos contextos alemão e brasileiro**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 199-225, abr./jun. 2021.

DUQUE, Marcelo Schenk; NASCIMENTO, Isabela Moreira Antunes do. O princípio da proporcionalidade à luz da teoria dos limites dos limites: critérios de análise de restrição a direitos fundamentais. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 4, n. 2, 2018. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/308/290>. Acesso em: 30 jul. 2021.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of United States. **Materpiece Cakeshop vs. Colorado Civil Rights Comission**. Outubro de 2017. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf. Acesso em: 25 ago. 2021.

FACHIN, Melina Girardi. O direito humano a não sofrer discriminação por orientação sexual. In: DIAS, Maria Berenice (org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FALCON, Francisco José Calazans. **Iluminismo**. 3. ed. São Paulo: Editora Ática, 1991.

FAVARO, Marcos Antônio. O direito fundamento à liberdade religiosa. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CARVALHO, Paulo de Barros; BERTELLI, Luiz Gonzaga; BIAGINI, João Carlos (org.). **Liberdade religiosa e liberdade de expressão**. São Paulo: Noeses, 2020.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. **Criminalização da homofobia**: decisão do STF preserva legalidade e anterioridade penal. [S.l.], 11 jun. 2019. Sítio eletrônico. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/criminalizacao-da-homofobia-decisao-do-stf-preserva-legalidade-e-anterioridade-penal-11062019>. Acesso em: 01 ago. 2021.

FROSI, Julio Cesar. **Liberdade religiosa e a teoria da justiça de John Rawls**. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais). Universidade do Oeste de Santa Catarina. Chapecó, 2014. E-book.

GOMES, Veronica de Jesus. **Vício dos clérigos**: a sodomia nas malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2010. Disponível em: <https://www.historia.uff.br/stricto/td/1386.pdf>. Acesso em: 07

Maio 2021.

HEUN, Werner. *Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit. Reichweite und Grenzen einer dogmatischen Argumentationsfigur*. Baden-Baden: Nomos, 1992.

JARASS, Hans D. *Funktionen und Dimensionen der Grundrechte*. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Hrsg.) *HDG*. B.. II. Heidelberg: Müller, 2006.

JELLINEK, Georg. *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte*. 2. Auf. Tübingen: Mohr, 1919.

Jovens que agrediram gay na Paulista com lâmpada terão que pagar multa de R\$ 25,7 mil. **G1 SP**, São Paulo, 18 out. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/10/18/jovens-que-agrediram-gay-na-paulista-com-lampada-terao-que-pagar-multa-de-r-257-mil.ghtml>. Acesso em: 12 jul. 2021.

KURTZ, Julia V. Homofobia: Vítima de estupro coletivo em Florianópolis está em estado grave. **Uol Notícias**, Passo Fundo, 06 jun. 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2021/06/05/jovem-gay-sofre-estupro-coletivo-e-tortura-em-florianopolis.htm>. Acesso em: 12 jul. 2021.

LIMA, Luís Corrêa. **Teologia e os LGBT+**: perspectiva histórica e desafios contemporâneos. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021. *E-book*.

LIMA, Suzana Borges Veigas de. Aspectos legislativos das relações homoafetivas no Brasil. In: DIAS, Maria Bernice (org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna. In: RIOS, Roger Raupp (org.). **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. In: RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo (org.). **Homossexualidade e direitos sexuais**: reflexões a partir da decisão do STF. Porto Alegre: Editora Sulina, 2011.

MACHADO, Jônatas Eduardo Mendes. **Estado constitucional e neutralidade religiosa**: entre o teísmo e o (neo)ateísmo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. *E-book*.

MARQUES, Ariane; LIBÂNIO, Leonardo. 'Para de ficar postando coisa de gente preta, de gay', diz mulher em discurso em igreja de Nova Friburgo; polícia abre inquérito. **G1**, Nova Friburgo, 2 ago. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/regiao-serrana/noticia/2021/08/02/para-de-ficar-postando-coisa-de-gente-preta-de-gay-diz-mulher-em-discurso-em-igreja-em-nova-friburgo-policia-abre-inquerito.ghtml>. Acesso em: 20 ago. 2021.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direito religioso. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CARVALHO, Paulo de Barros; BERTELLI, Luiz Gonzaga; BIAGINI, João Carlos (org.). **Liberdade religiosa e liberdade de expressão**. São Paulo: Noeses, 2020.

MATARAZZO, Renata; GONÇALVES, Gabriela. Saiba como o termo 'ideologia de gênero' surgiu e é debatido. **G1 SP**, São Paulo, 03 set. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/09/03/ideologia-de-genero-que-e-que-nao-e-entenda-a-controvera.ghtml>

paulo/noticia/2019/09/03/saiba-como-o-termo-ideologia-de-genero-surgiu-e-e-debatido.ghml. Acesso em: 30 ago. 2021.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártilres; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENEZES, Leilane. Petição contra o casamento interracial no Brasil será investigada.

Metrópoles. [S. l.], 01 Maio 2021. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/peticao-contra-o-casamento-interracial-no-brasil-sera-investigada>. Acesso em: 01 set. 2021

MITIDIERO, Daniel Francisco; MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021. *E-book*.

MOVSESIAN, Mark L Masterpiece Cakeshop and The Future of Religious Freedom. Harvard Journal of Law & Public Policy. v. 42, n. 3, summer 2019.

Morre mulher trans que teve 40% do corpo queimado por adolescente no Centro do Recife. **G1 PE**, Pernambuco, 09 jul. 2021. Disponível em:

<https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2021/07/09/morre-a-mulher-trans-que-teve-40percent-do-corpo-queimado-por-adolescente-no-centro-do-recife.ghml>. Acesso em: 12 jul. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI. Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 1.

OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de; MOTT, Luiz (org.). **Mortes violentas de LGBT+ no Brasil – 2019**: Relatório do Grupo Gay da Bahia. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020. Disponível em: <https://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-lgbti/>. Acesso em: 29 abr. 2021.

Pai abraça filho e é agredido por homofóbicos em SP. **G1**, Agência Estado, [S. l.], 19 jul. 2011. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/07/pai-abraca-filho-e-e-agredido-por-homofobicos-em-sp.html>. Acesso em: 12 jul. 2021.

Pastor de extrema-direita é investigado por declarações homofóbicas, racistas e machistas. **Carta Capital**. Rio de Janeiro, 23 ago. 2021. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/justica/pastor-de-extrema-direita-e-investigado-por-declaracoes-homofobicas-racistas-e-machistas/>. Acesso em: 30 ago. 2021.

PINHEIRO, James Andris. **Homofobia e Igreja** – A Decisão do STF sobre Equiparação de Homotransfobia ao Crime de Racismo e os Reflexos para a Igreja. [S. l.], 7 out. 2020. Sítio eletrônico. Disponível em: <https://anajure.org.br/homofobia-e-igreja-a-decisao-do-stf-sobre-equiparacao-de-homotransfobia-ao-crime-de-racismo-e-os-reflexos-para-a-igreja/>. Acesso em: 29 abr. 2021.

PIOVESAN, Flávia. Proibição da discriminação por orientação sexual nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: o impacto do caso Atala. In: DIAS, Maria Berenice (org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

RIOS, Roger Raupp. Direitos sexuais, uniões homossexuais e a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 132-RJ e ADI 4.277). In: RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo (org.). **Homossexualidade e direitos sexuais**: reflexões a partir da decisão do STF. Porto Alegre: Editora Sulina, 2011.

RIOS, Roger Raupp. Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade. In: RIOS, Roger Raupp (org.). **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a.

RIOS, Roger Raupp. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. In: RIOS, Roger Raupp (org.). **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b.

SÃO PAULO. COMISSÃO DA VERDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Relatório**. Tomo I, Parte II: Ditadura e homossexualidades: iniciativas da Comissão da Verdade do Estado de São Paulo “Rubens Paiva”. [S. l.]. Disponível em:

http://comissaodaverdade.al.sp.gov.br/relatorio/tomo-i/downloads/I_Tomo_Parte_2_Ditadura-e-Homossexualidades-Iniciativas-da-Comissao-da-Verdade-do-Estado-de-Sao-Paulo-Rubens-Paiva.pdf. Acesso em: 06 jul. 2021.

SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan. Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen. Ein Studienbuch. 8., neubearb. Aufl. München: Beck, 2010.

SCHULTE, Martin. *Zur Lage und Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit*. DVBl. Köln: Heymanns, 1996, p. 1.009-1.020.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Constitucionalidade (e dever constitucional) da classificação da homofobia e da transfobia como crimes de racismo. In: DIAS, Maria Berenice (org.).

Diversidade sexual e direito homoafetivo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VOLTAIRE. **Tratado sobre a Tolerância**. L&PM Editores. *E-book*.

WEINGARTNER NETO, Jayme. **A edificação constitucional do direito fundamental à liberdade religiosa**: um feixe jurídico entre a inclusividade e o fundamentalismo. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4285>. Acesso em: 07 Maio 2021.

WIEACKER, Franz. *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung*. In: LUTTER, Marcus; STIMPEL, Walter; WIEDEMANN, Herbert (Hrsg.).

Fest für Robert Fischer. Berlin: Gruyter, 1979, p. 867-881.

WINTRICH, Josef M. *Zur Problematik der Grundrechte*. Köln und Opladen: Westdeutscher, 1957.