

## Estado Brasileiro Anódino: Projeto de Lei nº 5.003/2001 e o Direito Fundamental à Liberdade de Crença — Colisão de Direitos Fundamentais

**PAOLA FRASSINETTI ALVES DE MIRANDA**

Bacharela em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual da Paraíba, em Julho de 2007, e Pós-Graduada em Direito Público pela Rede Ensino Faculdades. Pesquisadora e Autora de diversos artigos jurídicos na área de Direitos Humanos, destacando-se: *Direitos Humanos e a Corte Penal Internacional*; *Família, Sociedade e Estado – Juntos pela Violação dos Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente: o Instituto da Destituição do Poder Familiar e os Abrigos para Menores*; e *Colisão de Direitos Fundamentais: Ponderação dos Direitos à Vida e à Intimidade – Quebra do Sigilo das Informações em Sede de Processo Civil* (este irá concorrer ao concurso de artigos no Encontro Nacional de Direito Civil e Processo Civil, em agosto).

**RESUMO:** No PL 5.003/2006, que está tramitando no Congresso brasileiro, os direitos fundamentais à vida e à dignidade dos homossexuais, bissexuais, travestis e transgêneros (GLBTT) entraram em conflito com o direito à liberdade religiosa de cada cidadão. Para dirimir esse conflito, aplica-se o princípio da proporcionalidade, através do qual – analisado à luz das normas e princípios que compõem o sistema constitucional do Estado brasileiro, em homenagem à força normativa da Constituição Federal de 1988, a saber, de garantia dos direitos à vida e à dignidade da pessoa humana, bem como o reconhecimento dos direitos sexuais como verdadeiros direitos humanos e, portanto, direitos fundamentais – encontrou-se a solução para o conflito criado por este Estado brasileiro anódino, que, apesar de constituir-se como Estado Democrático de Direito, ainda mantém características de um Estado Legal. Observou-se que, com a aprovação do respectivo Projeto de Lei, caberá ao aplicador da Lei responsável pela análise e julgamento dos casos concretos que lhe forem apresentados, fazer uso do princípio da proporcionalidade para equilibrar de modo justo e igualitário os direitos fundamentais dos representantes da comunidade GLBTT e os direitos à liberdade de crença e pensamento de cada cidadão.

**PALAVRAS-CHAVE:** PL 5.003/2006; homofobia; liberdade religiosa; princípio da proporcionalidade.

**ABSTRACT:** At the Bill number 5.003 of the year 2006, that has been approved and is still being analyzed by the Senators Chambers at the Brazilian's Congress, the homosexual, bisexual and transvestite's (HBT) fundamental rights to life and dignity faced a confrontation with the religious liberty right of every citizen. To get over with this conflict it is applied a hermeneutics principle that requires that the interests of any situation are balanced accordingly with the needs of the parties. Focusing on the rules and principles that form the role Brazilian constitutional system – meaning the necessary guarantee of the human rights to life and dignity – also acknowledging the sex rights are truly human rights we found the respective solution to the problem presented above. At the end of the research it was possible to observe that the responsible to analyze and judge the interests of the parties at any concrete case that involves the conflict mentioned above should have to apply the ponderation principle to balance the representatives of the HBT fundamental rights with the right to religious liberty of every citizen.

KEYWORDS: Bill number 5.003/2006; homophobia; religious liberty; ponderation principle.

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 1 Declaração dos direitos sexuais e direitos humanos; 1.1 Validade jurídica dos documentos internacionais de direitos humanos; 1.2 Homossexualismo no Brasil; 1.2.1 Direitos sexuais; 1.2.2 A questão da homofobia; 2 Direito à liberdade religiosa; 3 Princípio da proporcionalidade. História e subprincípios; 3.1 Aplicabilidade do princípio da proporcionalidade ao caso concreto. Direito à liberdade religiosa *versus* direitos à vida e à dignidade; 4 Estado “anodinamente” educador. Estado Legal *versus* Estado do Bem-Estar Social; Considerações finais; Referências.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A questão do homossexualismo é controvertida. Pensadores e religiosos se dividem a respeito do assunto. Os homossexuais são titulares dos mesmos direitos assegurados a todos os cidadãos, destacando-se os direitos a uma vida digna – inviolabilidade do direito à vida, elencada no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), vista sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, III, CF/1988 – e os direitos sexuais. Porém, o respeito que lhes é devido não implica aceitação. Assim sendo, eles não podem exigir que o seu *modus vivendi* seja aceito por toda a sociedade.

A Carta de 1988 também reconhece como direitos fundamentais do indivíduo a liberdade religiosa (art. 5º, VI) e a liberdade de pensamento (art. 5º, IV). A liberdade religiosa é um termo amplo, que abarca os direitos à liberdade de crença e ao livre exercício dos cultos, com sua devida proteção pelo Estado, verdadeiro corolário da liberdade de pensamento.

A liberdade, enquanto característica que distingue o homem de todos os outros seres, se apresenta, *a priori*, como condição *sine qua non* para a proteção de outros valores supremos na ordem sócio-jurídica, representando um importante vetor do processo político democrático, e é indispensável para a plena afirmação da dignidade humana e, com base nela, para a construção e consolidação de uma sociedade onde os direitos fundamentais emergentes da natureza humana sejam garantidos a todos os cidadãos sem exceção.

Contudo, a liberdade ontológica, inerente à própria condição humana, banalizou-se e perdeu a sua essência, o seu eixo semântico. Em todos os setores da sociedade isso se faz sentir, com as lamentáveis e desastrosas consequências, principalmente na ética ou na moral. Alguns estudiosos atribuem esse fenômeno às transformações políticas e sociais por que passaram vários países e nações no período das pós-ditaduras nas últimas décadas, quando cessou a repressão à liberdade.

Foi em razão dessa deturpação da liberdade que diversas condutas, perniciosas ao ser humano, como indivíduo, e a toda sociedade, nasceram e criaram raízes em nossos lares, em nossas vidas e em nossas culturas, fortalecendo-se a ponto de transformarem-se em ninhos de monstruosidades.

O assassinato de Edson Nérís, no ano de 2000, em São Paulo, na Praça da República – fato que ensejou a aprovação da Lei Estadual Antidiscriminatória nº 10.948/2001–, assim como as recentes agressões divulgadas na mídia contra homossexuais, servem como prova incontestável de tal indagação.

O número total de 122 homicídios de homossexuais registrados em um ano representa um aumento de 30% com relação aos registros de 2006 e dão ao Brasil o título de campeão mundial em crimes de ódio contra homossexuais. Somente nos quatro primeiros meses de 2008, já foram registrados 43 casos no Brasil, sendo 4 deles na Bahia (Redação, 2008).

O Governo brasileiro, a par dos dados alarmantes, lançou em 2004 o Programa “Brasil sem Homofobia”, a partir de uma série de discussões entre o Governo Federal e a sociedade civil, com o intuito de promover a cidadania de gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transgêneros (GLBTT), a partir da equiparação de direitos e do combate à violência e à discriminação homofóbicas.

Dentro deste quadro de proteção do direito de isonomia e da dignidade humana daqueles que compõem a comunidade GLBTT, no dia 23 de novembro de 2006, a Câmara dos Deputados aprovou, em Plenário, a redação final do Projeto de Lei nº 5.003 (5.003-b), de 2001, que trata dos chamados crimes de homofobia.

Diversas críticas foram e ainda são feitas ao referido PL, pelas mais distintas parcelas da sociedade brasileira, desde partidos políticos a juristas que enaltecem sua inconstitucionalidade. Argumenta-se que o Projeto de Lei nº 5.003/2001 cria discriminações inconstitucionais, expropriando dos cidadãos comuns seus direitos à igualdade, à livre manifestação do pensamento, à inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, à não discriminação por motivos de crença religiosa, convicção filosófica e política, e ao devido processo legislativo material ou substantivo em prol de uma ideologia ou religião oficiais, “conferindo” aos homossexuais verdadeiros superdireitos (Krause, 2006).

Os que são favoráveis ao PL reafirmam sua importância, considerando-se os atuais níveis de discriminação e desrespeito àqueles que são parte da comunidade GLBTT e o obrigatório reconhecimento de sua vulnerabilidade dentro da sociedade em geral.

A despeito dos posicionamentos apresentados, analisando-se imparcialmente o referido diploma legal, com vistas de fazer valer os direitos fundamentais a partir de uma aplicação legítima do Direito, observou-se que, com o intuito de salvaguardar os direitos fundamentais dos homossexuais, bissexuais, transexuais e transgêneros – como o fizeram o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso, quanto aos menores e aos idosos, respectivamente, por exemplo –, o PL 5.003 acabou por infringir os direitos à liberdade religiosa e à liberdade de pensamento.

As redações dos *caput* e § 5º do art. 20 do referido diploma legal incriminam qualquer demonstração ou incitação de ato discriminatório ou preconcei-

tuoso contra os GLBTTs. Ocorre que a “opção” por outro sexo vai de encontro a dogmas e princípios de algumas religiões de nosso País e, como a Constituição Federal de 1988, assegurou, em seu art. 5º, incisos IV e VI, a liberdade de pensamento e a liberdade de consciência e de crença, respectivamente, garantindo, inclusive, o livre exercício dos cultos; têm os seguidores dessas religiões, bem como seus líderes (padres, pastores, etc.), o direito de expressar-se contra quaisquer ideais que sejam contrários aos seus fundamentos religiosos quando da realização de encontros (missas, cultos, etc.) entre seus seguidores, em suas residências, ou mesmo em público, desde que não ultrapasse os limites da ética, da moral e da razoabilidade, representando, meramente, uma expressão de opinião fundada em valores religiosos.

A liberdade de pensamento se assenta, na modernidade, como direito de índole negativa – isto é, como direito de proteção do indivíduo contra eventuais abusos de poder por parte do Estado –, fundado na consideração de que o Estado existe senão para assegurar aos cidadãos seu bem-estar e o respeito à sua condição de homem *tout court*. Ainda não podemos olvidar que este mesmo Estado, além de respeitar ideologias contrárias a si mesmo, deve atender as necessidades dos membros da sociedade que lhe dá vida, constituindo-se, pois, em instrumento para o alcance de um desiderato maior, a saber, a proteção da vida e da dignidade humanas.

O operador jurídico, a quem caberá analisar o caso concreto em cotejo, no qual estarão, lado a lado, os direitos fundamentais da liberdade religiosa e a proteção a uma vida digna (direitos à vida e à dignidade do ser humano), deverá adequar a norma aplicável à realidade vigente, verificando qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas, implicando regras cujo estabelecimento depende de uma verdadeira ponderação. Almeja-se, sempre, ao final, a garantia aos indivíduos de seus direitos fundamentais que não podem ser menosprezados a qualquer título.

Aplicar o princípio da ponderação (ou princípio da proporcionalidade) repousa, portanto, na necessidade de construir-se o Direito pela utilização da norma positivada de forma coerente, harmonizando, sempre que possível, os vários interesses antagônicos que coadjuvam uma mesma relação jurídica. Desse modo, o princípio da proporcionalidade representa a exata medida em que deve agir o Estado, em suas funções específicas: não deve agir com demasia, da mesma forma que não pode agir de modo insuficiente na realização de seus objetivos.

O objetivo deste trabalho é o de demonstrar a origem do conflito entre os direitos fundamentais à liberdade religiosa e à vida digna dos homossexuais, bissexuais, travestis e transgêneros, apresentando a solução que encontra-se disposta ao hermeneuta quando da aplicação da futura lei. Para tanto, faremos, inicialmente, uma breve digressão sobre o reconhecimento e validade dos direitos sexuais, em âmbito nacional e internacional, com foco em dados estatísticos, reveladores da trágica realidade dos homossexuais no

Brasil; em seguida, tratar-se-á do direito à liberdade religiosa, fazendo-se, ao final, as devidas considerações sobre o princípio hermenêutico da ponderação, dispondo a solução para o impasse alhures apresentado.

Em um segundo plano, apresenta-se o Estado como estrutura destinada a possibilitar o exercício dos direitos fundamentais dos cidadãos – e, portanto, as liberdades de escolha que lhes estão subjacentes – através da promoção (incluindo-se a regulamentação, quando necessário) do exercício dessas liberdades por todos. Faz-se a devida distinção entre o Estado do Bem-Estar Social e o Estado Legal, a partir de análise das medidas tomadas pelos Poderes estatais brasileiros, especialmente o Poder Legislativo, quando intentam, equivocadamente, solucionar os problemas sociais que afetam nosso País.

## 1 DECLARAÇÃO DOS DIREITOS SEXUAIS E DIREITOS HUMANOS

A Conferência Internacional da ONU sobre População e Desenvolvimento (CIPD), realizada no Cairo, em 1994, conferiu papel primordial à saúde, aos direitos sexuais e aos direitos reprodutivos, ultrapassando os objetivos puramente demográficos, focalizando-se no desenvolvimento do ser humano. A CIPD provocou transformação profunda no debate populacional ao dar prioridade às questões dos direitos humanos.

Dessa conferência decorreu o Plano de Ação do Cairo – do qual o Brasil é signatário –, que, além de introduzir o conceito de direitos reprodutivos, sinalizou para o reconhecimento de direitos sexuais, destacando o direito de exercer a sexualidade e a reprodução livre de discriminações, coerções e violências; na mesma oportunidade, também foi assentado que os Estados-parte, além de estimularem e promoverem o relacionamento respeitoso e igualitário entre homens e mulheres, devem: dedicar atenção especial a segmentos populacionais mais vulneráveis às violações de direitos humanos nos campos da reprodução e da sexualidade (Ventura, 2003, p. 14).

Contudo, desenvolver a ideia de direitos sexuais na perspectiva dos direitos humanos aponta para a possibilidade do exercício livre e responsável da sexualidade, criando as bases para uma regulação jurídica que supere as tradicionais abordagens repressivas que caracterizam as intervenções jurídicas nesses domínios. Com esse ideal, durante o XV Congresso Mundial de Sexologia, ocorrido em Hong Kong (China), entre 23 e 27 de agosto p.p., a Assembleia-Geral da WAS (World Association for Sexology) aprovou as emendas para a Declaração de Direitos Sexuais, decidida em Valência, no XIII Congresso Mundial de Sexologia, em 1997.

A Declaração de Direitos Sexuais tem como fundamento o reconhecimento de que os direitos sexuais são direitos humanos universais baseados na liberdade, dignidade e igualdade para todos os seres humanos e que a saúde sexual é um direito fundamental. Enumera, ainda, como um dos direitos a serem protegidos, inerentes ao ser humano, o direito à igualdade sexual, ou seja, liber-

dade de todas as formas de discriminação, independentemente do sexo, gênero, orientação sexual, idade, raça, classe social, religião, deficiências mentais ou físicas.

O Estado brasileiro já reconheceu, internacionalmente, de forma expressa, os direitos sexuais como direitos humanos, a partir da assinatura da Declaração do Plano e Ação da Conferência de Durban, em 2001, quando, inclusive, fez uma proposta para a inclusão da orientação sexual entre as formas de discriminação que agravam o racismo (Ministério da Saúde, 2004). A criação do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD), em outubro de 2001, foi uma das primeiras medidas adotadas pelo Governo brasileiro para implementação das recomendações oriundas da Conferência de Durban. Entre as vertentes temáticas tratadas pelo CNCD está o combate à discriminação com base na orientação sexual.

Internamente, foi elaborada a segunda versão do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH II), que contém uma seção dedicada ao assunto, com quinze ações a serem adotadas pelo Governo brasileiro para o combate à discriminação por orientação sexual e para a sensibilização da sociedade para a garantia do direito à liberdade e à igualdade de gays, lésbicas, travestis, transgêneros e bissexuais, e, mais recentemente, no ano de 2004, foi lançado o Programa “Brasil sem Homofobia”, organizado pela Secretaria de Direitos Humanos do Governo Federal.

Ao reconhecer os direitos sexuais como direitos humanos, o Governo brasileiro os enquadra na categoria de norma constitucional de direito fundamental, como se depreende pela leitura do art. 5º, §§ 2º e 3º, da Carta Magna, bem como face à própria natureza da matéria.

### 1.1 VALIDADE JURÍDICA DOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Há quatro correntes acerca da hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos: 1) hierarquia supraconstitucional; 2) hierarquia constitucional; 3) hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; e 4) paridade hierárquica entre tratado e lei federal (Piovesan, 2007, p. 71).

Adotamos a corrente que entende serem os tratados internacionais de direitos humanos equivalentes à norma constitucional e não apenas isso, mas que têm a natureza de normas de direito fundamental.

Faça-se uma interpretação sistemática do significado das redações dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal e chegar-se-á à conclusão alhures apresentada. Com o enunciado do § 2º, a Carta de 1988 está a incluir no rol de direitos constitucionalmente protegidos os direitos enunciados nos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, e, a partir da inclusão do § 3º pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, todos os tratados e convenções que seguirem o rito de aprovação ali estabelecido terão o caráter de emenda constitucional.

Assim sendo, os tratados internacionais de direitos humanos assinados pelo Presidente da República, a partir de 8 de dezembro de 2004, deverão seguir o rito estabelecido no § 3º do art. 5º da CF para que tenham o caráter de norma constitucional; os demais, ratificados anteriormente à entrada em vigor da Emenda nº 45, mesmo sem terem sido aprovados em 2 turnos e por 3/5 dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, terão o caráter de norma constitucional por tratarem-se de direitos fundamentais e, por conseguinte, têm aplicabilidade imediata, conforme o § 1º do art. 5º da CF.

A despeito de toda análise interpretativa do § 3º, a própria matéria dos instrumentos internacionais de direitos humanos, por referir-se a direitos que, por sua natureza, são fundamentais, basta, por si, para que eles enunciem normas constitucionais. Esse também é o posicionamento adotado por Canotilho (1993, p. 901) e Antônio de Araújo (1993, p. 13). Se fossem equiparados à lei federal, os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos poderiam ser revogados por qualquer outra lei interna, infringindo, outrossim, o princípio da boa-fé nas relações internacionais.

Concebendo-se os direitos sexuais como direitos humanos e reconhecendo-lhes, conseqüentemente, o caráter de norma constitucional de direito fundamental, cabe-lhes a proteção que é devida aos demais direitos fundamentais. De acordo com o art. 5º, XLI, da CF/1988, “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, ou seja, o direito de cada ser humano de expressar, livremente, sua orientação sexual, qualquer que seja ela, deve ser garantido com os mesmos mecanismos destinados à proteção dos demais direitos enunciados no art. 5º da Carta Magna.

## 1.2 HOMOSSEXUALISMO NO BRASIL

### 1.2.1 Os direitos sexuais

Na abordagem jurídica da sexualidade, seus conteúdos são geralmente articulados a partir das demandas envolvendo situações específicas representativas das lutas e das reivindicações dos movimentos feministas, desde as realidades sociais da discriminação sexista e da violência até questões relativas à saúde reprodutiva, especialmente no que diz respeito ao acesso às técnicas contraceptivas e ao aborto.

Sem subestimar em nenhum momento tais realidades, avançar na compreensão dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos no quadro maior dos direitos humanos implica um alargamento de perspectiva. Isso porque direitos sexuais e direitos reprodutivos são categorias jurídicas que traduzem fenômenos e relações sociais entabuladas não só por mulheres, mas também por homens. Tais direitos se fazem necessários, de modo proeminente, nas discussões a respeito da expressão sexual, aqui entendida na sua forma mais ampla, abarcando orientação sexual homossexual, heterossexual, bissexual, transexualidade e travestismo.

Nesse sentido, o direito da sexualidade não deve fixar-se somente em identidades e práticas sexuais predefinidas, evitando rótulos e imposições heterônomas, uma vez que classificações rígidas, fundadas em distinções sexuais monolíticas, acabam reforçando a lógica que engendra machismo ou heterossexismo no direito vigente (Calhoun, 1993).

O direito da sexualidade, em suma, alcançaria identidades, condutas, preferências e orientações, as mais diversas, relacionadas com aquilo que socialmente se estabelece, em cada momento histórico, como sexual (Weeks, 1986, p. 25).

Liberdade e igualdade, princípios básicos das declarações de direitos humanos e do constitucionalismo clássico, seriam os princípios basilares de um direito da sexualidade democrático, que rompe com o tratamento subalterno reservado a mulheres, homossexuais, soropositivos, crianças ou adolescentes, grupos sociais percebidos em uma visão tradicional mais como objetos de regulação do que sujeitos de direitos.

A objetivação de um grupo social e a conseqüente institucionalização de suas regras e porta-vozes implica a imposição de uma definição a determinadas práticas e relações sociais (Bourdieu, 1988, p. 133). Nesse sentido, nos reportaremos aos homossexuais. A “condição homossexual” tem sido objeto de concorrência por definições legítimas, na qual se defrontam e aliam-se estudiosos, religiosos, grupos políticos e, nas últimas décadas, associações e organizações que fazem parte da sociedade civil, nas quais, de forma explícita ou tácita, estão identificados a diferentes subgrupos no interior da categoria homossexual, atuando a partir de formas que não dizem respeito apenas à representação política.

A redefinição da homossexualidade passa não só por um rompimento com as categorias que fundamentam sua submissão e que a colocam fora das normas sociais, mas também por uma operação de generalização da experiência homossexual.

### 1.2.2 A questão da homofobia

Homofobia é o medo, a aversão ou o ódio irracional pelos homossexuais. É a causa primária da discriminação e violência contra os mesmos.

A homofobia é responsável por atitudes e comportamentos preconceituosos, inquinados pelo destemperamento e pela falta de razão. Alguns foram documentados na pesquisa “Juventudes e Sexualidades”, realizada pela Unesco em 14 capitais brasileiras no ano 2000, com 16.422 alunos, 3.099 educadores(as) e 4.532 pais e mães de alunos(as) de 241 escolas, onde: 27% dos(as) alunos(as) não gostariam de ter homossexuais como colegas de classe; 35% dos pais e mães de alunos(as) não gostariam que seus filhos tivessem homossexuais como colegas de classe; e 15% dos(as) alunos(as) consideram a homossexualidade uma doença.



Marcelo Cerqueira, Presidente do Grupo Gay da Bahia (GGB), em entrevista coletiva durante as comemorações pelo Dia Internacional contra a Homofobia, em 2008, divulgou dados alarmantes sobre a ocorrência de “crimes homofóbicos” no Brasil e no mundo.

Pelo menos 88 pessoas, entre estudantes, professores, cozinheiros ou cabeleireiros do sexo masculino, foram assassinadas em suas residências ou nas ruas, em 2007, por serem gays e assumirem publicamente sua sexualidade. Outras 34 pessoas foram assassinadas no mesmo período por serem travestis. O número total de 122 homicídios de homossexuais registrados em um ano representa um aumento de 30% com relação aos registros de 2006 e dão ao Brasil o triste título de campeão mundial em crimes desse tipo, muito distante do México, que aparece em segundo lugar com 35 mortes, e dos Estados Unidos, terceiro, com 25. A Bahia, com 18 casos, é o Estado com maior incidência desse tipo de crime. A região nordeste concentra 2 entre cada 3 homicídios cometidos contra homossexuais no Brasil. Em 2007, foram 81 assassinatos.

Somente nos quatro primeiros meses de 2008 já foram registrados 43 casos no Brasil, sendo 4 deles na Bahia. Apesar de alarmantes, acredita-se, no entanto, que o número real de crimes possa ser muito maior, pois os dados estão baseados somente em pesquisas em jornais e Internet feitas pelos grupos e associações partidários e/ou defensores dos GLBTTs nos Estados, já que não há estatísticas oficiais sobre o assunto. Além disso, não estão computados os assassinatos ocorridos no Rio Grande do Sul, no Amapá, em Rondônia e em Roraima, onde não é feito esse tipo de levantamento.

A homofobia pode ser patente, como nos exemplos acima, ou velada, envolvendo a discriminação na seleção para o emprego, locação de imóveis, na escolha do médico, do dentista, etc. Qualquer que seja sua manifestação, a homofobia inevitavelmente leva à injustiça e à exclusão social de quem a sofre. As razões para o preconceito estão na nossa herança cultural europeia tipicamente secular, somadas às convicções religiosas e a um curioso machismo latino, não muito saliente.

O direito da sexualidade, na esteira do debate contemporâneo sobre as dimensões dos direitos humanos, avança para a consideração dos direitos sociais e econômicos, tidos como de segunda geração de direitos humanos e qualificados na doutrina constitucional como direitos positivos, direitos a prestações, vocacionados para a promoção da liberdade e da igualdade fácticas. Proteção contra despedida arbitrária, direito à Seguridade Social, ao acesso ao sistema de saúde sem discriminação e de forma integral, ao sistema público ou privado de pensões e aposentadorias, são todos exemplos dessa concretização positiva desses princípios fundamentais que o Direito brasileiro tem desenvolvido.

É preciso conscientizar a população de que a Constituição Federal garante o direito de todos à liberdade e à dignidade, bem como ao respeito de sua

integridade física, moral e psicológica. Trata-se, pois, do reconhecimento e do desenvolvimento do conteúdo jurídico dos princípios básicos de direitos humanos e dos diversos direitos constitucionais clássicos, tarefa apta a constituir formas de convívio diversificadas e renovadas; nelas, a afirmação da autonomia e da liberdade na esfera da sexualidade pode, finalmente, concretizar-se.

Por fim, ficou, pois, demonstrado que os homossexuais, juntamente com os bissexuais, travestis e transexuais, representam uma parcela da sociedade que vem, continuamente, sofrendo agressões nos seus direitos mais fundamentais, quais sejam, da igualdade e da liberdade, primordiais a uma vida digna. Agressões essas que são, inclusive, alvo da atenção de toda a comunidade internacional em razão de sua gravidade.

Os homossexuais, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros são, portanto, mercedores de uma proteção especial do Direito, e cabe ao Estado, representado por suas três esferas de poder – Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário –, garantir essa proteção, uma vez que, independentemente de sua orientação sexual, o ser humano deve ter sempre a garantia de que seus direitos fundamentais serão, sempre, respeitados.

## 2 DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA

Pode-se afirmar que liberdade é o estado no qual se supõe estar livre de limitações ou coações, quando se age de maneira lícita e de acordo com os princípios éticos e legais desenvolvidos e delimitados pela sociedade.

O direito à liberdade, antes de tudo, deve ser visto e exercido com responsabilidade. Consagrado em nossa Constituição Federal, ele subdivide-se em cinco categorias principais, as quais se ramificam: liberdade de pensamento (art. 5º, IV, da CF/1988), liberdade de expressão (art. 5º, IX, da CF/1988), liberdade religiosa (art. 5º, VI, da CF/1988), liberdade de ir e vir (art. 5º, XV, da CF/1988) e liberdade laboral (art. 5º, XIII, da CF/1988).

Em razão do objeto do presente estudo, nos reportaremos, a partir desse ponto, ao direito à liberdade religiosa, direito fundamental assegurado a cada cidadão que tenha sua fé e sua crença, exercendo-a em liberdade, sem opressão estatal.

O direito à liberdade de religião faz parte dos elementos que compõem a ideia de democracia moderna. Mantém um elo entre os princípios de liberdade de consciência, liberdade de expressão, liberdade de associação, corolários do direito à liberdade de pensamento; e resulta, como solução para as situações problemáticas que envolvem discriminações civis em Estados que mantinham religiões oficiais, em conflitos muitas vezes armados (Giumbelli, 2001).

A liberdade de religião no Brasil foi uma construção histórica, associada, em grande medida, mas não completamente, às vicissitudes históricas que

giraram em torno do fenômeno da separação entre Igreja Católica e Estado. A trajetória dessa relação é sintetizada por Giumbelli:

[...] a união entre Igreja Católica e Estado durante o período colonial e boa parte do Império; a separação republicana, renunciada já com a “questão religiosa de 1873-75, separação que inaugura um novo regime jurídico e introduz um lapso nas relações entre Igreja Católica e Estado; a “neo-cristandade”, ou seja, um novo pacto entre a Igreja Católica e o Estado, em parte oficioso, em parte juridicamente legitimado, consolidado durante a década de 1930 com o Governo Vargas e preparado desde 1915 pela orientações imprimidas por D. Leme...; esse regime em que, segundo Della Cava (1975), o catolicismo foi religião oficial de *facto* do Estado, da nação e das “elites dominantes”, até o final da década de 1960, quando ocorre uma espécie de segunda “questão religiosa” e as relações entre Igreja e Estado entram novamente em uma “crise” que, em função das transformações da pastoral católica e dos rumos tomados pelo governo, joga a primeira contra o segundo, muito embora o quadro jurídico permaneça inalterado [...]. (Giubelli, 2002, p. 239)

A Constituição de 25 de março de 1824 consagrava a plena liberdade de crença, restringindo, porém, a liberdade de culto, pois determinava, em seu art. 5º, que “a religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com o seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fôrma alguma exterior de Templo”. Contudo, já na 1ª Constituição da República, em 1891, no art. 72, § 3º, foram consagradas as liberdades de crença e de culto, estabelecendo-se que “todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum” (Moraes, 2003). Tal previsão foi seguida pelas demais Constituições, culminando com a prescrição, no art. 5º, VII, da Constituição Federal de 1988, que confere a todos os cidadãos o direito à liberdade religiosa.

Segundo o insigne Jurista José Afonso da Silva, o direito à liberdade religiosa se segmentaria em três partes: 1. Liberdade de crença: assegura a liberdade de escolha da religião que se deseja seguir; 2. Liberdade de culto: expressar-se em casa ou em público quanto às tradições religiosas, aos ritos, aos cerimoniais e a todas as manifestações que integrem a doutrina da religião escolhida; e 3. Liberdade de organização religiosa: faculdade que se dá aos que confessam uma dada religião, de organizarem-se sob a forma de pessoa jurídica para a realização de atos de natureza civil em nome da fé professada (Silva, 1998, p. 251).

Em nosso sistema legal, ainda há outro diploma que expressa a obrigatoriedade de proteção ao direito à liberdade religiosa, a saber, a Lei Federal nº 16, de 22 de junho de 2001.

A Lei nº 16/2001, em seu art. 1º, enuncia:

[...] A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável e garantida a todos em conformidade com a Constituição, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o direito internacional aplicável e a presente lei [...].

A Declaração Universal de Direitos Humanos, que introduziu a indivisibilidade desses direitos, conjugando os direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais e culturais, abordou o tema da liberdade religiosa em seu art. 18, como se pode observar:

[...] Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular [...].

É, outrossim, direito fundamental de toda pessoa não ser obrigada a agir contra a própria consciência e contra seus princípios religiosos. Segue-se daí não ser lícito obrigar-se cidadãos a professar ou a rejeitar qualquer religião, ou impedir que alguém entre ou permaneça em comunidade religiosa ou mesmo a abandone. O direito de liberdade de consciência e de crença deve ser exercido concomitantemente com o pleno exercício da cidadania.

Destarte, assim como os direitos sexuais, o direito à liberdade religiosa foi reconhecido pelo Brasil como espécie dos direitos humanos e, conseqüentemente, direito fundamental a ser protegido pelo Estado Democrático de Direito, devendo, pois, o Estado, proteger-lhes igualmente.

A proteção igualitária a que fazem jus ambos os direitos pode, inicialmente, demonstrar-se ineficaz, pois se acredita que um será desmerecido em proveito do outro. A seguir apresento-lhes a solução para a questão ora disposta, qual seja, o princípio da ponderação, aplicado pela hermenêutica moderna quando ocorrem aparentes conflitos entre direitos fundamentais.

### 3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. HISTÓRIA E SUBPRINCÍPIOS

Coube à Alemanha, após beber na teoria da limitação do poder de polícia do Direito Administrativo francês, a formulação atual do princípio da proporcionalidade em âmbito constitucional, notadamente no campo dos direitos fundamentais. Embora já houvessem sido postos em relevo pela Constituição de Weimar, foi após o fim da Segunda Guerra Mundial que os Tribunais começaram paulatinamente a proferir sentenças nas quais afirmavam não ter o legislador poder ilimitado para a formulação de leis tendentes a restringir direitos fundamentais. A promulgação da Lei Fundamental de Bonn representa, assim, marco inaugural do princípio da proporcionalidade em âmbito constitucional, ao colocar o respeito aos direitos fundamentais como núcleo central de toda a ordem jurídica.

Foi, portanto, em consonância com o disposto na lei fundamental que o Tribunal Constitucional alemão iniciou a elaboração de jurisprudência no sen-

tido de reconhecer a inafastabilidade do controle da constitucionalidade, leis em seus três aspectos básicos: necessidade, adequação e proporcionalidade da medida restritiva (Bonavides, 1997, p. 360 e ss.). Reconhecidamente, hoje, os três subprincípios do princípio da proporcionalidade.

Zavaski (1995, p. 398) compreende a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida restritiva da seguinte forma: a) princípio da necessidade, a regra de solução (que é limitadora de direito fundamental) somente será legítima quando for real o conflito, ou seja, quando efetivamente não foi possível estabelecer um modo de convivência simultânea dos direitos fundamentais sob tensão; b) princípio da menor restrição possível, também chamado de “princípio da proibição de excessos”, que está associado, sob certo aspecto, também ao “princípio da proporcionalidade”, segundo o qual a restrição a direito fundamental, operada pela regra de solução, não poderá ir além do limite mínimo indispensável à harmonização pretendida; e c) princípio da salvaguarda do núcleo essencial, a rigor já contido no princípio anterior, segundo o qual não é legítima a regra de solução, a pretexto de harmonizar a convivência entre direitos fundamentais, opera a eliminação de um deles ou lhe retira a sua substância elementar.

Os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados, encontram seus limites em outros direitos fundamentais, também consagrados pela Magna Carta. As colisões podem ocorrer quando os titulares têm direitos fundamentais idênticos ou, ainda, quando há distinção de direitos fundamentais, mas o exercício de um dos titulares limita a irradiação de efeitos do outro.

O princípio da proporcionalidade surge exatamente como o equacionador da colisão desses direitos fundamentais, a ser utilizado pelo operador do Direito na ponderação dos valores que deverão prevalecer no caso concreto, inclusive quando da necessidade de mitigação da coisa julgada material.

No dizer de Humberto Bergmann Ávila,

pode-se definir o dever de proporcionalidade como um postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados. (Ávila, 1999, p. 175)

Ao buscar a interpretação dos direitos fundamentais catalogados, a primeira dificuldade apontada é a dos limites, ou seja, até que ponto é possível buscar o exercício de um direito fundamental tutelado sem infringir a esfera de atuação do outro.

Todas as teorias de interpretação, que têm como objeto de estudo o fenômeno da colisão de direitos fundamentais, têm um ponto de consenso, a saber, o entendimento de que não há possibilidade de solucionar tal problemática sem limitar ou restringir um dos objetos dos direitos fundamentais envolvidos.

Inicialmente, importante determinar se os direitos fundamentais são regras ou princípios.

Os princípios, ao lado das regras, são normas jurídicas. Aqueles, porém, exercem dentro do sistema normativo um papel diferente do exercido pelas regras. Estas, por descreverem fatos hipotéticos, possuem a nítida função de regular, direta ou indiretamente, as relações jurídicas que se enquadrem nas molduras típicas por elas descritas. Não é assim com os princípios, que são normas generalíssimas dentro do sistema.

Os princípios podem ser vislumbrados em distintas dimensões: fundamentadora, interpretativa, supletiva, integrativa, diretiva e limitativa (Bonavides, 1998, p. 254). Assim sendo, qualificam,

[...] juridicamente, a própria realidade a que se referem, indicando qual a posição que os agentes jurídicos devem tomar em relação a ela, ou seja, apontado o rumo que deve seguir a regulamentação da realidade, de modo a não contrair aos valores contidos no princípio e, tratando-se de princípio inserido na Constituição, a de revogar as normas anteriores e invalidar as posteriores que lhes sejam irredutivelmente incompatíveis [...]. (Rocha, 1999, p. 47)

Os direitos fundamentais enunciados no art. 5º da Constituição Federal de 1988 indicam o norte para o qual se deve guiar o hermenêuta e constituem-se a base na qual se estruturou toda a Carta Magna. Estão inseridos dentro daquilo que o constitucionalismo denomina de princípios constitucionais fundamentais, os quais representam os valores fundamentais da ordem jurídica.

Conforme averbou Celso Antônio Bandeira de Melo, em lição lapidar,

[...] princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico... Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra [...]. (Melo, 2000, p. 747 e 748)

Visando a apontar a especificidade jurídica dos princípios, Alexy os diferencia das regras por meio da análise das formas de solução, dentro do ordenamento jurídico, do conflito interno entre regras e entre princípios. O conflito entre regras pode ser solucionado, segundo o ordenamento normativo do Direito, de duas maneiras: através de uma cláusula de exceção que uma das regras teria, a qual eliminaria o conflito ao estabelecer uma solução específica para o caso; ou, então, uma delas estaria a lesar o ordenamento jurídico, o que a tor-

naria inválida e, portanto, deveria tal regra ser expelida do mesmo ordenamento (Alexy, 2002, p. 87/89).

No caso do conflito entre os princípios, esse se dá no plano do seu “peso valorativo”, que, entre eles – os princípios colidentes – deverá ser ponderado, e não no plano da validade, como no caso do conflito entre regras. A solução para os conflitos entre os princípios exige um exercício de ponderação, verificando qual a disposição constitucional que tem peso maior para a questão concreta a ser decidida.

A partir da constatação de que os princípios constitucionais encontram-se em um mesmo patamar de igualdade, ao deparar-se com um conflito, caberá ao hermenêuta dar precedência a um em detrimento do outro, não lhe atribuindo primazia absoluta, mas valorando-o de conformidade com o caso concreto.

### **3.1 APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE AO CASO CONCRETO. DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA *VERSUS* DIREITOS À VIDA E À DIGNIDADE**

O princípio da proporcionalidade estabelece que deve haver uma razoável correspondência entre a intensidade da sanção que se pretende aplicar e a ação que se objetiva punir (Moreira, 2005, p. 15).

Na prática jurídica, a finalidade do princípio da proporcionalidade é de verificar se uma decisão normativa, legislativa ou judicial, que afeta, restringe ou limita um direito fundamental é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, configurando instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais contra a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos.

Nesse sentido, pois, “não se pode invocar a separação de poderes para deixar em aberto a possibilidade de os direitos fundamentais ficarem à livre disposição do legislador” (Steinmertz, 2001, p. 196).

Incumbe, assim, ao Poder Judiciário reavaliar as decisões tomadas pelo Poder Legislativo, quando essas implicarem na restrição de direitos fundamentais, ponderando se houve uma concreta e sustentável análise da questão, se foram esgotadas as fontes de conhecimento e caso orientou-se pela experiência que possui.

A aplicação do princípio da proporcionalidade teria por fim aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, isso é, de se proceder à cesura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo.

A inconstitucionalidade por excesso de poder legislativo introduz delicada questão relativa aos limites funcionais da jurisdição constitucional; todavia, a questão sobre a liberdade outorgada ao legislador, bem como sobre os limites dessa liberdade, é uma questão suscetível de aferição judicial e já é pacífico na doutrina que a violação ao princípio da proporcionalidade é identificado como típica manifestação de excesso de poder legislativo.

Os princípios constitucionais, nos quais se assentam o Estado Democrático de Direito, proíbem leis restritivas e inadequadas à consecução de seus fins, as quais somente são necessárias quando não há outro meio eficaz, menos limitativo dos direitos fundamentais.

Seguindo essa linha de raciocínio, far-se-á uma breve análise do art. 8º do Projeto de Lei nº 5.003/2001, especificamente quanto à alteração que propõe ao art. 20 da Lei nº 7.716/1989, que dispõe sobre os crimes resultantes de preconceito de raça e de cor, por ser esse o dispositivo do referido PL que infringe o direito fundamental à liberdade religiosa.

A análise apresentada tem o objetivo de reavaliar o diploma legal que está sendo construído e encontrar uma solução, a ser aplicada pelo órgão competente, para o conflito nascente entre os direitos fundamentais já estudados.

Atualmente, o art. 20, alhures citado, tem a seguinte redação:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 1º [...]

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no *caput* é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§3º [...]

§4º [...]

Com as alterações introduzidas pelo PL 5.003/2001, modificar-se-ia a parte final do *caput* e seria acrescentado mais um parágrafo. Como pode-se observar: art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, *gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero*.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 1º [...]

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no *caput* é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 3º [...]

§ 4º [...]

§ 5º *O disposto neste artigo envolve a prática de qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória, de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica.* (grifo nosso)



Aprovadas, definitivamente, as modificações apresentadas, o aplicador da lei confrontar-se-á com a seguinte realidade: aqueles que, mesmo em razão de doutrina religiosa da qual são seguidores, proferirem, em qualquer lugar, público ou privado, opinião ou posicionamento contrário aos homossexuais e seus pares, estarão praticando o crime de induzimento ou incitação à discriminação por gênero, orientação sexual e identidade de gênero e, portanto, lhes deverá ser aplicada a pena cabível ao caso, qual seja, restrição de liberdade até 5 anos de reclusão, bem como a pena de multa.

A despeito de nossos posicionamentos sobre as doutrinas pregadas em determinadas religiões, o direito à liberdade religiosa deve ser garantido. Ademais, o Estado Democrático de Direito reconhece a liberdade de pensamento como direito fundamental a ser resguardado por todas as suas esferas. Desse modo, independentemente da razão escolhida para fundamentar opiniões formadas a respeito de qualquer temática (política, religião, educação, sexo, etc.), tem-se, simplesmente, o direito de se pensar como quiser, como convir. O que se proíbe, a todo custo, são condutas desumanas, ataques públicos e vexatórios contra qualquer ser humano, visando a humilhá-lo, com frontal desrespeito a sua dignidade.

Nesse instante, deve-se indagar sobre a admissibilidade constitucional da restrição fixada e sobre sua compatibilidade com o princípio da proporcionalidade. As modificações propostas ao art. 20 pelo PL 5.003/2006, frontalmente, impedem o exercício do direito à liberdade religiosa, ou seja, por mais que a medida legislativa esteja apta a alcançar o fim pretendido, a saber, de proteção dos direitos humanos dos GLBTTs, ela demonstra-se, por outro lado, excessivamente onerosa. Ocorre que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. A prova da necessidade tem maior relevância do que o teste da adequação.

O meio utilizado pelo legislador, qual seja, as modificações propostas pelo citado PL ao art. 20 da Lei nº 7.716/1989, não é necessário, pois o objetivo almejado pode ser alcançado com outra medida que se revela, ao mesmo tempo, adequada e menos onerosa.

Enquanto determinada manifestação contrária ao homossexualismo mantiver-se dentro dos limites da mera expressão de opinião, seja por convicção religiosa ou não, não estar-se-ia praticando o crime supramencionado. Entretanto, se esses limites forem transpostos, ou seja, ocorrer ataques, gritarias, zombarias, entre uma ou mais pessoas, com intuito claro de humilhação e afronta pessoal, seja em público ou em ambiente privado – dentro de uma residência, dentro de uma Igreja ou Associação, por exemplo –, a um homossexual, bissexual, transexual ou travesti, em razão de sua opção sexual, configurar-se-ia o crime de prática de discriminação, neste caso em particular, de crime de homofobia, isso quando não puder ser caracterizada uma infração mais grave em razão de quaisquer outros aspectos relativos ao fato, como agressão física, resultando em crime lesão corporal ou de tentativa de homicídio, por exemplo.

A dignidade é qualidade intrínseca da pessoa humana, irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado (Sarlet, 2002). Portanto, não reconhecer a afronta a esse direito elementar seria o mesmo que não reconhecer o homem como ser humano. Contudo, não pode-se tolher o direito que temos de pensar de acordo com nossas convicções pessoais, não importando quais sejam elas. Deve-se encontrar um meio termo que ajuste ambos os direitos e que não despreze nenhum dos dois.

Aplicando-se o princípio da proporcionalidade dos direitos fundamentais, encontrou-se a solução alhures apresentada, de modo que os direitos fossem garantidos e a sociedade encontrasse um ponto pacífico em todas as discussões e aclames que foram desencadeados desde a aprovação do PL 5.003/2001.

#### 4 ESTADO “ANODINAMENTE” EDUCADOR. ESTADO LEGAL *VERSUS* ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL

Apesar de encontrarmos uma solução legal advinda dos princípios aplicados pela hermenêutica moderna, de acordo com conhecimentos construídos pela doutrina e jurisprudência nacionais – com relevante influência das relações *inter*-Estados dentro da comunidade internacional –, não podemos deixar de fazer uma breve reflexão sobre qual deve ser ou em que deve se pautar a atuação estatal perante a sociedade.

O Estado brasileiro, em sua história política, é reconhecido por suas decisões e medidas paliativas com o objetivo de solucionar problemas sociais. Exemplos claros foram a apresentação de projeto de lei que buscava diminuir a maioria penal e, logo em seguida, a criação de cotas em universidades públicas e particulares para negros.

Problemas sociais são, por sua própria natureza, complexos. Eles surgem e enraízam-se na sociedade e no cotidiano dos indivíduos, paulatinamente, ao longo de meses e anos; portanto, para dissipá-los, não cabe, apenas, a edição de uma lei criminalizadora de condutas, ou que diminua a idade penal de 18 para 16 anos, bem como que crie mais vagas em estabelecimentos educacionais para aqueles que sejam de uma raça em particular, por considerá-los social e economicamente desprivilegiados.

O Brasil é um Estado Democrático de Direito e uma das características primordiais do Estado de Direito é a “absolutização” da lei. O positivismo jurídico capitaneado por Hans Kelsen deu sua contribuição para transformar o Estado de Direito em mero Estado de Legalidade ou Estado Legal. Não se cogita se a lei é justa ou injusta, basta que tenha sido elaborada e aprovada pelos canais legislativos estatais para estar apta a produzir seus efeitos.

Canotilho resume, com maestria, as características do Estado Legal:

O princípio da primazia da lei servia para a submissão ao direito do poder político “sob um duplo ponto de vista”: (1) os cidadãos têm a garantia de que a lei só

pode ser editada pelo órgão legislativo, isto é, o órgão representativo da vontade geral (cf. *Déclaration* de 1789, art. 6º); (2) em virtude da sua dignidade – obra dos representantes da Nação – a lei constitui a fonte de direito (Canotilho, [s.d.], p. 95)

Nesse tipo de Estado, a doutrina e a jurisprudência ocupam papel meramente coadjuvante com relação à lei e com essa devem se conformar. Há, portanto, uma sobrevalorização do princípio da legalidade, sendo esse o superprotetor protetor das liberdades individuais, levando a uma superlegalidade do Estado, com uma redução do direito à lei.

A máxima valorização do princípio da legalidade faz muitos crerem que a solução para todos os males da sociedade está na elaboração e aprovação de uma lei.

Nas sábias palavras do Professor Sérgio Resende de Barros:

[...] Assim, ao exacerbar o Direito para combater a corrupção, o estatuto da contratação administrativa brasileira contaminou-se de penalose em duplo sentido: aliando a tipificação penal ora ao excesso ora à deficiência de legislação. Mas, o que é a penalose? É uma doença jurídica. Consiste em transformar tudo em infrações penais para aterrorizar todos com punições penais. Indigna do Estado de Direito, é uma afecção do direito penal manifestada por normas penaloídes, nas quais a tipificação criminal visa ao fim-mor de incutir o terror geral [...]. (Barros, 2003, p. 14)

Apesar de toda a problemática envolvendo o Estado de Direito, a saber, sua forma de atuar – fundamentando e legitimando todas as suas condutas em regras e dispositivos legais que dificilmente são respaldados pela realidade e justiça social –, a democracia – forma de governo implementada por muitos Estados, desde a Revolução Francesa, e por nós escolhida após a queda da ditadura militar no início da década de 80 –, em sua natureza, encontra a constituição de um governo com os “olhos” voltados à sociedade, pois do povo é que emana todo o poder que, verdadeiramente, legitima a existência do Estado de *per si*.

Desse modo, diversamente do pensamento kelsiano, que nega que algum tipo de valor de justiça seja componente do Direito, no Estado Democrático de Direito a sociedade reclama por uma renovação exigindo que a lei seja, necessariamente, expressão da justiça.

Nas palavras do Professor José Afonso da Silva, a democracia pode ser conceituada como um

processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos di-

*vergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade [...]. (grifo nosso) (Silva, 2003, p. 119/120)*

O Estado Legal, quando constituído por meio de um governo democrático, quando implementa em sua estrutura o conceito fundamental de democracia, configura-se em um Estado de Bem-Estar Social, o qual se caracteriza pela afirmação dos direitos econômicos da sociedade e pela realização dos objetivos da justiça social. Por muitos é rotulado de *Welfare State*.

O Estado Democrático é uma modalidade de Estado de Bem-Estar. A democracia e a República deveriam propiciar o maior bem-estar social possível, e suas legislações não definem outro caminho. O não cumprimento das promessas democráticas é um problema ou fato social e político ou, então, de natureza econômica, mas não propriamente um obstáculo de ordem e natureza jurídica .

Mesmo o Estado de Bem-Estar Social somente consegue se firmar por meio de novas leis e, quando isso não ocorre de modo paulatino – com a devida análise das estruturas e dos grupos sociais que compõem o todo da sociedade –, bem como com o comprometimento dos três poderes em resguardar, com primazia, os direitos fundamentais, o ato de legislar realizado de modo imprudente, resulta em leis injustas e ilegítimas, e acabamos por nos voltar ao quadro inicial do Estado de Legalidade ou Estado Legal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A justiça será simples quando as leis civis, livres das sutilezas feudais, beneficiárias e habituais, não despertarem mais do que a boa fé entre os homens; quando o espírito público voltado para a razão deixar os tribunais desertos. Quando os homens forem livres, eles serão iguais; quando eles forem iguais, serão justos. O que é honesto caminha por si mesmo... (Saint-Just, 1989, p. 151)

Um critério seguro para medir o grau de liberdade existente em uma sociedade reside no exercício da livre escolha dos cidadãos, no espaço que lhes é oferecido. Trata-se de coisas, aparentemente, tão anódinas como a liberdade de ir e vir, a liberdade de escolha de uma religião, a liberdade de uso do corpo, a liberdade de imprensa e, de um modo mais geral, a liberdade de cada cidadão escolher aquilo que lhe parece ser o melhor para si, independentemente de qualquer tutela externa, seja a coerção de uma pessoa, seja a do Estado.

Um dos grandes problemas para o alcance e a manutenção de uma sociedade livre é precisamente como assegurar que as forças coercitivas delegadas ao Governo para preservar a liberdade fiquem limitadas a essa função, em vez de se tornarem uma ameaça à liberdade.

Feita uma leitura do PL 5.003/2006, observa-se que dois direitos fundamentais entraram em choque. O direito a uma vida digna dos homossexuais,

bissexuais, travestis e transgêneros entrou em conflito com o direito à liberdade religiosa, o qual é-nos inerente desde nosso nascimento.

Para dirimir esse conflito, aplicou-se o princípio da proporcionalidade, por meio do qual – analisado à luz das normas e dos princípios que compõem o sistema constitucional do Estado brasileiro, em homenagem à força normativa da Constituição Federal de 1988, a saber, de garantia dos direitos à vida e à dignidade da pessoa humana, bem como o reconhecimento dos direitos sexuais como verdadeiros direitos humanos e, portanto, direitos fundamentais – encontrou-se a solução para o conflito estabelecido.

Discriminar não é o mesmo que discordar. Essa é a diferença entre aqueles que atribuem a alguém, como pessoa, características negativas por suas escolhas e o consideram um paria daqueles que apenas discordam de suas “escolhas”.

Já disse Aristóteles: “Posso não concordar com o que tu pensas, mas lutarei até a morte pelo teu direito de dizê-lo”. Essa é a verdadeira “discordância democrática”.

Fazemos parte de uma sociedade mista, em culturas, religiões e raças. Após séculos de desenvolvimento e amadurecimento de dezenas de crenças em um mesmo País, não é legal, ou mesmo legítimo, tolher a liberdade que lhes foi dada. Vedado está, ao legislador, realizar verdadeiros retrocessos dos direitos fundamentais.

Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 34) observa que parte da doutrina se posiciona favoravelmente a esse aspecto, ressaltando, inclusive, que, uma vez concretizado determinado direito social prestacional – como o é a liberdade religiosa, especialmente quanto ao livre exercício dos cultos, que deve ser garantido pelo Estado –, esse acaba por transformar-se, nesse sentido, em um típico direito de defesa.

Quando decidimos fazer algo, sabemos que poderemos decidir diversamente, como, também, ao executá-lo, somos conscientes de que poderemos voltar atrás ou abandonar simplesmente a execução da obra. Essa é a liberdade de escolha que nós possuímos desde o nascimento e que foi meramente reconhecida por diplomas legais. Ninguém obriga a nenhum seguidor de quaisquer religiões que se sente nos bancos das igrejas ou templos e lá ouça e pratique suas doutrinas. Se nossas ações estão no controle do nosso arbítrio e nosso arbítrio está sob controle do nosso “eu”, nós somos livres, livres para pensar e para ir e vir.

Um Estado Democrático de Direito, garantidor do princípio da dignidade da pessoa humana e que guarda o direito à liberdade de pensamento, deve coibir, sem medir esforços, condutas que ameacem ou que efetivamente infrinjam a integridade de cada indivíduo como ser humano. Deve, com esse objetivo, fomentar dentro da sociedade políticas educacionais e sociais que visem a divulgar um pensamento único de isonomia, liberdade e dignidade para todos.

Estimular crianças, jovens e adultos a reconhecer em cada indivíduo um ser humano digno de respeito e consideração. Não pode, contudo, com esse propósito e por meio de atos formalmente legais infringir direitos que ele mesmo reconheceu a cada cidadão.

Vivemos em um País onde um índio é queimado em praça pública, onde as mulheres ainda ganham menos do que os homens, apenas por serem mulheres, onde negros ainda são vistos nas ruas como potenciais ladrões e onde homossexuais são vistos como pessoas sem pudor e, por isso, são desrespeitados. Não podemos, contudo, em razão disso, escolher como “bodes expiatórios” aqueles que, publicamente, admitem pensar diferente, admitem discordar com determinadas escolhas e modos de viver.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ARAÚJO, Antônio de. Relações entre o direito internacional e o direito interno: limitação dos efeitos do juízo de constitucionalidade. *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Lisboa: Editorial Notícias, 1993.
- AVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.
- \_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BOURDIEU, Pierre. Espaço social e gênese das classes. In: BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 1998.
- CALHOUN, Cheshire. *Denaturalizing and desexualizing lesbian and gay identity*. Virginia Law Review, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CONSTITUIÇÃO Federal de 1824.
- CONSTITUIÇÃO Federal de 1891.
- CONSTITUIÇÃO Federal de 1988.

CONVENÇÃO de Viena.

DECLARAÇÃO de Direitos Sexuais.

DECLARAÇÃO Universal de Direitos Humanos.

FAUSTO, Boris. *A Revolução de 1930: historiografia e história*. 10. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

GIUMBELLI, Emerson. A presença da Igreja Universal do Reino de Deus no espaço público brasileiro: “liberdade religiosa” fora do lugar? *Paper* apresentado na XXVI Conferência da Sociedade Internacional de Sociologia das Religiões. Ixtapan de La Sal, México, 2001.

\_\_\_\_\_. *O fim da religião: dilemas da liberdade religiosa no Brasil e na França*. São Paulo: Attar Editorial, CNPq, Pronex, 2002.

LEI Federal nº 16, de 22 de junho de 2001.

MINISTÉRIO da Saúde. Conselho de combate à discriminação. Brasil sem homofobia: programa de combate à violência e discriminação contra GLBT e de promoção da cidadania homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: <[http://www.mj.gov.br/sedh/documentos/004\\_1\\_3.pdf](http://www.mj.gov.br/sedh/documentos/004_1_3.pdf)>. Acesso em: 27 jun. 2008.

MINISTÉRIO da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. Disponível em: <[http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha\\_direitos\\_sexuais\\_2006.pdf](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_direitos_sexuais_2006.pdf)>. Acesso em: 2 jul. 2008.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo, 2003.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas licitamente adquiridas. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 68, 2005.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

KRAUSE, Paul Medeiros. Projeto de Lei nº 5.003-b/2001 (crimes de homofobia): a lei da mordaza gay, os superdireitos gays, inconstitucionalidade e totalitarismo. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 11, n. 1269, 22 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9306>>. Acesso em: 27 jun. 2008.

REDAÇÃO. Crimes de homofobia crescem 30% em 2007. Agência Brasil de Fato. Nacional. São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.brasildefato.com.br/v01/agencia/nacional/crimes-de-homofobia-no-brasil-crescem-30-em-2007>>. Acesso em: 27 jun. 2008.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SAINT-JUST, Louis Antoine Léon. *O espírito da revolução e da constituição da França*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Direito Público. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/pdf/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf>>.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VENNTURA, Miriam (Org.). *Direitos sexuais e direitos reprodutivos na perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Advocaci, 2003.

WEEKS, Jeffrey. *Sexuality*. London: Tavistock, 1986.

ZAVASKI, Teori Albino. Antecipação e colisão de direitos fundamentais. *Ajuris*, Porto Alegre, v. XXII, n. 64, 1995.