



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**SILAS MAJDALANI DE CERQUEIRA**

**O CONFLITO ENTRE A AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL E A  
LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA NO ÂMBITO DO  
PROTESTANTISMO: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O PRISMA DA  
VIOLAÇÃO E DO ABUSO DE DIREITO**

Salvador  
2014

**SILAS MAJDALANI DE CERQUEIRA**

**O CONFLITO ENTRE A AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL E A  
LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA NO ÂMBITO DO  
PROTESTANTISMO: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O PRISMA DA  
VIOLAÇÃO E DO ABUSO DE DIREITO**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação em  
Direito para obtenção do grau de Bacharel pela  
Faculdade Baiana de Direito.

Orientador: Ricardo Maurício Freire Soares

Salvador  
2014

## TERMO DE APROVAÇÃO

SILAS MAJDALANI DE CERQUEIRA

### **O CONFLITO ENTRE A AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA NO ÂMBITO DO PROTESTANTISMO: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O PRISMA DA VIOLAÇÃO E DO ABUSO DE DIREITO**

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

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Dedico esta pesquisa à pessoa  
que nunca desistiu de mim: Deus.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a Deus por ter me sustentado e me fortalecido em todos os momentos, pois se não fosse Ele, eu não teria chegado aqui.

Sou grato, também aos meus pais: Daniel e Esmín, por serem verdadeiros referenciais para minha vida. A vida deles é uma inspiração para mim.

Agradeço aos meus irmãos: Daniel e Felipe, por tudo apoio que eles me deram.

Sou grato a Ane pelo seu companheirismo e por me incentivar continuamente.

Agradeço ao meu orientador: Ricardo Maurício, por toda sua ajuda.

Sou grato à Gabriel Marques, que mesmo sem ser meu orientador, de uma forma tão atenciosa, cooperou comigo na construção desta pesquisa.

## RESUMO

O presente trabalho se propõe a discutir a tensão existente entre o direito de liberdade expressão religiosa e a autodeterminação sexual, sob o prisma do instituto do abuso e da violação de direito. Para isso, serão discutidos: o conceito de direito fundamental, os fundamentos dos referidos direitos, a relativização dos direitos no nosso ordenamento, a natureza jurídica do abuso de direito, se a Bíblia é homofóbica, se há a necessidade ou não da criminalização da homofobia e se analisará o projeto de lei 1411. No que tange a violação de direito, se analisará a teoria do trinômio do suporte fático para caracterização deste instituto e se aplicará tal concepção ao conflito que é objeto da pesquisa. Em relação ao abuso de direito, se verificará os requisitos que são necessários para a sua caracterização, e posteriormente, se utilizará deste entendimento ao conflito dos direitos estudados.

**PALAVRAS-CHAVES:** Autodeterminação sexual, liberdade religiosa, violação de direito e abuso de direito.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>08</b>
<b>2 O DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA E O DE AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL.....</b>	<b>10</b>
2.1 O CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL.....	10
2.2 OS FUNDAMENTOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA.....	14
<b>2.2.1 A laicidade do Estado.....</b>	<b>14</b>
<b>2.2.2 Liberdade de pensamento.....</b>	<b>15</b>
2.3 OS FUNDAMENTOS DA AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL.....	16
<b>2.3.1 A igualdade.....</b>	<b>16</b>
<b>2.3.2 A dignidade da pessoa humana.....</b>	<b>18</b>
2.4 A TEORIA DO SUPORTE FÁTICO DO DIREITO FUNDAMENTAL E A CONSEQUÊNCIA DA SUA APLICAÇÃO.....	20
<b>2.4.1 O âmbito da proteção jurídica.....</b>	<b>22</b>
<b>2.4.2 A intervenção.....</b>	<b>22</b>
<b>2.4.3 A ausência de argumento constitucional.....</b>	<b>23</b>
<b>2.4.4 A relativização dos direitos.....</b>	<b>24</b>
<b>3. A VIOLAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA E DA AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL.....</b>	<b>28</b>
3.1 A VIOLAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA.....	28
<b>3.1.1 O âmbito da proteção jurídica da liberdade de expressão religiosa.....</b>	<b>28</b>
<b>3.1.2 A intervenção em relação à liberdade de expressão religiosa.....</b>	<b>30</b>
<b>3.1.3 A ausência de fundamentação constitucional preponderante.....</b>	<b>30</b>
3.2 A VIOLAÇÃO DA AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL.....	30
<b>3.2.1 O âmbito da proteção jurídica da autodeterminação sexual.....</b>	<b>31</b>
<b>3.2.2 A intervenção em relação à autodeterminação sexual.....</b>	<b>32</b>
<b>3.2.3 A ausência de argumento constitucional preponderante.....</b>	<b>32</b>
<b>4 O ABUSO NO EXERCÍCIO DE UM DIREITO.....</b>	<b>34</b>
4.1 CONCEITO.....	34
4.2 NATUREZA JURÍDICA: A (IM)POSSIBILIDADE DA CARACTERIZAÇÃO COMO ATO ILÍCITO.....	36
4.3 OS REQUISITOS PARA CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO DE DIREITO.....	39

4.3.1 Os limites de um direito:.....	41
4.3.1.1 Segundo Lucio Naves.....	42
4.3.1.2 Segundo o Código Civil.....	42
4.1.1.3 Segundo Eduardo Jordão, Fernando Noronha, Teresa Negreiros, Cristiano Chaves e Nelson Resenvald.....	45
<b>5. O EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA EM RELAÇÃO AOS HOMOSSEXUAIS.....</b>	<b>49</b>
5.1 O CONCEITO DE HOMOFOBIA.....	50
5.2 A BÍBLIA É HOMOFÓBICA?.....	51
5.3 A CONTRADIÇÃO DA IGREJA PROTESTANTE.....	56
5.4 A (DES)NECESSIDADE DE CRIMINALIZAR A HOMOFOBIA.....	58
<b>6. O ABUSO NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL EM RELAÇÃO AOS PROTESTANTES.....</b>	<b>61</b>
6.1 A INTOCABILIDADE DOS HOMOSSEXUAIS.....	62
6.2 A ANÁLISE DO PROJETO DE LEI Nº 1411/2011.....	64
<b>7. CONCLUSÃO.....</b>	<b>67</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>69</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade analisar de forma crítica o conflito entre a autodeterminação sexual e a liberdade de expressão religiosa no âmbito do protestantismo, sob o prisma do abuso e da violação de direito. Examinando quando ocorre, de fato, a violação e o abuso de direito, em relação aos conflitos dos referidos direitos, para que assim possa se estabelecer limites em tais exercícios e se tenha um equilíbrio social e jurídico entre interesses que, aparentemente, são contrapostos. Esta pesquisa também visa: identificar o conceito de Direito Fundamental; determinar o âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão religiosa e de autodeterminação sexual; demonstrar que não há direito absoluto em um Estado Democrático de Direito; apontar quando ocorre o abuso no exercício do direito à autodeterminação sexual e à liberdade de crença; avaliar os limites no exercício de um direito; identificar o conceito de homofobia; analisar o posicionamento da Bíblia e da igreja em relação aos homossexuais; avaliar se há necessidade de elaboração de lei específica que tutele os direitos dos homossexuais, através da criminalização da homofobia.

O tema abordado revela a sua importância na medida em que é necessário que se estabeleça parâmetros razoáveis, para a resolução do conflito entre o direito à liberdade de expressão e à autodeterminação sexual. Ainda mais, que ultimamente, o judiciário tem sido provocado para solucionar e dar uma resposta consistente para esses conflitos.

Hoje vive-se em uma sociedade complexa, que ao mesmo tempo é plural e laica. Nesta pluralidade tem-se uma diversidade de pensamentos, de estilos de vida e inclusive de opções sexuais. Por outro lado, o Estado Laico garante a liberdade de expressão religiosa. Tem-se, portanto, no mesmo Estado, dois valores constitucionais que são aparentemente contrapostos. Devido à tal conjectura, constata-se a ocorrência, de forma reiterada, de conflitos entre os direitos dos protestantes e dos homossexuais. Por vezes, os protestantes querem discriminar os homossexuais, assim como os homossexuais, não toleram que seja feita nenhum tipo de crítica a eles, e ambos realizam tais práticas fundadas em suas garantias constitucionais.

Com o recente advento da ampliação de uma preocupação com a proteção dos direitos dos homossexuais, esses conflitos se intensificaram. Portanto,

é imprescindível, que se façam pesquisas sobre tal dilema para tentar estabelecer um equilíbrio. Assim, esta pesquisa expressa a sua relevância, pois vai justamente focalizar seus estudos no conflito destes direitos.

A presente monografia, estrutura-se nos seguintes capítulos: o Direito Fundamental de expressão religiosa e de autodeterminação sexual, a violação da liberdade de expressão religiosa e a autodeterminação sexual, o abuso no exercício de um direito, o exercício abusivo da liberdade de expressão religiosa em relação aos homossexuais, e finalmente, o exercício abusivo da autodeterminação sexual em relação aos protestantes.

No primeiro capítulo será analisado o conceito de Direito Fundamental e se os referidos direitos são direitos fundamentais, além de discorrer sobre a teoria do suporte fático e a consequência da sua aplicação. No capítulo seguinte se estudará sobre quando ocorre a violação em relação aos direitos estudados nesta pesquisa. No terceiro capítulo, será examinado o instituto do abuso de direito, verificando o seu conceito, a sua natureza e os requisitos para sua incidência. No quarto será analisado quando ocorre o abuso da liberdade de expressão religiosa em face dos homossexuais, de que forma a Bíblia trata tais pessoas e se é necessário a criminalização da homofobia para combater os diversos abusos sofridos por esta tal categoria. O último capítulo se debruçará em constatar quando o homossexual exerce de forma abusiva o seu direito de autodeterminação em face dos protestantes e também há uma análise do projeto de lei 1411.

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

Em um Estado Democrático de Direito, a expressão Direito Fundamental é constantemente utilizada pela jurisprudência, doutrina e até mesmo pelos próprios cidadãos. Entretanto, por vezes tais pessoas desconhecem o seu real significado e as consequências advindas por essa caracterização. Por isso é de suma importância se analisar estes aspectos.

### 2.1 O CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL

Sobre o conceito de Direitos Fundamentais, pode-se destacar, pelo menos, três posicionamentos, destes autores: João dos Passos Martins Neto; Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins; Fábio Comparato e Dirley da Cunha Junior.

O doutrinador João dos Passos Martins Neto traz o seguinte entendimento:

Sendo assim, os direitos fundamentais definem-se simplesmente como direitos subjetivos p $\acute$ treos. Portanto, suas propriedades genéricas s $\tilde{a}$ o: rela $\tilde{c}$ o de atribui $\tilde{c}$ o entre um bem e algu $\acute$ em, prerrogativa de disposi $\tilde{c}$ o ou aproveitamento, correla $\tilde{c}$ o com um dever, coatividade e positividade. Sua singularidade consiste basicamente no car $\acute$ ter essencial para homem e para sociedade, determin $\acute$ vel segundo o crit $\acute$ rio objetivo da rigidez constitucional.<sup>1</sup>

Segundo o citado autor, o elemento caracterizador de um direito como fundamental,  $\acute$  a intangibilidade normativa, ou seja, a impossibilidade de aboli $\tilde{c}$ o do seu conte $\acute$ do. Por $\acute$ em, na verdade, isso  $\acute$  a consequ $\tilde{c}$ ncia de um direito fundamental e n $\tilde{a}$ o o seu conceito.

Merece destaque a compreens $\tilde{a}$ o dos autores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, que relatam sobre o conceito de Direitos Fundamentais:

Direitos fundamentais s $\tilde{a}$ o direitos p $\acute$ blico-subjetivos de pessoas (f $\acute$ sicas ou jur $\acute$ dicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram car $\acute$ ter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exerc $\acute$ cio do poder estatal em face da liberdade individual.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> MARTINS NETO, Jo $\tilde{a}$ o dos Passos. **Direitos Fundamentais: Conceito, fun $\tilde{c}$ o e tipos**. S $\tilde{a}$ o Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 122.

<sup>2</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. S $\tilde{a}$ o Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 54.

A compreensão exposta foi muito bem elaborada, entretanto, reduz o sentido dos direitos fundamentais, ao dizer que tais direitos têm a finalidade de limitar apenas o exercício do poder estatal, sendo que eles vão além disso, pois limitam também o exercício da autonomia privada.

Analisando a doutrina germânica, Fábio Comparato traz o seguinte entendimento sobre o conceito de direitos fundamentais:

É aí que se põe a distinção, elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais (*Grundrechte*). Estes últimos são direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. Segundo outra terminologia, fala-se em direitos fundamentais típicos e atípicos, sendo estes os direitos humanos ainda não declarados em textos normativos.<sup>3</sup>

Tal autor compreende que os direitos fundamentais seriam aqueles direitos humanos que estão inseridos, seja de forma expressa ou implícita, em um ordenamento do Estado. Vale dizer que os direitos humanos têm como base a dignidade da pessoa humana<sup>4</sup>.

De forma semelhante, Dirley da Cunha Júnior, traz o seguinte posicionamento:

Do exposto, concluímos que os Direitos Fundamentais são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidas no texto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidos e equiparados, pela própria Constituição, aos direitos que está formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material).<sup>5</sup>

Assim sendo, segundo tal concepção, seria Direito Fundamental, todos aqueles direitos que reafirmam e tutelam, seja diretamente ou indiretamente, a dignidade da pessoa humana, não se restringindo apenas aqueles que estão previstos expressamente na Carta Magna como Direitos e Garantias Fundamentais. Portanto no nosso Sistema Jurídico, há Direitos que são Fundamentais, mesmo sem

---

<sup>3</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 8 ed. Salvador: Saraiva, 2013, p. 71.

<sup>4</sup> Ibidem, p. 38 e 50.

<sup>5</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 550.

estar nesse rol constitucional. Para tanto, é necessário que esses direitos protejam a dignidade humana.

De qualquer modo, entendemos ser possível, no mínimo, sustentar o ponto de vista de acordo com o qual os direitos fundamentais correspondem às explicitações, em maior grau, do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>6</sup>

Vale dizer, que a própria Constituição Federal, no §2º do art. 5º<sup>7</sup> prevê a existência de outros direitos na condição de fundamentais, mesmo sem estarem inclusos no referido rol. Logo, é inadmissível e contraditório, ter uma visão reducionista dos direitos fundamentais, ao ponto de defender que só são direitos fundamentais aqueles que estão no rol dos Direitos e das Garantias Fundamentais. Portanto, é inconcebível, limitar os direitos fundamentais a uma fundamentalidade formal. “Os §§ 2º e 3º do art. 5º da CF apontam para uma abertura do texto para outros direitos fundamentais não reconhecidos explicitamente pelo seu texto.”<sup>8</sup>

O posicionamento de Dirley da Cunha é muito próximo da opinião de Fábio Comparato, tendo em vista que o último defende que os direitos fundamentais são os direitos humanos que foram integrados em um ordenamento, sendo que os direitos humanos têm como base a dignidade da pessoa. Logo, é considerado como Direito Fundamental o direito que tutela a dignidade da pessoa, o que é, justamente o posicionamento primeiro autor.

Há também uma concordância entre os referidos autores, no que tange à possibilidade de se ter um direito fundamental, sem que ele esteja tipificado como tal, que é exatamente a fundamentalidade material.

De maneira muito semelhante ao pensamento desses doutrinadores, quanto ao conceito dos direitos basilares, Gilmar Mendes e Paulo Branco, dizem o seguinte: “Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são pois, pretensões, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana.”<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2012, p. 110-111.

<sup>7</sup>BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

<sup>8</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros editores, 2006, p. 41.

<sup>9</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 155-156.

Resumindo, para que ocorra a caracterização de um direito como fundamental, é necessário uma fundamentalidade material, que consiste na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Sendo entendida a dignidade da pessoa humana, de forma sucinta, como situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.<sup>10</sup>

Diante das críticas feitas aos conceitos que foram mencionados, é razoável, que seja adotado na presente pesquisa, o conceito dado por Dirley da Cunha Junior e Fábio Comparato, pois este não reduz o sentido dos direitos fundamentais.

Ante o exposto, é inquestionável que tanto o direito de liberdade de expressão religiosa, como o direito de autodeterminação sexual são Direitos Fundamentais no nosso ordenamento, pois ambos, explicitam, diretamente, o princípio da dignidade humana, e tais Direitos estão previstos na Constituição no art. 5, IV e VI (o da liberdade de crença) e nos arts.: 1, III, 3, IV (o da liberdade de escolha da orientação sexual).<sup>11</sup>

Mesmo que seja adotado o posicionamento do doutrinador João dos Passos, os referidos direitos são fundamentais, tendo em vista, que por expressa previsão constitucional (art. 60, §4º, CF)<sup>12</sup>, eles não podem sofrer abolição de seu conteúdo, já que são direitos e garantias individuais.

Não é todo e qualquer direito que está nessa condição, mas somente aqueles que são considerados pelo Ordenamento como essenciais para o homem e para a sociedade<sup>13</sup>. Sendo que cada Sistema Jurídico tem a autonomia de selecionar quais direitos devem ter a natureza de direito fundamental em seu Estado.<sup>14</sup>

Assim sendo, pode-se perceber que os direitos estudados na presente pesquisa, têm papel de destaque na ordem constitucional, pois são considerados como direitos essenciais ao homem e a toda a coletividade e, por isso, são qualificados como fundamentais.

---

<sup>10</sup>SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2012, p. 178.

<sup>11</sup>BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

<sup>12</sup>BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

<sup>13</sup> MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais: Conceito, função e tipos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 122.

<sup>14</sup>SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 622.

## 2.2 OS FUNDAMENTOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA

Em nosso ordenamento o princípio da liberdade religiosa se relaciona intimamente e até se fundamenta em outras garantias. Algumas destas serão aqui analisadas.

### 2.2.1 A laicidade do Estado

Sobre a laicidade do Estado merece destaque a discussão internacional, principalmente na Europa. Na Itália a Corte Europeia de Direitos Humanos determinou a retirada de crucifixos em todas as instituições públicas de ensino, alegando que se estaria violando a liberdade de religião dos alunos e a laicidade do Estado.<sup>15</sup> Em contrapartida na França o governo proibiu a utilização do véu nas escolas públicas sob o argumento que tal prática feriria a laicidade do Estado.<sup>16</sup> Na Espanha tratando ainda sobre a utilização do véu nas escolas públicas, o Juizado Contencioso Administrativo de Madri decidiu que o Regimento Interno que proibia tal uso nas escolas, não violava a dignidade da pessoa e nem a liberdade de religião, alegando que isso era apenas uma norma de convivência que tinha um objetivo de evitar a distração dos seus colegas.<sup>17</sup>

No ordenamento brasileiro, além do art. 5º, VI e VIII, a Carta Magna assegura o Estado Laico no art. 19, I, no qual diz:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou com seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;<sup>18</sup>

O laicismo nada mais é do que a doutrina defensora da separação entre a igreja e o Estado, determinando ainda a destinação a leigos de funções

<sup>15</sup> DANIEL, Teofilo Tostes; Pereira, Rodrigo. **A República e o Estado laico**. Disponível em < <http://www.prr3.mpf.mp.br/component/content/275?task=view>> Acesso 23 de mai de 2014

<sup>16</sup> Ibidem, Acesso em 23 de mai de 2014

<sup>17</sup> FIGUEIREDO, Marco Aurélio Melluci e. **O caso apolonio x comunidade de Madri**: utilização do véu islâmico. Disponível em < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12383&revista\\_caderno=16](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12383&revista_caderno=16)> Acesso em 23 de mai 2014.

<sup>18</sup>BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

antes exercidas apenas por religiosos, como era o caso da educação.<sup>19</sup> Assim sendo, o Estado laico é aquele onde há uma separação entre a igreja e o Estado, ou seja, não há uma vinculação de atuação entre tais entes. Por expressa disposição constitucional, o Estado Brasileiro é laico.

Em um Estado laico, é vedado: 1) que um ente estatal atue com fundamento meramente religioso; 2) que ele propague um segmento religioso em detrimento aos outros; 3) que ele impeça ou obstaculize expressão razoável de uma religião.

Mediante o exposto, por causa da laicidade, o poder público tem o dever de assegurar a liberdade de expressão religiosa, a todo e qualquer tipo de segmento religioso, desde que sejam respeitados os demais, pois a sua omissão quanto a esse dever, estaria ferindo um dos fundamentos do Estado democrático, que é a laicidade. Portanto há uma relação íntima entre a laicidade e a tutela da liberdade de expressão religiosa, pois não há como ser laico sem tutelar tal direito.

### 2.2.2 Liberdade de pensamento

A Constituição consagra o direito à liberdade de pensamento no art. 5, IV e IX, dizendo o seguinte:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;<sup>20</sup>

Em nosso Estado, há garantia da liberdade de expressão de pensamento. Todas as pessoas têm a faculdade de demonstrar o seu ponto de vista sobre qualquer tema, sem que por conta disso sofra censura, desde que seja feita em consonância com outros direitos:

A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também aquelas que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe a

---

<sup>19</sup>SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à liberdade religiosa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 35.

<sup>20</sup>BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.



partir da consagração do pluralismo de ideias e pensamentos, da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo.<sup>21</sup>

Em consonância com que está exposto, é assegurado a uma democracia o direito de discordar e manifestar tal discordância, sendo que o oposto disso, é pressuposto de ausência de democracia. Nela, todos podem e devem pensar de forma distinta, desde que respeitem os demais pensamentos.

Portanto, esse direito é uma das bases da democracia, o qual se ramifica em diversos outros direitos como por exemplo à liberdade de expressão religiosa. Por previsão constitucional, ao indivíduo é garantida a possibilidade de expressar o seu modo de pensar sobre qualquer tema, inclusive o religioso. Logo pode-se, nitidamente, visualizar que uma das bases da liberdade religiosa é a liberdade de pensamento. Tendo em vista, que cercear de forma arbitrária à liberdade de expressão religiosa significa uma violação a liberdade de pensamento.

## 2.3 OS FUNDAMENTOS DA AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL

Apesar de não está expressamente previsto na Constituição, tal direito pode ser extraído, inquestionavelmente, com base em outras garantias constitucionais. Os principais fundamentos da autodeterminação sexual são: o princípio da igualdade e o da dignidade da pessoa humana. Portanto para se ter uma clara compreensão do referido direito, é imperioso que se analise os seus fundamentos.

### 2.3.1 A igualdade

Um dos principais fundamentos da autodeterminação sexual é a igualdade, pois tal princípio prevê que todos, inclusive os homossexuais, devem ser tratados de forma isonômica, ou seja, sem sofrer discriminações ou preconceitos. Nos arts 3º, IV e 5º, *caput*, da CF/88<sup>22</sup>, há previsão expressa desse princípio. Nestes dispositivos é vedada a discriminação seja por base em cor, raça, sexo ou idade, além de garantir a igualdade de toda e qualquer pessoa perante a lei.

---

<sup>21</sup>MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: Teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência.** 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p.118.

<sup>22</sup>BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1998.

A igualdade apesar de ser um termo muito utilizado, muitos não sabem o conteúdo jurídico desse princípio. Portanto é relevante que se analise tal tema. Em relação ao significado do referido princípio, merece destaque o conceito de Fernanda Silva:

Portanto, o mandamento constitucional da igualdade tanto abriga a igualdade formal, vedando a criação de privilégios por adoção de tratamento desarrazoado; bem como abriga a igualdade material, autorizando a adoção de discriminações positivas, que incidindo na relação fática e concreta entre as pessoas busca efetivar uma igualdade real.<sup>23</sup>

Em consonância ao entendimento acima exposto, Roger Rios diz que:

Deste espectro normativo constata-se que o ordenamento jurídico constitucional brasileiro vigente abriga as concepções formal e material do princípio da igualdade, claramente expressas pela garantia da igualdade perante a lei (igualdade formal) e da igualdade na formulação da lei (igualdade material).<sup>24</sup>

Em suma, a igualdade no nosso ordenamento abrange a igualdade formal - que traz o preceito de que a lei deve ser aplicada a todos<sup>25</sup>; como a igualdade material - que estabelece que os iguais devem ser tratados de forma igualitária, enquanto os desiguais devem ser tratados de forma desigual, na medida das suas desigualdades, para que a igualdade seja estabelecida.<sup>26</sup> Logo uma pessoa, só pode ser tratada de forma discriminada, se for uma ação afirmativa que vise o restabelecimento da igualdade. Pois se o desigual fosse tratado de forma igualitária, este tratamento só iria reforçar a desigualdade.

Ante o exposto, por força do princípio da igualdade, um homossexual não pode sofrer discriminação por conta da sua opção sexual. Tendo em vista, que a vedação de discriminação por conta do sexo não se limita aos heterossexuais, mas também abarca os homossexuais, sendo assim tais indivíduos devem ser tratados de forma isonômica em relação aos heterossexuais. “Em decorrência do quanto foi dito, e em razão do princípio do igual direito, não se pode permitir tratamento

---

<sup>23</sup> SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio Constitucional da igualdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 75.

<sup>24</sup>RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no Direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 59.

<sup>25</sup>BASTOS, Antonio Adonias; KLIPPEL, Rodrigo. **Manual de Processo Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 56.

<sup>26</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2000, p. 10.

discriminatório em relação às pessoas que tenham orientação sexual diversa daquela predominante na sociedade.”<sup>27</sup>

Além do mais, se todos são iguais perante a lei, inclusive aqueles que optaram por ter uma relação homoafetiva, não há razão para a discriminação. “A identificação do sexo da pessoa escolhida em relação a quem escolhe não pode ser alvo de tratamento diferenciado. Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, aí está incluída a orientação sexual.”<sup>28</sup>

Diante do discorrido, é possível afirmar, de forma nítida, que o princípio da igualdade justifica e fundamenta a existência do direito à livre opção sexual.

### 2.3.2 A dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana tem sido usada de forma desarrazoada. Tal princípio é utilizado para justificar toda e qualquer atitude e fundamento, até mesmos os arbitrários. Isso se deve a própria dificuldade de conceituá-lo. Entretanto, para que se possa ter uma clara compreensão do vínculo da autodeterminação sexual e a dignidade humana, é imprescindível que se analise o conceito de desse princípio.

Sobre esse assunto, Ricardo Maurício Soares traz o seguinte entendimento:

Desse modo, a dignidade da pessoa humana é um constructo cultural fluido e multiforme, que exprime e sintetiza, em cada tempo e espaço, o mosaico dos direitos humanos fundamentais, num processo expansivo e inexaurível de realização daqueles valores da convivência humana que melhor impedem o aviltamento e a instrumentalização do ser humano.<sup>29</sup>

De forma semelhante, Luís Roberto Barroso traz a seguinte ideia:

---

<sup>27</sup>AGUIAR, Mônica. A proteção constitucional do direito à diferença como conteúdo do princípio da dignidade humana: a desigualdade em razão da orientação sexual. *In*: Alencar, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de.(Org.). **Direitos fundamentais na constituição de 1988**. Porto Alegre: Nura Fabris Editora, 2008, p.88.

<sup>28</sup>BERENICE, Maria. **Direito fundamental à Homoafetividade**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/24\\_-\\_direito\\_fundamental\\_%E0\\_homoafetividade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/24_-_direito_fundamental_%E0_homoafetividade.pdf)> Acesso: 18 nov.2013.

<sup>29</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca de um direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 144.

Para levar a bom termo esse propósito, deve-se aceitar uma noção de dignidade humana aberta, plástica e plural. Grosso modo, esta é minha concepção minimalista: a dignidade humana identifica 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário).<sup>30</sup>

Entende-se, portanto, o valor intrínseco como o conjunto de características que são inerentes e comuns a todos os seres humanos, e que lhes confere um status especial e superior no mundo, distinto do de outras espécies. Esse valor intrínseco, no plano jurídico seria expresso: no direito à vida, na igualdade, no direito à integridade física e psíquica.<sup>31</sup>

A autonomia consiste no livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar da sua própria maneira o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A noção central desse elemento é a da autodeterminação.<sup>32</sup>

Por fim, o valor comunitário se refere: 1. aos compromissos, valores e crenças compartilhadas de um grupo social; e 2. às normas impostas pelo Estado. Portanto este valor comunitário restringiria a autonomia pessoal.<sup>33</sup>

Em suma, o conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana, segundo Barroso, teria os seguintes elementos: o valor intrínseco de todas as pessoas, a autonomia de cada indivíduo e o valor comunitário.

Existe uma proximidade entre o conceito trazido pelos referidos autores: Ricardo Mauricio detalha que o significado da dignidade da pessoa humana é algo que está sendo construído, e concordando com este entendimento Barroso relata que o conceito de tal princípio é aberto, plástico e plural. Portanto ambos os doutrinadores concordam que o significado da dignidade da pessoa humana não é algo acabado ou fixo, e sim, é algo mutável, que está em constante construção.

Apesar do contínuo processo de construção conceitual, os doutrinadores mencionados concordam, que a dignidade da pessoa humana trará consigo um conteúdo mínimo que estará presente em todo esse o processo. Barroso diz que esse conteúdo mínimo será: o valor intrínseco de todas as pessoas, a autonomia de cada indivíduo e o valor comunitário. Já Ricardo Maurício diz que tal

---

<sup>30</sup>BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 72.

<sup>31</sup>Ibidem, p. 76-78.

<sup>32</sup>Ibidem, p. 81.

<sup>33</sup>Ibidem, p. 87.

conteúdo será: o impedimento do aviltamento e da instrumentalização do ser humano. Pode-se perceber que ambos trazem sentidos parecidos, tendo em vista que quando se respeita o valor intrínseco do ser humano, a autonomia de cada um e o valor comunitário, se estará impedindo o aviltamento e a instrumentalização do ser humano.

Aplicando esse entendimento ao direito de livre opção sexual, se constata a relação entre o referido direito e a dignidade humana, no que tange ao elemento da autonomia de cada indivíduo. Portanto restringir a pessoa de escolher a sua opção sexual (dimensão interna) e de expressar a sua sexualidade (dimensão externa), é violar o conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana (a autodeterminação), é, assim, aviltar o ser humano. Ou seja, não é possível respeitar a dignidade humana violando a livre escolha da opção sexual.

Resumindo, com base no entendimento de Barroso e Ricardo Maurício, a dignidade da pessoa humana fundamenta e justifica a tutela da autodeterminação sexual.

## 2.4 A TEORIA DO SUPORTE FÁTICO DO DIREITO FUNDAMENTAL

O autor Virgílio Afonso da Silva explica a teoria do suporte fático dos direitos fundamentais e com a aplicação de tal entendimento poderia saber quando ocorreria uma violação dos atos, fatos ou estado que são tutelados por um direito fundamental.<sup>34</sup> Ou seja, quando este suporte fático fosse preenchido, haveria a violação.

Vale dizer que esta compreensão é extremamente importante para que se possa definir quais atos, fatos e estados estão sendo tutelados pela liberdade de expressão religiosa e o direito da autodeterminação sexual e quando ocorre uma violação das referidas garantias. Ainda mais que, comumente, se utiliza arbitrariamente tais direitos para justificar toda e qualquer atitude abusiva.

Esta teoria é relevante também para esta pesquisa, pelo motivo, que o abuso de direito, via de regra, tem como consequência a violação de um direito, logo para que se possa ter uma boa compreensão do instituto do abuso de direito é necessário se analise o que ele causa.

---

<sup>34</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros editores, 2009, p. 68.

É importante destacar ainda, que apesar do abuso ter como consequência a violação de direito, tanto o abuso como a violação, são institutos diferentes, já que pode existir uma violação através de uma outra conduta que não seja o abuso de direito. Por este motivo, esta pesquisa analisa o conflito da autodeterminação e a liberdade de expressão religiosa, através destes dois institutos em momentos diferentes.

O suporte fático consiste no conjunto de elementos fáticos que a norma jurídica em abstrato prevê e a ela imputa determinada consequência. Segundo a doutrina tradicional, que tem como principais expoentes: Robert Alexy e Martin Borowski, este suporte fático seria composto: pelo âmbito da proteção jurídica e pela intervenção. Todavia o doutrinador brasileiro citado, traz um terceiro elemento que é a ausência de fundamentação constitucional desta intervenção. Ele fundamenta a sua inovação alegando que é possível a ocorrência de uma intervenção sem que isto resulte em uma violação de direito, desde que esta intervenção seja provida de um argumento constitucional. Neste caso, se teria tão somente uma restrição de uma garantia. Em outras palavras, é admissível que se tenha uma intervenção a um ato, fato e estado abarcado no âmbito da proteção de um direito sem que haja a imputação de uma determinada consequência estabelecida na norma em abstrato, quanto existir um fundamento constitucional legitimador.<sup>35</sup>

Assim Virgílio defende a existência de três elementos que compõe o suporte fático, que são: âmbito de proteção, intervenção e ausência da argumentação constitucional.<sup>36</sup> Vale dizer, que este entendimento é que será adotado na presente pesquisa.

De uma maneira prática, é possível se definir o suporte fático de um direito fundamental através das respostas às seguintes perguntas: 1) O que é protegido? 2) Contra quê? 3) Qual a consequência jurídica que poderá ocorrer? 4) O que é necessário ocorrer para que a consequência possa também ocorrer?<sup>37</sup>

Em relação à utilização desta teoria aos direitos fundamentais, há uma discussão, se deveria se aplicar o suporte fático no âmbito restrito ou amplo. No primeiro sentido (restrito), o suporte fático teria a tarefa principal de fundamentar o

---

<sup>35</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros editores, 2009, p. 74-75

<sup>36</sup>Ibidem, p. 75

<sup>37</sup>Ibidem, p. 71.

que se inclui e o que não deve ser incluído no âmbito da proteção desses direitos.<sup>38</sup> Ou seja, de *prima facie*, independente das minúcias de uma circunstância, se estabeleceria se um ato, fato ou estado estaria abarcado por um determinado direito. Tal ideia se fundamenta: na busca pela essência de determinado direito ou determinada manifestação humana e na rejeição da ideia de colisão entre direitos fundamentais.<sup>39</sup> A grande vantagem deste ponto de vista, é a teórica segurança jurídica oferecida ao sistema.

Já no suporte fático amplo, não haveria uma inclusão ou exclusão aprioristicamente; o que vai determinar se houve ou não a violação de um direito, seria a argumentação.<sup>40</sup> Portanto a conjuntura fática, será determinante para se constatar se uma determinada situação está tutelada por uma garantia, e conseqüentemente, se houve uma violação. Este último ponto de vista, é que foi adotado pelo citado autor e que será também adotada nesta pesquisa, tendo em vista que é inquestionável a existência de conflitos entre princípios em uma sociedade onde se tenha uma pluralidade de direitos. Logo é imprescindível a análise das minúcias do caso concreto para a determinação do suporte fático.

#### 2.4.1 O âmbito da proteção jurídica

Um dos elementos deste suporte fático é o âmbito de proteção, que consiste na caracterização de quais atos, fatos e estados são tutelados por um direito fundamental.<sup>41</sup> Aplicando à esta pesquisa, seria a caracterização dos atos, fatos e estado que estariam protegidos pela liberdade de expressão religiosa e a autodeterminação sexual.

#### 2.4.2 A intervenção

O segundo elemento do suporte fático é o da intervenção. Segundo Virgílio Afonso, a intervenção, seria uma atuação estatal que intervier na esfera da liberdade protegida de um indivíduo. Tal conceito inclui toda potencial restrição ao

---

<sup>38</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros editores, 2009, p. 94.

<sup>39</sup>Ibidem , p. 82.

<sup>40</sup>Ibidem, p. 94.

<sup>41</sup>Ibidem, p. 75.

âmbito de proteção de um direito fundamental, abarcados também as mínimas regulamentações relativas à forma de exercício de um direito, ao seu local, horário, e etc.<sup>42</sup>

Do ponto de vista crítico, tal entendimento é reducionista, pois a intervenção, que restringe um direito fundamental de um indivíduo, pode ser oriunda de uma atuação da autonomia privada, principalmente, quando se trata da liberdade religiosa e da autodeterminação sexual, pois geralmente estes direitos são flagelados não por uma ação estatal, mas sim pelos particulares. Por tanto é razoável que se amplie o conceito de intervenção à seara da autonomia privada.

Este posicionamento crítico só pode ser compreendido, se for entendido que os direitos fundamentais se aplicariam na seara privada, conforme leciona Daniel Sarmento:

Para nós, por outro lado, existe sempre uma vinculação direta dos direitos particulares aos direitos, independentemente da existência, ou não, de uma manifesta desigualdade de forças entre as partes nas relações jurídicas. Não apenas os grandes grupos empresariais, empregadores, associações, sindicatos e congêneres estão atrelados àqueles direitos, mas também o cidadão comum, nas relações paritárias que mantiver com outras pessoas.<sup>43</sup>

Com esta ampliação da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, pode-se constatar que a intervenção da teoria do trinômio do suporte fático, pode ser caracterizada tanto por uma atuação estatal como uma ação privada.

Aplicando tal concepção ao tema da presente pesquisa, chega-se a seguinte constatação: todo e qualquer ato, seja estatal ou do particular, que flagele a liberdade de expressão religiosa ou a liberdade sexual, deve ser considerado como uma intervenção.

#### 2.4.3 A ausência de argumento constitucional

O último elemento do suporte fático, segundo a teoria anteriormente citada, é a ausência de fundamentação constitucional. Para que seja constatado a violação de um direito fundamental, segundo Virgílio Afonso, não é suficiente que

<sup>42</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros editores, 2009, p. 73 e 112.

<sup>43</sup>SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 289.



haja uma conduta restritiva a um ato, estado e situação que seja tutelado por algum direito (intervenção), mas é necessário que esta intervenção seja desprovida de fundamentação constitucional. Este requisito diz respeito tão somente à intervenção.<sup>44</sup>

Portanto, mesmo que em um caso ocorra a intervenção, pode não ocorrer a violação de um direito, tendo em vista que esta intervenção pode estar dotada de um argumento constitucional.

Resumindo, a teoria do suporte fático do direito fundamental, sendo que o seu preenchimento ensejaria na caracterização de uma violação de direito, seria composto pelos seguintes elementos: 1- O âmbito da proteção, 2- a intervenção (que pode ser oriunda de um ato estatal ou particular) e 3- a ausência do argumento constitucional.

#### **2.4.4 A relativização dos direitos**

Uma das principais consequências da aplicação da teoria do suporte fático é a constatação de que a relação dos direitos entre si é de relatividade, ou seja, não existe um direito absoluto. A própria referida teoria com a inovação de Virgílio, estabelece a necessidade da ausência de uma argumentação constitucional para caracterização de uma violação de uma garantia. Logo um direito poderá ser restringido em face de outro, desde que haja um fundamento constitucional que o legitime. E como há esta possibilidade de restrição, está claro a relação de relatividade.

É importante notar, que em um Estado Democrático de Direito tem-se muitos direitos que são tutelados, sendo impossível conceder a eles uma proteção de forma absoluta, pois na complexidade da vida, constantemente eles entram em conflito. Logo, não existem direitos absolutos em nosso ordenamento, ou seja, ocorre uma relativização dos direitos, até mesmos dos fundamentais.

De há muito já se ultrapassou, no sistema da ciência do direito, a fase dos denominados “direitos absolutos”. Não há, assim direito absoluto dentro do ordenamento jurídico. Mesmo que um direito fundamental esteja previsto sem qualquer contenção firmada pelo legislador constituinte originário, isso não engendrar conclusão de que poderá ser exercido sem peias ou limites, principalmente porque esta ideia poderia reconduzir à prevalência absoluta de um direito fundamental

---

<sup>44</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros editores, 2009, p. 74-75.

em face de outro, também protegido pela Constituição, redundando, assim, em ofensa aos princípios da unidade e da concordância prática.<sup>45</sup>

Em concordância com que foi exposto, Alexandre de Moraes, ensina o seguinte: “Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna.”<sup>46</sup>

Este posicionamento já é pacificado no Supremo Tribunal Federal, como está claro na decisão a seguir, em que o referido Tribunal estabelece que o direito, que no caso é o da liberdade de expressão não é absoluto:

EMENTA Ação originária. Fatos incontroversos. Dispensável a instrução probatória. Liberdade de expressão limitada pelos direitos à honra, à intimidade e à imagem, cuja violação gera dano moral. Pessoas públicas. Sujeição a críticas no desempenho das funções. Limites. Fixação do dano moral. Grau de reprovabilidade da conduta. Fixação dos honorários. Art. 20, § 3º, do CPC.

1. É dispensável a audiência de instrução quando os fatos são incontroversos, uma vez que esses independem de prova (art. 334, III, do CPC).

2. Embora seja livre a manifestação do pensamento, tal direito não é absoluto. Ao contrário, encontra limites em outros direitos também essenciais para a concretização da dignidade da pessoa humana: a honra, a intimidade, a privacidade e o direito à imagem.

3. As pessoas públicas estão sujeitas a críticas no desempenho de suas funções. Todavia, essas não podem ser infundadas e devem observar determinados limites. Se as acusações destinadas são graves e não são apresentadas provas de sua veracidade, configurado está o dano moral.

4. A fixação do quantum indenizatório deve observar o grau de reprovabilidade da conduta.

5. A conduta do réu, embora reprovável, destinou-se a pessoa pública, que está sujeita a críticas relacionadas com a sua função, o que atenua o grau de reprovabilidade da conduta.

6. A extensão do dano é média, pois apesar de haver publicações das acusações feitas pelo réu, foi igualmente publicada, e com destaque (capa do jornal), matéria que inocenta o autor, o que minimizou o impacto das ofensas perante a sociedade.

7. O quantum fixado pela sentença (R\$ 6.000,00) é razoável e adequado.

8. O valor dos honorários, de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, está em conformidade com os critérios estabelecidos pelo art. 20, § 3º, do CPC.

9. O valor dos honorários fixados na reconvenção também é adequado, representando a totalidade do valor dado à causa. 10. Agravo retido e apelações não providos.<sup>47</sup>

<sup>45</sup>SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p. 626-627.

<sup>46</sup>MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 30-31.

<sup>47</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Originária nº1390. Relator: Min. Dias Toffoli. DJ 12 de mai 2011. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627071/acao-originaria-ao-1390-pb-stf> >. Acesso em: 25 mai. 2014.

Assim, é imprescindível que se tenha a compreensão que tanta liberdade de crença como a liberdade à sexualidade, possuem limites, ou seja são direitos relativos. Apesar desta verdade, constantemente, as pessoas que titularizam tais garantias, as fazem acreditando que são absolutos, ocorrendo então o abuso de direito.

Para que se tenha a compreensão desta relativização dos direitos é imperiosa a qualificação dos direitos como princípios, como mandamento de otimização, que podem ser satisfeitos em graus variados, conforme o entendimento de Robert Alexy.<sup>48</sup>

Sobre as normas princípios Ricardo Maurício relata que:

Os princípios afiguram-se como aquelas normas jurídicas, expressas ou implícitas, dotadas de elevado grau de generalidade e de abertura semântica, que corporificam os mais altos valores e fins do sistema jurídico. São portanto, normas de grande densidade axiológica e de evidente multifuncionalidade, servindo de fundamento para a criação, interpretação e aplicação de um direito potencialmente mais justo.<sup>49</sup>

É inconcebível se entender os direitos como regras, pois nesta categoria o conflito de duas normas aplicáveis, se resolve com a declaração de invalidade de uma dessas.<sup>50</sup> Logo os direitos fundamentais não podem ser caracterizados desta forma, tendo em vista, que uma situação de conflito nenhum deles sofrem a invalidação. Portanto não razoável que eles sejam caracterizados desta forma.

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, que de acordo com outro é permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzido cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão de precedência pode ser resolvida de forma oposta.<sup>51</sup>

Diante do exposto, percebe-se que os direitos fundamentais se enquadram perfeitamente na classificação de princípios, já que em caso de conflito,

---

<sup>48</sup>ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90.

<sup>49</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire Soares. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 53.

<sup>50</sup>ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 92.

<sup>51</sup>Ibidem, p. 93.

um deles prevalecerá sobre o outro, sem que isso enseje em invalidação do prevalecido. Concordando com a caracterização dos direitos fundamentais como princípio, Ricardo Maurício diz o seguinte:

Gradativamente, a doutrina vem assinalando o papel prescritivo da principiologia jurídica, visto que, com advento do paradigma pós-positivista, os princípios foram inseridos no campo da normatividade jurídica. Como normas jurídicas de inegável densidade valorativa e teleológica que consubstanciam direitos fundamentais dos cidadãos, os princípios jurídicos adquiriram enorme importância nas sociedades contemporâneas, reclamando dos juristas todo esforço para emprestar-lhes aplicabilidade e efetividade.<sup>52</sup>

Vale dizer que a relação de precedência entre os princípios não é absoluta, ou seja, não se pode estabelecer de *prima facie*, que um direito prevalecerá sobre o outro, mas somente através de uma conjuntura fática que poderá determinar a precedência. Aplicando tal entendimento aos direitos estudados nesta presente pesquisa, não há como determinar, aprioristicamente, se liberdade de opção sexual ou a liberdade de expressão religiosa prevalecerá em caso de conflito, pois ambas têm a mesma natureza jurídica: direito fundamental. Apenas na verificação do caso concreto, é que se chegará a esta constatação. Tendo em vista, que ao se analisar, casuisticamente, é que se encontrará o argumento constitucional que legitimará a restrição de um destes direitos.

Em suma, a liberdade de expressão religiosa e a autodeterminação sexual são normas-princípios e como tais elas não são absolutas, mas são relativas. E quando as mesmas entram em conflito, as minúcias do caso concreto (o argumento constitucional) demonstrarão qual deverá prevalecer.

---

<sup>52</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direitos Fundamentais:** reflexões e perspectivas. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2013, p. 77.

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

A teoria do suporte fático tem plena aplicabilidade a liberdade de expressão religiosa e a autodeterminação sexual. Aliás tal aplicação é extremamente necessária para que se possa delimitar quando quais atos, fatos e estados estão tutelados por estes direitos.

#### 3.1 A VIOLAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA

É relevante que se use a teoria do trinômio do suporte fático de Virgílio Afonso ao direito de liberdade de expressão religiosa, para que se possa ter uma clara compreensão da amplitude deste direito e quando ocorre uma violação.

##### 3.1.1 O âmbito da proteção jurídica da liberdade de expressão religiosa

Quanto ao âmbito de proteção deste direito, Manoel Jorge diz o seguinte: “Com efeito, é tripartite o direito individual à liberdade religiosa: liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização religiosa.”<sup>53</sup> Ou seja, o âmbito de proteção deste direito abrange os aspectos da liberdade de crença, de culto e de organização religiosa.

A liberdade de crença diz respeito à possibilidade da pessoa escolher a sua opção religiosa, abrangendo o âmbito positivo (crer em alguma religião/divindade) e o negativo (não acreditar em rigorosamente nada em termos de divindade, de ser superior, vida após a morte, etc).<sup>54</sup>

A liberdade de crença, conjugada à de consciência, permite considerar que o indivíduo poderá crer no que quiser, e expressar publicamente a sua crença; mas não se lhe interdita, contudo, a liberdade de não crer em absolutamente nada, assim como de utilizar meios para a divulgação do seu agnosticismo.<sup>55</sup>

É importante destacar, conforme exposto, que a liberdade de crença não abrange apenas a liberdade de consciência, mas abarca a liberdade de

<sup>53</sup>SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à liberdade religiosa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 28.

<sup>54</sup>Ibidem, p. 28-30.

<sup>55</sup>\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 668.

expressar a sua crença. Assim sendo, o indivíduo não tem apenas uma faculdade de escolher uma religião e pensar de acordo com que foi escolhido, mas ele também tem a liberdade de expressar o seu ponto de vista e de vivenciar na sociedade de acordo com a sua opção religiosa, desde que os direitos das outras pessoas sejam respeitados.

Em outras palavras, a liberdade de crença consiste na garantia que um indivíduo tem em escolher o seu modo de crer, podendo ser através de uma religião ou não, e na possibilidade dele expressar este seu ponto de vista, sem sofrer nenhum tipo de sanção ou retaliação por parte do Estado ou por outras pessoas, desde que respeite os demais direitos. Assim esta liberdade abarca tanto o crer (aspecto interno) quanto o expressar (aspecto externo).

Não há o que se falar em liberdade de crença, se os seguidores de uma religião ou os ateus, não poderem expressar o seu ponto de vista, pois se assim fosse se estaria vivendo uma ditadura e não uma democracia. Portanto, uma pessoa não pode ser retaliada e nem discriminada por expressar o seu ponto de vista em relação algum tema, desde assim o faça de maneira razoável.

A liberdade de culto se refere à livre escolha que os indivíduos têm da forma como poderá adorar a divindade, seja cantando, dançando, meditando, tocando instrumentos. Tal escolha é livre, desde que não viole a dignidade humana.<sup>56</sup> Portanto este aspecto do referido direito, assegura a liberdade de opção pela liturgia que será adotada na veneração da divindade.

Já a liberdade de organização tem um sentido de conferir à pessoa, ao grupo, o direito de criar um segmento religioso.<sup>57</sup> É garantido aos religiosos e aos ateus a possibilidade de se organizar, seja criando um novo segmento religioso ou estruturando um já existente. Isto abarca, por exemplo, o direito: de adquirir um local próprio para reuniões, de ter um registro como pessoa jurídica, dentre outros.

Resumindo, o âmbito da proteção da liberdade de expressão religiosa abarca a liberdade de crença, a liberdade de culto e a liberdade de organização. Todos estes aspectos são tutelados por este direito.

---

<sup>56</sup>SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à liberdade religiosa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 30.

<sup>57</sup>Ibidem, p. 32.

### **3.1.2 A intervenção em relação à liberdade de expressão religiosa**

Todo e qualquer ato, seja privado ou estatal, que flagele a liberdade crença, de culto ou de organização religiosa pode ser identificado como uma intervenção em relação ao direito de liberdade religiosa. Portanto a conduta que tente impedir a livre escolha de uma religião ou ao ateísmo e a manifestação do ponto de vista desta escolha, se constitui uma intervenção.

Também são uma intervenção as atitudes que visem cercear o modo e a maneira, de uma pessoa ou grupo, de manifestar a sua devoção a uma divindade ou a um pensamento.

Os atos que impeçam a pessoa ou um grupo, que segue uma determinada religião ou ao ateísmo, de se organizar em um segmento, constituem também uma intervenção.

### **3.1.3 A ausência de fundamentação constitucional**

Como já dito anteriormente, é possível que haja uma intervenção sem existir uma violação de direito. Logo, para que a liberdade religiosa seja flagelada é necessário que a intervenção que restrinja o ato, situação e estado tutelado por este direito esteja desprovido de fundamentação constitucional.

Em outras palavras, para que ocorra o desrespeito a liberdade de expressão religiosa, é necessário que haja uma atuação, seja particular ou estatal, que restrinja (intervenção) a liberdade de crença, de culto ou de organização religiosa (âmbito da proteção jurídica do referido direito) e que esta intervenção seja desprovida de fundamentação constitucional (ausência de fundamentação constitucional).

## **3.2 A VIOLAÇÃO DA AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL**

Conforme exposto anteriormente, é de suma importância a aplicação da teoria do trinômio do suporte fático dos direitos fundamentais de Virgílio Afonso da Silva, para se constatar a abrangência de um direito e quando este for violado. Tendo em vista, que tal teoria consegue de maneira fundamentada e objetiva

abordar tais aspectos. Então é razoável que se aplica a referida teoria ao direito à autodeterminação sexual.

### 3.2.1 O âmbito da proteção jurídica da autodeterminação sexual

Até o presente momento há dispositivos específicos no nosso ordenamento que tratem sobre a tutela da livre opção sexual. Entretanto este fato não pode ser utilizado para fundamentar negar a devida proteção aos homossexuais, conforme ensina Maria Berenice:

O fato de não haver previsão legal não significa inexistência de direito à tutela jurídica. Ausência de lei não quer dizer ausência de direito, nem impede que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática. A falta de previsão específica nos regramentos legislativos não pode servir de justificativa para negar a prestação jurisdicional ou de motivo para deixar de reconhecer a existência de direito.<sup>58</sup>

A nossa Constituição indiretamente, mas de maneira satisfatória, nos arts 3º, IV e 5º, *caput*, estabelece o direito da autodeterminação sexual, relatando o seguinte:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.<sup>59</sup>

Tais dispositivos garantem constitucionalmente o direito de cada pessoa escolher a sua opção sexual, tendo em vista a previsão de que ninguém deve sofrer preconceito por conta de sexo. Além de estabelecer que todos sem, qualquer distinção, são iguais perante a lei. Assim sendo, um homossexual não pode sofrer discriminação por conta da sua opção. Ou seja, os referidos dispositivos tutelam, de forma satisfatória, inquestionavelmente, a liberdade a livre opção sexual.

Assim como a liberdade religiosa, a liberdade de autodeterminação sexual possui a dimensão: interna e a externa. A interna diz respeito a faculdade que a pessoa tem em escolher a sua opção sexual. Ou seja, se refere ao aspecto

<sup>58</sup>BERENICE, Maria. **A Homoafetividade e o direito à diferença**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/26\\_-\\_homoafetividade\\_e\\_o\\_direito\\_%E0\\_diferen%E7a.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/26_-_homoafetividade_e_o_direito_%E0_diferen%E7a.pdf)> Acesso: 18 nov.2013.

<sup>59</sup>BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.



pessoal de cada um decidir. Enquanto a dimensão externa, abarca a possibilidade do indivíduo expressar o seu ponto de vista por causa de sua escolha, desde que assim o faça, respeitando os demais direitos.

Não há como assegurar a eficácia do referido direito, sem que seja garantido as duas dimensões. De nada adianta, dizer que a pessoa a livre para escolher a sua opção sexual, sem que seja tutelado à tal pessoa o direito de manifestar a sua decisão, pois se assim fosse se teria não um direito, mas uma repressão.

Ante o exposto, pode-se constatar que o direito de autodeterminação sexual, consiste na liberdade que a pessoa tem em escolher a sua opção sexual e de expressar a sua sexualidade, sem que por conta disto sofra qualquer discriminação praticada pelo Poder Público ou por qualquer pessoa, desde que respeite os demais direitos.

### **3.2.2 A intervenção em relação à autodeterminação sexual**

A intervenção entendida como uma conduta que viole um ato, estado e situação que é tutelado por um direito, em relação a autodeterminação sexual, pode ser conceituada da seguinte forma: toda e qualquer atitude, seja estatal ou de um particular, que viole um ato, estado e situação garantido pela liberdade à sexualidade.

Assim sendo, tanto o desrespeito a dimensão interna, como a externa, se constitui uma intervenção. Portanto se um homossexual sofrer alguma atitude que vise impedir que o mesmo expressar, de maneira razoável, a sua sexualidade, tem-se uma intervenção.

### **3.2.3 A ausência de argumento constitucional**

Para que a intervenção, mencionada anteriormente, seja considerada como uma violação à autodeterminação sexual, é imprescindível que ela esteja desprovida de um argumento constitucional. Logo, é plenamente, possível que ocorra uma intervenção ao referido direito, mas que não haja violação. Em outras palavras, é possível que a dimensão interna ou externa deste direito seja cerceada desde que a intervenção esteja fundamentada em um argumento constitucional.

Portanto não há como se fazer uma análise *prima facie* sobre quais intervenções seriam uma violação de direito à livre sexualidade, somente à luz do caso concreto é que se poderá fazer tal constatação, pois se analisará se existe um argumento constitucional suficiente para justificar o cerceamento do referido direito.

## 4 O ABUSO NO EXERCÍCIO DE UM DIREITO

Anteriormente, se estudou sobre a possibilidade de restringir um direito, entretanto tal atitude não pode ser feita de forma deliberada e arbitrária, é imprescindível o argumento constitucional, sob pena de caracterizar uma violação. Em contrapartida, se uma garantia for exercida de forma absoluta, sem nenhuma restrição em face aos demais direitos, ocorrerá um abuso de direito.

É notório que no relacionamento entre os direitos há dois extremos: a violação (quando ocorre uma restrição desprovida de um argumento constitucional) e o abuso (quando um direito é exercido de forma absoluta, sem nenhuma restrição).

No caso do conflito de direitos, principalmente aqueles aqui estudados (a autodeterminação sexual e liberdade de expressão religiosa), os extremos se comunicam diretamente, ou seja, quando um sofre violação é por que o outro está sendo exercido de forma abusiva. Então é imprescindível que se analise o abuso de direito, para que se possa ter uma clara compreensão sobre o conflito de tais direitos.

Vale dizer que a teoria do abuso do direito se fortaleceu no final do século XIX, com a superação das concepções individualistas, que entendiam o direito como poder da vontade e da expressão maior individual, e assim ilimitado.<sup>60</sup> Passando a se entender o direito como algo relativo, que deve ser restringido para que seja possível o convívio social. Nesta conjuntura foi sedimentado o instituto do abuso do direito.

### 4.1 O CONCEITO

O abuso de direito pode ser conceituado como o exercício ou a simples pretensão de exercício irregular, anormal, imoderado ou injusto de um direito reconhecido<sup>61</sup>. Sendo que o exercício do direito só seria irregular, anormal, imoderado ou injusto quando não fossem respeitados os seus limites, já que não há direito absoluto.

---

<sup>60</sup> FARIAS, Cristiano Chaver; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 695.

<sup>61</sup> NAVES, Lúcio Flávio de Vasconcellos. **Abuso no exercício do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 244

Sobre o conceito, vale destacar o posicionamento de Castanheira Neves que relata:

Um comportamento que tenha a aparência de licitude jurídica – por não contrariar a estrutura formal-definidora (legal ou conceitualmente) de um direito, à qual mesmo externamente corresponde – e, no entanto, viole, ou não cumpra, no seu sentido concreto-materialmente realizado, a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado, ou de que o comportamento realizado se diz exercício, é o que juridicamente se deverá entender por exercício abusivo de um direito.<sup>62</sup>

A partir do ponto de vista acima exposto, pode-se apreender que o abuso de direito infringe o ordenamento de um modo distinto, se comparado com os ilícitos formais. Em quanto o primeiro desrespeita o conteúdo material (a intenção normativa), o último inobserva a própria estrutura definidora da norma.

Em concordância com estes entendimentos, Heloisa Carpena relata o seguinte:

Finalmente, a doutrina evoluiu para a concepção do ato abusivo como aquele pelo qual o sujeito excede os limites ao exercício do direito, sendo estes fixados por seu fundamento axiológico, ou seja, o abuso surge no interior do próprio direito, sempre que ocorra uma desconformidade com o sentido teleológico em que se funda o direito subjetivo. O fim – social ou econômico – de um certo direito subjetivo não é estranho à sua estrutura, mas elemento de sua própria natureza.<sup>63</sup>

Logo é notório, que este exercício abusivo ocorra em face de outros direitos. Não há abuso contra o próprio direito exercido pelo agente, mas sim contra o direito de outrem, apesar do abuso ocorrer por conta da desconsideração dos limites internos do próprio direito. Ou seja, um indivíduo não respeita os limites do seu direito e por conta disso, viola o direito de outra pessoa.

O abuso se comete, portanto, contra os limites sociais e éticos impostos à atividade individual na vida em sociedade. Toda a teoria do abuso de direito, nessa ordem de ideias, apoia-se no princípio maior da convivência social, que impõe a necessidade de conciliar a utilização individual do direito com o respeito à esfera jurídica alheia.<sup>64</sup>

<sup>62</sup> NEVES, Castanheira. **Questão-de-facto-Questão-de-Direito ou o problema metodológico da juridicidade**: (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra:Livraria Almedina, 1967, p. 523-524

<sup>63</sup> CARPENA, Heloísa. Abuso de direito no Código Civil de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **A parte geral do Novo Código Civil**: Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 370.

<sup>64</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 112

A partir do entendimento acima exposto, pode-se chegar à seguinte compreensão: via de regra, o abuso de direito resultará na violação de direito de outra pessoa, entretanto, nem toda violação será decorrência de um abuso. Tendo em vista que é, plenamente possível que haja uma violação decorrente de um outro ato ilícito, basta que este ato intervenha em um fato ou estado que esteja tutelado no âmbito de proteção de um direito e que ele esteja desprovido de um argumento constitucional. Em contrapartida, como o abuso ocorre contra um direito de outrem e esta prática abusiva é, notoriamente, desprovida de argumento constitucional, dela decorrerá a violação.

Resumindo, ocorre o abuso, quando uma faculdade é exercida sem respeitar limites impostos a ela e por conta disto, viola o direito de outrem.

#### 4.2 A NATUREZA JURÍDICA: A (IM)POSSIBILIDADE DA CARACTERIZAÇÃO COMO ATO ILÍCITO

No estudo do abuso de direito, é imperioso que se examine a sua natureza jurídica. Existe uma discussão doutrinária sobre a possibilidade de caracterizar tal instituto como ato ilícito.

Dentre aqueles que negam esta possibilidade, está Orlando Gomes que diz o seguinte:

O abuso de direito é, para alguns, ato ilícito. Provém o equívoco da consideração, hoje ultrapassada, de que se sujeitaram à mesma sanção. Diferem substancialmente. No ato ilícito, agente infringe a lei frontalmente. No abuso de direito, viola o princípio geral de que os direitos devem ser exercidos com certos limites, a fim de que seja atingida a finalidade em vista da qual se conferem e tutelam.<sup>65</sup>

Em concordância com este ponto de vista, Lúcio Naves expressa que os próprios defensores da tese da absoluta identidade entre o “abuso” e o “ato ilícito” não conseguem encontrar razões filosóficas (ou razões de natureza jurídica) para repudiar a perspectiva de que uma determinada pretensão pudesse estar “AO MESMO TEMPO” conforme a um dispositivo (definidor do direito) e desconformidade a “outra norma” capaz de restringir o alcance do exercício daquela prerrogativa.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 123

<sup>66</sup> NAVES, Lúcio Flávio de Vasconcellos. **Abuso no exercício do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 138

Em suma, aqueles que negam a natureza de ato ilícito do abuso de direito, alegam que é incoerente tal caracterização, na medida em que se analisa o conceito de ilicitude e se compara com o entendimento de abuso de direito. De forma sucinta, pela visão tradicional, a ilicitude é a contrariedade a uma norma<sup>67</sup>, já a prática abusiva é, na verdade, o ato que está em conformidade com um determinado direito, mas não respeita os limites dele. Logo, para eles, seria contraditório, se enquadrar a prática abusiva abarcado no ato ilícito.<sup>68</sup> Apesar da distinção feita por este segmento doutrinário, tais defensores admitem que tanto o ato ilícito como o abuso de direito produzem os mesmos efeitos.<sup>69</sup>

O grande problema de tal ponto de vista, é a falta da percepção de que não respeitar os limites de um direito (abuso de direito), nada mais é do que contrariar uma norma (ato ilícito), pois se desrespeita o sentido material da mesma, logo o abuso de direito seria uma espécie de ato ilícito. O próprio fato de que ambas produzirem os mesmos efeitos jurídicos embasa esta compreensão.

Seguindo este raciocínio, Felipe Braga Netto, propõe uma ampliação do conceito de ato ilícito, superando a visão tradicional, que define este ato ilícito apenas pelo aspecto formal. Tal autor diz o seguinte:

O juízo de ilicitude, atualmente, há de ser um juízo substancial, e não apenas formal. O referencial de análise abandonou uma perspectiva puramente estrutural, passiva e estática, e passou a conter um elemento funcional, no qual sobreleva a atuação social dos direitos, com especial ênfase para o momento interpretativo... A contrariedade ao direito é determinada, na órbita civil, não pela contraposição estreita entre uma conduta e uma regra de direito, mas pela oposição, axiologicamente situada, entre uma ação ou omissão e o sistema jurídico integralmente observado, considerando-se, de modo precípua, a função dos valores. Abandona-se, nessa ótica, uma abordagem puramente formal do ilícito. Ganha a matéria uma perspectiva substancial, onde os referenciais de análise não são estáticos, e sim fundamentalmente dinâmicos, colhidos na análise da experiência social.<sup>70</sup>

O mencionado autor, portanto defende a criação do ato ilícito funcional, que decorreria de uma ação que, apesar de assegurada pelo sistema, foi exercida de modo desarrazoado, sem respeitar os limites impostos pelo ordenamento,

<sup>67</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 123

<sup>68</sup> NAVES, Lúcio Flávio de Vasconcellos. **Abuso no exercício do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 138.

<sup>69</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 123

<sup>70</sup> BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 127-128.

ostentando caracteres abusivos<sup>71</sup>, ou seja, nada mais seria do que o abuso de direito. A partir desta ampliação conceitual, é visível, o perfeito enquadramento do instituto do abuso de direito ao gênero do ato ilícito.

Outro problema da teoria negativista, é que o conceito de ato ilícito e o lícito, são excludentes, logo não se pode criar uma categoria autônoma e intermediária (*sui generis*). O abuso só pode ser considerado como algo lícito ou ilícito, conforme ensina Eduardo Jordão:

Em outras palavras, ato ilícito é todo aquele que não encontra guarida em dado ordenamento jurídico, por frustrar um dever ou um valor nele fundados. E assim, o ato abusivo é indubitavelmente ilícito. Trata-se de conduta proibida pelo ordenamento jurídico, na medida em que fere uma norma sua... Não se justifica igualmente, a ideia de que o abuso de direito é uma categoria à parte, entre os atos lícitos e ilícitos. Estes conceitos são auto excludentes: o ato que não é lícito é necessariamente ilícito, e vice-versa.<sup>72</sup>

Vale dizer, que o próprio Código Civil, prevê expressamente no art. 187, tal instituto como um ilícito, conforme exposto a seguir: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”<sup>73</sup>

Então, como não é possível se criar uma categoria autônoma, já que o conceito de lícito e ilícito são auto excludentes e pelo fato do ato ilícito e do abuso de direito produzirem os mesmos efeitos, é razoável que se defenda a existência de um gênero: Ato ilícito, e dentro deste gênero há existência de pelo menos duas espécies: abuso de direito (chamado também de ato ilícito funcional<sup>74</sup>) e o ato ilícito em sentido estrito (também chamado de ato ilícito formal<sup>75</sup>). Porém, não é lógico, por conta do conceito que elas têm, que ambas sejam enquadradas numa mesma espécie, tendo em vista que estes institutos contrariam a norma de forma distinta: a primeira – pelo fato de não respeitar os limites (inobservância lógico axiológico-material<sup>76</sup>) e a última por conta de sua total contrariedade a um dispositivo (inobservância lógico-formal<sup>77</sup>).

<sup>71</sup> BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 127-128.

<sup>72</sup> JORDÃO, Eduardo. **Abuso de Direito**. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 101

<sup>73</sup> BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002.

<sup>74</sup> BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 127.

<sup>75</sup> Ibidem, p. 127

<sup>76</sup> CARPENA, Heloísa. Abuso de direito no Código Civil de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 371.

<sup>77</sup> Ibidem, p.371

Em geral, é perceptível a preocupação destes autores em negar a ilicitude do abuso para que isto não resulte na perda da autonomia dogmática do instituto. Mas este é um problema que pode ser contornado sem violar a lógica: basta considerar o abuso como uma espécie diferenciada do gênero.<sup>78</sup>

Em suma, é possível afirmar que o abuso de direito tem a natureza jurídica de ato ilícito, entretanto se distingue da espécie ato ilícito em sentido estrito.

#### 4.3 REQUISITOS PARA CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO DE DIREITO

Apesar de ser possível se extrair tais requisitos a partir do conceito, já analisado, é importante, para que se possa ter um claro entendimento sobre o abuso de direito, que se esquematizem os requisitos necessários para a concretização deste ilícito. Sobre tal questão Humberto Theodoro Júnior diz o seguinte:

Partindo da definição legal do exercício abusivo de um direito como ato ilícito (art. 187), teremos os seguintes requisitos como necessários à sua configuração: a) conduta humana; b) existência de um direito subjetivo; c) exercício desse direito de forma emulativa (ou, pelo menos, culposa); d) dano a outrem; e) ofensa aos bons costumes e à boa-fé; ou f) prática em desacordo com o fim social ou econômico do direito subjetivo.<sup>79</sup>

O mencionado autor, no que tange ao requisito do ato emulativo, defende a necessidade da intenção do agente do abuso de direito, em buscar vantagens que não se coadunam com os fins sociais, éticos e econômicos, para caracterização deste ato ilícito<sup>80</sup>; conforme expresso a seguir: “Por isso é que, na doutrina tradicional, se qualifica o abuso de direito como comportamento doloso: é a intenção de causar dano que desvia a conduta do agente do exercício regular para o abuso de direito.”<sup>81</sup>

Discordando do entendimento exposto acima, Felipe Braga Netto, relata que o elemento da culpa é prescindível para caracterização do ato ilícito, tendo em vista o acontecimento de ilícitos não culposos, dentre os quais pode se

<sup>78</sup> JORDÃO, Eduardo. **Abuso de Direito**. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 101

<sup>79</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 119

<sup>80</sup> Ibidem, p. 120

<sup>81</sup> Ibidem, p. 120



destacar os abusos ocorridos no âmbito do direito da personalidade e no direito do consumidor<sup>82</sup>:

A culpa, se tratando de violações a direitos da personalidade, é fator que não entra em consideração. O ato não deixa de ser contrário ao direito em razão da ausência de culpa. O sistema não tolera tais agressões, mantendo o caráter da contrariedade ao direito do ato, ainda que involuntário.<sup>83</sup>

Ainda sobre a desnecessidade do elemento da culpa o mesmo autor diz o seguinte: “São múltiplos os casos de ilícitos não culposos no direito civil. Aliás, talvez, não seja temerário afirmar que a maioria dos ilícitos civis, hoje existentes, prescindam da culpa.”<sup>84</sup>

Em outras palavras, sem dúvida, se uma pessoa agir, no exercício de um direito, sem respeitar os limites impostos pelo ordenamento e com intenção de prejudicar outrem, estará configurado o abuso, entretanto pode existir o abuso mesmo que o agente tenha atuado sem culpa.

É importante notar, que esta discussão sobre a necessidade ou não da culpa para caracterizar o abuso, é antiga, tendo duas principais teorias: a subjetiva e a objetiva. A primeira defendida por Ripert, estabelece que só há abuso quando a pessoa age com a intenção de prejudicar outrem, ou seja, com culpa. Em contrapartida, a segunda, defendida por Josserand, define que basta que o ato seja contrário a sua função, à finalidade, independente de culpa, para que seja considerado abusivo.<sup>85</sup>

Neste trabalho, será adotada a teoria finalista. Levando em consideração este posicionamento, pode-se estabelecer os seguintes requisitos para caracterização do abuso de direito: a) conduta humana fundada em algum direito subjetivo, b) dano a outrem e c) o desrespeito aos limites impostos pelo ordenamento.

Em relação ao primeiro elemento, é imprescindível para caracterizar o abuso, que a conduta humana esteja exercendo um direito, pois se não houver tal direito se estaria diante de um mero ilícito formal e não de ilícito funcional. Até porque, como já foi dito, o abuso decorre de exercício de um direito, sem respeitar

---

<sup>82</sup> BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 94 e 98.

<sup>83</sup> Ibidem, p. 94.

<sup>84</sup> Ibidem, p. 98.

<sup>85</sup> NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 169-170.

os limites do mesmo. Em outras palavras, é uma condição existencial do referido instituto o exercício de algum direito.

No que tange ao segundo elemento, é importante compreendermos o conceito de dano. Sobre tal questão, Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho dizem o seguinte: “Nesses termos, poderíamos conceituar o dano ou prejuízo como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator.”<sup>86</sup>

No caso do abuso de direito, o dano já pode ser visto nitidamente pela mera violação de um direito de outrem, tendo em vista, que tal instituto só ocorre em face do direito de um terceiro. Ou seja, a mera violação, que é uma consequência natural do abuso, é suficiente para caracterizar este segundo requisito. Vale dizer que a referida violação pode gerar repercussões patrimoniais e/ou extra patrimoniais.

Em relação ao último requisito, há um consenso de que o abuso decorre, justamente, por causa da inobservância dos limites impostos à um direito. De acordo com as discussões feitas anteriormente, é indiscutível que todo e qualquer direito possuem limites, ou seja, não existe direito absoluto ou ilimitado. A grande questão é saber quais são estas restrições e isto é muito importante para se entender o instituto do abuso de direito, pois nada adiante compreendermos que todos os direitos devem respeitar os limites impostos a eles, sob pena de se caracterizar o abuso de direito, mas não sabermos claramente quais são estes limites. A falta deste entendimento implicará em uma caracterização arbitrária deste instituto ou na inaplicabilidade do mesmo. Tal discussão é que será objeto de análise a seguir:

#### **4.3.1 Os limites de um direito:**

Sobre tal tema não há um entendimento pacífico ou unânime que estabeleça os limites de cada direito, porém será estudado na presente pesquisa, alguns posicionamentos.

---

<sup>86</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 82.

#### 4.3.1.1 Segundo Lucio Naves

O referido autor defende que o limite de um direito é justamente a sua finalidade. “O mesmo ‘fim’ que inspirou a regra de direito deve logicamente servir para ‘limitar’ o seu conteúdo.”<sup>87</sup> Ou seja, o exercício de uma faculdade deve ser restrito a finalidade da sua criação e assim sendo, qualquer ato que não esteja abarcado neste propósito será considerado abusivo.

Aplicando tal teoria aos direitos estudados na presente pesquisa, o desígnio da liberdade de expressão religiosa é de assegurar que indivíduo seja livre para escolher a sua crença, seja religiosa ou não, e que possa expressar seu ponto de vista. Portanto, se houver a utilização deste direito sem atender esta finalidade, será um ato abusivo. Logo, não está abarcado neste propósito, por exemplo, o fato de humilhar as pessoas não seguem a mesma religião e por tanto se um religioso tratar de forma vexatória, ultrapassando a mera discordância, um homossexual, ocorreria o abuso.

Em contrapartida, o escopo da autodeterminação sexual é garantir que qualquer pessoa possa optar pela sua preferência sexual e possa viver de acordo com a sua escolha, sem sofrer sanção ou discriminação. Entretanto não está incluso no referido objetivo, por exemplo, desrespeitar as regras de um local específico, como igrejas e outros espaços religiosos, onde não é permitido que casais, seja hetero ou homossexuais, namorem. Assim se um casal homossexual realizar tal prática haverá um abuso de direito.

Em resumo, segundo o entendimento do referido autor, todos os atos praticados no exercício de um direito, devem estar vinculados a finalidade do mesmo, sob pena de caracterizar o instituto do abuso.

#### 4.3.1.2 Segundo o Código Civil

A partir da leitura do art. 187 do Código Civil, é possível compreender que o referido dispositivo traz como limites para o exercício de um direito: a boa-fé, os bons costumes, o fim social e econômico. Levando em conta o posicionamento de Lucio Naves, pode-se afirmar que o CC traz outros limites (a boa-fé e os bons

---

<sup>87</sup> NAVES, Lúcio Flávio de Vasconcellos. **Abuso no exercício do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 259

costumes), tendo em vista que o referido autor só trouxe a finalidade como limite. Por tanto houve uma ampliação.

Em relação ao primeiro limite, antes de analisarmos o conceito, é necessário que se diferencie a boa-fé subjetiva da boa-fé objetiva. A primeira diz respeito ao estado psíquico do sujeito de direitos<sup>88</sup>. Neste âmbito, indivíduo atuará de má-fé quando tiver a intenção de prejudicar outrem. Aqui o importante para tal caracterização é a análise da intenção da pessoa cujo comportamento se queira qualificar.<sup>89</sup>

Em contrapartida, a boa-fé objetiva, não se relaciona com o estado psicológico, mas consiste num dever, ela impõe um padrão de conduta às partes.<sup>90</sup>

Nas modernas preocupações do direito, a boa-fé não vista apenas interiormente como o fenômeno psicológico de quem supõe existir um fato ou uma situação que na realidade não existe. O mais importante para a implantação do comportamento ético no mundo das relações jurídicas é a boa-fé objetiva, que vem a ser o padrão objetivo de conduta, fundado na lealdade e transparência.<sup>91</sup>

Logicamente, que a boa-fé tratada como limite do exercício do direito, é a objetiva, tendo em vista que a caracterização do abuso de direito independe de culpa ou intenção. Assim sendo, é plenamente possível que o indivíduo atue com boa-fé subjetiva, mas com má-fé objetiva (pois não atendeu o padrão de conduta imposto à ele) e conseqüentemente, exerce o seu direito de forma abusiva.

No que tange ao conceito de boa-fé objetiva, vale mencionar, que ela não se sujeita apenas a uma única definição, mas existe uma polissemia.<sup>92</sup> Entretanto merece destaque o entendimento do conteúdo mínimo da boa-fé objetiva, trazida por Judith Martins-Costa:

...conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as ideias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na

<sup>88</sup> MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade o direito contratual. In: Tepedino, Gustavo (org.). **Problemas de Direito Civil - Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 316.

<sup>89</sup> Negreiros, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 120.

<sup>90</sup> Ibidem, p. 122-123.

<sup>91</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 122

<sup>92</sup> BRITO, Andréa Carvalho de. **A Boa-fé objetiva como critério delimitador do abuso do direito na teoria contratual contemporânea**. 2011. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador., p. 147.

consideração para com interesses do “alter”, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado.<sup>93</sup>

Em outras palavras, a boa-fé objetiva pode ser conceituado, em relação ao seu conteúdo mínimo, como: padrão de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e no dever de cooperação.

Ainda sobre o conceito de boa-fé objetiva, é importante destacar, a observação trazida por Judith Martins:

Não é possível, efetivamente, tabular ou arrolar, a priori, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso.<sup>94</sup>

Ou seja, o conceito de boa-fé objetiva será estabelecido casuisticamente. Em outras palavras, a conduta de honestidade, retidão, lealdade e o dever de cooperação exigido pelo padrão trazido por tal boa-fé, será estabelecido a luz do caso concreto. Apenas analisando a realidade fática que se definirá que conduta honesta, leal, reta e de cooperação que o indivíduo deve ter em relação a terceiros.

Sobre o bom costume merece atenção o posicionamento de Ronnie Duarte, que diz:

A cláusula de bons costumes, inserida no art. 187 do CC, é a expressão máxima da penetração da moral no direito. Atua contra os bons costumes (*contra bonos mores*) aquele que peca por não observar os deveres éticos-sociais de conduta genericamente aceitos em sociedade, numa determinada condição de espaço e tempo. A noção de bons costumes varia conforme segundo critérios espaciais ou temporais. O que antes era moralmente aceitável hoje pode não mais o ser.<sup>95</sup>

Ou seja, o bom costume seria um consenso social<sup>96</sup>, assim quando se tiver um direito sendo exercido de forma reprovável, sob prisma social, se terá o abuso de direito. Ressaltando, que estes deveres éticos e sociais impostos pelos bons costumes, são verificados casuisticamente.

<sup>93</sup> COSTA, Judith Martins. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 412.

<sup>94</sup> Ibidem, p. 412.

<sup>95</sup> DUARTE, Ronnie Preuss. **A boa-fé, abuso de direito e o novo Código Civil Brasileiro**. In Revista dos Tribunais. Ano 92. v. 817. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 69.

<sup>96</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 122

Em relação ao limite da finalidade, o CC traz os fins sociais e os econômicos. Sobre tal temática Humberto Theodoro Júnior relata que:

O abuso ocorre, justamente, quando se despreza a economia interna do negócio, ou da situação jurídica preexistente, para perseguir fim lesivo a outrem, sem proveito lícito para titular do direito subjetivo. Para ser regular o exercício do direito, haverá o titular de praticá-lo dentro da finalidade que econômica e socialmente se lhe reconhece. Fugindo desse padrão, estar-se agindo abusivamente; sair-se-á a conduta antissocial ou antieconômica, reprimida pelo art. 187.<sup>97</sup>

Logo, se o indivíduo exercer o seu direito, sem respeitar a finalidade social pelo qual ele foi criado ou se desrespeitar a finalidade econômica (principalmente no que tange ao mercado interno) pelo qual foi estabelecido, haverá um exercício abusivo.

Ora quanto aos limites ao exercício dos direitos subjetivos, é possível afirmar que o critério do abuso não reside na intenção de causar danos, mas no desvio dos fins econômicos e sociais do direito exercido. Na verdade, para cada direito subjetivo, há que se indagar a sua finalidade socioeconômica.<sup>98</sup>

Ante o exposto é possível entender que, via de regra, os direitos têm fins econômicos e sociais que devem ser respeitados. Vale mencionar que basta o desrespeito de um dos limites (boa-fé, bons costumes, fim social e fim econômico) para a caracterização do abuso, ou seja não são requisitos cumulativos.

4.3.1.3 Segundo Eduardo Jordão, Fernando Noronha, Teresa Negreiros, Cristiano Chaves e Nelson Resenvald

De forma distinta ao que diz o CC, tais os mencionados autores concordam que o limite do exercício de um direito é tão somente o princípio da boa-fé objetiva:

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

<sup>97</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 124

<sup>98</sup> BRITO, Andréa Carvalho de. **A Boa-fé objetiva como critério delimitador do abuso do direito na teoria contratual contemporânea**. 2011. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador., p. 201.

princípio cumpre-lhe o papel, o que demonstra a estreita relação entre ambos.<sup>99</sup>

Este último autor ainda diz que a boa-fé limita o exercício dos direitos subjetivos e conseqüentemente limita também o conteúdo normativo do próprio direito.

Seguindo este mesmo raciocínio, Fernando Noronha relata que:

Realmente importante é saber que o verdadeiro critério do abuso de direito parece estar no princípio da boa-fé: o que importa assinalar é, primeiro, que a boa-fé exige de cada parte que, ao exercer os seus direitos, haja com moderação e, segundo, que se a discricionariedade concedida aos particulares constitui a sua esfera de autonomia privada, a boa-fé, agora terá uma função de limite a tal autonomia. Na verdade, se bem atentarmos nos atos geralmente apontados como de abuso de direito, veremos em todos está presente uma violação do dever de agir de acordo com a boa-fé.<sup>100</sup>

Este expositor, traz a ideia de que o ponto comum as espécies de abuso de direito, justamente é o desrespeito a boa fé, e por isto ele defende que a boa-fé é o verdadeiro limite para caracterizar o abuso.

Vale destacar também sobre este tema, o posicionamento de Teresa Negreiros:

Diante da ordenação contratual, o princípio da boa-fé e a teoria do abuso de direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício de um direito será irregular, nesta medida abusivo, se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas.<sup>101</sup>

Segundo a referida a autora, a boa-fé seria o parâmetro para o exercício de direito, ou seja, tal princípio estabeleceria os limites, dentre os quais o direito deveria ser exercido.

De forma semelhante aos pensamentos expostos acima, Cristiano Chaves e Nelson Resenvald dizem o seguinte:

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

---

<sup>99</sup> JORDÃO, Eduardo. **Abuso de Direito**. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 102-103

<sup>100</sup> NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 173.

<sup>101</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: Novos paradigmas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 141.

agir de acordo com os padrões de lealdade e confiança, independentemente de qualquer propósito de prejudicar.<sup>102</sup>

Em suma, tais autores defendem que a boa-fé objetiva seria uma espécie de moldura normativa<sup>103</sup> para cada direito, e se o exercício ultrapasse esta moldura, estaria caracterizado a abusividade, independente da necessidade do desrespeito aos outros limites.

Para esta pesquisa será adotado esta última teoria, pois o limite da boa-fé abarcaria os outros limites trazidos pelo Código Civil, ou seja, quando se viola um dos outros limites (bons costumes, fins sociais ou fins econômicos), via de regra, se desrespeitará a boa-fé objetiva.

A noção de bons costumes aproxima-se, portanto, do sentimento ético que predomina uma sociedade, não importando a medida ou grau que se manifesta, pois deve ser considerada segundo a consciência de uma parcela maior de determinada comunidade.<sup>104</sup>

Assim, considerando os bons costumes como um sentimento ético que predomina na sociedade, pode-se constatar uma proximidade conceitual entre os bons costumes e a boa-fé; tendo em vista que a boa-fé traz no seu conteúdo mínimo o dever de honestidade e retidão, sendo preenchido o sentido de tais deveres casuisticamente, ou seja, levando em consideração o sentimento ético de cada comunidade. Logo, geralmente, quando se desrespeitar os bons costumes, se violará também o padrão de conduta trazido pela boa-fé objetiva.

Importa bem atentar a esta decisão, porquanto aí se perspectiva a potencialidade da boa-fé objetiva para atuar não como um vago cânone de ordem ética, um *standard* de cunho moral impreciso e incerto, mas como verdadeiro elemento de identificação da função econômico-social efetivamente perseguida pelo contrato.<sup>105</sup>

Entendendo a boa-fé objetiva como um verdadeiro elemento de identificação de cumprimento dos fins sociais e dos fins econômicos, é perceptível que o cumprimento da boa-fé objetivo ensejará no atingimento dos fins sociais e econômicos. Assim quando os fins sociais e econômicos não forem respeitados no

<sup>102</sup> CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 699.

<sup>103</sup> JORDÃO, Eduardo. **Abuso de Direito**. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 107.

<sup>104</sup> BRITO, Andréa Carvalho de. **A Boa-fé objetiva como critério delimitador do abuso do direito na teoria contratual contemporânea**. 2011. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador., p. 201.

<sup>105</sup> COSTA, Judith Martins. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 418.



exercício de um direito, haverá, provavelmente, a violação do limite da boa-fé objetiva.

... eleva-se a boa-fé objetiva como o mais seguro critério delimitador do abuso do direito, notadamente nas relações contratuais, onde contemporaneamente desponta a relevância do princípio social capaz de restringir o exercício de direitos subjetivos com base na sua função restritiva e associa, a um só tempo, tamanha utilidade interpretativa, integrativa, supletiva, restritiva.<sup>106</sup>

Resumindo, é razoável que a boa-fé objetiva seja considerada como o limite imposto para o exercício de um direito, tendo em vista que ele abarca os demais limites, além de ser o critério mais seguro. Assim, quando um indivíduo exercer o seu direito sem observar a boa-fé objetiva e conseqüentemente violar o direito de outrem, estará configurado, via de regra, o abuso de direito. Então, apesar dos bons costumes, fins sociais e econômicos serem conceitos distintos da boa-fé, eles são abarcados no padrão de conduta trazida pela última.

Tal compreensão é plenamente aplicável aos direitos estudados nesta pesquisa, por tanto quando houver o exercício da liberdade de expressão religiosa ou da autodeterminação sexual, sem respeitar a boa-fé objetiva, se terá a violação deste limite.

Em suma, o abuso de direito estará caracterizado quando for atendido os seguintes requisitos: a) conduta humana fundada em algum direito subjetivo, b) dano a outrem e c) o desrespeito a boa-fé objetiva.

---

<sup>106</sup> BRITO, Andréa Carvalho de. **A Boa-fé objetiva como critério delimitador do abuso do direito na teoria contratual contemporânea**. 2011. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 202

## **5 O EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA NO ÂMBITO DO PROTESTANTISMO EM RELAÇÃO AOS HOMOSSEXUAIS**

Aplicando no âmbito do protestantismo, o que foi dito no capítulo anterior e em relação aos homossexuais, haverá o exercício abusivo de direito de liberdade de expressão religiosa quando: a) o protestante (no sentido de seguidor do protestantismo) praticar uma conduta fundada nesta liberdade de expressão; b) sem respeitar o limite da boa-fé objetiva, violando o padrão de honestidade, lealdade e o dever de cooperação trazido por ela; c) causando um dano ao homossexual (seja patrimonial ou extrapatrimonial).

Ainda analisando a conjuntura do abuso da liberdade de expressão religiosa em face dos homossexuais, como o instituto do abuso invariavelmente será desprovido de argumento constitucional, ele trará como dano, pelo menos, a violação da autodeterminação sexual. Tendo em vista que ele será uma intervenção sem argumento constitucional que o justifique e atinge um ato, fato e estado abarcado no âmbito da proteção jurídica da autodeterminação sexual.

Em outras palavras, a conduta do protestante fundada na liberdade de expressão religiosa, que não respeite o limite da boa-fé objetiva, traz como dano mínimo em relação aos homossexuais a violação da autodeterminação sexual.

É plenamente possível que esta determinada conduta que não observe o limite da boa-fé objetiva, cause outros danos aos homossexuais, inclusive patrimoniais, depende do ocorrido na situação concreta, mas para o preenchimento do requisito do dano, para caracterização do abuso, basta a violação da autodeterminação sexual. Ou seja, a violação é suficiente para cumprir o requisito do dano trazido pelo instituto do abuso de direito, logo é prescindível a verificação de outros danos para a ocorrência do abuso.

É imperioso ressaltar que o padrão de conduta trazido pela boa-fé objetiva, no que tange a liberdade de expressão religiosa em face da autodeterminação sexual, traz consigo o dever de respeito. Assim para que o protestante exerça de forma devida o direito por ele titularizado, ele deve respeitar a opção sexual de cada um.

Por tanto atitudes como: humilhar e agredir, mesmo que seja praticado fundado em algum outro direito, como por exemplo, a liberdade de expressão religiosa, estarão abarcados no instituto do abuso.

Via de regra, o exercício abusivo da liberdade de expressão religiosa, caracteriza uma conduta homofóbica. Por isso é extremamente importante que se analise o conceito de homofobia, o que será feito a seguir.

## 5.1 CONCEITO DE HOMOFOBIA

Com a recente preocupação por parte Estado, em tutelar os direitos dos homossexuais, tem-se uma dificuldade no estabelecimento do conceito jurídico da homofobia. Isto é um grande perigo, pois diante desta incerteza, condutas que não deveriam ser qualificadas como tal serão assim qualificadas, como também, práticas que deveriam assim serem adjetivadas, não serão.

Hoje a população e principalmente os meios de comunicações, sobretudo os canais televisivos através das novelas, tratam, constantemente, sobre a homossexualidade e conseqüentemente sobre a homofobia. Porém não há uma preocupação sobre o real sentido da homofobia. Por senso comum, se tem entendido que toda e qualquer atitude contra a ideologia homossexual é homofobia.

Diante desta situação de indefinição é imprescindível que se analise o conceito do que de fato seria uma conduta homofóbica. Sobre esta discussão merece destaque a ideia de Camila Damasceno de Andrade, que diz o seguinte:

A homofobia pode ser entendida no plano irracional, tal que a etimologia da palavra: homo – como prefixo derivado do grego *homós*, que denota semelhança, igualdade, e, no caso da homossexualidade, compreendido pelo afeto pelos seus iguais em sexo e gênero; - fobia, sufixo originado do grego *phobía*, que designa medo, aversão instintiva e irracional. Nesse âmbito a homofobia denotaria um horror irracional e plenamente emotivo.<sup>107</sup>

Assim, pode-se conceituar a homofobia como uma aversão irreprimível, ódio, repugnância que alguns indivíduos, ou grupos nutrem contra as pessoas homossexuais, lésbicas e bissexuais. Por conta deste sentimento reprovável que algumas pessoas da sociedade têm, é que se visualizam a pratica de atitudes

---

<sup>107</sup> ANDRADE, Camila Damasceno de. Homossexualidade, Diversidade e Homofobia: Um olhar histórico e sociológico. **Revista Discenso**. Florianópolis: Fundação Boiteux, v.3, 2011, p. 170.

homofóbicas, tais como: agressão (seja física ou verbal), humilhação e até mesmo o homicídio.

De acordo com o que já foi analisado na presente pesquisa, é perceptível, que uma conduta fundada na liberdade de expressão religiosa (ou em outro direito), que caracterize a homofobia, será um abuso de direito, pois desrespeita o limite imposto a todos os direitos: a boa-fé objetiva e conseqüentemente ocorrerá a violação da autodeterminação sexual.

Em outras palavras, o exercício regular da liberdade de expressão religiosa, jamais pode ensejar em uma conduta homofóbica, pois o exercício regular de um direito depende da observância da boa-fé objetiva e esta boa-fé traz o dever de respeito. Logo em uma prática de aversão irracional e ódio aos homossexuais, não há qualquer tipo de respeito e conseqüentemente é um abuso.

“Injustificável, portanto, que certas pessoas arvorem-se no direito de agredir, machucar e até matar por ódio ao comportamento sexual alheio”.<sup>108</sup>

Vale destacar, que o mero ato de discordar de forma respeitosa, não está abarcado no conceito de homofobia. Tendo em vista, que na mera discordância não há qualquer apologia ao ódio ou aversão ao homossexual. Assim, não há que se falar em abuso de direito quando um protestante discorda da prática homossexual. Obviamente, que está discordância, assim como de qualquer outro tipo, deve ser feita de forma razoável, ou seja, sem ensejar em agressão ou humilhação.

Resumindo, a homofobia seria o ódio, a aversão, a repugnância irracional, em relação a pessoa do homossexual e se tais práticas forem exercidas com base na liberdade de expressão religiosa, se estará diante de um abuso de direito.

## 5.2 A BÍBLIA É HOMOFÓBICA?

Agora que já foi conceituado o termo homofobia, é interessante que se adentre em uma polêmica discussão: se a Bíblia seria homofóbica? Ou seja, se a Bíblia faria apologia ao ódio, aversão e repugnância. Sobre tema da Bíblia em relação aos homossexuais temos pelos menos três posicionamentos: 1- a Bíblia é

---

<sup>108</sup>ELUF, Luiza Nagib. Homofobia. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: Consulex, ano XVI, n 370, 2012, p. 58.

homofóbica; 2- a Bíblia não é homofóbica e permite a prática homossexual; e 3- a Bíblia não é homofóbica, mas abomina a prática homossexual.

Em relação ao primeiro posicionamento, merece destaque o posicionamento de Mônica Aguiar, que relata o seguinte:

Com a culpa instaurada pelo Cristianismo, a homossexualidade passou a ser vista como uma anomalia, até mesmo um vício repugnante, condenada em passagens bíblicas e na destruição de Sodoma e Gomorra. Com efeito, a primeira referência encontra-se no Antigo Testamento em Gênesis 19, ao relatar a tentativa de estupro levada a efeito pelos habitantes daquelas cidades contra dois anjos com aparência humana. Relata o codificador bíblico que, ao tentarem invadir a casa de Ló, local onde os anjos se abrigaram, os homens das cidades indagavam: 'Onde estão os homens que, à noite entraram em tua casa? Traze-os para fora a nós para que abusemos deles'.<sup>109</sup>

Tal autora a partir de uma interpretação isolada do texto bíblico de Gênesis 19, onde houve a destruição de Sodoma e Gomorra – cidades em que havia a prática homossexual, acredita que o cristianismo, influenciado pela Bíblia, é responsável pela discriminação, repugnância e pelo ódio em face dos homossexuais. Ou seja, segundo esta vertente, a Bíblia seria homofóbica e a destruição de Sodoma e Gomorra seria uma prova disso.

Em relação a segunda vertente (a Bíblia não homofóbica e permite a homossexualidade), tem-se como principais expoentes os defensores da chamada Teologia Inclusiva, dentre eles, se destaca a Lanna Holder, fundadora da igreja Comunidade Cidade Refúgio.<sup>110</sup> Esta teologia defende que não há na Bíblia uma proibição expressa em relação a homossexualidade, eles dizem, que esta proibição é fruto da tradição e de interpretações equivocadas. Eles se fundamentam na ideia de que Deus é amor, que Ele não faz acepção de pessoas e que Ele quer a felicidade de cada ser humano, logo não impediria a realização de uma pessoa através dos prazeres homossexuais<sup>111</sup>.

Seguindo este raciocínio, Maria Berenice diz que:

De qualquer modo, das religiões que existem, não deve haver nenhuma que não pregue o amor ao próximo. As mais próximas, por terem sido trazidas com a colonização, acreditam em um Deus que

<sup>109</sup> AGUIAR, Mônica. A proteção constitucional do direito à diferença como conteúdo do princípio da dignidade humana: a desigualdade em razão da orientação sexual. *In*: Alencar, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de.(Org.). **Direitos fundamentais na constituição de 1988**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2008, p. 88-89.

<sup>110</sup>Disponível em: < <http://jesuscidadederefugio.com.br/sitenovo/>> Acesso: 02 mai.2014.

<sup>111</sup>Disponível em: < <http://www.comunidadeathos.com/#!/homoafetividade-a-luz-da-teolo/c5h1>> Acesso: 02 mai.2014.

veio à Terra encarnado na pessoa do próprio filho. Jesus Cristo desde menino exercitou a tolerância. Em nenhuma de suas pregações incitou o ódio ao semelhante ou negou a alguém o direito de subir ao reino do céu. Basta lembrar que impediu que Madalena fosse apedrejada, multiplicou pães para dar de comer a quem tinha fome e morreu na cruz para salvar toda a humanidade. Assim, cabe questionar qual a justificativa de evangélicos, protestantes e católicos se posicionarem de modo tão assustadoramente preconceituosa contra quem tem orientação sexual diversa da maioria, mas não significa alguma ameaça e nem causa mal a ninguém... Deste modo, cabe perguntar: Quem disse aos pregadores, padres e pastores que é pecado amar o seu igual? Quem lhes outorgou a missão de banir a diversidade sexual da face da Terra?<sup>112</sup>

Há também uma terceira corrente e inclusive é a que será adotada no presente, que estabelece que a Bíblia não é homofóbica, mas não concorda com a prática homossexual. Para facilitar o entendimento, pode-se dividir esta entendimento em duas premissas: 1- A Bíblia não concorda com a prática homossexual; e 2- Ela não é homofóbica.

Analisando a primeira premissa, facilmente, é possível encontrar textos bíblicos que reforcem a compreensão de que Bíblia não é conivente com as práticas homoafetivas, dentre tais textos pode-se destacar Romanos 1:24-25 que diz:

Por causa disso Deus os entregou a paixões vergonhosas. Até as mulheres trocaram suas relações sexuais naturais por outras, contrárias à natureza. Da mesma forma, os homens também abandonaram as relações naturais com as mulheres e se inflamaram de paixão uns pelos outros. Começaram a cometer atos indecentes, homens com homens, e receberam em si mesmos o castigo merecido pela sua perversão.<sup>113</sup>

A referida citação está incluída em um contexto em que fala que os homens abandonaram a verdade de Deus por mentiras e por conta disso eles foram entregues aos seus desejos pecaminosos e a impureza sexual. Nesta conjuntura, uma das atitudes descritas é a prática homossexual, tendo em vista que o texto é claro quando retrata que as mulheres trocaram as relações sexuais naturais por outras e que os homens se inflamaram de paixões uns com os outros. Logo é inegável que conduta descrita é a homossexual.

Esta passagem bíblica adjetiva a referida conduta como paixões vergonhosas, atos indecentes e perversão. Logo está explícito que a Bíblia não é conivente com a prática homossexual.

<sup>112</sup> DIAS, Maria Berenice. **Será Deus Homofóbico?**. Disponível em:

<[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/ser%E1\\_deus\\_homof%F3bico.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/ser%E1_deus_homof%F3bico.pdf)> Acesso: 02 mai.2014.

<sup>113</sup> BÍBLIA SAGRADA NOVA VERSÃO INTERNACIONAL. São Paulo: Geográfica Editora, 2001, p. 876

Outro texto bíblico que reforça que a premissa analisada, é I Coríntios 6:9-10, que diz:

Vocês não sabem que os perversos não herdarão o Reino de Deus? Não se deixem enganar: nem imorais, nem idólatras, nem adúlteros, nem homossexuais passivos ou ativos, nem ladrões, nem avaros, nem alcoólatras, nem caluniadores, nem trapaceiros herdarão o Reino de Deus.<sup>114</sup>

Nesta passagem, tem-se a manifesta menção, não deixando margem para outra interpretação, de que a prática homossexual, assim como muitas outras qualificadas como pecado, não serão admitidos no Reino de Deus (na Pátria Celestial).

Outro versículo que reitera o que está sendo dito, se encontra em Levítico 18:21, que retrata o seguinte: “Não se deite com um homem como quem se deita com uma mulher; é repugnante”.<sup>115</sup> É interessante notar, que o capítulo dezoito de Levítico traz uma série de relações sexuais ilícitas aos olhos de Deus, dentro desta lista se encontra a prática homossexual, tendo em vista que está claro que a conduta descrita no referido versículo é a homossexual.

Ante o exposto, está nítido, que diferentemente do que diz a segunda corrente (teologia inclusiva), a Bíblia discorda da prática homossexual. Logo há um grande equívoco na teologia inclusiva, já que estabelece que não há na Bíblia crítica a conduta homoafetiva. Em outras palavras, os textos bíblicos apresentados na presente pesquisa são suficientes para compreendermos que a Bíblia não aprova tal prática, concretizando a primeira premissa.

No que tange a segunda premissa: que a Bíblia não é homofóbica, é de extrema relevância que se entenda que o referido Livro, não faz apologia ao ódio, a humilhação e agressão em relação ao homossexual (homofobia), muito pelo contrário tais práticas são condenadas. Não há na Bíblia a ideia de que os seus seguidores devem maltratar os que praticam a homossexualidade. Muito pelo contrário, Ela diz que os protestantes devem tratar com amor e respeito o próximo, mesmo que este não observe o Evangelho.

É notório que o referido Livro, não aprova as práticas homossexuais, assim como não aprova outras condutas como mentira, divórcio, dentre outras,

---

<sup>114</sup> BÍBLIA SAGRADA NOVA VERSÃO INTERNACIONAL. São Paulo: Geográfica Editora, 2001, p. 890

<sup>115</sup> Ibidem, p. 89

inclusive o ódio, a homofobia, a repugnância contra outros seres humanos. Por tanto, diferentemente da concepção do senso comum, a Bíblia não é homofóbica, tendo em vista, que conforme o que já foi dito, a discordância razoável não é uma conduta homofóbica.

A vertente que relata que a Bíblia é homofóbica, utiliza como fundamento a história de destruição de Sodoma e Gomorra retratada em Gênesis 19:1-29<sup>116</sup>. Entretanto para se ter uma clara compreensão deste ocorrido é imprescindível que se analise o capítulo anterior e assim entender o contexto em que a referida história se encontra.

No capítulo dezoito de Gênesis, Deus conversa com Abraão sobre o Seu plano de destruir Sodoma e Gomorra e o versículo 20 relata o seguinte: “disse-lhe, pois, o Senhor: ‘as acusações contra Sodoma e Gomorra são tantas e o seu pecado é tão grave.’”<sup>117</sup> Ou seja, havia nestas cidades a pratica de vários pecados, não só a homossexualidade, tendo em vista que Deus falou que havia tantas acusações, logo, mais de uma. Isto pode ser comprovado no próprio capítulo que discorre sobre a destruição, nos versículos 4-9, que diz:

Ainda não tinham ido deitar-se, quando todos os homens de toda parte da cidade de Sodoma, dos mais jovens aos mais velhos, cercaram a casa. Chamaram Ló e lhe disseram: “Onde estão os homens que vieram à sua casa esta noite? Traga-os para nós aqui fora para que tenhamos relações com eles”. Ló saiu da casa, fechou a porta atrás de si e lhes disse: Não, meus amigos! Não façam essa perversidade! Olhem, tenho duas filhas que ainda são virgens. Vou trazê-las para que vocês façam com elas o que bem entenderem. Mas não façam nada a estes homens, porque se acham debaixo da proteção do meu teto. “Saia da frente!”, gritaram. E disseram: “Este homem chegou aqui como estrangeiro, e agora quer ser o juiz! Faremos a você pior do que a eles”. Então empurraram Ló com violência e avançaram para arrombar a porta.<sup>118</sup>

Nesta citação visualiza-se que todos os homens da cidade de Sodoma desejaram ter relações homossexuais com os anjos, que estavam em forma humana, não apenas isso, eles queriam estupra-los e ainda ameaçaram fazer coisa pior com Ló. Ou seja, o retrato destas cidades (considerando que Gomorra agia de forma semelhante) é de completa perversão e iniquidade, tendo em vista que todos os homens, sem exceção desejaram tais práticas.

---

<sup>116</sup> BÍBLIA SAGRADA NOVA VERSÃO INTERNACIONAL. São Paulo: Geográfica Editora, 2001, p. 89

<sup>117</sup> Ibidem, p. 12

<sup>118</sup> Ibidem, p. 12



Assim sendo, foi por conta desta total depravação, que chega a ser inimaginável, como *ultima ratio*, que Deus destruiu tais cidades. Isto pode ser reiterado em uma outra passagem de destruição, que se encontra em Gênesis 6, e os versículos 11-13, retratam o seguinte:

Ora, a terra estava corrompida aos olhos de Deus e cheia de violência. Ao ver como a terra se corrompera, pois toda a humanidade havia corrompido a sua conduta, Deus disse a Noé: Darei fim a todos os seres humanos, porque a terra encheu-se de violência por causa deles. Eu os destruirei com a terra.<sup>119</sup>

Em mais uma oportunidade, contata-se que, no passado, Deus destruiu povos, como *ultima ratio*, quando a maldade, a iniquidade e a corrupção havia se multiplicado.

Antes o exposto, a corrente que defende que a Bíblia é homofóbica, fica sem fundamento, pois como já foi tratado, a destruição de Sodoma e Gomorra, não foi por causa meramente da prática da homossexualidade, mas sim pelo fato de todos os moradores estarem mergulhados na maldade, como foi no tempo de Noé.

Resumindo a Bíblia discorda da prática homossexual e assim qualifica tal prática como pecado, mas nem por isso pode ser considerada como um livro homofóbico, pois ela não faz qualquer apologia ao ódio ou agressão (seja física ou verbal) as pessoas que não a seguem, inclusive os homossexuais. Assim qualquer protestante que utilize a Bíblia para maltratar um homossexual, além de praticar um abuso de direito, está desobedecendo aos próprios preceitos bíblicos, entretanto isto não quer dizer que o referido religioso não possa expressar sua opinião divergente de forma razoável.

### 5.3 A CONTRADIÇÃO DA IGREJA PROTESTANTE

Como já foi dito há um grande abismo entre discordar e desrespeitar. A Bíblia ensina que os protestantes devem discordar de várias condutas, dentre elas as homossexuais, mas mesmo assim, eles devem amar e respeitar os homossexuais, apesar da discordância. Porém, por vezes, é visível a falta deste respeito e deste amor por parte de tais religiosos em relação aos homossexuais, existindo então uma grande contradição, tendo em vista, que aqueles que se dizem

---

<sup>119</sup> BÍBLIA SAGRADA NOVA VERSÃO INTERNACIONAL. São Paulo: Geográfica Editora, 2001, p. 4

seguidores da Bíblia, descumprem os preceitos de amor e respeito ao próximo, principalmente aos homossexuais.

O grande exemplo dos protestantes é Jesus, a Bíblia tem várias narrativas que revela que Jesus estava ao lado, amando, cuidando daqueles que em sua época eram os discriminados (deficientes físicos, leprosos, prostitutas, publicanos dentre outros), apesar de não concordar com seus atos pretéritos<sup>120</sup>. Este deveria ser o comportamento dos protestantes em relação aos homossexuais. A sociedade em geral discrimina tais pessoas, e estes religiosos deveriam ser aqueles que estivessem preocupados, amando-os, respeitando-os, mesmo sem ser conivente com a conduta deles, e assim estaria seguindo o exemplo de Jesus.

Se a igreja protestante verdadeiramente estivesse vivendo a Bíblia, os homossexuais lembrariam da igreja como um lugar em que eles não seriam discriminados, mas amados, mesmo com a discordância de pensamento, porém não é isso que ocorre, pelo contrário, eles lembram da igreja como um lugar em que não serão bem recebidos e onde serão mal olhados.

Tristemente, pode-se constatar que é mais fácil um homossexual conseguir sexo nas ruas do que um abraço na igreja.<sup>121</sup> Esta realidade é inconcebível sob prisma bíblica, pois vai totalmente contra os preceitos inclusos no referido Livro. A igreja protestante deveria ser um lugar de graça, amor e esperança para aqueles que estão na homossexualidade.

Logo é perceptível que muitos das protestantes não tem seguido o exemplo de Jesus, porém estão se assemelhando com aqueles a quem Jesus mais criticava, no seu tempo: os escribas e fariseus. Estes indivíduos discriminavam, humilhavam, maltratavam e eram indiferentes aos outros, principalmente os considerados “lixos” da sociedade da época. E da mesma forma, hoje, existem protestantes que tem praticados atos homofóbicos.

Assim o que há na verdade é uma grande contradição na igreja protestante, pois a Bíblia diz que tais religiosos devem amar ao próximo, e alguns deles têm praticado a homofobia. É importante também fazer a ressalva que não são todos os protestantes que praticam a homofobia.

---

<sup>120</sup> CERQUEIRA, Silas Majdalani. **O amor de Cristo e o amor da igreja evangélica em relação aos marginalizados**: uma análise crítica e comparativa entre estes amores. 2012. Monografia (Curso de pós-graduação em ética, teologia e educação) – Escola Superior em Teologia, São Leopoldo.

<sup>121</sup> YANCEY, Philip. **Maravilhosa graça**. 2 ed. São Paulo: Editora Vida, 2007, p. 157.

Em toda esta conjectura, pode-se visualizar o exercício abusivo de liberdade de expressão religiosa, pois os deveres decorrentes da boa-fé objetiva não foram atendidos.

Ante o exposto, é possível compreender, que se a Bíblia fosse, de fato, cumprida pelos protestantes não haveria abuso de direito, pois naturalmente os deveres decorrentes da boa-fé objetiva seriam cumpridos. Entretanto como há, na verdade, esta grande contradição, tem-se, por vezes, há o abuso da liberdade de expressão religiosa por parte dos protestantes em face dos homossexuais.

É importante destacar que quando esta pesquisa utiliza a expressão igreja protestante, não se pretende dizer que todas estas comunidades agem desta forma, mas se está fazendo uma análise de forma genérica, ou seja, comporta exceções. Em outras palavras, existem igrejas protestantes que não age de forma contraditória em relação à Bíblia.

#### 5.4 A (DES)NECESSIDADE DE SE CRIMINALIZAR A HOMOFOBIA

Justamente, por conta dos abusos praticados contra os homossexuais, é que se teve uma preocupação especial em conceder uma maior tutela a tais pessoas, o que acarretou na discussão sobre a necessidade ou não de se criminalizar a homofobia.

Dentre aqueles que defendem a necessidade de se criminalizar a homofobia, está Maria Berenice Dias, que diz o seguinte sobre esta temática:

É enorme preconceito de que são alvo, a perseguição que sofrem, a violência de que são vítimas. E ainda assim não existe uma legislação que reconheça direitos a gays, lésbicas bissexuais, travestis e transexuais, ou criminalize os atos homofóbicos de que são vítimas... O lado mais perverso desta omissão é que manifestações homofóbicas, por não serem reconhecidas como crime, asseguram a impunidade, o que acaba incentivando a prática de crimes de ódio.<sup>122</sup>

Em sentido contrário se tem os seguintes posicionamentos:

Diante disso, na análise de casos concretos, é possível o estabelecimento de limites para resolver hermeneuticamente a referida colisão de princípios sem que se configure o abuso de direito. No entanto, acredita-se que a criminalização da homofobia não é a forma mais adequada para o enfretamento da colisão entre a

<sup>122</sup> DIAS, Maria Berenice. **A homofobia e a omissão do legislador**. Disponível em <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/a\\_homofobia\\_e\\_a\\_omiss%E3o\\_do\\_legislador\\_-\\_rlatorio\\_azul.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/a_homofobia_e_a_omiss%E3o_do_legislador_-_rlatorio_azul.pdf)>. Acesso: 17 de mai de 2014.

liberdade de expressão religiosa e livre orientação sexual das minorias sexuais, uma vez que o Direito Penal deve ser usado como *ultima ratio* para resolução de conflitos e não como mero instrumento simbólico para dar visibilidade a demandas sociais de grupos reivindicadores de direitos fundamentais.<sup>123</sup>

Seria contraditório permitir a liberdade de pensamento e, ao mesmo tempo, considerar crime o juízo emitido por alguém em razão de sua fé ou convicção. Divergir e aceitar o que nos contraria e magoa faz parte de um processo de aprimoramento das relações sociais dialéticas. No caso de excessos proferidos com nítido propósito de agredir, evidentemente haverá crime, já punido pela legislação em vigor.<sup>124</sup>

É razoável que se compreenda, que o entendimento que defende a criminalização da homofobia, é fruto, justamente, da busca de uma proteção exacerbada, tendo em vista que toda e qualquer conduta que seja verdadeiramente homofóbica, já é penalmente prevista. Por exemplo: se um indivíduo agredir ou matar um homossexual, responderá penalmente por lesões corporais ou homicídio, respectivamente.

Destaca-se que, diferentemente do que foi dito por Maria Berenice, a falta de um dispositivo específico contra a homofobia não irá incentivar a impunidade, pois já há tipos penais que abarcam a homofobia, e o que é necessário é que tais normas sejam eficazes.

Atualmente, vivemos uma superinflação de leis, onde pôr todo e qualquer motivo se elabora uma lei. Apesar de se ter inúmeras leis, se tem pouca efetividade, o que leva ao povo a um descrédito legal. Hoje em dia, relatar que foi aprovada uma lei que combata uma determinada prática, não traz mais na população um sentimento de confiança, mas sim de desconfiança. Então é imperioso constatar que o que precisamos, urgentemente, não é de novas leis, mas sim de efetividade das leis já existentes.

Esta verdade se aplica aos direitos dos homossexuais, o que precisamos para tutelar estes direitos, não é de uma nova lei que criminaliza a homofobia, pois a homofobia já está abarcada nos tipos penais vigentes, carecemos

---

<sup>123</sup>ALVES, Robson Cosme de Jesus; OLIVEIRA, Ilver de Matos. Liberdade religiosa, minorias sexuais e mídia: discussões sobre hermenêutica jurídica e liberdades em colisão. In: Soares, Ricardo Maurício Freire (org.). **Estudos Aplicados de Filosofia do Direito**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012, p. 424

<sup>124</sup>CAPEZ, Fernando. Homofobia: intolerância contra quem. **Revista Jurídica LEX**. São Paulo: LEX, n 51, 2011, p. 484.

é de efetividade a tais dispositivos, precisamos que verdadeiramente aqueles que praticam a homofobia sejam punidos.

Com base no princípio, que está contido em nosso ordenamento, da igualdade material, que determina que se deva tratar os desiguais na medida de sua desigualdade, muitas leis específicas como a Lei Maria da Penha, o Estatuto do Idoso, foram elaboradas. Nestes casos, se verificam uma fragilidade física ou biológica ou jurídica e por isso se exige uma tutela especial. Vale dizer ainda, que não há nenhuma vulnerabilidade física ou biológica ou jurídica nos homossexuais que justifique a criação de uma lei específica, pois biologicamente e juridicamente eles são idênticos a uma pessoa heterossexual, tendo em vista que a homossexualidade não é uma alteração biológica ou uma doença.

Nosso ordenamento jurídico, antigamente, nunca teve uma preocupação especial com os direitos dos homossexuais, e nos presentes dias, o que se constata é uma busca por conceder uma tutela a tais, de maneira abrupta e extremista, elevando tais indivíduos a quase uma posição de intocabilidade e conseqüentemente quase absolutizando o direito da autodeterminação sexual. Infelizmente, esta dança dos extremos é comum em nosso ordenamento: em uma hora não há qualquer procuração e de forma abrupta passa tutelar de forma exagerada. Tem-se como grande exemplo desta realidade a liberdade de imprensa: Na época da ditadura, havia uma grande censura a tal liberdade e posteriormente, passou-se a tutelar de forma quase absoluto, já que, atualmente, expressos dispositivos que limitem o referido direito. Vale dizer que existe um risco desta dança dos extremos ocorrer em relação a autodeterminação sexual.

## **6. O ABUSO NO EXERCÍCIO DO DIREITO DA AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL EM RELAÇÃO AOS PROTESTANTES**

Aplicando ao exercício do direito da autodeterminação sexual por parte dos homossexuais, em face dos protestantes, o que foi estudado sobre o instituto do abuso e da violação de direito, haverá o exercício abusivo do referido direito quando: a) o homossexual praticar uma conduta fundada nesta autodeterminação sexual; b) sem respeitar o limite da boa-fé objetiva, violando o padrão de honestidade, lealdade e o dever de cooperação trazido por ela; c) causando um dano ao protestante (seja patrimonial ou extrapatrimonial).

Ainda discorrendo sobre a conjuntura do abuso da autodeterminação sexual em face dos protestantes, como o instituto do abuso invariavelmente será desprovido de argumento constitucional, ele trará como dano, pelo menos: a violação da liberdade de expressão religiosa. Tendo em vista, que ele será uma intervenção sem argumento constitucional que o justifique e atinge um ato, fato e estado abarcado no âmbito da proteção jurídica da liberdade de expressão religiosa.

Em outras palavras, a conduta do homossexual fundada na autodeterminação sexual, que não respeite o limite da boa-fé objetiva, traz como dano mínimo em relação aos protestantes a violação da liberdade de expressão religiosa.

É plenamente possível que esta determinada conduta que não observe o limite da boa-fé objetiva, cause outros danos aos protestantes, inclusive patrimonial, depende do ocorrido na situação concreta, mas para o preenchimento do requisito do dano, para caracterização do abuso, basta a violação da liberdade de expressão religiosa. Ou seja, a violação é suficiente para cumprir o requisito do dano trazido pelo instituto do abuso de direito, logo é prescindível a verificação de outros danos para a ocorrência do abuso.

É imperioso ressaltar, que o padrão de conduta trazido pela boa-fé objetiva, no que tange a autodeterminação sexual em face da liberdade de expressão religiosa, traz consigo o dever de respeito. Assim para que o homossexual exerça de forma devida o direito por ele titularizado, ele deve respeitar a opinião de cada um, mesmo que seja contrária a dele.

## 6.1 A INTOCABILIDADE DOS HOMOSSEXUAIS

O que se vê atualmente, é que, por vezes, é que alguns homossexuais, por conta do direito de autodeterminação sexual, não permitem que pessoas, principalmente os protestantes, discordem, de maneira respeitosa, de sua conduta, os qualificando como homofóbicos. Quando isso ocorre, se está diante de um abuso de direito, por violar o dever de respeito trazido pela boa-fé objetiva, tendo em vista que em tais situações não há qualquer respeito a opinião divergente.

Pessoas que agem desta forma desejam colocar os homossexuais em um estágio de intocabilidade, onde ninguém pode criticar a conduta deles, mesmo que seja forma razoável, e conseqüentemente tornando a autodeterminação sexual como um direito absoluto. Isto é intrigante, pois no nosso Estado pode-se criticar de forma respeitosa: políticos, religiosos, profissionais, pessoas das mais diversas categorias, mas alguns querem tornar os homossexuais intocáveis. Além do mais, como já foi dito, em nosso ordenamento jurídico os direitos não absolutos, logo é indevida a tentativa de tornar a autodeterminação sexual como direito absoluto.

É de extreme relevância, distinguirmos a discordância respeitosa da humilhação (da homofobia). Uma coisa é um religioso maltratar um homossexual, outra totalmente diferente, ele expressar a sua opinião, exercendo o seu direito de expressão religiosa, de maneira razoável, assim como ele discorda de tantas outras atitudes como: o divórcio, o sexo antes do casamento e que nem por isso é taxado como preconceituoso.

Pode até parecer paradoxo ou algo utópico, uma pessoa discordar de uma conduta, mas respeitar o praticante desta conduta, mas daremos dois exemplos que comprovarão que isto não contraditório e nem uma mera retórica. O primeiro exemplo, é o da mãe que não suporta a mentira e portanto ensina o seu filho a não mentir, entretanto o menino desobedecendo tal ordem, mente muito; a mãe por conta disto, não vai deixar de amá-lo e de cuidar dele, apesar de discordar, totalmente, da conduta do filho.

O outro exemplo, pode ser visualizado, é o da mãe de um presidiário, ela ama muito o seu filho e até por isto vai vista-lo, apesar de todo o constrangimento, que é entrar em um presídio. Se perguntar à ela, se ela concorda com o que o filho fez, certamente se ouvirá que não, ela, provavelmente, dirá que o

filho estava errado ao cometer um determinado crime, mas nem por isso ela vai deixar de o amar.

É importante destacar, que não se pretende fazer nenhuma analogia da prática homossexual com as condutas mencionadas nos exemplos, apenas se quer deixar claro, que é plenamente possível reprovar a atitude de uma pessoa, mas mesmo assim respeitá-lo e amá-lo.

Em um Estado Democrático de Direito, é assegurada a possibilidade de um indivíduo divergir da atitude do outro, desde que seja feita de maneira razoável, sem expor o outro a uma condição vexatório ou humilhante. Logo é plenamente possível um protestante expressar, de modo moderado, a sua opinião contrária a pratica homossexual.

Alguns homossexuais, fundados em seu direito fundamental da autodeterminação sexual, não toleram que pessoas divirjam de suas práticas. Isto é sem dúvida, um exercício abusivo, pois desrespeitam o limite, que restringem o exercício de qualquer direito. O limite da boa-fé objetiva, principalmente o dever de respeito trazido por ela.

Nossa sociedade é uma sociedade de riscos e devemos sopesar os prós e contras de cada um deles, pois a cada direito corresponde o ônus da restrição de um comportamento. O risco de tolerarmos a livre expressão do pensamento alheio é o de ouvimos algo que nos desagrade, mas é compensado pelo direito de também externarmos nosso ponto de vista... Afirmar, no entanto, que determinada conduta relação de convívio humano é pecaminosa ou imoral, ou recusar as bênçãos religiosas à união afetiva contrária aos dogmas de certa religião ou culto, não pode ser considerado preconceito para fins da repressão penal. O Estado é laico, mas cada culto é livre para seguir suas regras, sem interferência do poder público.<sup>125</sup>

Assim como um homossexual pode criticar o modo de agir de um protestante, é plenamente possível, que um protestante discorde da prática homossexual, sem qualquer caracterização de homofobia. E justamente as discordâncias que fortalecem a democracia. Não há democracia onde todos concordam com a mesma coisa e as opiniões divergentes são silenciadas, muito pelo contrário isto é uma ditadura. Então há uma violação a própria democracia quando se deseje qualificar a conduta da discordância razoável como homofobia.

Vale reiterar, que dizer que a conduta homossexual é pecado, não é homofobia. Quando um protestante, de forma razoável, expressa o seu ponto de

---

<sup>125</sup> CAPEZ, Fernando. Homofobia: intolerância contra quem. **Revista Jurídica LEX**. São Paulo: LEX, n 51, 2011, p. 484.



vista, fundamentado na Bíblia, não se está odiando ou mal tratando a pessoa, mas apenas se está discordando da prática dela. O senso comum tem a concepção de que denominar tal prática como pecado é algo discriminatório e humilhante. Isto até certo ponto é instigante, pois a Bíblia traz tantas outras condutas como pecado dentre as quais está: a mentira, o roubo e o orgulho e bem verdade, quem mente, rouba ou é orgulhoso não sente humilhado ou mal tratado pelo fato de algum religioso relatar que tais condutas são pecados, ninguém fala de ódio em relação a tais pessoas. Somente em relação a homossexualidade é que se tem este entendimento.

Logo, é razoável que se compreenda, que não homofobia ou abuso do direito da liberdade de expressão religiosa, quando um protestante diz que pecado a prática homossexual, desde que isto seja feita de forma moderado, pois na verdade ele está expondo a sua opinião, discordando da referida prática, o que está abarcado no seu direito de liberdade de expressão religiosa. Portanto toda vez que um homossexual ou qualquer outra pessoa tente impedir que o protestante expresse o seu ponto de vista, se estará diante de um abuso de direito.

Resumindo, a ideia de intocabilidade dos homossexuais é flagrantemente inconstitucional, assim como qualquer outra pessoa pode ter a sua criticada, desde que seja de forma respeitável, eles também podem receber opiniões que discordem de suas práticas.

## 6.2 A ANÁLISE DO PROJETO DE LEI Nº 1411/2011

Justamente por causa do embate entre a liberdade de expressão religiosa e a autodeterminação sexual, foi que o projeto de lei nº 1411/2011, foi elaborado e proposto pelo Deputado Washington Reis. Tal projeto visa acrescentar um quinto paragrafo no art. 20 da Lei nº 7.716, que define os crimes de preconceito contra cor e raça, e conseqüentemente protegendo o exercício de liberdade de expressão religiosa, evitando assim o abuso contra este referido direito.

O referido projeto traz os seguintes termos:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O art. 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, passa a vigorar acrescido do seguinte § 5º:

“Art. 20 .....

§ 5º O caput deste artigo não se aplica:

I – à manifestação do pensamento decorrente de ato de fé, que em razão da liberdade religiosa não obriga qualquer organização religiosa a efetuar casamento religioso em desacordo com suas crenças;

II – à prática do exercício de culto religioso, sendo livre e opcional, não configurando discriminação a recusa de organizações religiosas na permanência de cidadãos que violem seus valores, doutrinas, crenças e liturgias.”

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.<sup>126</sup>

Em suma este projeto assegura aos religiosos: 1- o direito de manifestar a sua opinião baseado na fé; 2- a proibição de se obrigar um líder religioso a realizar uma cerimônia matrimonial que não esteja de acordo com a sua crença; e 3 – a possibilidade de retirar do local de culto pessoas que violem as doutrinas, crenças e liturgias.

Bem verdade que todas estas garantias já estão tuteladas no presente ordenamento jurídico, tendo em vista que a liberdade de expressão religiosa já garante a possibilidade de qualquer religioso manifestar sua opinião, desde que de forma respeitável. O referido direito também assegura a possibilidade de recusa por parte de qualquer líder religioso de realizar qualquer cerimônia que considere conflitante com sua crença. E em relação a possibilidade de retirar do culto alguém que esteja violando a liturgia, isto já está previsto no art. 5º, VI da CF: “É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias”.<sup>127</sup> Logo se uma estiver atrapalhando a liturgia do culto, com base no livre exercício dos cultos, ela pode ser convidada a se retirar, sem que isto constitua um ato discriminatório.

Vale dizer que esta retirada deve ser feita se tão somente a pessoa estiver atrapalhando o desenvolvimento do culto, tal retirada jamais pode ser em razão do que indivíduo é, sob pena de caracterizar o abuso de direito. Aplicando este entendimento aos direitos estudados na presente pesquisa, um homossexual só pode ser retirado do culto de uma igreja protestante, se ele estiver obstaculizando o desenvolvimento da liturgia, nesta situação haveria um abuso da autodeterminação sexual, porém ele jamais pode ser retirado ou impedido de entrar

<sup>126</sup> BRASIL. Câmara dos deputados. Projeto de Lei 1411/2011. Altera a Lei 7716/89, que dispõe sobre o crime de preconceito. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=D247650FF744C9971FFA1F099845BC9B.proposicoesWeb1?codteor=875845&filename=PL+1411/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D247650FF744C9971FFA1F099845BC9B.proposicoesWeb1?codteor=875845&filename=PL+1411/2011)>. Acesso: 24 mai. 2014.

<sup>127</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

pelo fato de ser homossexual, sob pena da caracterização do abuso da liberdade de expressão religiosa.

Em suma, este projeto é desnecessário, tendo em vista que todas as garantias nele prevista, já estão tutelados no ordenamento jurídico. Infelizmente, no Brasil a elaboração de leis desnecessárias é comum. Elas são elaboradas sob o fundamento de uma suposta segurança jurídica, o que gera uma superinflação legal. E o projeto que foi analisado é um bom exemplo desta realidade, considerando que não houve nenhuma nova tutela.

## CONCLUSÃO

Sem dúvida tanto a autodeterminação sexual, como a liberdade de expressão, são Direitos Fundamentais, tendo em vista que ambos reforçam a dignidade da pessoa humana, entendido aqui em seu conteúdo mínimo: no valor intrínseco de cada ser humana e a autonomia volitiva. Portanto não há qualquer hierarquia entre os direitos estudados, ambos são direitos fundantes da nossa ordem jurídica. Sendo que a liberdade de expressão religiosa tem o seu fundamento na laicidade do Estado e na liberdade de pensamento, enquanto a autodeterminação sexual se baseia na dignidade da pessoa humana e na igualdade.

Através da teoria do trinômio do suporte fático, é possível se identificar a ocorrência da violação de um direito. Isto ocorre quando há uma intervenção, seja estatal ou particular, à um ato, fato e estado tutelado no âmbito de proteção de um direito e esta intervenção está desprovida de argumento constitucional.

Tal entendimento é plenamente aplicável aos direitos estudados nesta pesquisa. Logo haverá uma violação da autodeterminação sexual toda vez que houver uma intervenção que atinja um ato, fato e estado tutelado no âmbito da proteção (que abarca a liberdade de escolher a sua opção sexual e a possibilidade de expressar o seu ponto de vista) do referido direito e esta intervenção seja desprovido de argumento constitucional. Em contrapartida haverá violação da liberdade de expressão religiosa, toda vez que houver uma intervenção desprovida de argumento constitucional, a um ato, fato e estado abarcado no âmbito da proteção (liberdade de culto, de crença e de organização religiosa).

A aplicação desta teoria, leva-se a constatar que os direitos são relativos, tendo em vista que pode haver uma restrição a um direito e tal restrição não será considerada uma violação se ela for dotada de um argumento constitucional.

Diretamente relacionado a violação, se tem o instituto do abuso de direito, que é um ato ilícito, e que ocorre toda vez que um direito é exercido sem respeitar o limite da boa-fé objetiva. Via de regra, o abuso de direito resultará na violação de outro direito. No caso de conflito dos direitos estudados nesta pesquisa, toda vez que se tiver um exercício da autodeterminação sexual sem respeitar o limite da boa-fé objetiva, se terá a liberdade de expressão religiosa violada e vice-versa.

Sendo entendido a homofobia como um ódio, uma aversão injustificada aos homossexuais, pode-se constatar que a toda vez houver tal conduta, caso seja motivada pelo direito da liberdade de expressão religiosa, se estará diante de um abuso do referido direito. Além do mais, é possível constatar que a Bíblia, apesar de discordar das práticas homoafetivas, Ela não é homofóbica, tendo em vista que a mera discordância não caracteriza a homofobia. Apesar disso, por vezes, a igreja protestante, de forma contraditória, não tem observado a Bíblia, mas tem tratado com indiferença os homossexuais, enquanto deveria trata-los com amor, mesmo que divirja da sua conduta.

Mesmo que se tenha o exercício de direitos, inclusive a liberdade religiosa, que ensejem na homofobia, não há necessidade de tal criminalização, tendo em vista a própria natureza de *ultima ratio* do Direito Penal e pelo fato de que as condutas caracterizadas como homofóbicas, já estão abarcados em tipos penais. Isto não ensejará na impunidade, se tais tipos penais forem aplicados de forma eficaz.

Na sociedade atual, também se tem o abuso de direito praticado pelo homossexual, com base na sua garantia de autodeterminação, toda vez que ela for exercida sem respeitar a boa-fé objetiva. Tal prática é claramente visível, quando o homossexual tenta impedir que um protestante expresse a sua opinião divergente, almejando assim conceder um status aos homossexuais de intocabilidade, isto é flagrantemente um abuso. Inclusive, é assegurado ao protestante o direito de expressar que a homossexualidade é pecado.

Apesar do Projeto de Lei 1411 ter a finalidade de assegurar a liberdade de expressão religiosa e evitar o abuso da autodeterminação sexual, tal previsão legal é desnecessária, tendo em vista que todas as garantias sugeridas no referido projeto, já são tuteladas pelo nosso ordenamento.

## REFERÊNCIAS

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

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALVES, Robson Cosme de Jesus; OLIVEIRA, Ilver de Matos. Liberdade religiosa, minorias sexuais e mídia: discussões sobre hermenêutica jurídica e liberdades em colisão. *In*: Soares, Ricardo Maurício Freire (org.). **Estudos Aplicados de Filosofia do Direito**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012.

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

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BASTOS, Antonio Adonias; KLIPPEL, Rodrigo. **Manual de Processo Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BÍBLIA SAGRADA NOVA VERSÃO INTERNACIONAL. São Paulo: Geográfica Editora, 2001.

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

BRASIL. Câmara dos deputados. Projeto de Lei 1411/2011. Altera a Lei 7716/89, que dispõe sobre o crime de preconceito. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=D247650FF744C9971FFA1F099845BC9B.proposicoesWeb1?codteor=875845&filename=PL+1411/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D247650FF744C9971FFA1F099845BC9B.proposicoesWeb1?codteor=875845&filename=PL+1411/2011)>. Acesso: 24 mai. 2014.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Originária nº1390. Relator: Min. Dias Toffoli. DJ 12 de mai 2011. Disponível em: <  
<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627071/acao-originaria-ao-1390-pb-stf> >. Acesso em: 25 mai. 2014.

BRITO, Andréa Carvalho de. **A Boa-fé objetiva como critério delimitador do abuso do direito na teoria contratual contemporânea**. 2011. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador.

CAPEZ, Fernando. Homofobia: intolerância contra quem. **Revista Jurídica LEX**. São Paulo: LEX, n 51, 2011.

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

CERQUEIRA, Silas Majdalani de. **O amor da Cristo e o amor da igreja evangélica em relação aos marginalizados: uma análise crítica e comparativa entre estes amores**. 2012. Monografia (Curso de pós-graduação em ética, teologia e educação) – Escola Superior em Teologia, São Leopoldo.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 8 ed. Salvador: Saraiva, 2013.

COMUNIDADE ATHOS. Disponível em: <  
<http://www.comunidadeathos.com/#!/homoafetividade-a-luz-da-teolo/c5h1> > Acesso: 02 mai.2014.

COSTA, Judith Martins. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

DANIEL, Teofilo Tostes; Pereira, Rodrigo. **A República e o Estado laico**. Disponível em < <http://www.prr3.mpf.mp.br/component/content/275?task=view>> Acesso 23 de mai de 2014.

DIAS, Maria Berenice. **A Homoafetividade e o direito à diferença**. Disponível em: < [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/26\\_-\\_homoafetividade\\_e\\_o\\_direito\\_%E0\\_diferen%E7a.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/26_-_homoafetividade_e_o_direito_%E0_diferen%E7a.pdf)> Acesso: 18 nov.2013.

\_\_\_\_\_. **A homofobia e a omissão do legislador**. Disponível em <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/a\\_homofobia\\_e\\_a\\_omiss%E3o\\_do\\_legislador\\_-\\_rlatorio\\_azul.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/a_homofobia_e_a_omiss%E3o_do_legislador_-_rlatorio_azul.pdf)>. Acesso: 17 de mai de 2014.

\_\_\_\_\_. **Direito fundamental à Homoafetividade**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/24\\_-\\_direito\\_fundamental\\_%E0\\_homoafetividade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/24_-_direito_fundamental_%E0_homoafetividade.pdf)> Acesso: 18 nov.2013.

\_\_\_\_\_. **Será Deus Homofóbico?**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/ser%E1\\_deus\\_homof%E3bico.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/ser%E1_deus_homof%E3bico.pdf)> Acesso: 02 mai.2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

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

ELUF, Luiza Nagib. Homofobia. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: Consulex, ano XVI, n 370, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

FIGUEIREDO, Marco Aurélio Melluci e. **O caso apolonio x comunidade de Madri: utilização do véu islâmico**. Disponível em < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12383&revista\\_caderno=16](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12383&revista_caderno=16)> Acesso em 23 de mai 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.



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

IGREJA CIDADE REFÚGIO. Disponível em: <  
<http://jesuscidadederefugio.com.br/sitenovo/>> Acesso: 02 mai.2014.

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

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais: Conceito, função e tipos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2000.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade o direito contratual. In: TEREPENDINO, Gustavo (org.). **Problemas de Direito Civil - Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos fundamentais: Teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

NAVES, Lúcio Flávio de Vasconcellos. **Abuso no exercício do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual.** São Paulo: Saraiva, 1994.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no Direito brasileiro e norte-americano.** São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional.** 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. **Proteção Constitucional à liberdade religiosa.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio Constitucional da igualdade.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 35. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros editores, 2009.

SOARES, Ricardo Maurício Freire Soares. **Elementos de Teoria Geral do Direito.** São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais: reflexões e perspectivas.** Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2013.

\_\_\_\_\_. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Saraiva, 2010.

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

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros editores, 2006.

YANCEY, Philip. **Maravilhosa graça**. 2 ed. São Paulo: Editora Vida, 2007.