

DA SEXUALIDADE HUMANA: DISCRIMINAÇÃO EM VIRTUDE DA ORIENTAÇÃO SEXUAL E DA IDENTIDADE DE GÊNERO

THE HUMAN SEXUALITY: DISCRIMINATION AS A RESULT OF SEXUAL ORIENTATION AND GENDER IDENTITY

Fernanda Moreira Benvenuto*

Luiz Geraldo do Carmo Gomes**

Resumo: A sexualidade humana ainda é um tabu e grande parte da população desconhece os seus desdobramentos por questões culturais ou religiosas. Faz-se necessário apresentar o conceito de diversidade sexual que consiste em toda manifestação da sexualidade humana e que se subdivide em três aspectos: sexo, gênero e orientação sexual. O sexo corresponde às características biológicas do indivíduo. Já o gênero trata-se de uma questão cultural, social e sobretudo psicológica. Enquanto a identidade de gênero consiste no que a sociedade atribui ao indivíduo. Por último, a orientação afetiva sexual é a manifestação sexual afetiva de um indivíduo pelo outro, independentemente do sexo, no qual se enquadram o homossexual, que é aquele que tem afinidade afetiva e sexual com pessoas do mesmo sexo; já o heterossexual, é aquele que possui desejos afetivos sexuais por indivíduos do sexo oposto; e quanto o bissexual, é aquele que tem desejo sexual por homem e/ou mulheres; o assexual, que não interesse pelo sexo e, por fim o pansexual, é aquele que tem desejo afetivo sexual por qualquer indivíduo. O termo homofobia é inapropriado porque se refere apenas ao homossexual devendo ser utilizado outro termo mais adequado, como a aversão a manifestação da orientação sexual e da identidade de gênero e trata-se de uma afronta ao Princípio da Dignidade Humana e aos direitos da personalidade, devendo haver políticas públicas de conscientização acerca do tema. Não é necessária a criação de um novo tipo penal para reprimir tal conduta, que só se configura como ilícito se for exteriorizada e materializada por uma ação tipificada como crime, podendo ser agravada como motivo torpe conforme o art. 61, inciso III, alínea “a”, do atual Código Penal. O anteprojeto do novo Código Penal disciplinou a manifestação da orientação sexual e a identidade de gênero como uma circunstância agravante no art. 77, inciso III, alínea “n”, todavia bastaria apenas aplicar o disposto na alínea “a” do mesmo dispositivo, que trata do motivo torpe.

Palavras chaves: Sexualidade. Criminalização. Homofobia.

Abstract: Human sexuality is still a taboo and a significant part of the population is unaware of its ramifications because of cultural or religious issues. It's necessary to introduce the concept of sexual diversity that consists in every human sexuality manifestation and subdivided into three aspects: sex, gender and sexual orientation. The Sex corresponds to the

*Cartorária em Maringá – PR, (2ª Vara de Família, Sucessões e Acidente de Trabalho). Discente do programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Unicesumar - Centro Universitário Cesumar. Especialista em Direito de Família à luz da Responsabilidade Civil pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2011). Graduada em Direito pela Faculdade Maringá (2006). Endereço eletrônico: fernanda_benvenuto@hotmail.com.

**Mestrando em Ciências Jurídicas e Graduado em Direito pelo Unicesumar - Centro Universitário Cesumar. Bolsista da Fundação Araucária/Capes. Professor Universitário na Faculdades Alvorada de Tecnologia e Educação de Maringá. Líder do grupo de pesquisa em Direito e Bioética: Tereza Rodrigues Vieira. Endereço eletrônico: lgcarmo@icloud.com.

biological characteristics of the individual. On the other hand, the genre is a cultural, social and psychological issue, above all. While gender identity consists in what the society assigns on the individual. Finally, the sexual affective orientation is a sexual manifestation of an individual for other, regardless the gender, in which fits the homosexual, which has emotional and sexual affinity by people of the same sex; heterosexual, who has sexual affective desires for the individuals of the opposite sex; bisexual, who has sexual desire for men and/or women; asexual, who has no interest in sex and pansexual, which has sexual affective desire by any person. The homophobia term is inappropriate because it only refers to the homosexual, that's why should be used another more appropriate term, as an aversion to the sexual orientation manifestation and gender identity and affronts the Human Dignity principle and the personality rights, why should have public awareness policies about the issue. It's not necessary to create a new criminal type to suppress such conduct, that can only be construed as illegal if externalized and materialized by an action typified as crime, and may be exacerbated as base reasons as fixed in art. 61, section III, paragraph "a" of current Penal Code. The draft of the new Penal Code regulates the sexual orientation expression and gender identity as an aggravating circumstance in art. 77, section III, paragraph "n", but it would be enough to apply the provisions of paragraph "a" of the same device, which deals about the base reasons.

Keywords: Sexuality. Criminalization. Homophobia.

1 INTRODUÇÃO

A sexualidade é de extrema importância, porque configura um direito da personalidade que está atrelado ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, logo, qualquer forma de discriminação baseada na orientação sexual e na identidade de gênero do indivíduo, desrespeita o princípio supracitado.

Saliente-se que atitudes preconceituosas que geram violência causam sofrimento, devendo assim ser extirpadas da sociedade por meio de políticas públicas, e se estas forem ineficazes não restará alternativa senão à criminalização.

Deste modo, para compreender a realidade atual quanto à aversão a manifestação da orientação sexual e a identidade de gênero, faz-se necessário entender o que é sexualidade humana, uma vez que a sexualidade humana ainda é um tabu e a maioria da população desconhece por questões culturais ou religiosas a diferença entre sexo, gênero e orientação sexual, o que acarreta preconceito, bem como a discriminação em virtude da orientação sexual e da identidade de gênero, violando os direitos da personalidade da vítima, assim como os direitos fundamentais.

Logo, discutir a sexualidade na vida de cada indivíduo desde o nascimento até a morte, é de extrema importância, pela carência de políticas públicas de conscientização acerca do

tema e a penalização dos atos atentatórios à dignidade da pessoa em virtude de sua orientação sexual e da identidade de gênero.

Por fim, faz-se necessário apresentar sugestões de “*lege ferenda*”, caso não haja respaldo do ordenamento jurídico em relação à discriminação baseada na orientação sexual do indivíduo e da identidade de gênero que configura desrespeito ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

2 DA HISTORICIDADE DA SEXUALIDADE

A sexualidade humana é uma questão que suscita inúmeras controvérsias desde a antiguidade, uma vez que envolve questões afetivas e papéis sociais, que senão correspondidos geram o preconceito e a discriminação.

Ressalte-se que a sexualidade sempre foi tratada tendo como fim a procriação, como por exemplo, na bíblia, o livro de Gêneses, capítulo 1, versículos 27 e 28, “criou Deus o homem e a mulher. E Deus os abençoou, e lhes disse: Frutificai e multiplicai-vos, e enchei a terra, e sujeitai-a; e dominai sobre os peixes do mar e sobre as aves dos céus, e sobre todo o animal que se move sobre a terra”.¹

Entretanto, a antropologia quando trata da sexualidade, em especial da homossexualidade, noticia a prática de rituais homossexuais há pelo menos 10.000 mil anos atrás nas tribos das ilhas de Nova Guiné, Fiji e Salomão, no oceano Pacífico.²

Segundo estudos relatados quanto à homossexualidade, Colin Spencer, afirma que nas tribos do pacífico norte eram praticados rituais de iniciação sexual com jovens de idade entre 12 e 13 anos, que eram penetrados por seus tios maternos, porque acreditavam que o esperma destes era essencial para aqueles se tornarem fortes, e assim passar da infância para a fase adulta.³

Na antiguidade, mais precisamente na Grécia, a homossexualidade também era comum e se manifestava no discurso de pensamentos filosóficos e do culto ao belo, como demonstra Platão em seus escritos:

Ora pois, o Amor de Afrodite Pandêmia é realmente popular e faz o que lhe

¹ GÊNESIS: In: *Bíblia Sagrada*: tradução da vulgata pelo Pe. Matos Soares. São Paulo: Edições Paulinas, 1982, p. 26.

² RODRIGUES, Humberto. *Amor entre iguais*. Belo Horizonte: Mythos Engenharia, 2004, p. 16.

³ SPENCER, Colin. *Homossexualidade, uma história*. Trad. Rubem M. Machado. Rio de Janeiro: Record, 1996, p. 17.

ocorre; é a ele que os homens vulgares amam. E amam tais pessoas, primeiramente não menos as mulheres que os jovens, e depois o que neles amam é mais o corpo que a alma, e ainda dos mais desprovidos de inteligência, tendo em mira apenas efetuar o ato, sem se preocupar se é decentemente ou não; daí resulta então que eles fazem o que lhes ocorre, tanto o que é bom como o seu contrário. Trata-se com efeito do amor proveniente da deusa que é mais jovem que a outra e que em sua geração participa da fêmea e do macho. O outro porém é o da Urânia, que primeiramente não participa da fêmea mas só do macho – e é este o amor aos jovens – e depois é a mais velha, isenta de violência; daí então é que se voltam ao que é másculo os inspirados deste amor, afeiçoando-se ao que é de natureza mais forte e que tem mais inteligência.⁴

Segundo Maria Berenice Dias “existiam manifestações homossexuais nas representações teatrais, em que os papéis femininos eram representados por homens transvestidos de mulheres ou usando máscaras com feições femininas”⁵, trazendo por sua vez as identidades de gênero, que naquela época não tinha o mesmo conceito de hoje, mas existia a troca do papel social.

Já no Império Romano, as relações afetivas sexuais entre um romano e um homem livre não eram aceitas, mas entre um romano e um escravo não havia discriminação. A passividade na relação sexual era reprovada, porque só mulheres e escravos é que desempenhavam este papel.⁶

Porém, já no fim do Império Romano, Justiniano, em 533 D.C., passou a punir a homossexualidade com a fogueira e a castração, alegando que tal prática não era um ato aceito por Deus. Mas foi no século V, que surgiram as primeiras leis de repressão à homossexualidade.

Na China e no Japão as relações homossexuais eram tratadas também de forma natural. A homossexualidade era praticada pelos imperadores, sendo que estes possuíam inúmeros “favoritos”, havendo uma grande disputa na corte para se tornar um destes, em decorrência da riqueza e do prestígio que usufruíam.

Com o surgimento do “cristianismo”, passou-se a condenar toda e qualquer prática sexual estéril, ou seja, que não fosse com único intuito de procriar.

⁴ PLATÃO. *O Banquete*. São Paulo: Edipro, 2009, p. 181.

⁵ DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 24.

⁶ FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: A Vontade de Saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1993, p. 125.

Acrescente-se que os cristãos relacionavam a homossexualidade a comportamentos de animais considerados por eles impuros, e com o politeísmo, que é a crença em mais de uma divindade de gênero masculino, feminino ou indefinido.⁷

Segundo Willian Naphy:

A igreja católica reprovava a homossexualidade, como mais uma dentre outras atividades sexuais, sendo os mais graves o adultério e o incesto. Passou a reprová-lo com maior intensidade no século XII, época em que S. Anselmo reputava-o tão difundido, que ninguém dele se envergonhava (ao tempo, notabilizou-se a paixão de Ricardo I, Coração de Leão, da Inglaterra, por Felipe II, da França): pelo Concílio de Latrão (1.179), os padres homossexuais perderiam a sua condição clerical e seriam confinados em mosteiros, vitaliciamente, enquanto os leigos seriam excomungados.⁸

Porém, alguns estudiosos entendem que a repressão em relação a sexualidade estava mais ligada a questões políticas que religiosa.⁹

Conclui-se que a homossexualidade faz parte da história da humanidade, logo, a sexualidade é um tema que deve ser pesquisado, porque envolve outras manifestações da sexualidade, que estão inseridas na sexualidade humana.

3 DA SEXUALIDADE HUMANA

Atualmente o estudo da sexualidade humana é possível em decorrência dos movimentos sociais e políticos. Sexo e sexualidade são objetos de pesquisa e discussão em diversas searas do conhecimento, desde o início do século XX.¹⁰

Conceitua-se diversidade sexual como toda manifestação da sexualidade humana, porém este conceito é muito amplo, e pode gerar polêmica, pois existem manifestações de sexualidade humana que não se encontram na diversidade sexual, como por exemplo, as parafilias, muitas vezes associada à orientação afetiva sexual e que por sua vez estão vinculadas à pederastia.

A sexualidade humana está correlacionada à psicologia, a antropologia e a medicina para delimitar as práticas afetivas e sexuais dos seres humanos, e são subdivididas em três aspectos: sexo, gênero e orientação afetiva sexual.

⁷ SPENCER, Colin. *op. cit.*, p. 62.

⁸ NAPHY, Willian. *Born to be gay: a historia da homossexualidade*. São Paulo: 70, 2006, p. 22.

⁹ SPENCER, Colin. *op. cit.*, p. 74.

¹⁰ ADELMAN, Mírian. Paradoxos da identidade: a politica de orientação sexual no século XX. In.: *Revista de sociologia e política*. Curitiba v. 14. n. 1, p. 163 -171, 14 set. 2004.

O sexo corresponde às características biológicas que são os aparelhos reprodutores, seu funcionamento e às características decorrentes dos hormônios. O que determina as fêmeas é que estas têm vagina/vulva e os machos têm pênis, o que não determina a identidade de gênero, e muito menos, a orientação afetiva sexual da pessoa.

Já o Gênero não é uma característica biológica, por se tratar de uma questão cultural, social e acima de tudo psicológica. Enquanto a identidade de gênero, consiste na imposição inconsciente da sociedade para transformar o ser nascido com vagina ou pênis em mulher ou homem respectivamente.¹¹

Essa construção é realizada, reforçada, e também fiscalizada ao longo do desenvolvimento da criança principalmente, pelas instituições sociais, pela igreja, pela família e pela escola.

A orientação afetiva sexual é um desejo sexual e uma manifestação de vontade afetiva de um indivíduo pelo outro, a falta desta ou a pluralidade de desejo não caracteriza um distúrbio, mas sim uma das variantes das orientações sexuais, como por exemplo, o bissexual. Essa vontade/desejo se manifesta da natureza humana de se relacionar, interligada a reprodução e à perpetuação da espécie, mas não é necessariamente uma regra.

Ressalte-se que além da orientação afetiva sexual, no qual se enquadram o homossexual, heterossexual, bissexual, assexual e pansexual. Pode-se citar ainda as condições humanas oriundas da sexualidade, como por exemplo, o travesti, o transexual e o intersexual.

A sexualidade humana é parte integrante da personalidade, tendo o indivíduo o direito de descobri-la, desenvolvê-la e manifestá-la.

E segundo o psicanalista Jurandir Freire da Costa “nenhum argumento filosófico, científico ou de senso comum pode justificar condutas preconceituosas que venham constranger físico-moralmente o indivíduo no seu direito de auto realizar-se afetivo-sexualmente, se esta auto realização esta de acordo com os valores básicos da cultura democrática, pluralista, humanista e individualista do Ocidente.”¹²

Embora hoje o que prevalece é a heteronormatividade, onde as características biológicas do sexo é que determinam o gênero e a imposição do padrão heterossexual por uma questão histórica e reprodutiva.

¹¹ CARDIN, Valéria Silva Galdino; GOMES, Luiz Geraldo do Carmo. Das garantias constitucionais e da identidade de gênero. In: SIQUEIRA, Dirceu; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. *Sistema constitucional de garantias e seus mecanismos de proteção*. Birigui: Boreal, 2013, p. 402.

¹² COSTA, Jurandir Freire. A questão da identidade sexual. In: GRAÑA, Roberto B. *Homossexualidade: formulações psicanalíticas atuais*. Porto Alegre: Forense, 1995, p.16.

Acerca do tema Judith Butler afirma que a “regulação binária da sexualidade, suprime a multiplicidade subversiva de uma sexualidade que rompe as hegemonias heterossexual, reprodutiva e médico jurídica.”¹³

Exercer a sexualidade em uma sociedade onde a cultura, a religião e os costumes transformam a sexualidade em um tabu, atribuindo uma falsa idéia do que seja a manifestação da sexualidade humana, acarreta comportamentos preconceituosos, inclusive agressões físicas.

4 DO GÊNERO E DA IDENTIDADE DE GÊNERO

Desde o nascimento, comportamentos padronizados são transmitidos tanto para os homens quanto para mulheres. O conceito de gênero, em sua maioria, é relacionado a um conjunto de representações sociais, culturais, econômicos e até mesmos religiosos, construídos a partir da diferença biológica dos sexos.

Preceitua Judith Butler:

Como fenômeno inconsciente e contextual, o gênero não denota um ser substantivo; mas um ponto relativo de convergência entre conjuntos específicos de relações, cultural e historicamente convergentes.¹⁴

Enquanto o sexo diz respeito ao atributo biológico, hormonal e físico, onde indivíduos são classificados como machos e fêmeas, na construção do conceito de gênero adota-se o desenvolvimento da noção de “masculino” e “feminino”, enquanto construção social.

Acerca do tema Wilma da Silva assevera:

Descobrir e acessar os próprios desejos, numa sociedade que transforma o indivíduo em consumidor e o cidadão em mercadoria significa assumir (...) os sonhos e os projetos de vida. Significa, também, ser capaz de resignificar a relação familiar, e isso constitui, na atualidade, a via régia de acesso a novas possibilidades de ser homem e mulher.¹⁵

¹³ BUTLER, Judith. *Problemas de gênero. Feminismo e subversão da identidade*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 41.

¹⁴ Ibidem, p. 29.

¹⁵ SILVA, Wilma da. Relações familiares e questões de gênero. *Estudos – Revista da faculdade de ciências humanas da universidade de Marília*. Marília: Unimar, p. 15 - 45, 2000, p. 44.

Para Naele Ochoa Piazzetta “Se o gênero constitui o sujeito, a identidade sexual diz a forma com que a sexualidade é vivida.”¹⁶

As diferenças existentes no comportamento de homens e mulheres reflete na vivência da sexualidade de cada indivíduo, seja nos relacionamentos afetivos e até mesmo nas relações interpessoais costumeiras.

Porém, as relações de gênero são por sua vez norteadas pelos homens, que exercem essa prerrogativa, muitas vezes com violência, como diz a autora Heleieth Safioti, em que “a violência de gênero (...) não ocorre aleatoriamente, mas deriva de uma organização social de gênero que privilegia o masculino.”¹⁷ Essa organização social pautada na heteronormatividade e no machismo histórico não só atinge as relações de gênero, mas contribui para um desequilíbrio em relação ao princípio da igualdade preceituado no art. 5º da atual Constituição Federal.

As diferenças não devem ficar aprisionadas em padrões preestabelecidos, mas podem e devem ser vividas a partir da singularidade de cada um.

5 DAS ORIENTAÇÕES AFETIVAS SEXUAIS

A Orientação Afetiva Sexual considera a sexualidade como algo inerente à vida, à saúde e à personalidade do ser humano. As relações interpessoais afetivas sexuais nem sempre são por indivíduos do sexo oposto, conforme o padrão heteronormativo.

O fenômeno das manifestações afetivas sexuais podem ser classificados conforme Roger Raupp Rios, em “... desejos e/ou condutas sexuais, seja para pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), ou do sexo oposto (heterossexualidade) ou ambos os sexos (bissexualidade).”¹⁸

A Homossexualidade significa afinidade afetiva e sexual com pessoas do mesmo sexo, ou seja, homem com homem, mulher com mulher.

Para Regis Fernandes de Oliveira:

O homossexual é um excluído. Um pária. Alguém que é um ser humano, mas a ele não é garantido direito a uma vida digna, tal como preceituado na

¹⁶ PIAZZETA, Naele Ochoa. *O princípio da igualdade no direito penal brasileiro: uma abordagem de gênero*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 17.

¹⁷ SAFIOTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007, p.81.

¹⁸ RIOS, Roger Raupp Rios. *O Princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 95.

A raiz etimológica do termo homossexual foi cunhado no ano de 1869, pelo jornalista e escritor austro-húngaro Karl-Maria Kertbeny, do grego *homos* que significa “iguais” mais o lexema latino *sexus* denota “sexo”²⁰. O indivíduo com orientação sexual homo relaciona-se afetivamente e sexualmente com pessoas do mesmo sexo.

Já o termo heterossexual é aquele que tem desejos afetivos sexuais por indivíduos do sexo oposto. Na etimologia da palavra hetero vem do grego *heteros* que significa diferente e como já explanado no parágrafo acima sexo vem de *sexu* lexema latino.

Assevera o autor Regis Fernandes de Oliveira que:

A heterossexualidade tem sido identificada, ao longo da história e na maioria das civilizações como a prática sexual normal ou natural, por decorrer diretamente da função biológica relacionada com o instinto sexual reprodutor.²¹

Todavia, o indivíduo com orientação bissexual é aquele que tem o seu desejo sexual por homens e/ou mulheres, “vale ressaltar que, a bissexualidade é compreendida por muitos estudiosos como a condição inata do ser humano”.²²

Entretanto, esse trinômio sexual (homo, hetero e bi) são questionados por pesquisadores atuais.²³

Acerca do tema, Elisabete Regina Baptista de Oliveira acrescenta que “a falta de interesse pelo sexo tem sido associada a orientação do desejo sexual, recebendo o nome de assexualidade”.²⁴

Saliente-se, que a inexistência ou até mesmo a mera falta de desejo é considerada uma orientação sexual.

Hodiernamente, agregou-se a orientação sexual o afeto, que é fundamental como

¹⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Homossexualidade: uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 19.

²⁰ DA CUNHA, Antônio Geraldo. *Dicionário etimológico de língua portuguesa*. São Paulo: Lexikon, 2010, p. 105.

²¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *op. cit.*, p. 20.

²² OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *op. cit.*, p. 20.

²³ O trinômio homossexualidade, heterossexualidade e bissexualidade em sua forma tradicional é questionado por autores contemporâneos como Maria Berenice Dias, Tereza Rodrigues Vieira que acrescentaram a falta do interesse sexual, ou até mesmo sua pluralidade, como orientação afetiva sexual incluindo assim assexualidade e pansexualidade. (DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2012.)

²⁴ OLIVEIRA, Elisabete Regina Baptista. Assexualidade e medicalização na mídia televisiva norte-americana. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Minorias Sexuais: Direitos e preconceitos*. Brasília: Consulex. 2012, p. 69

asseveram Valéria Silva Galdino Cardin e Vitor Eduardo Frosi:

É inerente ao Direito acompanhar a dinâmica das relações sociais, disciplinando-as quando necessário ou quando a sociedade clamar por isso, visto que a origem do Direito é o fato. Trata-se o afeto de um fato jurídico, pois permite o estabelecimento de relações intersubjetivas entre as pessoas. Ele constitui relações jurídicas (famílias monoparentais, homoafetivas, relação de filiação oriunda da adoção), modifica (de namoro para casamento) e extingue (destituição do poder familiar, instituição da filiação afetiva em detrimento da biológica, etc.).²⁵

Há também a pansexualidade que é caracterizada pela atração estética, pelo amor romântico e desejo sexual por qualquer indivíduo, incluindo todos aqueles que não se encaixam no binário do gênero masculino e feminino, sendo os transgêneros, transexuais e travestis. Algumas vezes é descrito como a capacidade de amar uma pessoa de forma platônica romântica, independente do gênero, sexo e orientação afetiva sexual.²⁶

A palavra pansexual deriva do prefixo grego *pan*, que significa "tudo" ou no caso, "todos".²⁷ Em sua forma mais simples, pansexualidade denota o potencial de se relacionar com qualquer indivíduo.

Observa-se que a sexualidade humana, na manifestação do desejo sexual, é complexa e vasta, pois abrange todas as formas de afeição, a falta dela e até mesmo sua pluralidade, tornando assim a construção da personalidade sexual do indivíduo atributo inerente e inegável da pessoa humana.

6 DA AVERSÃO À ORIENTAÇÃO SEXUAL E DA IDENTIDADE DE GÊNERO

A atual Constituição Federal em seu preâmbulo enfatiza a instituição de um Estado Democrático de direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, que são os ideais de uma sociedade pluralista e livre de preconceitos.

²⁵ CARDIN, Valéria Silva Galdino; FROSI, Vitor Eduardo. O afeto como valor jurídico. (Org.). XIX Encontro Nacional do CONPEDI - Fortaleza. São Paulo: Fundação Boiteux, 2010.

²⁶ ROCHA, Franco da. *O Pansex na doutrina de Freud: o pansexualismo na doutrina de Freud*. São Paulo: Ver curiosidades, 1920.

²⁷ DA CUNHA, Antônio Geraldo. Dicionário etimológico de língua portuguesa. São Paulo: Lexikon, 2010, p. 203.

O princípio da dignidade humana foi enaltecido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que assegura a aplicação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais.

Ao enfatizar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, o legislador demonstrou o cuidado com a preservação da qualidade moral da qual a pessoa é detentora, e deve ser respeitada como tal.

Para Plácido e Silva o conceito de dignidade “deriva do latim ‘*dignitas*’ (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida”.²⁸

Analisando o disposto no preâmbulo da Constituição e à luz do Princípio da Dignidade da pessoa humana tem-se que a aversão à manifestação da orientação sexual e à identidade de gênero, é totalmente incongruente com o sistema jurídico vigente, pois caracteriza uma discriminação odiosa.

7 DA HOMOFOBIA

A homofobia é entendida erroneamente como qualquer aversão a pessoas LGBT (Lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros), entretanto a análise etimológica da palavra homofobia, traduz uma definição restritiva onde homo, pseudoprefixo²⁹ de homossexual e fobia da raiz grega *phob* "medo", "aversão irreprimível", formando assim, aversão as pessoas com orientação sexual homo, ou seja “afinidade sexual entre pessoas do mesmo sexo”³⁰.

No mesmo entendimento Daniel Borrillo conceitua:

O termo ‘homofobia’ designa, assim, dois aspectos diferentes da mesma realidade: a dimensão pessoal, de natureza afetiva, que se manifesta pela rejeição dos homossexuais; e a dimensão cultural, de natureza cognitiva, em que o objeto da rejeição não é o homossexual enquanto indivíduo, mas a homossexualidade como fenômeno psicológico e social.³¹

²⁸ SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 267.

²⁹ CUNHA, Celso Ferreira da; CINTRA, Luis F. Lindley. *Nova gramática do português contemporâneo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, p. 56.

³⁰ RIOS, Roger Raupp; LIMA, José Reinaldo de. *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 23.

³¹ BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.p. 22.

Deste modo conclui-se que o termo homofobia vem sendo erroneamente aplicado, pois ele não abrange todo o fenômeno social da sexualidade humana, uma vez que este é amplo e complexo e compreende várias manifestações da sexualidade.

8 DOS ASPECTOS PENAIS DA AVERSÃO A MANIFESTAÇÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL E DA IDENTIDADE DE GÊNERO.

O art. 5º da Constituição Federal de 1988, na medida em que confere a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à igualdade, concomitantemente impõe ao Estado o dever de garantir a efetividade desses direitos.

No caput do referido artigo, há a previsão expressa de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Deste modo, todo e qualquer ato praticado por um agente com caráter discriminatório, seja ele qual for, inclusive os que decorrem da orientação sexual e da identidade de gênero fere o disposto no artigo citado, uma vez que aquele preza pelo princípio da igualdade material, ou aristotélica.

Assim, não restam dúvidas de que a discriminação ou a aversão em virtude da manifestação da orientação sexual e da identidade de gênero fere o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Logo, se o ordenamento jurídico pátrio repudia a prática de qualquer tipo de discriminação, cabe analisar se há algum dispositivo apto a coibir tal prática, ou se é necessário criar um novo tipo penal.

Antes da referida análise, convém resgatar o conceito de crime ou de delito, aqui empregados como sinônimos, e os princípios norteadores do direito penal.

O conceito material do direito penal refere-se ao estudo dos comportamentos considerados reprováveis ou danosos ao organismo social que afetam gravemente os bens jurídicos indispensáveis à sua própria conservação e progresso.³²

Deste modo, deduz-se que somente interessa a este ramo do direito, as condutas aptas a afetar bens jurídicos relevantes ao organismo social.

Fernando Capez assevera que o crime pode ser conceituado sob o aspecto material, formal ou analítico:

³² PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral arts. 1 a 120*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 51.

No aspecto material o crime é definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social.³³

Já no aspecto formal ou analítico, o autor supracitado entende que:

[...] é aquele que busca, sob um prisma jurídico, estabelecer os elementos estruturais do crime. A finalidade deste enfoque é propiciar a correta e mais justa decisão sobre a infração penal e seu autor, fazendo com que o julgador ou intérprete desenvolva o seu raciocínio sem etapas, sob esse ângulo, crime é todo fato típico e ilícito.[...]³⁴

No mesmo sentido, Juarez Tavares, afirma que o conceito analítico do crime é uma ação típica, antijurídica e culpável.³⁵

Tecidas tais considerações quanto à conceituação do crime, faz-se necessário examinar se a aversão à manifestação da orientação sexual e à identidade de gênero pode ser tipificada como crime.

Pode-se afirmar que a conduta supracitada se traduz em um fenômeno interno que leva o agente a praticar uma ação penalmente relevante, ou seja, trata-se de uma motivação que conduz o agente à prática delitiva.

Giuseppe Bettiol em *Diritto Penale (Parte Generale)* frisa que “não pode ser considerada ação para fins de direito penal o ato puramente interno do sujeito”, pois o direito penal atinge apenas o extravasamento da vontade delituosa (*nullum crimen sine actione*).³⁶

Deste modo, é inviável a criação de um tipo penal para reprimir a aversão à manifestação da orientação sexual e à identidade de gênero, porque não caracteriza uma ação em seu sentido amplo, mas somente uma motivação interna do agente, que se não for exteriorizada, não configura o ilícito, entretanto se materializada por meio de uma ação, deve ser punida com maior rigidez, por se tratar de uma motivação desprezível.

Todavia, qualquer ação ou omissão tipificada como ilícito penal, pode ter a pena agravada se o agente cometeu o crime por motivo torpe conforme o art. 61, inciso II, alínea “a” do Código Penal. Entende-se como torpe “o motivo abjeto, indigno e desprezível, que

³³ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral: volume I*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.101.

³⁴ *Ibidem*, p.101.

³⁵ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p.1.

³⁶ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad. Paulo José da Costa Junior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p.264.

provoca acentuada repulsão, sobretudo pela ausência de sensibilidade moral do executor” [...].³⁷

Neste contexto, a aversão à manifestação da orientação sexual e da identidade de gênero se enquadra no conceito de motivo torpe, havendo assim previsão legal na parte geral que agrava a penalidade imposta ao agente que pratica um crime com esta motivação subjetiva injusta.

Ressalte-se que esta interpretação já vem sendo aplicada pelo nosso Poder Judiciário conforme os seguintes julgados:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DELITO DOLOSO CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. DESPRONÚNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.[...] Assim, existentes substratos dando conta que a ação criminosa foi motivada pelo fato de a vítima apresentar trejeitos homossexuais, não há, pois, como afastar a qualificadora do motivo torpe. [...] (Recurso em Sentido Estrito Nº 70046592044, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosane Ramos de Oliveira Michels, Julgado em 09/02/2012)³⁸

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO TORPE E MEDIANTE DISSIMULAÇÃO. PRONÚNCIA. RECURSO DA DEFESA. 1. NULIDADE DA SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. [...] 2.1. MOTIVOTORPE. O fato de o agente ter matado a vítima, porque esta era homossexual, caracteriza, por ora, a qualificadora do motivo torpe. [...]. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70010846053, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Maria Canto da Fonseca, Julgado em 19/05/2005)³⁹

Assim, se um agente cometer um crime de lesões corporais motivado pela manifestação da orientação sexual e da identidade de gênero deve ser aplicado o motivo torpe, como uma circunstância que agrava a pena.

Portanto, é desnecessária a criação de um novo tipo penal, porque a circunstância agravante que majora a penalidade por motivo torpe inclui a aversão à manifestação da orientação sexual e da identidade de gênero.

³⁷ PRADO, Luiz Regis. *op. cit.*, p. 61.

³⁸ BRASIL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul*. Segunda Câmara Criminal. Recurso em Sentido Estrito Nº 70046592044. Maicon Cunha Carvalho; Maurício Goularte Cardoso. Relator Rosane Ramos de Oliveira Michels. 09/02/2012. disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=131319&ano=2012>. Acesso em 22/07/2013.

³⁹ BRASIL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul*. Segunda Câmara Criminal. Recurso em Sentido Estrito Nº 70010846053. Relator: Elaine Maria Canto da Fonseca. 15/05/2005. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=353669&ano=2005>. Acesso em 22/07/2013.

O anteprojeto do novo Código Penal, acertadamente exemplificou por meio de circunstâncias especiais (qualificadoras) e causas de aumento da penalidade imposta ao agente, algumas das situações que caracterizariam o motivo torpe⁴⁰ nos crimes de maior incidência, como por exemplo, no homicídio e na lesão corporal.

Ressalte-se que o legislador equivocadamente criou uma nova circunstância agravante dissociada do motivo torpe para os crimes cometidos por motivo da orientação sexual e da identidade de gênero, conforme dispõe o art. 77, inciso III, alínea “n”, com a seguinte redação:

Art. 77. São circunstâncias agravantes, quando não constituem, qualificam ou aumentam especialmente a pena do crime: [...]
III – ter o agente cometido o crime:
a) por motivo fútil ou torpe; [...]
n) preconceito de raça, cor, etnia, orientação sexual e identidade de gênero, deficiência, condição de vulnerabilidade social, religião, procedência regional ou nacional.

Note-se que a alínea “n” do referido dispositivo é desnecessária, porque o julgador pode aplicar duas causas agravantes, ou seja, as alíneas “a” e “n”, que caracterizam o motivo torpe.

Assim, caso seja aprovado o projeto do Código Penal, é necessário conjugar as alíneas “a” e “n” do art. 77 em uma única circunstância agravante, para que não caracterize afronta aos princípios da especialidade e do *ne bis in idem*.

9 DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema que foi abordado nesta pesquisa é de fundamental importância, uma vez que tratou da proteção dos direitos da personalidade na manifestação da sexualidade humana.

Sexo e sexualidade são objetos de pesquisa em diversas áreas do conhecimento, contudo é imprescindível conceituar a sexualidade humana antes de adentrar na diferença entre sexo, gênero, identidade de gênero e orientação sexual, uma vez que a ignorância acarreta o preconceito e a discriminação, infringindo os direitos da personalidade e os direitos fundamentais.

Diversidade sexual é toda a manifestação da sexualidade humana, contudo não inclui as

⁴⁰ O legislador exemplificou como motivo torpe o preconceito de raça, cor, etnia, orientação sexual e identidade de gênero, deficiência, condição de vulnerabilidade social, religião, procedência regional ou nacional, sem excluir a possibilidade do julgador aplicar outras hipóteses não previstas no tipo legal. (DIAS, Maria Berenice (coord.) *Diversidade sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.)

parafilias. O sexo está interligado às características biológicas, que são os aparelhos reprodutores, bem como o seu funcionamento. Por sua vez, o gênero é uma questão cultural, social, e eminentemente psicológica. Enquanto a identidade de gênero consiste na imposição inconsciente da sociedade em determinar que uma pessoa seja homem ou mulher. Por fim, a orientação afetiva sexual consiste no desejo sexual e na manifestação afetiva de um indivíduo pelo outro.

Conforme a Constituição Federal e o princípio da dignidade da pessoa humana pode-se afirmar que a aversão a manifestação da orientação afetiva sexual e à identidade de gênero, conflita com o nosso sistema jurídico atual, pois caracteriza uma discriminação odiosa.

Atualmente a homofobia é entendida de forma errônea, ou seja, como qualquer aversão as pessoas LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros), no entanto esse termo se aplica apenas aqueles com orientação afetiva sexual homossexual, ou seja, entre pessoas do mesmo sexo.

Ressalte-se ainda que é imprescindível diferenciar as diversas orientações afetivas sexuais. A homossexualidade significa a afinidade afetiva e sexual com pessoas do mesmo sexo, ou seja, homem com homem, mulher com mulher. O termo heterossexual refere-se ao indivíduo que tem desejo afetivo pelo sexo oposto. Já a bissexualidade corresponde ao desejo sexual que uma pessoa têm por homens e/ou mulheres. Enquanto, o assexual é aquele indivíduo que não se interessa por sexo. Por fim, o pansexual é aquele que tem desejo sexual por qualquer indivíduo, incluindo todos aqueles que não se enquadram no binômio do sexo masculino e feminino, como os transgêneros, transexuais e travestis.

O ideal é que o Estado crie políticas públicas de conscientização acerca do tema e a penalização dos atos atentatórios à dignidade da pessoa em virtude de sua orientação afetiva sexual e da identidade de gênero.

Assim, se o ordenamento jurídico pátrio repudia a prática de qualquer tipo de discriminação, cabe apontar se há algum dispositivo apto a coibir tal prática, ou se é necessário a criação de um novo tipo penal.

Denota-se que a aversão à orientação afetiva sexual e da identidade de gênero é um fenômeno interno que leva o agente a praticar uma ação/omissão penalmente relevante, por se tratar de uma motivação que conduz o agente à prática delitiva, logo, é despicienda a criação de um tipo penal para reprimir tal conduta, porque se não for exteriorizada não configurara o ilícito, entretanto se materializada deverá ser punida com maior rigidez, por se tratar de uma motivação desprezível.

Atualmente, qualquer ação ou omissão tipificada como ilícito penal, pode ter a pena agravada se o agente cometeu o crime por motivo torpe conforme o art. 61, inciso II, alínea “a” do Código Penal, incluindo-se nesta circunstância agravante a aversão á manifestação da orientação afetiva sexual e da identidade de gênero, sendo este o entendimento dos tribunais.

O anteprojeto do novo Código Penal, exemplificou por meio de circunstâncias especiais (qualificadoras) e causas de aumento da penalidade imposta ao agente, algumas das situações que caracterizariam o motivo torpe nos crimes de maior incidência, como por exemplo, no homicídio e na lesão corporal.

Contudo, o legislador se equivocou ao criar uma nova circunstância agravante na alínea “n” do art. 77, inciso III, dissociada do motivo torpe previsto na alínea “a” do mesmo dispositivo para os crimes cometidos por motivo da orientação afetiva sexual e da identidade de gênero.

Assim, o melhor seria conjugar as alíneas “a” e “n” do art. 77 em uma única circunstância agravante, para que não caracterizasse afronta aos princípios da especialidade e do *ne bis in idem*.

Conclui-se que qualquer aversão à manifestação da orientação afetiva sexual e da identidade gênero quando exteriorizada por uma ação em seu sentido amplo, por se tratar de um motivo torpe, fere o ordenamento jurídico, devendo ser coibida.

REFÊNCIAS

ADELMAN, Mírian. Paradoxos da identidade: a politica de orientação sexual no século XX. In.: *Revista de sociologia e política*. Curitiba v. 14. n. 1, p. 163 -171, 14 set. 2004.

BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal. Trad. Paulo José da Costa Junior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

BORRILLO, Daniel. *Homofobia*: história e critica de um preconceito. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul*. Segunda Câmara Criminal. Recurso em Sentido Estrito Nº 70046592044. Maicon Cunha Carvalho; Maurício Goularte Cardoso. Relator Rosane Ramos de Oliveira Michels. 09/02/2012. disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=131319&ano=2012> Acesso em 22/07/2012

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul*. Segunda Câmara Criminal. Recurso em Sentido Estrito Nº 70010846053. Relator: Elaine Maria Canto da Fonseca. 15/05/2005. Disponível em:

<http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=353669&ano=2005>

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero. Feminismo e subversão da identidade*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral: volume I*. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; FROSI, Vitor Eduardo. O afeto como valor jurídico. (Org.). XIX Encontro Nacional do CONPEDI - Fortaleza. São Paulo: Fundação Boiteux, 2010.

_____; GOMES, Luiz Geraldo do Carmo. Das garantias constitucionais e da identidade de gênero. In: SIQUEIRA, Dirceu; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. *Sistema constitucional de garantias e seus mecanismos de proteção*. Birigui: Boreal, 2013.

COSTA, Jurandir Freire. *A questão da identidade sexual*. In: GRAÑA, Roberto B. *Homossexualidade: formulações psicanalíticas atuais*. Porto Alegre: Forense, 1995.

CUNHA, Celso Ferreira da; CINTRA, Luis F. Lindley. *Nova gramática do português contemporâneo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

DA CUNHA, Antônio Geraldo. *Dicionário etimológico de língua portuguesa*. São Paulo: Lexikon, 2010.

DIAS, Maria Berenice (coord.) *Diversidade sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

_____. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: A Vontade de Saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1993.

GÊNESIS: In: *Bíblia Sagrada*: tradução da vulgata pelo Pe. Matos Soares. São Paulo: Edições Paulinas, 1982.

NAPHY, Willian. *Born to be gay: a história da homossexualidade*. São Paulo: 70, 2006.

OLIVEIRA, Elisabete Regina Baptista. Assexualidade e medicalização na mídia televisiva norte-americana. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Minorias Sexuais: Direitos e preconceitos*. Brasília: Consulex. 2012.

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

PIAZZETA, Naele Ochoa. *O princípio da igualdade no direito penal brasileiro: uma abordagem de gênero*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PLATÃO. *O Banquete*. São Paulo: Edipro, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral arts. 1 a 120*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1.

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

_____; LIMA, José Reinaldo de. *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROCHA, Franco da. *O Pansex na doutrina de Freud: o pansexualismo na doutrina de Freud*. São Paulo: Ver curiosidades, 1920.

RODRIGUES, Humberto. *Amor entre iguais*. Belo Horizonte: Mythos Engenharia, 2004.

SAFIOTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007.

SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, Wilma da. Relações familiares e questões de gênero. *Estudos – Revista da faculdade de ciências humanas da universidade de Marília*. Marília: Unimar, p. 15 - 45, 2000.

SPENCER, Colin. *Homossexualidade, uma história*. Trad. Rubem M. Machado. Rio de Janeiro: Record, 1996.

TAVARES, Juarez. *Teorias do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Minorias Sexuais: Direitos e preconceitos*. Brasília: Consulex. 2012

_____. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2012.