



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

MANUELA MOREIRA RODRIGUES

**A CRIMINALIZAÇÃO DOS ATOS ATENTATÓRIOS À LIBERDADE SEXUAL: UMA
ANÁLISE SOBRE O DESÍGNIO COMPATÍVEL AO CENÁRIO BRASILEIRO**

FORTALEZA

2018

MANUELA MOREIRA RODRIGUES

A CRIMINALIZAÇÃO DOS ATOS ATENTATÓRIOS À LIBERDADE SEXUAL: UMA
ANÁLISE SOBRE O DESÍGNIO COMPATÍVEL AO CENÁRIO BRASILEIRO.

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para a obtenção de grau de Bacharel em
Direito. Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Maia.

FORTALEZA

2018

R614c Rodrigues, Manuela Moreira.

A CRIMINALIZAÇÃO DOS ATOS ATENTATÓRIOS À LIBERDADE SEXUAL: UMA ANÁLISE SOBRE O DESÍGNIO COMPATÍVEL AO CENÁRIO BRASILEIRO / Manuela Moreira Rodrigues. – 2018.

59 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2018.

Orientação: Prof. Dr. Daniel Maia.

1. liberdade sexual. 2. direitos fundamentais. 3. criminalização. 4. orientação sexual. 5. identidade de gênero. I. Título.

CDD 340

MANUELA MOREIRA RODRIGUES

A CRIMINALIZAÇÃO DOS ATOS ATENTATÓRIOS À LIBERDADE SEXUAL: UMA ANÁLISE SOBRE O DESÍGNIO COMPATÍVEL AO CENÁRIO BRASILEIRO.

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Penal.

Aprovada em: 19/06/2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Daniel Maia (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Dra. Tarin Cristino Frota Mont'Alverne
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. M^a Silvana Paula Martins de Melo
Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

Aos meus pais, ao meu amor e aos meus amigos, sem vocês essa conquista não seria possível.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Daniel Maia, pela excelente orientação e cuidado que demonstrou.

Às professoras participantes da banca examinadora, Profa. Dra. Tarin Cristino Frota Mont'Alverne e Profa. Silvana Paula Martins de Melo pelo tempo, pelas valiosas colaborações e sugestões.

Aos servidores e professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, pela estimada contribuição durante a formação.

Aos colegas de turma, pelas reflexões, críticas e sugestões recebidas.

“Liberdade de voar num horizonte qualquer,
liberdade de pousar aonde o coração quiser. ”
Cecília Meireles.

RESUMO

O objetivo do estudo consistiu em analisar a compatibilidade da criminalização dos atos atentatórios à liberdade sexual com o ordenamento jurídico pátrio, em que pese a recorrente discussão sobre o assunto, sobretudo no que tange a prática de condutas discriminatórias, preconceituosas e violentas motivadas pela orientação sexual e pela identidade de gênero. Quando da implementação da Constituição Federal de 1988, houve notório avanço no que diz respeito à incorporação de garantias fundamentais como princípios norteadores, notadamente a dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade, à igualdade, à intimidade e à privacidade, de modo que é essencial a avaliação da aplicabilidade de tais garantias a todos os indivíduos, na medida em que, atualmente, não existe previsão de dispositivos legais que antevejam punição estatal para as mencionadas condutas. O Direito Penal, tem como objetivo proteger os bens jurídicos mais importantes à própria sobrevivência da sociedade, porquanto é imperioso considerar o seu papel quanto à tutela do direito à liberdade sexual, examinando os preceitos basilares desse ramo do Direito. Mostra-se cabível criminalizar esses atos, posto que o Direito Penal deve fazer jus a sua função primordial, qual seja a tutela dos bens jurídicos mais preciosos à sociedade, objetivando a proporção da convivência harmoniosa e equilibrada entre todos os cidadãos, sob o prisma da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais preceituados na Constituição Federal.

Palavras-chave: liberdade sexual; direitos fundamentais; criminalização; orientação sexual; identidade de gênero.

RESUMEN

El objetivo del estudio consistió en analizar la compatibilidad de la criminalización de los actos atentatorios a la libertad sexual con el ordenamiento jurídico patrio, en que pese a la recurrente discusión sobre el asunto, sobre todo en lo que se refiere a la práctica de conductas discriminatorias, prejudiciales y violentas motivadas por la orientación sexual y por la identidad de género. Cuando den cumplimiento de la Constitución Federal de 1988, hubo notorio avance en lo que se refiere a la incorporación de garantías fundamentales como principios orientadores, especialmente la dignidad de la persona humana, el derecho a la libertad, a la igualdad, a la intimidad y la privacidad, de modo que es esencial la evaluación de la aplicabilidad de tales garantías a todos los individuos, en la medida en que actualmente no existe previsión de dispositivos legales que prevean castigo estatal para las referidas conductas. El derecho penal, tiene como objetivo proteger los bienes jurídicos más importantes a la propia supervivencia de la sociedad, porque es imperativo considerar su papel con relación a la tutela del derecho a la libertad sexual, examinando los preceptos básicos de esa rama del Derecho. Se muestra eficiente criminalizar esos actos, puesto que el derecho penal debe hacer justicia a su función primordial, que es la tutela de los bienes jurídicos más preciosos a la sociedad, objetivando la proporción de la convivencia armoniosa y equilibrada entre todos los ciudadanos, bajo el prisma de la dignidad de la persona humana y de los derechos fundamentales preceptuados en la Constitución Federal.

Palabras Clave: libertad sexual; derechos fundamentales; criminalización; orientación sexual; identidad de género.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O PANORAMA HISTÓRICO: DA USUALIDADE AO DESRESPEITO DO DIREITO À LIBERDADE SEXUAL.....	13
2.1 Da perspectiva jurídica sobre a diversidade sexual.....	13
2.2 Dos conceitos essenciais: a sexualidade e a identidade de gênero.....	18
3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO JUSTIFICATIVA À CRIMINALIZAÇÃO.....	23
3.1 Do direito à liberdade sexual.....	27
3.2 Do atual tratamento jurídico posto.....	32
3.3 Das previsões jurídicas de outros países.....	38
3.4 Da liberdade de expressão e seus limites.....	42
4 A LIBERDADE SEXUAL DEVE SER PROTEGIDA PELO DIREITO PENAL?.....	44
4.1 Do Princípio da Intervenção Mínima ou <i>Ultima Ratio</i> do Direito Penal...	47
4.2 Dos Princípios da Legalidade e da Reserva Legal.....	49
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

A diversidade sexual não é uma novidade no cenário social brasileiro ou mundial, na medida em que é constituída por elementos intrínsecos dos próprios seres humanos. Nesse cerne, com a promulgação da nova Constituição Federal no ano de 1988, a qual aderiu aos preceitos dos Direitos Humanos, posto que a dignidade da pessoa humana se tornou princípio norteador expresso no texto constitucional, ganharam evidência conjuntural as lutas de diversos grupos, notadamente o segmento LGBTI¹, que passou a clamar pela proteção legal do Direito Penal em contraponto ao desrespeito e à violência de que alvo esse grupo.

Desse modo, foi elegida a presente temática para tratativa, em que pese a sua relevância no cenário atual brasileiro, sobretudo pela onda de violência decorrente da intolerância à diversidade sexual, que tem sido tão comum nos noticiários e manchetes.

Apesar do clamor dessa parcela da população e das já tentadas demandas legislativas, por meio de um notável número de projetos de lei visando a criminalização de condutas discriminatórias e preconceituosas em face da orientação sexual e da identidade de gênero, o que se observa até o presente momento é o silêncio do Poder Legislativo brasileiro sobre a questão, especialmente na área penal, que não prevê nenhuma sanção para aqueles que incorrem atos atentatórios ao pleno exercício da liberdade sexual, em contrapartida ao que já previsto em diversas legislações internacionais.

Nesse ínterim, tendo em vista a atual discussão sobre o tema no que tange a possibilidade ou não de criminalizar as mencionadas condutas, faz-se mister a avaliação dos princípios que norteiam o Direito brasileiro em contraponto ao estudo dos projetos de lei que já insurgiram, para analisar se é compatível ou não tal possibilidade, bem como a avaliação da função do Direito Penal quanto ao seu papel regulador das relações dos indivíduos em sociedade.

Para tanto, no primeiro capítulo de enfrentamento da temática, demonstrar-se-á um panorama histórico sobre a diversidade sexual no seio da sociedade, além de descrever a transformação do tratamento jurídico dado à referida questão ao longo dos séculos até a atualidade. Além disso, serão ressaltados conceitos pilares sobre a temática, quais sejam o sexo,

¹ Foi adotada a utilização dessa sigla, pois órgãos como a ONU e a Anistia Internacional elegeram esta denominação com um padrão para falar desta parcela da população. LGBTI é o acrônimo para lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, travestis e intersexuais.

o gênero, a orientação sexual, a identidade de gênero, a expressão de gênero e demais conceitos pertinentes, os quais corroboram com melhor entendimento da questão tratada.

Em continuidade, o capítulo seguinte, tratará dos princípios fundamentais do direito, tendo em vista o destaque dado pela Constituição Federal de 1988 que prelecionou o princípio da dignidade da pessoa humana, assegurando os direitos à liberdade, à igualdade, à intimidade, à privacidade, dentre outros que englobam e asseguram também a liberdade sexual, cabendo, nesse ponto, uma avaliação minuciosa de tais preceitos. Destaca-se também nesse capítulo, uma avaliação sobre o direito à liberdade de expressão e seus limites, questão de recorrente discussão quando se fala na possibilidade de criminalizar tais condutas.

Ademais, também se dedicará a discorrer sobre os projetos de lei que já tramitaram no Brasil a respeito da temática, fazendo um contraponto entre eles e os princípios e garantias constitucionais, bem como explanará sobre de que maneira algumas legislações de outros países tratam esse tema.

O último capítulo, por fim, se ocupará da avaliação da possibilidade de criminalização dos atos atentatórios à liberdade sexual, notadamente à orientação sexual e à identidade de gênero, sob o ponto de vista do Direito Penal, dos seus princípios, como o da intervenção mínima, o da legalidade e o da reserva legal, bem como do papel que lhe é atribuído pelo Direito.

Importante enfatizar que buscou-se enfrentar a temática por uma ótica diferenciada, qual fosse a consideração da liberdade sexual como objeto nuclear da proteção avaliada, em que pese o seu caráter de direito fundamental, isto é, que todo e qualquer indivíduo possui, a despeito do amplo tratamento que é dado a essa questão, objetivando, muitas vezes, concluir pela defesa da criminalização da homofobia, ou seja, apenas das condutas direcionadas aos indivíduos de um grupo determinado.

Objetiva-se, portanto, analisar a viabilidade da criminalização de atos atentatórios à orientação sexual e à identidade de gênero como forma de proteção ao exercício do direito à liberdade sexual.

Para tal, valeu-se o presente trabalho do auxílio de pesquisas à legislação pátria, pesquisa jurisprudencial e doutrinária junto ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como pesquisas feitas no meio virtual referente ao tema em questão.

Desta feita, questiona-se: Em que pese o nosso ordenamento pátrio, é possível criminalizar os atos que ofendem a liberdade sexual dos indivíduos?

2 O PANORAMA HISTÓRICO: DA USUALIDADE AO DESRESPEITO DO DIREITO À LIBERDADE SEXUAL

Para melhor entendimento e avaliação da temática em questão, insta conhecer e analisar a sua existência na história social, uma vez que a diversidade sexual é tão antiga quanto a própria vida em sociedade.

2.1 Da perspectiva jurídica sobre a diversidade sexual

Destaque-se que, nos primórdios, as condutas distintas das heterossexuais, por exemplo, não eram objeto de represália ou censura, visto que desfrutavam da mesma liberdade que as relações heterossexuais.

Pois bem, as relações amorosas entre pessoas pertencentes ao mesmo sexo biológico eram comuns, de tal sorte que inexistera o conceito de homossexualidade durante milhares de anos, visto que não imperava a necessidade de diferenciar as relações entre pessoas do mesmo sexo das relações entre pessoas de sexos distintos, ora, o conceito de homossexualidade sequer existia.

Registra-se que, há cerca de 10 mil anos, a tribo dos melanésios, os quais residiam nas ilhas do Oceano Pacífico, já exerciam algumas formas de homossexualidade ritual, na medida em que acreditavam que a transmissão do conhecimento sagrado apenas era possível por meio do ato sexual entre pessoas do mesmo sexo. Nos mencionados rituais, um homem travestido representava um espírito dotado de alegria, cujos aspectos e características podem ser comparados, por exemplo, com das *drag queens*², denotando que a diversidade das expressões de gênero é tão antiga quanto a sociedade o é.

Na Mesopotâmia antiga, conhecida pela regência do famoso Código de Hammurabi, os prostitutos e prostitutas eram considerados privilegiados, pois participavam de cultos religiosos considerados sagrados e tinham relações com homens dentro dos templos da

² **Arte Drag: Expressão Drag Queens tem significado maior do que costumam imaginar.** Disponível em: <<https://agenciauva.net/2018/04/20/arte-drag-expressao-drag-queens-tem-significado-maior-do-que-costumam-imaginar/>>. Acesso em: 15/06/2018.

Mesopotâmia, Fenícia, Egito, Sicília, e Índia, frise-se que esses privilégios eram previstos no próprio famoso código³. As leis hititas, por sua vez, em continuidade ao Código de Hammurabi, reconheciam a união entre pessoas do mesmo sexo já a mais de 3 mil anos atrás.

Nessa mesma conjuntura, insta ressaltar que era absolutamente comum um homem mais velho ter relações sexuais com um mais jovem na Grécia e na Roma da Antiguidade.

Em Atenas, para a educação dos jovens, esperava-se que os adolescentes aceitassem a amizade e os laços de amor com homens mais velhos, para absorver suas virtudes e seus conhecimentos de filosofia. Ao completar 12 anos, desde que o garoto concordasse, transformava-se em um parceiro passivo até por volta dos 18 anos, com a aprovação de sua família. Quando chegava aos 25 anos de idade, considerava-se tornado um homem, então o natural era que assumisse o papel ativo. Por conclusão, para Borillo:

Assim, impregnada por essa atmosfera de erotismo viril, a sociedade grega considerava a homossexualidade como legítima. Com efeito, embora a relação entre o adolescente (eromenos) e o adulto (erastes) assumisse o caráter de uma preparação para a vida material, os atos homossexuais usufruíam de verdadeiro reconhecimento social.⁴

De maneira um pouco diferente, para os romanos a relação entre um homem adulto e um rapaz mais jovem, conhecida como pederastia, era encarada como um sentimento puro, contudo o homem romano deveria constituir família com uma mulher, pois tinha o dever de gerar filhos. Portanto para os romanos é aceitável a relação entre dois homens, desde que eles também mantivessem o relacionamento com mulheres, em cumprimento do seu papel como cidadão, como destacou Borillo:

Evidentemente, o cidadão romano deveria, sobretudo, casar-se, tornar-se pater famílias, assim como zelar pelos interesses não só econômicos, mas também da linhagem. Na realidade, somente a bissexualidade ativa era bem vista e aceita em Roma. Embora as sociedades gregas e romanas tenham sido agressivamente sexistas e misóginas, elas nunca caíram no heterossexismo peculiar da tradição judaico-cristã.⁵

Importante destacar que, no contexto das civilizações nativas do Brasil, a homossexualidade estava inserida na cultura de algumas tribos. Ademais, em alguns casos, fazia

³ **História da Homossexualidade**. Disponível em: <<https://camminus.wordpress.com/2012/07/01/historia-da-homossexualidade/>>. Acesso em: 15/06/2018

⁴ BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2010, p. 46.

⁵ BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2010, p. 46.

parte desta cultura os índios se travestirem, evocando mais uma vez a expressão de gênero. Nesse sentido, destaca Ceccareli:

Entre os índios brasileiros, assim como em algumas sociedades africanas, as reações frente ao relacionamento entre pessoas do mesmo sexo variam desde a aceitação, como uma expressão legítima da sexualidade, até a rejeição absoluta⁶

Depreende-se, portanto, que a aceitação das relações entre pessoas do mesmo sexo pelas civilizações antigas se dava na medida em que o sexo não tinha como objetivo exclusivo a procriação. No entanto, essa conjuntura começou a mudar com o advento do cristianismo.

Nesse ínterim, o judaísmo já pregava que as relações sexuais tinham como único fim a máxima exigida por Deus, qual seja a multiplicação. Não obstante, até o início do século IV, essa ideia, era restrita à comunidade judaica e aos poucos cristãos que existiam. Contudo, quando o imperador romano Constantino aderiu à fé cristã e o cristianismo tornou-se obrigatório no maior império do mundo, o sexo, então, passou a ser encarado apenas como forma de gerar filhos, ao passo que homossexualidade virou algo antinatural.

O imperador cristão Justiniano promulgou o primeiro texto de lei proibindo sem reservas a homossexualidade no ano 529. De acordo com o Código Justiniano, quem praticasse a homossexualidade deveria ser executado, o que vinculava as relações homossexuais ao adultério, para o qual também era prevista a pena de morte.

Posteriormente, em 538 e 544, outras leis obrigavam os homossexuais a arrepender-se de seus pecados e fazer penitência. Nesse mesmo sentido, o nascimento e a expansão do islã, a partir do século VII, junto com a força cristã, reforçaram a teoria do sexo para procriação.

Em vários países foram promulgadas leis que condenavam as condutas homossexuais. No Reino de Portugal, por exemplo, no ano de 1446, as Ordenações Afonsinas instituíram que os homossexuais cometem pecado de Sodomia, devendo ser queimados. Em 1521, as Ordenações Manuelinas previam a pena de morte na fogueira, confisco de bens e a infâmia sobre os filhos e descendentes do condenado por homossexualismo⁷.

Já em 1603, as Ordenações Filipinas o acusado de cometer “pecado de sodomia”

⁶ CECCARELI, Paulo Roberto. **A invenção da homossexualidade**. Bagoas: Revista de Estudos Gays. Natal: EDUFRN, n. 02, p. 71-93, 2008. EDUFRN, n. 02, 2008, p. 43.

⁷ Considerava-se o homossexual como um sujeito portador de alguma enfermidade de ordem mental. Por isso o sufixo "ismo" era utilizado junto a palavra "homossexual", dando uma natureza patológica para os portadores dessa enfermidade. Em 1973, os Estados Unidos retirou homossexualismo da lista dos distúrbios mentais da American Psychology Association, passando a ser usado o termo homossexualidade, assim como Conselho Federal de Psicologia em 1999. Por isso, o sufixo “ismo”, terminologia referente à doença, foi substituído por “dade”, que remete a modo de ser.

também deveria ser queimado e “feito por fogo em pó”, além disso, quem delatasse cometimento de sodomia recebia metade das propriedades confiscadas do acusado. De acordo com Pretes e Vianna:

Até o século XIX a palavra mais utilizada para apontar relações entre pessoas do mesmo sexo, era a palavra latina sodomia, que tem sua origem no Livro de Gênesis, no Antigo Testamento, passagem bíblica que relata a destruição das cidades de Sodoma e Gomorra, pela ira divina. A interpretação da teologia moral cristã definiu o termo sodomita como aquele que, semelhantemente aos habitantes de Sodoma, pratica atos sexuais com pessoa do mesmo sexo⁸

No caso brasileiro, tendo em vista a influência trazida pela colonização portuguesa e a conseqüente imposição da moral judaico-cristã, houve uma forte perseguição e repressão desumana aos nativos homossexuais, com penas violentas instituídas pela chamada Lei sobre o pecado da Sodomia, as quais foram regulamentadas pela legislação imposta ao Brasil pelo Rei Dom Sebastião. A prática só deixou de ser considerada crime em 1830, quando foi instituído o Código Criminal do Império do Brasil, o qual não continha mais essa previsão.

Com a chegada do século XVIII, instaurou-se a influência dos pensamentos do movimento iluminista, o qual trouxe a valorização da racionalidade e criticou a manutenção dos Tribunais Inquisitivos da Europa. O Iluminismo foi responsável por uma mudança de cenário no tocante à visão das práticas sexuais, uma vez que o destaque dado à razão e à lógica acabaram por superar os preceitos ditados pela Igreja Católica e sua visão dos homossexuais desrespeitadores das leis naturais de sexo como fonte de procriação. Nesse contexto:

Em 10 de outubro de 1783, ocorrerá, na França, a última condenação à morte de um homossexual: nesse dia, Jacques-François Pascal foi jogado nas chamas da fogueira, sob a inscrição “devasso contra a natureza e assassino”. A Revolução Francesa pôs termo à condenação da sodomia: inspirado na filosofia das Luzes, o Código Penal de 1791, assim como o de 1810, cessam de incriminar os costumes contra a natureza.⁹

Inaugurou-se, então, uma fase com uma nova abordagem sobre o assunto. Ora, as relações de homoafetividade outrora consideradas crime e pecado, estariam sob o olhar dos estudos científicos, sendo a homossexualidade agora tratada como um desvio biológico que

⁸ PRETES; VIANNA, **História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo**. 2007, p. 316.

Disponível em:

<https://www.academia.edu/4545409/Hist%C3%B3ria_da_criminaliza%C3%A7%C3%A3o_da_homossexualidade_no_Brasil>. Acesso em: 15/06/2018

⁹ BÖRRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2010, p. 55.

deveria ser observado pela medicina.

A ciência estabeleceu que a condição normal e saudável do sujeito era a heterossexualidade, a qual seria a única forma útil de sexualidade, enquanto os atos homossexuais eram vistos como sintomas de uma doença, uma patologia a ser tratada, de tal sorte que os homossexuais passaram a receber tratamentos para cura da considerada doença. No Brasil, em 1920 e 1930, homossexuais eram internados em manicômios para serem tratados com psiquiatras que utilizavam terapias de eletrochoque e confinamento.

Essa perspectiva começou a mudar, quando, em 1979, a Associação Americana de psiquiatria retirou a homossexualidade do Manual de Diagnósticos e Estatísticas de Distúrbios Mentais, de maneira que a prática saiu do campo de visão da medicina, desconsiderado o seu viés de patológico passível de tratamento médico. Nesse mesmo sentido, em 1990, a Organização Mundial de Saúde excluiu a homossexualidade do rol de doenças disposto no Código Internacional de Doenças.

No Brasil, essa decisão foi consolidada quando o Conselho Federal de Psicologia proibiu o tratamento da homossexualidade por parte dos psicólogos em 1999. Ora, a chegada do humanismo introduziu novas maneiras de enxergar o ser humano, valorizando, principalmente as essências, de modo que a busca pelo autoconhecimento fez do próprio ser humano o foco de estudo.

Importante mencionar que, concomitante à discussão o social em torno do assunto, os indivíduos que se compreendiam nesse enquadramento insurgiram movimentos com fins a sua visibilidade. Destaca-se que, em 1969, ocorreu a chamada Revolta de Stonewall em Nova York, que marcou o início do movimento homossexual americano, a revolta ocorreu no dia 28 de junho desse ano, data em que hoje se comemora o Dia Mundial do Orgulho Gay¹⁰.

No Brasil, o movimento homossexual teve início por volta de 1970, quando surgiram grupos militantes como o Grupo de Afirmação Homossexual (SOMOS) em 1979 e o Grupo Gay da Bahia (GGB)¹¹ em 1980. O ativismo homossexual foi se fortalecendo, ao passo que se expandia por todo país com o surgimento de outros grupos o que culminou no aumento da visibilidade e, em 1996, foi realizada a Primeira Parada Gay no Brasil, na cidade do Rio de Janeiro seguida de São Paulo em 1997. A Parada Gay passou a acontecer todos os anos, tornando-se uma das principais formas de manifestação do movimento homossexual no Brasil,

¹⁰ **Dia Internacional do Orgulho Gay.** Disponível em: <<https://www.calendarr.com/brasil/dia-internacional-do-orgulho-gay/>>. Acesso em: 15/06/2018

¹¹ **Grupo Gay da Bahia.** Disponível em: <<http://www.ggb.org.br/welcome.html>>. Acesso em: 15/06/2018

logo outras cidades brasileiras aderiram ao movimento e também passaram a promover o evento anual.

Com o crescimento das atividades dos grupos militantes nas décadas de 1990 e 2000, levantou-se também uma necessidade de especificação dos sujeitos políticos que faziam parte do movimento homossexual, os quais passaram a se denominar por meio de siglas, como GLS (Gays, Lésbicas e Simpatizantes); GLT (Gays, Lésbicas e Travestis); GLBT (Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais) e ainda LGBTI, LGBTQ, entre outras. Além disso, ganhou espaço debate e a abordagem das questões sobre gênero, sexualidade, identidade de gênero e expressão de gênero.

Nesse ínterim, atualmente, de acordo com Relatório sobre a Homofobia, divulgado em maio de 2013, pela ILGA¹² – sigla em inglês para *International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans e Intersex Association* – havia ainda um total de 76 os países que criminalizam os atos homossexuais entre adultos, com cerca de 40% desses Estados membros da ONU. Boa parte desses países são dos continentes da África, da Ásia e da América Central e, dentre eles, há países cuja legislação preveja condenação à pena de morte, a saber na Arábia Saudita, no Irã, no Iêmen, na Mauritânia e no Sudão por exemplo.

Ademais, a frentes militantes dessas minorias passaram a demandar pela proteção dos seus direitos fundamentais, em detrimento do considerável grau de discriminação, preconceito e violência de que costumam ser alvo. No Brasil, o reflexo dessa luta se refletiu na criação de diversos projetos de lei com vistas a criminalizar condutas que ofendem a orientação sexual ou a identidade de gênero. No entanto, até o momento nenhum desses projetos de lei foi aprovado, de modo que não há tipificação penal para essas condutas.

2.2 Dos conceitos essenciais: a sexualidade e a identidade de gênero

Destarte tal contexto, cabe salientar alguns conceitos e definições para melhor abordar o tema. Tendo em vista ser comum a confusão entre os termos, primeiramente, insta esclarecer que sexo é diferente de gênero e identidade de gênero, que diferem da orientação

¹² *International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans e Intersex Association*. Disponível em: <<https://ilga.org/>>. Acesso em: 15/06/2018.

sexual. Vejamos então quais são as suas particularidades.

Primeiramente, é importante entender que o sexo biológico de um indivíduo nada mais é do que o conjunto de características estruturais e funcionais, esse conceito utiliza-se dos critérios genético, qual seja, a estrutura cromossômica, cuja combinação “XX” identifica um indivíduo do sexo feminino e a combinação “XY” identifica o sexo masculino; gonático, cujo critério utilizado são as gônadas, ovários no sexo feminino e testículos no sexo masculino; e somático, cujos fatores determinantes dão os órgãos genitais internos e externos. A avaliação desse conjunto de critérios é que designa o ser humano como macho, fêmea e intersexo.

Destaque-se ainda, em paralelo, a existência do chamado sexo jurídico ou sexo legal ou civil, isto é, o sexo que constará no registro civil de cada indivíduo. O sexo civil é elegido tendo em vista o nascimento e com base no conjunto de características biológicas supramencionadas. Nesse sentido, para Raul Choeri:

A determinação do sexo do ser humano abrange diversos fatores de ordem física, psíquica e social. Num indivíduo tido como normal, há uma perfeita integração de todos os aspectos, tanto de cada um desses fatores isoladamente, como no equilíbrio entre todos eles. Assim, a definição do sexo individual, comumente aceita pelas Ciências Biomédicas e Sociais, resulta, basicamente, da integração de três sexos parciais: o sexo biológico, o sexo psíquico e o sexo civil.¹³

Não obstante o atual ordenamento jurídico brasileiro, considerar o sexo jurídico algo definitivo, tem-se que a jurisprudência já permite a mudança nos casos dos transexuais que desejam uma redesignação sexual¹⁴.

Já o gênero é um conceito psicossocial, uma construção social, é formado por características culturais e sociais ligadas às percepções de masculinidade e de feminilidade, uma vez que vivemos em um conceito de sociedade, onde predomina o pensamento binário, também chamado de dimorfismo sexual, que se entende pela ideia e crença social de que os seres humanos, de maneira fixa, enquadram-se no sexo masculino ou no sexo feminino, ou

¹³ CHOERI, R. C. S., **O conceito de identidade e a redesignação sexual**, p. 85.

¹⁴ “DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRANSEXUAL SUBMETIDO À CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DESIGNATIVO DE SEXO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. [...] – Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido. [...] (**STJ, Recurso Especial n.º 1.008.398 – SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Julgado em 15/10/2009**). 15 Lei n.º 6.015 de 31 de dezembro de 1973.

seja, o entendimento que se tem é de que existem estereótipos fixados e que há uma correspondência entre o sexo biológico e o gênero, já anteriormente conceituados. De acordo com Raul Choeri, “o gênero é uma identidade socialmente construída, a qual os indivíduos se conformam em maior ou menor grau.”¹⁵

Amparada pelos mesmos preceitos do binarismo e dimorfismo sexual, tem-se a ideologia do cissexismo, que igualmente apresenta como única alternativa a ideia de que o sexo biológico, que é determinado no nascimento do indivíduo, deve guardar relação direta com o gênero enquanto característica psicossocial. Em outras palavras, essa ideologia prega que os órgãos genitais é que definem se um indivíduo é homem ou mulher. Essa visão se mostra um tanto tradicional senão atrasada, na medida em que presenciamos diariamente a luta e a consequente visibilidade de diversos sujeitos, que quebram complementemente com tais paradigmas.

Não obstante, o estudo dos indivíduos num contexto social apresenta uma realidade plural e bastante diversificada. Ora, a construção da identificação de um indivíduo como homem ou como mulher não se dá apenas por um fator biológico, mas por um fator social, ou seja, a existência de determinados órgãos genitais e reprodutores podem até determinar o sexo biológico, mas não são capazes de definir o comportamento dito como masculino ou feminino de uma pessoa, posto que a cultura é que definirá o comportamento dos indivíduos.

Nesse sentido, o próprio entendimento do que seria um comportamento masculino ou feminino é alterado de acordo com a cultura em que se esteja inserido. Assim, algumas características de mulheres de outros países, podem parecer para nós, brasileiros, comportamentos masculinos, da mesma forma, os aspectos de alguns homens estrangeiros podem nos parecer um tanto femininos.

Desta feita, resta evidente que os conceitos de comportamentos femininos e masculinos são variáveis e pautados pela cultura, por conclusão, não é o órgão genital que define o gênero, e ser feminino ou masculino é uma questão de gênero.

A orientação sexual, por sua vez, diz respeito a que pessoas despertam a atração de cada um, ou seja, por quem ou pelo que se desenvolve o interesse sexual, afetivo ou amoroso de determinado indivíduo.

Destarte, a sexualidade humana se apresenta de diversas maneiras, de forma que não se deve conjecturar qual seria a orientação sexual de determinado indivíduo baseando-se pelo simples fato de saber o seu gênero, de modo que um homem com comportamentos

¹⁵ CHOERI, R. C. S., **O conceito de identidade e a redesignação sexual**, p. 53.

masculinos pode ser homossexual ou heterossexual, assim como um homem com comportamentos femininos pode ser heterossexual ou homossexual. Nesse ínterim, para Louro “A sexualidade funda-se, nessa perspectiva, num atributo biológico que pode ser compreendido como constituindo sua origem, seu núcleo ou sua essência”¹⁶.

O fato é que hoje são reconhecidas as existências de diversas sexualidades, bem como continuam surgindo novos sujeitos pugnando pelo reconhecimento de novos conceitos, o que demonstra que os possíveis enquadramentos ou digamos que tipos de sexualidade não se esgotam, fato que corrobora com o entendimento que será demonstrado mais à frente do presente estudo.

Tendo em vista o seu caráter peculiar e individual, vejamos algumas delas:

- I. Homossexualidade: é a atração afetiva e sexual por pessoas do mesmo gênero
- II. Heterossexualidade: é a atração afetiva e sexual por pessoas do gênero oposto
- III. Bissexualidade: é a atração por qualquer pessoa do binarismo de gênero, homem ou mulher.
- IV. Assexualidade: diz respeito às pessoas que não sentem atração por nenhum gênero
- V. Pansexualidade: é atração afetiva ou sexual que independe de gênero e de sexo.

Porquanto cada individual expressa uma sexualidade ou orientação sexual, esta não se confundirá com a sua identidade de gênero. A transexualidade é uma questão de identidade de gênero, posto que as pessoas transexuais geralmente entendem que seu corpo não está adequado à forma como pensam e como se sentem, de tal forma que desejam corrigir esse desacordo, adequando seu corpo à imagem de gênero que perfazem de si próprias.

Essa adequação pode ocorrer de diversas maneiras, desde uso de roupas, até a submissão à tratamentos hormonais e procedimentos cirúrgicos para auferirem a imagem desejada que pretendem a sua satisfação.

Assim, a mulher transexual é toda pessoa que reivindica o reconhecimento social e legal como mulher, e homem transexual é toda pessoa que reivindica o reconhecimento social

¹⁶ LOURO, Guacira Lopes. **Corpo, escola e identidade**. In: Educação e Realidade, Jul/dez. 2000, p.65.

e legal como homem.

Desse modo, tem-se que os transgêneros são aqueles indivíduos que demandam um reconhecimento social e legal do gênero distinto àquele designado em seu nascimento, caracterizado pelo sexo biológico. Ao passo que os cisgêneros representam a parcela de indivíduos, cujo reconhecimento social e legal que almejam ter quanto a identificação do seu gênero, coincide com o gênero determinado pelo seu nascimento, ou seja, pelo sexo biológico, senão vejamos:

O indivíduo, como unidade da vida social e jurídica, tem necessidade de afirmar a própria individualidade, distinguindo-se dos outros indivíduos, e, por consequência, ser conhecido por quem é na realidade. O bem que satisfaz esta necessidade é o da identidade, o qual consiste, precisamente, no distinguir-se das outras pessoas nas relações sociais.¹⁷

Importante asseverar que ambos, transgêneros e cisgêneros, têm definições que dizem respeito às questões da identidade de gênero, isto é, são duas modalidades ou duas maneiras de identificação identitária dos indivíduos.

Ainda nessa seara, outro conceito destacável é o da expressão de gênero, que constitui o conjunto de vestimentas, acessórios, modificações corporais, maquiagens, cortes de cabelo, depilação ou não, isto é, os comportamentos por meio dos quais uma pessoa exterioriza a sua identidade de gênero.

Frise-se que, a expressão de gênero não é elemento definidor ou determinante da orientação sexual do indivíduo, assim como não é da sua identidade de gênero. A expressão ou não precisa necessariamente estar alinhada à identidade de gênero, isto é, uma determinada pessoa pode ser de um gênero e expressar um gênero diferente.

Conforme explanados, tratam-se de definições próprias com significados distintos. Não é, pois, a expressão de gênero que define se determinada pessoa é bissexual ou homossexual, transgênero ou cisgênero, posto que o que determina esses fatores são elementos intrínsecos de cada ser humano.

Tendo em vistas tais conceitos, verifica-se que tratam-se de elementos que fazem parte da essencialidade humana, pois constituem o próprio modo de existir das pessoas e são imperiosos à felicidade numa perspectiva individual de cada ser, de modo que constituem elementos dignos de proteção.

¹⁷ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**, 2008 p. 165.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO JUSTIFICATIVA À CRIMINALIZAÇÃO

Feitos os apontamentos anteriores, é momentoso partir para uma análise dos princípios fundamentais que norteiam o direito, para realizar uma avaliação significativa quanto à viabilidade da criminalização de condutas que ofendem a sexualidade e a identidade de gênero.

Nesse diapasão, a Constituição Federal de 1988 trouxe notório avanço ao inserir o princípio da dignidade da pessoa humana em posição de destaque, notadamente como fundamento do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que tal princípio carrega consigo o conteúdo de todos os direitos fundamentais. Quanto a esse aspecto, para Paulo Bonavides o sistema constitucional deve solidificar expressão que permita perceber o verdadeiro sentido pautado pela Constituição Federal, refletindo o momento social experimentado pela sociedade que pretende regular¹⁸. No mesmo sentido, destacou Luís Roberto Barroso sobre a inclusão do princípio da dignidade da pessoa humana na Carta Magna de 88:

A identificação da dignidade humana como um princípio jurídico produz consequências relevantes no que diz respeito à determinação de seu conteúdo e estrutura normativa, seu modo de aplicação e seu papel no sistema constitucional. Princípios são normas jurídicas com certa carga axiológica, que consagram valores ou indicam fins a serem realizados, sem explicitar comportamentos específicos. Sua aplicação poderá se dar por subsunção, mediante ponderação, em caso de colisão com outras normas de igual hierarquia. Além disso, seu papel no sistema jurídico difere do das regras, na medida em que eles se irradiam por outras normas, condicionando seu sentido e alcance.¹⁹

Também asseverou Ingo Wolfgang Sarlet:

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha -, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.²⁰

Por conseguinte, o texto constitucional de 1988 mostrou-se como o mais inclusivo

¹⁸ BONAVIDES, P. **Curso De Direito Constitucional**. 33ª Ed., 2018.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010, p. 12.

²⁰ SARLET, I.W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.68

de todos, na medida em que preceituou, desde seu preâmbulo, o patente papel estatal quanto à proteção da personalidade humana, assumindo a responsabilidade de resguardar os cidadãos face a qualquer tipo de preconceito ou discriminação, bem como de assegurar dentre outros direitos, a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade.

Assim, esses valores devem fundamentar as soluções dos conflitos sociais de modo que a legislação seja interpretada sob a perspectiva da dignidade humana, uma vez que se trata de um princípio em caráter universal. Sob esse entendimento segundo Paulo Bonavides a densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, por conseguinte, máxima, e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se achem consubstanciados.²¹

Nessa conjuntura verifica-se em todo o texto constitucional pode-se identificar normas que ratificam o disposto no preâmbulo. O inciso III do artigo 1º dispõe como resguardada a dignidade da pessoa humana. Já o inciso IV do artigo 3º do texto constitucional institui como um dos objetivos fundamentais da República a promoção do bem de todos, sem distinção de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Ora, essa previsão garante, por consequência, o livre exercício da liberdade de orientação sexual e identidade de gênero.

Por sua vez, o artigo 5º garantiu uma série de direitos fundamentais como a isonomia, a igualdade, a liberdade, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada e a autonomia privada. Destaque-se o inciso XLI, que prevê a punição legal para qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Conforme se verifica, o texto constitucional, ao instituir a promoção da garantia da liberdade, abrangeu a questão da liberdade de escolha, que está intimamente relacionada com a orientação sexual e identidade de gênero, possibilitando a punição legal para atos ofensivos a estas faculdades.

Sendo assim, o exemplo símbolo da seguridade dessas garantias foi a Decisão proferida, em maio de 2011, que julgou conjuntamente a ADI nº 4277 e a ADPF nº 132, concedendo status de família à união homoafetiva, bem como lhe garantindo especial proteção do Estado. Senão vejamos:

²¹ BONAVIDES, P. **Curso De Direito Constitucional**. 33ª Ed., 2018.

EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA[...].²²

Note-se que o ministro Carlos Ayres Britto teve seu voto acompanhado pela Corte, no sentido de dar ao art. 1.723, do Código Civil, uma interpretação em conformidade com a Constituição, excluindo dele qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, porquanto entende-se essa como sinônimo perfeito de família, reconhecimento esse que deve ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva, uma vez que a respectiva decisão é dotada de efeito vinculante e eficácia erga omnes .

A referida decisão do STF demonstrou, desse modo, a materialização de princípios e direitos assegurados pelo ordenamento jurídico preceituados na Carta Magna, ao consagrar princípios constitucionais como o da igualdade, uma vez que todas as pessoas têm direito a igual respeito e consideração, merecendo o reconhecimento da sua identidade.

Além disso, consagrou também o princípio da liberdade, no sentido de afirmar que a união homoafetiva é fato lícito, vez que pode-se fazer o que a lei não interdita. Isto é, os indivíduos têm o direito de fazer suas próprias escolhas existenciais pautadas pelo princípio da liberdade, e estarão resguardados pelo o direito fundamental de escolha quanto a orientação sexual e identidade de gênero, escolha essa a qual os demais deverão respeito.

Ademais, a destacável e notória decisão consagrou ainda o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual orienta todo o nosso ordenamento jurídico, considerando que ninguém deve ser usado como meio para a realização dos projetos alheios, e, ao impedir que alguém manifesta a sua sexualidade da maneira como deseja se estaria, portanto, utilizando da

²² Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4277 DF. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011.

liberdade de um indivíduo como forma de instrumento dos projetos de outrem.

Conforme se vê, a decisão corrobora e ratifica que, notadamente, o direito é uma ciência dinâmica, uma vez que deve, na medida do possível, seguir junto à dinâmica das transformações sociais.

Ora, a inserção do princípio da dignidade da pessoa humana como embaixador da Constituição Federal de 1988, contribuiu, portanto, com a busca por uma sociedade mais consciente em que pese as noções de justiça e igualdade atribuídas pelo princípio da dignidade, pelo princípio da igualdade, pelo princípio da liberdade, pelo a inviolabilidade da intimidade e vida privada das pessoas, na medida em que eles apoiam o combate à todas as formas de discriminação e preconceito face ao direito de exercê-los.

De acordo com Paulo Bonavides nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana²³. Nesse ponto, verificou-se que os tribunais brasileiros passaram a acompanhar essa tendência, vez que os mencionados princípios passaram a integrar as suas decisões, senão vejamos o que asseverou Rothenburg:

O reconhecimento da natureza normativa dos princípios implica afastar definitivamente as tentativas de se os caracterizar como meras sugestões ou diretivas (desideratos ou propostas vãs), a fim de que deles possa ser extraído todo o significado dos valores que encerram, com o cuidado de impedir que sejam estes tornados inócuos por uma retórica “mitificadora” e enganosa, frequentemente empregada para os princípios. Embora, normalmente, os princípios realizem melhor todas suas potencialidades quando desenvolvidos e particularizados por outras normas jurídicas, em casos-limites (como ausência, insuficiência ou inadequação destas) pode-se deduzir uma pretensão específica e resolver uma questão concreta com supedâneo somente em princípios jurídicos.²⁴

Nesse cerne, quaisquer manifestações de discriminação fundadas na orientação sexual ou na identidade de gênero configurariam, pois, desrespeito à dignidade da pessoa humana, o que vai de encontro ao princípio maior da norma constitucional. Isto porque, preconceitos fundados em fatores injustificáveis não devem legitimar restrições a direitos. Sob estes preceitos devem estar protegidos todos os cidadãos, posto que são universais.

3.1 Do direito à liberdade sexual

²³ BONAVIDES, P. **Curso De Direito Constitucional**. 33ª Ed., 2018.

²⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 81.

É possível compreender o direito à liberdade sexual como oriundo de todos os demais princípios fundamentais. No que diz respeito ao princípio da liberdade, assegurado no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, a garantia de que o indivíduo possa conduzir sua vida da forma que melhor convir, direciona ao reconhecimento da autonomia da moral para que os indivíduos tomem as suas próprias decisões da maneira que entenderem convenientes, ressalvado o não prejuízo a terceiros.

Ora, a liberdade, em sentido amplo, significa que as pessoas são livres para fazer aquilo que a lei não proíba. Desse modo, assim como as relações heteroafetivas, as relações homoafetivas são fatos lícitos em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que o Direito não interdita tais condutas.

Nesse contexto, a sexualidade está acalentada no leque de abrangência do direito à liberdade, uma vez que constitui a condição humana de forma intrínseca, isto é, a sexualidade integra a própria natureza do ser humano, porquanto integra a dignidade humana. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

A sexualidade integra a própria condição humana. É um direito humano fundamental que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível. Ninguém pode realizar-se como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, albergando a liberdade da livre orientação sexual. O direito de tratamento igualitário independente da tendência sexual. A sexualidade é um elemento integrante da própria natureza humana e abrange a dignidade humana. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. Sem liberdade sexual o indivíduo não se realiza, tal como ocorre quando lhe falta qualquer outra das chamadas liberdades ou direitos fundamentais.²⁵

Desta feita, não seria compatível que um indivíduo tivesse a liberdade de viver sua vida desfrutando da plena liberdade quanto a sua orientação sexual e a sua identidade de gênero, ao passo que o Direito não lhe resguardasse a proteção devida quando da ocorrência de atos atentatórios ao exercício de sua liberdade, vez que é certo o igual respeito e consideração

²⁵ DIAS, Maria Berenice. **Liberdade de orientação sexual na sociedade atual**. Palestra proferida no I Fórum SEMIRA pela Igualdade, promovido pela Secretaria de Estado de Políticas para Mulheres e Promoção da Igualdade Racial – SEMIRA, em 5.12.2007, em Goiânia – GO Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_632\)53__liberdade_de_orientacao_sexual_na_sociedade_atual.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_632)53__liberdade_de_orientacao_sexual_na_sociedade_atual.pdf)>. Acesso em: 15/06/2018.

jurídica a todas as pessoas em suas particularidades, desde que não prejudiquem terceiros.

Nessa conjuntura, para Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, a liberdade de consciência nada mais é do que a faculdade que possui o indivíduo de formular juízos e ideais sobre si mesmo e sobre o meio externo que o circunda, além disso, afirmam que o Estado não pode interferir nessa esfera íntima do indivíduo, e, portanto, não lhe cabe impor concepções filosóficas aos cidadãos. Por conseguinte, se é dado o direito à liberdade, que possibilita o indivíduo a fazer suas escolhas existenciais e formular seus próprios valores, não pode o Estado intervir nesta seara, principalmente quando se trata da esfera íntima e individual de cada ser humano.²⁶

No mesmo sentido assevera Paulo Roberto Vecchiatti:

Um conceito de liberdade material exige a possibilidade de as pessoas realizarem determinado ato ou manter determinado comportamento lícito, sem que, para isso sofram algum tipo de discriminação. Do contrário, estar-se-ia diante de uma concepção formal de liberdade, desprovida de qualquer materialidade, o que deve ser rechaçado.²⁷

Em relação ao princípio da igualdade, assegurado pelo artigo 5º da Constituição Federal conforme se verifica “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 a propriedade”²⁸, na medida em que configurou consagrado o direito à igualdade pelo dispositivo constitucional, restaram, de maneira implícita, vetadas as condutas discriminatórias e, assim, as que manifestem desrespeito à liberdade sexual dos demais indivíduos.

Assim como a dignidade da pessoa humana, o direito à igualdade tem alcance universal, logo, todo e qualquer indivíduo deve gozar igualmente e sem discriminações do pleno exercício de sua liberdade sexual.

Não obstante, imperioso destacar que, muito embora a norma constitucional imponha a todos o respeito à diversidade pela previsão do princípio da igualdade, parece que a falta de uma proibição expressa quanto ao tratamento desigual em razão da orientação sexual

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo G.G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva 2007.

²⁷ VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti; DIAS, Maria Berenice (coord.). **Constitucionalidade (e dever constitucional) da classificação da homofobia e da transfobia como racismo: Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 2a.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

²⁸ **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15/06/2018.

ou da identidade de gênero acabar por tornar a proibição implícita da norma esquecida.

Para tanto, a tomada de providências com o intuito de combater a discriminação e o preconceito em face do direito à liberdade sexual dos indivíduos é medida possível para que se chegue ao prisma da igualdade em sentido material, qual seja tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades.

Deve-se sempre lembrar que todos estão resguardados pelos princípios fundamentais, portanto qualquer indivíduo poderá receber o tratamento desigual em razão de uma situação problema onde haja uma relação de desequilíbrio. Dentro da conjuntura tratada, se alguém comete ato que atenta à liberdade sexual de outrem, deverão estes, portanto, receber tratamento desigual, por meio da tomada das medidas cabíveis e necessárias ao estabelecimento da igualdade.

Para sermos mais específicos, um sujeito heterossexual, homossexual, cisgênero, transgênero ou qualquer que seja, que atravesse situação de discriminação, preconceito ou violência motivada por sua orientação sexual ou sua identidade de gênero, estará sofrendo ato atentatório ao seu direito de liberdade sexual, restando desrespeitados os princípios fundamentais norteadores da Carta Magna. Diante de situações como essa, deverá intervir o Estado sob o seu papel de proteção à inviolabilidade dos direitos fundamentais com vistas a reestabelecer a ordem e o respeito ao princípio universal da dignidade da pessoa humana. Nessa conjuntura, salienta Rios:

Quando a Constituição fala da proibição de discriminação por motivo de sexo, na verdade está fazendo uma declaração de proibição de discriminação por orientação sexual explícita. Em que sentido? A discriminação por motivo de orientação sexual pode ser entendida logicamente como uma espécie de discriminação por motivo de sexo. Por quê? Caso João se relacione com Maria, será tratado de uma forma; caso se relacione com José, será tratado de forma diferente. Nesse exemplo, fica evidente que o sexo da pessoa com quem João se relaciona é que determinará o tratamento por ele recebido.²⁹

Corrobora Rothenburg nesse sentido:

A igualdade significa, portanto, evitar discriminações injustificáveis, proibindo-se o tratamento desigual de quem esteja numa mesma situação, bem como promover distinções justificáveis, oferecendo um tratamento desigual para quem esteja numa situação diferenciada (injusta).³⁰

²⁹ RIOS, Roger Raupp. **O Princípio da Igualdade e a discriminação por orientação sexual: A homossexualidade no direito brasileiro e no norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2002, p.162.

³⁰ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 354

No que concerne ao princípio da autonomia privada, é o garantidor de que a vontade seja respeitada, ou seja, os indivíduos detêm a capacidade de autodeterminar seus próprios comportamentos, suas condutas, bem como de fazer suas próprias escolhas existenciais pautadas pela liberdade, sejam elas quanto à roupa que se quer vestir, aonde de quer ir ou não ir, ao modo que deseja contratar ou ainda com quem se quer relacionar. Nas palavras de Luís Roberto Barroso “Não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos é privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência”³¹.

Destaque-se ainda, o direito à intimidade e o direito à vida privada também previstos no artigo 5º da Constituição Federal ao estabelecer que “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Muito embora, direito à intimidade seja quase sempre considerado como sinônimo do direito à privacidade, a Constituição Brasileira, ao incluir em seu texto a proteção dos direitos à intimidade e à vida privada, os assegurou como dois institutos ou tipificações distintas.

Nessa conjuntura, a intimidade compreenderia uma esfera mais íntima, mais particular e reservada do ser humano, seria, portanto:

O núcleo mais restrito da vida privada, uma privacidade qualificada, na qual se resguarda a vida individual de intromissões da própria vida privada, reconhecendo-se que não só o poder público ou a sociedade podem interferir na vida individual, mas a própria vida em família, por vezes, pode vir a violar um espaço que o titular deseja manter impenetrável, mesmo aos mais próximos, que compartilha consigo a vida cotidiana.³²

Já o direito à vida privada ou à privacidade diz respeito a:

O conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito. Embarca todas as manifestações das esferas íntimas, privadas e da personalidade, que o texto constitucional consagrou. A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo.³³

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 17, p. 105-138, jan./jun. 2011, p. 124

³² SERRANO, Vidal. **A proteção constitucional da informação e o direito a crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997.

³³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

De sorte que, ambas as proteções abrangem, pois, o exercício da liberdade sexual da qual gozam os indivíduos em suas esferas íntima e privada, uma vez resguardam a identidade de gênero com a qual um indivíduo se identifica ou pretende manifestar, assim como resguardam a sua orientação sexual, isto é, com quem se quer, quando se quer e de que maneira se quer manter relações afetivas ou sexuais.

A orientação sexual e a identidade de gênero são características subjetivas dos indivíduos, questões que não seguem normas ou padrões objetivos, motivo pelo qual não é aceitável sua publicidade ou condenação, tendo em vista que não envolvem direito de terceiros. Para Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] não se coloca em causa que o direito à vida privada consiste, a exemplo do que emblematicamente já se disse no direito norte americano, no direito de estar só, no sentido, portanto, de um direito a viver sem ser molestado pelo Estado e por terceiros no que toca aos aspectos da vida pessoal, afetiva, sexual e familiar. Em causa, portanto, está o controle por parte do indivíduo sobre as informações que em princípio apenas lhe dizem respeito, por se tratar de informações a respeito de sua vida pessoal, de modo que se poderá mesmo dizer que se trata de um direito individual ao anonimato. Dito de outro modo, o direito à privacidade consiste num direito à ser deixado em paz, ou seja, na proteção de uma esfera autônoma da vida privada, na qual o indivíduo pode desenvolver a sua individualidade, inclusive e especialmente no sentido da garantia de um espaço para seu recolhimento e reflexão, sem que ele seja compelido a determinados comportamentos socialmente esperados.³⁴

Por conseguinte, é possível ainda ressaltar, que a liberdade sexual é pautada, ainda, pela proteção de outros bens da personalidade como o direito à identidade, o direito à imagem e o direito ao corpo. Ademais, ela pode ser compreendida como a faculdade que possuem os indivíduos de afirmar a sua orientação sexual e sua identidade de gênero, assim como de manifestá-las por meio de seu comportamento, de seu modo de agir e de sua aparência, bem quanto a seu modo de falar, de se vestir, de andar e assim por diante.

Desta feita, é necessário cuidado para que a norma constitucional não seja interpretada de maneira restritiva, mas no sentido de reconhecer a liberdade de cada indivíduo conduzir a sua vida da forma que achar que deve, incluindo-se aí suas relações afetivas e seu próprio reconhecimento individual, norteados pelo pluralismo social e garantindo-lhes o respeito à intimidade. Já o Estado tem o dever de assegurar que a lei conceda a todos a igualdade de oportunidades, de maneira que cada pessoa possa conduzir sua vida da forma que lhe é mais conveniente, ressalvados prejuízos a terceiros, com escopo no princípio da liberdade.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 393-394.

Ademais, sob o ponto de vista dos direitos fundamentais supramencionados, é plenamente compatível a utilização do próprio Direito como instrumento de proteção quando de atos atentatórios à orientação sexual e à identidade de gênero, posto que o princípio da liberdade sexual resguarda a inviolabilidade de ambos. Não obstante, há de se asseverar que todos os indivíduos, indistintamente, sejam gays, bissexuais, heterossexuais, assexuais, pansexuais, transgênero, cisgênero e demais, podem e devem ser sujeitos da referida proteção, em que pese o caráter universal dos direitos fundamentais.

3.2 Do atual tratamento jurídico posto

Partindo para uma análise do cenário brasileiro, é fato que já tramita em pauta no Congresso Nacional a temática da criminalização da homofobia³⁵ a um certo tempo, considerada uma questão polêmica em razão das discussões que promove entre, predominantemente, os cristãos conservadores e os liberais pró LGBT. Com as eleições de 2014, houveram duas frentes, quais sejam: a frente apoiada pelos indivíduos mais conservadores na figura do candidato Aécio Neves, e a frente apoiadora das causas LGBT na figura da candidata Dilma Rousseff, a qual logo que eleita anunciou via redes sociais oficiais um compromisso firmado com a busca da criminalização da homofobia.

Frise-se que tal debate veio à tona por meio do levante e imponentia das próprias frentes de luta da causa LGBT, como o Grupo Gay da Bahia (GGB), já supracitado, que passou a coletar dados e divulgar relatórios anuais, contemplando o número de vítimas LGBT fatais, com um prognóstico de aumento do número dessas vítimas por volta do ano de 2013 em diante.

Interessante ressaltar que, de acordo com Borillo³⁶, a conduta enquadrada por esses grupos como homofóbica, também poderia atingir outros sujeitos que não os gays, lésbicas, transexuais ou bissexuais, na medida em que é completamente factível a ocorrência de situações onde o alvo da ofensa seja um homem heterossexual que manifesta um expressão de gênero afeminada ou delicada, bem como uma mulher heterossexual que revele uma expressão de

³⁵ Homofobia é todo tipo de atitude em que se percebe qualquer nível de aversão, repulsa, desrespeito e ódio a pessoas que possuem identidade de gênero e orientação sexual que diferem das heteronormativas.

³⁶ BORRILLO, Daniel. **A homofobia**. In: LIONÇO&DINIZ, 2009, p.18.

gênero com vestimentas usuais do vestuário masculino, por exemplo³⁷.

Dando continuidade, ressalte-se ainda que criminalização da homofobia não está baseada em criar um tipo penal chamado homofobia, imputando a ela uma pena fixa, uma vez que a homofobia pode estar associada com diversos tipos penais já existentes.

Desta feita, os atuais projetos de lei que visam criminalizar a homofobia alteram um ou mais tipos penais acrescentando-lhes, como elementar, causa de aumento de pena ou qualificadora, a motivação por preconceito de identidade ou orientação sexual.

É exatamente nesse ponto que reside um dos grandes cerne dessa questão, tendo em vista que esses projetos de lei são amplamente taxados como criminalizantes apenas de condutas homofóbicas, o que contribui e dá enfoque à discussão entre conservadores e liberais, ponto esse que será tratado mais adiante. Passemos a examinar então alguns dos projetos de lei que contemplam essa situação.

O mais conhecido projeto de lei dentre aqueles que visam criminalizar a homofobia é o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 122, de 2006³⁸, cuja autoria foi a Deputada Federal Iara Bernardi, que foi arquivado no ano de 2014. Bom, o PLC 122/06, quando tramitava no Senado Federal, continha diretrizes a alterar a Lei de Racismo, Lei 7716/89, e o Código Penal, no que tange ao crime de injúria, visando criminalizar a discriminação motivada unicamente pela orientação sexual ou pela identidade de gênero, com a seguinte Ementa “Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, e o § 3º do art. 140 do Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para definir e punir os crimes de ódio e intolerância resultantes de discriminação ou preconceito.”.

Cabe salientar que preconceito e discriminação possuem significados distintos, visto que o preconceito se materializa quando há um juízo mental negativo manifestado, ao passo que a discriminação diz respeito ao tratamento propriamente diferenciado por motivações preconceituosas.

Nesse cerne, no que diz respeito à Lei de Racismo, o PLC 122/06 ampliaria sua abrangência para também prever punição para os crimes resultantes de preconceito de gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero. Ora, a Lei 7716/89³⁹ que atualmente mantém seu texto original, pune os crimes resultantes de procedência de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional.

³⁷ BORRILLO, Daniel. **A homofobia**. In: LIONÇO&DINIZ, 2009, p.18.

³⁸ SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei da Câmara nº 122**, de 2006.

³⁹ BRASIL. **Lei 7.716**, de 5 de janeiro de 1989.

Em seu primeiro artigo, a Lei de Racismo determina os tipos de preconceito passíveis de punição enquanto os artigos seguintes descrevem as condutas puníveis, bem como suas respectivas penas. Já o artigo 20, por exemplo, pune a prática, indução ou incitação à discriminação ou preconceito.

Nesse contexto, o PLC 122/06 previa a alteração exatamente dos artigos 1 e 20 para incluir na lista prevista na lei os preconceitos de gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero, além de incluir um parágrafo único ao artigo 8, que puniria a conduta de impedir ou restringir a expressão e a manifestação de afetividade em locais públicos ou privados abertos ao público de pessoas com as características previstas no art. 1º desta Lei, sendo estas expressões e manifestações permitidas às demais pessoas.

Se houvesse sido aprovado o mencionado Projeto de Lei da Câmara, a homofobia tornaria a ser considerada crime e punível, tal qual o racismo e demais crimes resultantes de preconceito. Ademais, o projeto⁴⁰ visava alterar ainda o Código Penal, na medida em que incluiria no tipo penal da injúria qualificada, a utilização pelo agente de expressões voltadas à ofensa do gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero. À época destacou o professor

Pierpaolo

Cruz

Bottini:

A discriminação, por sua vez, é a antítese da dignidade e a negação do pluralismo. Por isso, a linha da política criminal brasileira é o progressivo combate ao preconceito, seja racial (Lei 7.716/89), por motivos religiosos (artigo 280 do Código Penal), ou por outras razões. O Projeto de Lei 122 segue essa tendência, vedando a discriminação pela opção sexual porque tal conduta afeta a autonomia do indivíduo ao negar-lhe liberdade para construção de seu mundo de vida. A realização da justiça, como diz Honneth, depende da proteção de um contexto social de reconhecimento recíproco, e esse contexto é incompatível com o discurso discriminatório.⁴¹

Outro nesse mesmo sentido foi o Projeto de Lei do Senado nº 31, de 2010⁴², cujo autor foi o Senador José Nery. Diferentemente do anterior, esse projeto previa o aumento da pena do crime de homicídio em 1/3 caso fosse motivado por discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, orientação sexual ou procedência nacional, sendo prevista aplicação dessa mesma alteração para o crime de lesão corporal.

Esse projeto também aspirava alterar a legislação posta no sentido de inserir uma previsão de punição à discriminação homofóbica, contudo o projeto direcionou-se à punir as

⁴⁰ SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 31**, de 2010.

⁴¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **É legítimo o projeto de lei que criminaliza o preconceito**. 27 de novembro de 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-27/direito-defesa-legitimo-projeto-criminalizar-preconceito>>. Acesso em: 15/06/2018.

⁴² Atividade Legislativa. **Projeto de Lei da Câmara nº 31, de 2010**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/96399>>. Acesso em: 15/06/2018.

condutas cujo resultado fosse morte ou lesão corporal. O PLS 31/2010, igualmente, encontra-se arquivado desde o fim do ano de 2014.

Mais um dos projetos levantados foi o Projeto de Lei do Senado nº 457, de 2011⁴³, cujo autor foi o Senador Pedro Taques. Esse, incluiria como circunstância qualificadora do crime de injúria, a utilização de elementos de orientação sexual e identidade de gênero, bem como aumentaria as penas dos crimes contra a honra.

Esse projeto foi enviado para tramitar junto com o PLS 236/12, o Projeto do Novo Código Penal, também chamado de Anteprojeto de Código Penal⁴⁴, cujo autor é Senador José Sarney. Esse Projeto de Lei do Senado foi idealizado por uma Comissão de Juristas, com presidência do Ministro Gilson Dipp, com o intuito de unificar as leis penais extravagantes, bem como adequar a legislação penal às mudanças em curso na sociedade.

O projeto propõe uma séria de mudanças à legislação penal, além de buscar a promoção de avanços no que diz respeito ao combate de práticas preconceituosas motivadas por sexo, identidade ou orientação sexual.

O PLS 236/12, propunha em sua parte geral que a motivação por preconceito de orientação sexual e identidade de gênero fosse uma agravante genérica⁴⁵, e no que tange ao crime de homicídio, o preconceito de orientação sexual e identidade de gênero seria equiparado a motivo torpe, tornando-o homicídio qualificado⁴⁶. Já em relação ao crime de lesão corporal dolosa, leve ou grave, o preconceito de identidade ou orientação sexual seria causa de aumento de pena⁴⁷.

Em que pese os crimes contra a honra, somente para o crime de injúria, a utilização de elementos referentes à identidade ou à orientação sexual converteria como crime de injúria qualificada⁴⁸. Ademais previa o projeto a criação do tipo penal do crime de terrorismo⁴⁹, o qual inexistia no Direito Penal brasileiro, essa modalidade também faria referência às práticas de preconceito cuja objeto fosse o sexo, a identidade ou a orientação sexual, senão vejamos:

Art. 239. Causar terror na população mediante as condutas descritas nos parágrafos

⁴³ SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 457**, de 2011.

⁴⁴ SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 236**, de 2012 – Segunda Parte – Anteprojeto de Código Penal.

⁴⁵ *Ibidem*, art. 77, III, n, p.28.

⁴⁶ *Ibidem*, art. 121, §1º, I, p.44.

⁴⁷ *Ibidem*, art. 129, §7º, II, p.49.

⁴⁸ *Ibidem*, art. 138, §1º, p.53.

⁴⁹ *Ibidem*, art. 239, p.97.

deste artigo, quando: [...]

III – forem motivadas por preconceito de raça, cor, etnia, religião, nacionalidade, sexo, identidade ou orientação sexual, ou por razões políticas, ideológicas, filosóficas ou religiosas.

Mais uma previsão desse projeto seria tipificar como crime de genocídio também as condutas que visionem a destruição, parcial ou total, de um grupo, em detrimento de sua identidade de gênero ou orientação sexual, vejamos então:

Genocídio

Art. 459. Praticar as condutas descritas nos incisos abaixo com o propósito de destruir, total ou parcialmente, um grupo, em razão de sua nacionalidade, idade, idioma, origem étnica, racial, nativa ou social, deficiência, identidade de gênero ou orientação sexual, opinião política ou religiosa.⁵⁰

Além dos casos já citados, também seria tipificado o crime de tortura, com a inclusão da motivação por discriminação ou preconceito face à identidade ou à orientação sexual, qual seja:

Art. 468. Constitui crime de tortura:

I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, ou após ter-lhe reduzido a capacidade de resistência, causando-lhe sofrimento físico ou mental: [...]

c) por motivo de discriminação ou preconceito de gênero, raça, cor etnia, identidade ou orientação sexual, religião, procedência nacional ou regional, ou por motivo assemelhado.⁵¹

Assim como o já mencionado PLC 122/06, o PLS 236/12 previa alteração no que tange aos crimes de racismo e resultantes de preconceito e discriminação, na medida em que a discriminação ou preconceito motivados pela identidade e pela orientação sexual também estariam previstos dentre os possíveis elementos subjetivos desse tipo penal. Também seriam puníveis as práticas de indução ou incitação à discriminação ou ao preconceito de identidade e orientação sexual.

Perceptível que o Anteprojeto de Código Penal que o PLS 236/12 foi, dentre todos, o que buscou tratar de maneira mais enfática a punição para as práticas que envolvem condutas determinadas em razão do preconceito ou discriminação por identidade e por orientação sexual, uma vez que trouxe previsões para vários crimes, quais sejam: homicídio, lesão corporal,

⁵⁰ Ibidem, art. 459, p. 165.

⁵¹ Ibidem, art. 468, p. 169.

injúria, terrorismo, genocídio, tortura e crimes de preconceito.

Não obstante, hoje o PLS não faz mais menção a essas tipificações, pois durante a tramitação do projeto foi aprovado um novo projeto⁵², o qual retirou do texto todas as previsões supramencionadas. Nesse sentido, destaca Flávio Tartuce:

Para regulamentar o comando constitucional, a Lei 7.716/89 criminaliza o preconceito de raça ou de cor. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso atentam contra o preconceito em razão da idade. O Estatuto da Igualdade Racial visa a evitar a discriminação em face da cor. No entanto, a vedação constitucional de preconceito em razão de sexo - que alcança a discriminação por orientação sexual ou identidade sexual - prossegue sem uma legislação.⁵³

Ora, todos esses mencionados projetos foram notadamente qualificados como anti-homofóbicos, como se o aspecto de criminalização por eles tratado abrangesse tão somente as situações em que a vítima fosse um indivíduo gay, bissexual, transexual ou destoante do heterossexual.

O que se verifica na realidade é que os textos de todos esses projetos mencionavam a punição de condutas em que o objeto fosse o preconceito ou a discriminação em decorrência da sexualidade ou identidade de gênero em caráter geral, ou seja, todo e qualquer sujeito estaria sim protegido nas situações previstas caso restasse aprovado algum desses projetos de lei.

Nesse contexto, destaque-se ainda que esse caráter de taxatividade dos projetos retira de foco a real preocupação jurídica que deveria ser objeto de preocupação social, qual seja a ofensa ao direito de liberdade sexual dos indivíduos.

Muito se falou, que os projetos de lei estariam prevendo privilégios a determinado grupo social, no entanto, conforme já demonstrado, estava prevista a igual proteção penal para todos. Ao taxar a lei como anti-homofóbica é criado um cenário de disputa política idealizadora, pois é erguido um muro ondem existem dois lados que se preocupam em defender ideais, notadamente a frente conservadora e a frente pró-LGBTBI. Tanto que tais projetos de lei foram, predominantemente, rechaçados pela chamada bancada religiosa parlamentar.

⁵² SENADO FEDERAL. **Parecer da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 236**, de 2012.

⁵³ TARTUCE, Flávio. **Homofobia é crime?** Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822455/homofobia-e-crime-prof-maria-berenice-dias>>. Acesso em: 15/06/2018.

Some-se ainda, que, ao contrário do que foi difundido, nenhum desses projetos de lei visava criminalizar tão somente a homofobia. Ao contrário disso, eles visavam criminalizar a discriminação fundada por orientação sexual e por identidade de gênero, logo, se, por exemplo um homem fosse vítima de discriminação em detrimento da sua heterossexualidade, estaria amparado pelos dispositivos legais.

A orientação sexual é expressão que engloba homossexualidade, heterossexualidade e bissexualidade, já a identidade de gênero é expressão que engloba travestilidade, transexualidade e cisgeneridade. Portanto, todo e qualquer indivíduo seria sim sujeito digno das proteções previstas.

3.3 Das previsões jurídicas de outros países

No que tange ao enfretamento dessa temática no mundo afora vemos alguns pontos destacáveis. Com o término da Segunda Guerra Mundial, deu-se início a um movimento da comunidade internacional para ressalvar a proteção dos direitos humanos. Por meio dos tratados internacionais, a comunidade internacional passou a obrigar os Estados a melhorar a condição dos indivíduos, bem como a lhes garantir direitos fundamentais.

Frise-se que a discriminação negativa é conduta obstada pelas convenções e declarações internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) estabelece:

Artigo VII: Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.⁵⁴

Em 1977, a Comissão Européia de Direitos do Homem declarou a propósito que o direito ao respeito da vida privada, reconhecido pelo artigo 8º da Convenção, asseguraria aos indivíduos a liberdade de perseguir o desenvolvimento de sua personalidade e de estabelecer relações com as pessoas, notadamente depreende-se, aquelas de cunho sexual.

⁵⁴ **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 15/06/2018.

Já em 1980, a Comissão Europeia de Direitos do Homem admitiu que aquele direito englobaria um outro: o direito à integridade sexual, protegendo particularmente os indivíduos mais vulneráveis e incapazes de se defenderem.

Nesse diapasão, ao passo que, no Brasil, as discussões sobre a questão ganharam espaço na sociedade, tendo em vista a apresentação dos diversos Projetos de Lei pelos parlamentares ao Congresso Nacional, os quais, de forma semelhante, propõem alterar um ou mais tipos penais, seja por meio do aumento de pena ou da qualificação específica quando a motivação do crime for pautada por preconceito ou discriminação por identidade de gênero ou orientação sexual, vários países, além de Organismos Internacionais já regulamentam a proteção do cidadão contra crimes praticados em decorrência de preconceito ou discriminação por identidade de gênero ou orientação sexual.

Em 2006, foi aprovada a Lei de Ações Anti-Discriminação na Noruega, cujo objetivo foi de promover a igualdade de oportunidade e direitos, bem como prevenir qualquer tipo de discriminação. A aprovação da referida lei promoveu a alteração do Código Penal, incluindo em seu artigo 135 a discriminação por orientação sexual ou estilo de vida.

Já em 2007, houve alteração do Código Penal português. Foi determinado no artigo 132, II, "f", como circunstância agravante, o homicídio qualificado por motivo de ódio, inclusive no tocante à orientação sexual, e, no artigo 240, tipificou-se especificamente como crime a homofobia e instituiu-se penalidades para qualquer forma de discriminação por motivo de orientação sexual, raça ou credo.

Em 2009, foi aprovada uma alteração na legislação dos Estados Unidos, com aplicação no âmbito federal, trouxe a inclusão dos elementos identidade de gênero e orientação sexual na tipificação e nas qualificadoras de crimes contra a pessoa. A referida alteração constante na chamada *THE MATTHEW SHEPARD HATE CRIMES*⁵⁵, em seu preâmbulo instituiu “a violência motivada por orientação sexual é matéria de ordem nacional e que os Estados e as autoridades locais são responsáveis pela prevenção e combate a violência por discriminação”.

Continuamente, em 2010, foi estabelecida a ampla proteção contra a discriminação no Reino Unido. Dentre as motivações previstas na *Equality Act 2010 Chapter 5*⁵⁶ estavam a deficiência, a mudança de sexo, o casamento, a raça, a religião ou a crença, o gênero e a

⁵⁵ *THE MATTHEW SHEPARD HATE CRIMES PREVENTION ACT OF 2009*. Disponível em: <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-111shrg56684/pdf/CHRG-111shrg56684.pdf>>. Acesso em: 15/06/2018.

⁵⁶ *Equality Act 2010*. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/part/9/chapter/5>>. Acesso em: 15/06/2018.

orientação sexual.

Já na América do Sul, em 2011, a Colômbia aprovou a Lei n. 1482⁵⁷ a qual consolidou alterações em seu Código Penal e incluiu a previsão de penalidades para atos de discriminação promovidas em função de gênero ou de orientação sexual.

Ainda no continente sul americano, em 2012, foi aprovada a Lei 20.609⁵⁸ no Chile. Também chamada de *Ley Zamudio*, instituiu a promoção de medidas protetivas contra a discriminação, bem como destacou a inclusão dos elementos orientação sexual e identidade de gênero como motivadores dos atos discriminatórios, os quais restaram criminalizados.

Conforme resta visível, todas as legislações que intentaram propiciar a proteção do direito em questão incluíram em seus textos as expressões gênero, identidade de gênero e orientação sexual. Fato esse demonstra que tais previsões, apesar de atenderem aos clamores do movimento LGTB quanto ao combate à constante violência de que é alvo esse grupo, revelam que tal protetividade subsiste em caráter de abrangência geral, ou seja, todos os cidadãos dos mencionados países verão seus direitos tutelados no que tange a sua orientação sexual ou sua identidade de gênero.

Nesse direcionamento, frise-se a reflexão de Rios:

Pode-se argumentar que a orientação sexual não está na Constituição. Mas precisaria estar? [...] Orientação sexual é um problema de minorias ou de todos? Todos têm orientação sexual. Não estou falando do direito dos homossexuais, mas de direitos fundamentais de todos. Quando me refiro à proibição de discriminação por orientação sexual, não estou me referindo ao direito dos heterossexuais, mas ao direito de todos. A expressão da orientação sexual deve ocorrer de forma livre, sob pena da liberdade não se perpetuar. Assim, o que se almeja, em verdade, é uma liberdade de expressão sexual.⁵⁹

Por conseguinte, arremata Rios:

Levados a sério, os valores da liberdade, da igualdade e dignidade podem ser concretizados sem a restrição dos significados atribuídos, de modo hegemônico, às

⁵⁷ **LEY 1482 DE 2011**. Disponível em:

<http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1482_2011.html>. Acesso em: 15/06/2018.

⁵⁸ **LEY NÚM. 20.609**. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1042092>>. Acesso em: 15/06/2018.

⁵⁹ RIOS, Roger Raupp. **O Princípio da Igualdade e a discriminação por orientação sexual: A homossexualidade no direito brasileiro e no norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2002, p.162.

noções de heterossexualidade, de homossexualidade e de bissexualidade.⁶⁰

Portanto, o que se verifica nas legislações que implementaram avanços nesse âmbito é o fomento da proteção à igualdade, à identidade e à liberdade sexual de todo e qualquer indivíduo, tendo em vista o seu aspecto de combate à discriminação e ao preconceito, conforme os preceitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelas motivações amplamente mencionadas, sem, contudo, especificar ou direcionar que sujeitos estariam sob a referida proteção, inobstante muitos acreditam que tais avanços são na realidade mudanças pró-LGTBI, as quais estariam guardando privilégios para este grupo.

Ora, se o objetivo das modificações legislativas é lutar contra preconceito e discriminação não faria sentido lógico que direcionassem proteção apenas as pessoas ditas LGTBI, pois dessa forma haveria uma discriminação em detrimento de outros sujeitos que restariam desprotegidos de amparo legal para as mesmas situações em que aqueles estariam protegidos.

Ademais, conforme já afirmado, as questões de identidade de gênero e orientação sexual estão ligadas à própria peculiaridade humana, isto é, são inerentes ao ser humano, seja em razão de fatores biológicos, genéticos, psicológicos, ou da própria liberdade individual de escolha, elas são características do ser humano que podem variar em cada indivíduo, assim como a cor da pele, a etnia e a opção religiosa.

Destarte, assim como não se deve aceitar manifestações de discriminação e preconceito fundadas em características essenciais dos seres humanos, não se deve distinguir tratamento legal quanto à proteção de um mesmo direito para diferentes sujeitos, sob pena de estar, dessa forma, promovendo a discriminação.

Desta feita, as previsões legais descritas demonstram estar em correta consonância com os ideais pautados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, a despeito do que afirma a crítica opositora.

⁶⁰ RIOS, Roger Raupp. **O Princípio da Igualdade e a discriminação por orientação sexual: A homossexualidade no direito brasileiro e no norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2002, p.86.

3.4 Da liberdade de expressão e seus limites

Outro ponto relevante à presente análise é a recorrente discussão pautada na dicotomia liberdade de expressão e discurso de ódio, visto que uma das principais justificativas dos que se opõem à aprovação dos projetos de lei reside na afirmativa de que a criminalização das condutas previstas nos projetos afrontaria o princípio da liberdade de expressão.

Nesse cerne, o direito à liberdade enquanto princípio constitucional, garante o, mais específico, direito à liberdade de expressão, conforme o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, resta garantido o direito de todo e qualquer indivíduo de manifestar seu pensamento, opinião, atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, sem censura, desde que vedado o anonimato. Este direito é inalienável, intransferível, irrevogável e irrenunciável, constituindo-se como um dos pilares de uma sociedade democrática, juntamente com a igualdade e liberdade, senão vejamos:

Com efeito, a liberdade de expressão é um direito fundamental dos indivíduos, entendida como liberdade de consciência e de crença, e está intrinsecamente relacionada à livre manifestação de ideias, opiniões, posições e pensamentos, de interesse público ou não, providos de importância e valor ou não, por meio de qualquer meio de comunicação, não podendo esse direito ser restringido por ninguém. Em suma, a liberdade de expressão só pode ser plenamente garantida se os indivíduos tiverem a possibilidade de manifestar seus pontos de vista segundo suas convicções, seja na esfera pública ou privada.⁶¹

Imperioso destacar que a liberdade de expressão é um direito fundamental, mas não um direito absoluto. Muito embora a Constituição garanta aos cidadãos o direito da liberdade de expressão, essa liberdade não significa fazer tudo o que quiser, posto a necessidade de respeitar a esfera de liberdade alheia. Portanto, havendo abusos quando do exercício indevido da manifestação do pensamento, notadamente pautado pelo discurso de ódio quanto às questões de orientação sexual e identidade de gênero, restará configurado ato atentatório à liberdade sexual alheia, nesse sentido,

A liberdade de expressão é a máxima dentro das liberdades clássicas, constituindo um direito de primeira geração. É, em regra, um direito que exige uma abstenção do Estado na sua tutela. No entanto, seu domínio não é um campo ilimitado nem absoluto e pode ser restringido em nome da ponderação de outros bens jurídicos igualmente expressivos, devendo qualquer regulação à liberdade de expressão ser realizada com

⁶¹ SANTOS, Gustavo Ferreira, et al. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio no Brasil**. Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – v. 16, n. 3, p. 227-255, set./dez. 2014.

cautela, de modo a não retroceder à censura.⁶²

Consoante o exposto, é certo que garantia da liberdade de expressão tutela toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos.

Isto é, embora haja a garantia à liberdade de expressão como princípio constitucional, jamais configuraria válido que determinados indivíduos fizessem uso desse direito de maneira inescrupulosa, manifestando preconceito ou discriminação, posto que haveria em ofensa aos alvos daquele manifesto.

Ora, a liberdade de expressão não isentará o manifestante de ser responsabilizado civil ou criminalmente se o conteúdo de suas expressões violar a honra de alguém ou incitar o ódio. Porquanto essa garantia não deve ser utilizada como forma de expressão de ódio, preconceito ou discriminação direcionados a determinados sujeitos ou grupos sociais, o que ocorre, por exemplo, com o racismo, na medida em que um direito garantido constitucionalmente incorre a outros direitos e princípios também garantidos pela nossa constituição, quais sejam o princípio da igualdade, o princípio da liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta feita, houvesse aprovação de projeto de lei que criminalizasse atos que atentem à liberdade sexual dos indivíduos, quanto à esfera da orientação sexual e da identidade de gênero, não estaria configurada censura ou violação ao princípio da liberdade de expressão, uma vez que ele não caminha sozinho e não é absoluto. Haveria, pois, uma ferramenta de reparo para quando se ultrapassasse os limites da liberdade de expressão, ferindo os demais princípios fundamentais, visto que a liberdade de expressão é um direito constitucionalmente protegido enquanto não afronta outros direitos e valores igualmente tutelados e amparados pelo Constituição Federal de 1988.

Ao passo que as manifestações contrárias ou favoráveis a ideias fazem parte do convívio democrático, não devem promover diferenciação daqueles que optam por determinada religião, ideologia ou que manifestam determinada orientação sexual, identidade de gênero, sob pena de incorrer ato atentatório à dignidade humana, fato que colabora com a legitimidade da criminalização de tais atos.

⁶² Ibidem.

4 A LIBERDADE SEXUAL DEVE SER PROTEGIDA PELO DIREITO PENAL?

Importante examinar alguns aspectos do Direito Penal que corroboram com o presente estudo. É certo que um ordenamento jurídico se faz necessário ao convívio social, vez que restaria inviável viver em uma sociedade sem regras, sejam elas advindas da moral e dos costumes, regras informais, bem como de um conjunto de normas de ordem jurídica, regras formais.

Nessa seara, o Direito Penal, que constitui espécie do gênero ordenamento jurídico, e, se diferencia das demais áreas, na medida em que só será acionado quando a conduta perpetrada afetar bens jurídicos especialmente protegidos, merecedores de uma objeção mais rigorosa por parte do Estado. Em outras palavras, o que diferencia as normas penais das demais nada mais é do que as consequências oriundas daquelas, notadamente mais graves. Conforme Bittencourt:

O Direito Penal regula as relações dos indivíduos em sociedade e as relações destes com a mesma sociedade. Os bens protegidos pelo Direito Penal não interessam ao indivíduo, exclusivamente, mas a coletividade como um todo. A relação existente entre o autor de um crime e a vítima é de natureza secundária, uma vez que esta não tem o direito de punir. Mesmo quando dispõe da *persecutio criminis* não detém o *ius puniendi*, mas tão somente o *ius accusationes*, cujo exercício exaure-se com a sentença penal condenatória. Consequentemente, o Estado, mesmo nas chamadas ações de exclusiva iniciativa privada, é o titular do *ius puniendi*, que tem, evidentemente, caráter público.⁶³

Portanto o Direito Penal, tem como objetivo proteger os bens jurídicos mais importantes à própria sobrevivência da sociedade. Para tanto, utiliza como instrumentos a cominação, a execução e a aplicação da sanção. Inobstante, a sanção não configura a finalidade maior do Direito Penal, posto que constitui apenas um meio de que o Estado se vale para efetuar a tutela dos bens jurídicos.

Desse modo, a imperatividade das leis penais encontra sua referência na Constituição Federal, na medida que busca a protetividade dos bens jurídicos, os quais encontram-se preceituados na Carta Magna, de sorte que a Constituição Federal impõe normas que tem como propósito evitar a discriminação e o preconceito, principalmente por meio dos direitos fundamentais nela afirmados, notadamente os direitos e garantias individuais,

⁶³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral 1**. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p.33.

importando, nesse sentido, registrar a norma prevista no art. 5º, inciso XLI, a qual dispõe que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, bem assim:

Em termos gerais, podemos sustentar que a Constituição figura como um quadro referencial obrigatório da atividade punitiva, contendo decisões valorativas fundamentais para a elaboração de um conceito de bem jurídico prévio à legislação penal e ao mesmo tempo obrigatório para ela. Nesse contexto, a atividade do legislador penal encontra seu objeto premeditado por uma ordem de valores ditada pela Constituição, que se faz, por essa razão mesma, pré-constituída ao legislador.⁶⁴

O raciocínio é de que, se atentados os bens jurídicos resguardados pelos princípios constitucionais, caberá ao Direito Penal intervir na violação por intermédio de uma cominação legal punitiva. Desta feita, o Direito Penal foi criado para intervir quando houver ofensa aos bens jurídicos tutelados e considerados importantes pela nossa sociedade, há, portanto, uma proteção aos valores essenciais do corpo social. Ora, essa proteção incorre por meio da intimidação, quando é aplicada a sanção penal para os que infringem a norma jurídica.

Nesse diapasão, esse poder punitivo, de intimidação deverá ser exercido para atingir os fins almejados pela sociedade política, de modo que a Constituição e a base e o limite para a criminalização e para o Direito Penal, dirigindo a atividade do legislador na busca em alcançar o objetivo do constituinte e contribuindo para construção de um Estado eficiente e projetado na persecução de metas propiciadoras de transformação social e da tutela de interesses de dimensões ultraindividual e coletivas, exaltando, continuamente, o papel instrumental do direito penal.⁶⁵ Nessa seara,

É de se reconhecer que há permissão constitucional para a tutela da igualdade em razão da orientação sexual, haja vista tratar-se de corolário da autodeterminação e do princípio da igualdade da pessoa humana. Constituindo-se, portanto, em bem jurídico passível de tutela penal.⁶⁶

Porquanto, é importante adentrar no conceito de bem jurídico. Notadamente, os bens jurídicos possuem uma conotação de indispensabilidade ao desenvolvimento social, senão vejamos o que asseveram Bianchini, Molina e Gomes:

⁶⁴ FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 30.

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p.35.

⁶⁶ MASIERO, Clara Moura. **O movimento LGBT e a homofobia: novas perspectivas de políticas sociais e criminais**. Porto Alegre: Criação Humana, 2014, p. 123-124.

É o bem relevante para o indivíduo ou para a comunidade (quando comunitário não se pode perder de vista, mesmo assim, sua individualidade, ou seja, o bem comunitário deve ser também importante para o desenvolvimento da individualidade da pessoa) que, quando apresenta grande significação social, pode e deve ser protegido juridicamente. A vida, a honra, o patrimônio, a liberdade sexual, o meio-ambiente etc. são bens existenciais de grande relevância para o indivíduo.⁶⁷

Afirmam ainda que,

O bem jurídico-penal, por seu turno, compreende os bens existenciais (pessoais) valorados *positivamente* pelo Direito e protegidos dentro e nos limites de uma determinada relação social conflitiva por uma norma penal (bem jurídico-penal = bem existencial + valoração positiva + tutela por uma norma penal). Sendo certo que a norma penal somente tutela o bem no contexto de uma relação conflitiva.⁶⁸

Consoante os bens jurídicos podem ser compreendidos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.

Nessa conjuntura, de acordo com Roxin⁶⁹, o Direito Penal é subsidiário da proteção de bens jurídicos, devendo o legislador buscar na Constituição os bens que lhe cabe proteger com suas sanções, afirma também, que a noção de bem jurídico está intimamente ligada aos preceitos e princípios do Estado Social e Democrático de Direito, perfazendo as fronteiras que restringem a atuação jurídico-penal e permitindo uma coexistência pacífica e livre aos seus cidadãos, mediante a garantia dos direitos humanos.

Nesse ponto destaque-se a ponderação de Cruz:

Entende a doutrina, quer a nacional, quer a estrangeira, que o critério de dignidade penal é conferido pela Constituição. É esta que vai fixar os bens jurídicos fundamentais e determinar, explícita ou implicitamente, sejam eles tutelados pelo Direito Penal. Assim, os valores constitucionais fundamentais vão merecer esta forma extrema de proteção.⁷⁰

Conforme se verifica, a Constituição é norteadora do Direito Penal, notadamente

⁶⁷ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal. Introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Coleção Ciência Criminais, v.1., p.232.

⁶⁸ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal. Introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Coleção Ciência Criminais, v.1., p.233.

⁶⁹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.30.

⁷⁰ CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. **A culpabilidade nos crimes ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.55.

no que tange aos bens jurídicos carecedores de proteção, uma vez que os direitos constitucionalmente garantidos é que determinam quais são os bens jurídicos que merecem a tutela do Direito Penal. Portanto, deve-se colocar o olhar sobre os princípios fundamentais, já descritos no presente estudo, posto que deles serão extraídos os notáveis bens jurídicos objetos da tutela penal.

No que diz respeito ao aspecto do ato de criminalizar condutas, é necessário ter por base os bens e objetivos que, passados pela valoração do legislador constitucional, são postos como estrutura e finalidade jurídica da comunidade, conforme o artigo 3º da Constituição Federal de 1988, que preceitua “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”.

Desta feita, o Direito Penal não deve se afastar de sua função primordial e que o legitima, qual seja, a de proteção dos bens jurídicos essenciais à sociedade, proporcionando, por conseguinte, condições para a coexistência pacífica e equilibrada entre os cidadãos, em consideração aos valores da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos fundamentais, fixando e reafirmando esses valores sociais mais importantes, e atuando com os limites ditados pelo *ius puniendi*, o direito de punir.

4.1 Do Princípio da Intervenção Mínima ou *Ultima Ratio* do Direito Penal

Consoante o disposto, importante asseverar que o sistema de proteção aos bens jurídicos do qual dispõe o Direito Penal não é ilimitado, na medida em que a sua intervenção somente restará legitimada quando os demais ramos ou setores do direito se forem incapazes ou ineficientes no que tange à referida proteção. Em outras palavras, o Direito Penal, em que pese o seu caráter fragmentário, bem como sua natureza subsidiária só estará legitimado a intervir somente quando fracassam os outros modos de proteção a bens jurídicos tutelados.

Nesse diapasão, conforme já demonstrado no presente estudo, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, bem como postulou a inviolabilidade da dos direitos à liberdade, à igualdade, à privacidade, à intimidade, entre outros, de modo que a limitação a esses direitos e

também garantias constitucionais somente se justifica quando houver ofensa ou ameaça de maneira que a intervenção do Direito Penal e a aplicação da sua consequência jurídica, sejam fundamentalmente necessárias.

O exposto preleciona o Princípio da Intervenção Mínima, segundo o qual o Direito Penal apenas deverá criminalizar determinado comportamento quando a sua intervenção perfazer o meio necessário à proteção de bens jurídicos ou à defesa de interesses juridicamente indispensáveis à coexistência harmônica e pacífica da sociedade.

Por conseguinte, imperioso asseverar que o Direito Penal não servirá de instrumento único para o controle social, tendo em vista o seu caráter de intervenção mínima, posto que sua atuação que deve ser subsidiária, utilizada como o último remédio ou a *ultima ratio*. Nesse sentido, vejamos o que entende o Superior Tribunal Federal:

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL – CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL – DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADES DE TELECOMUNICAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO (LEI Nº 9.472/97, ART. 183) – SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO COMUNITÁRIA – DOCTRINA E PRECEDENTES – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR”. - **O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade.** - O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICASE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada esta na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Precedentes. Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduziíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. (RHC 122464 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/06/2014, PROCESSO

Desta feita, em que pese a temática tratada, cabe salientar que não se deve esperar do Direito Penal o único remédio para tratar dos atos que atentem à liberdade individual. Ora, eleger a repressão penal nem sempre é a melhor alternativa, na medida em que é cabível o uso de políticas de educação e conscientização como precedentes à criminalização. Não obstante, quando os referidos instrumentos se mostrarem incapazes para evitar determinados comportamentos que ofendam o exercício pleno da liberdade à orientação sexual e à identidade de gênero, deverá intervir o Direito Penal quando do seu papel de proteção dos bens jurídicos, notadamente a liberdade sexual.

4.2 Dos Princípios da Legalidade e da Reserva Legal

O princípio da legalidade e o da reserva legal existem para restringir as atividades do Estado quando da interferência na esfera dos indivíduos, porquanto o Estado só pode interferir na vida das pessoas e nas suas relações dentro dos ditames da lei, assim como cada indivíduo só pode interferir na vida de outrem respeitando os preceitos legais.

Note-se que, de acordo com o princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência deste fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente.

Ao passo que o princípio da reserva legal estabelece que somente a lei, em sentido estrito, poderá definir as condutas criminosas e estabelecer as sanções penais cabíveis, de sorte que medidas provisórias, decretos, e demais diplomas legislativos não podem estabelecer condutas criminosas nem determinar sanções.

Esses princípios constituem senão uma limitação ao poder estatal para interferir na esfera das liberdades individuais, visto que a Constituição Federal de 1988, preleciona tal princípio em seu artigo 5º, inciso II, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. ”. Porquanto a legalidade e a reserva legal

⁷¹ Superior Tribunal de Justiça STJ – **RECURSO EM HABEAS CORPUS: RHC 82497 PI 2017/0068649-6**. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/457801401/recurso-em-habeas-corpus-rhc-82497-pi-2017-0068649-6?ref=juris-tabs#!> >. Acesso em: 15/06/2018.

permitem aos particulares a liberdade de agir e todas as limitações, positivas ou negativas, deverão estar expressas em leis.

Uma vez que a Constituição Federal Brasileira em seu artigo 1º, inciso III estabeleceu como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, além de prenotar como invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e a propriedade, assim manifestando seu artigo 5º resta evidente que o Direito Penal é das ciências jurídicas, àquela que deve lidar com a máxima cautela e cuidado, tendo em vista que protege os maiores direitos humanos, e em detrimento disso revela as mais drásticas punições aos criminosos.

Nesse sentido, de acordo com Aníbal Bruno:

O rigor dessa limitação e a força dessas garantias estão no princípio que faz da lei penal a fonte exclusiva de declaração dos crimes e das penas, o princípio da absoluta legalidade do direito punitivo, que exige a anterioridade de uma lei penal, para que determinado fato, por ela definitivo e sancionado, seja julgado e punido como crime.⁷²

Porquanto, a limitação a esses direitos ou garantias constitucionais somente se justifica quando houver ofensa ou ameaça em grau que a intervenção do Direito Penal e a aplicação da sua consequência jurídica, qual seja, a pena criminal, sejam estritamente necessárias.

Desta feita, estabelecidas normas jurídicas expressas, o poder do Estado restará limitado no que tange a atuar de forma discricionária, obrigando-se a seguir critérios jurídicos predeterminados, observando primordialmente o princípio notório e delimitador do convívio social, qual seja o da dignidade da pessoa humana, além de amparar e proteger os direitos e liberdades individuais.

Nesse ínterim, uma vez que os princípios constitucionais já amplamente reiterados no presente estudo são norteadores do Direito e do convívio em sociedade, devem ser parâmetros a serem seguidos tanto pelo legislador, quando na criação das leis, quanto pelos operadores do Direito, de sorte que depreende-se que princípio da legalidade tem como atribuição garantir as liberdades do indivíduo, seja não o privando os indivíduos de sua liberdade plena, seja restringindo os indivíduos que agem em desacordo dos referidos princípios, interferindo no exercício da liberdade de outrem.

⁷² BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, PG. 1ª Ed. Forense: Rio de Janeiro. 1956. p. 192.

Tem-se, portanto, que, respeitando os princípios da legalidade e da reserva legal, não se pode punir algo que não é punível por lei, o poder punitivo do Estado se restringe totalmente na norma jurídica expressa, portanto, de forma que os responsáveis pela aplicação da lei, devem aplicar as sanções na forma e nos limites estabelecidos na lei.

Por outro lado, é este mesmo princípio que autoriza a punição de condutas que ofendem a dignidade da pessoa humana, e, notadamente, a ofensa na esfera de liberdade sexual da qual devem gozar os indivíduos no que tange a sua orientação sexual e a sua identidade de gênero, desde que hajam dispositivos legais que amparem tal punição.

Com base, portanto, nos princípios da legalidade e da reserva legal, configura também possibilitada implementação de dispositivos legais que prevejam punição aos atos atentatórios à liberdade sexual, amparada na função do Direito de proteger os direitos e liberdades individuais.

CONCLUSÃO

As garantias fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988 são basilares e devem nortear o tratamento e a proteção oferecidos aos cidadãos. Dentre essas garantias encontra-se o direito à liberdade sexual, cujo preceito é reforçado pelos demais direitos fundamentais.

A orientação sexual e a identidade de gênero são elementos integrantes da própria natureza dos seres humanos e abrangem a dignidade humana. Todo e qualquer indivíduo tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sua liberdade sexual, posto que sem ela o indivíduo não se realiza, à semelhança do que ocorre quando lhe falta qualquer outra das chamadas garantias ou direitos fundamentais.

Desse modo, quaisquer manifestações de discriminação, preconceito e violência fundadas na orientação sexual ou na identidade de gênero configuram, portanto, desrespeito à liberdade sexual, o que vai de encontro ao princípio maior da norma constitucional: a dignidade da pessoa humana.

Trata-se, pois, a liberdade sexual de uma garantia pautada nos princípios fundamentais, de maneira que pode e deve o ordenamento jurídico brasileiro se valer de mecanismos legislativos com o objeto de ajustar a manutenção do livre exercício desse direito por todo e qualquer indivíduo, posto que configura um direito universal. De tal sorte é plenamente compatível a utilização do próprio Direito como instrumento de proteção quando de atos atentatórios à orientação sexual e à identidade de gênero, posto que o princípio da liberdade sexual resguarda a inviolabilidade de ambos. Outrossim, há de se asseverar que todos os indivíduos, indistintamente, sejam homossexuais, bissexuais, heterossexuais, assexuais, pansexuais, transgênero, cisgênero e demais, podem e devem ser sujeitos da referida proteção, em que pese o caráter da universalidade dos direitos fundamentais.

Porquanto, qualquer indivíduo que vivencie situação de discriminação, preconceito ou violência motivada por sua orientação sexual ou sua identidade de gênero, estará sofrendo ato atentatório ao seu direito de liberdade sexual, restando desrespeitados os princípios fundamentais norteadores da Carta Maior. Diante de situações como essa, deverá intervir o Estado sob o seu papel de proteção à inviolabilidade dos direitos fundamentais com a finalidade de reestabelecer a ordem e o respeito ao princípio universal da dignidade da pessoa humana.

No que tange a liberdade de expressão enquanto direito fundamental, este não pode isentar o manifestante de ser responsabilizado civil ou criminalmente se o conteúdo de suas expressões violar a honra de alguém ou incitar o ódio. Dessa forma, se houvesse a aprovação de um projeto de lei que criminalize atos que atentem à liberdade sexual dos indivíduos, na esfera da orientação sexual e da identidade de gênero, não estaria configurada censura ou violação ao princípio da liberdade de expressão, uma vez que ele não caminha sozinho e não é absoluto.

Não obstante, apesar da criação de alguns projetos de lei voltados para a questão tratada, nenhum deles foi aprovado, porquanto, o que se verifica até o presente momento é o silêncio do Poder Legislativo brasileiro sobre a essa temática, notadamente na área penal, a qual não prevê nenhuma sanção para aqueles que incidem em atos atentatórios ao pleno exercício da liberdade sexual, em contrapartida ao que já é previsto em diversas legislações internacionais.

Ao Direito Penal cabe intervir quando houver ofensa aos bens jurídicos tutelados e considerados importantes pela nossa sociedade. A noção de bem jurídico está intimamente ligada aos preceitos e princípios do Estado Social e Democrático de Direito.

Por conseguinte, em que pese o entendimento de que a orientação sexual e a identidade de gênero consolidam o pleno exercício da liberdade sexual, pautada no direito à liberdade, garantido pela Carta Magna, resta evidente que a sexualidade é sim um bem jurídico e que deve ser tutelado por nosso ordenamento, por meio da criminalização de atos que atentem o seu exercício, haja vista vir consubstanciado nos princípios da liberdade, da igualdade, do respeito à intimidade, da privacidade, bem como em outros princípios garantidos pela Constituição, permitindo concluir que a proteção da pessoa e sua dignidade é dever do Estado, com vistas a garantir uma vida livre de discriminação e pautada no bem estar, com a possibilidade de que as condutas que violem esta disposição possam ser objeto de criminalização pelos fundamentos expostos.

Por fim, é imperioso frisar que a tipificação penal não possui finalidade pedagógica, ou seja, não ensina a tolerância e o bom convívio em sociedade, posto que essa finalidade deve ser promovida por outros mecanismos, quais sejam, o uso de políticas de educação e conscientização, que devem preceder à criminalização. Somente quando os referidos instrumentos se mostrarem incapazes de evitar determinadas condutas, as quais ofendam o exercício pleno da liberdade à orientação sexual e à identidade de gênero e que deverá intervir o Direito Penal atuando no seu papel de proteção do bem jurídico, notadamente a liberdade sexual.

REFERÊNCIAS

Arte Drag: Expressão Drag Queens tem significado maior do que costumam imaginar. Disponível em: <<https://agenciauva.net/2018/04/20/arte-drag-expressao-drag-queens-tem-significado-maior-do-que-costumam-imaginar/>>. Acesso em: 15/06/2018.

Atividade Legislativa. **Projeto de Lei da Câmara nº 31, de 2010.** Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/96399>>. Acesso em: 15/06/2018.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.** Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010, p. 12.

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil.** Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 17, p. 105-138, jan./jun. 2011, p. 124

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal. Introdução e princípios fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Coleção Ciência Criminais, v.1., ps.232 e 233

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral 1.** 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p.33.

BONAVIDES, P. Curso De Direito Constitucional. 33ª Ed., 2018.

BORRILLO, Daniel. **A homofobia.** In: LIONÇO&DINIZ, 2009, p.18.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito.** Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2010, ps. 46 e 55

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **É legítimo o projeto de lei que criminaliza o preconceito.** 27 de

novembro de 2012. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2012-nov-27/direito-defesa-legitimo-projeto-criminalizar-preconceito>>. Acesso em: 15/06/2018.

BRASIL. **Lei 7.716**, de 5 de janeiro de 1989.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, PG. 1ª Ed. Forense: Rio de Janeiro. 1956. p. 192.

CECCARELI, Paulo Roberto. **A invenção da homossexualidade**. Bagoas: Revista de Estudos Gays. Natal: EDUFRN, n. 02, p. 71-93, 2008. EDUFRN, n. 02, 2008, p. 43.

CHOERI, R. C. S., **O conceito de identidade e a redesignação sexual**, ps. 53 e 85.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15/06/2018.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. **A culpabilidade nos crimes ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.55.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**, 2008 p. 165.

Dia Internacional do Orgulho Gay. Disponível em: <<https://www.calendarr.com/brasil/dia-internacional-do-orgulho-gay/>>. Acesso em: 15/06/2018

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 15/06/2018.

DIAS, Maria Berenice. **Liberdade de orientação sexual na sociedade atual**. Palestra proferida no I Fórum SEMIRA pela Igualdade, promovido pela Secretaria de Estado de Políticas para Mulheres e Promoção da Igualdade Racial – SEMIRA, em 5.12.2007, em Goiânia – GO
Disponível em:

<[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_632\)53__liberdade_de_orientacao_sexual_na_sociedade_atual.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_632)53__liberdade_de_orientacao_sexual_na_sociedade_atual.pdf)>. Acesso em: 15/06/2018.

Equality Act 2010. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/part/9/chapter/5>>. Acesso em: 15/06/2018.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 30.

Grupo Gay da Bahia. Disponível em: <<http://www.ggb.org.br/welcome.html>>. Acesso em: 15/06/2018

História da Homossexualidade. Disponível em: <<https://camminus.wordpress.com/2012/07/01/historia-da-homossexualidade/>>. Acesso em: 15/06/2018

International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans e Intersex Association. Disponível em: <<https://ilga.org/>>. Acesso em: 15/06/2018.

LEY 1482 DE 2011. Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1482_2011.html>. Acesso em: 15/06/2018.

LEY NÚM. 20.609. Disponível em: < <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1042092>>. Acesso em: 15/06/2018.

LOURO, Guacira Lopes. **Corpo, escola e identidade.** In: Educação e Realidade, Jul/dez. 2000, p.65.

MASIERO, Clara Moura. **O movimento LGBT e a homofobia: novas perspectivas de políticas sociais e criminais.** Porto Alegre: Criação Humana, 2014, p. 123-124.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo G.G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva 2007.

PRETES; VIANNA, **História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo**. 2007, p. 316.
Disponível em:
<https://www.academia.edu/4545409/Hist%C3%B3ria_da_criminaliza%C3%A7%C3%A3o_da_homossexualidade_no_Brasil>. Acesso em: 15/06/2018

RIOS, Roger Raupp. **O Princípio da Igualdade e a discriminação por orientação sexual: A homossexualidade no direito brasileiro e no norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2002, ps. 86 e 162.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, ps. 81 e 354

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.30.

SANTOS, Gustavo Ferreira, et al. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio no Brasil**. Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – v. 16, n. 3, p. 227-255, set./dez. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 393-394.

SARLET, I.W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.68

SENADO FEDERAL. **Parecer da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 236**, de 2012.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei da Câmara nº 122**, de 2006.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 236**, de 2012 – Segunda Parte – Anteprojeto de Código Penal.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 31**, de 2010.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 457**, de 2011.

SERRANO, Vidal. **A proteção constitucional da informação e o direito a crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4277 DF. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011.

STJ, Recurso Especial nº 1.008.398 – SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Julgado em 15/10/2009). 15 Lei n.º 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5718884/recurso-especial-resp-1008398-sp-2007-0273360-5-stj/relatorio-e-voto-11878383>> Acesso em: 15/06/2018

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p.35.

Superior Tribunal de Justiça STJ – **RECURSO EM HABEAS CORPUS: RHC 82497 PI 2017/0068649-6**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/457801401/recurso-em-habeas-corpus-rhc-82497-pi-2017-0068649-6?ref=juris-tabs#!>>. Acesso em: 15/06/2018.

TARTUCE, Flávio. **Homofobia é crime?** Disponível em: <<https://flavioartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822455/homofobia-e-crime-prof-maria-berenice-dias>>. Acesso em: 15/06/2018.

THE MATTHEW SHEPARD HATE CRIMES PREVENTION ACT OF 2009. Disponível em: <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-111shrg56684/pdf/CHRG-111shrg56684.pdf>>. Acesso em: 15/06/2018.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ. Biblioteca Universitária. **Guia de normalização de trabalhos acadêmicos da Universidade Federal do Ceará**. Fortaleza, 2018.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti; DIAS, Maria Berenice (coord.). **Constitucionalidade (e dever constitucional) da classificação da homofobia e da transfobia como racismo: Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 2a.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.