

**O EXERCÍCIO ILEGÍTIMO DO DISCURSO DE ÓDIO HOMOFÓBICO
SOB A ÓTICA DA SEXUALIDADE E DA DIGNIDADE HUMANA**

***THE ILLEGITIMIC EXERCISE OF THE HOMOPHOBIC SPEECH HATE
UNDER THE OPTICS OF SEXUALITY AND HUMAN DIGNITY***

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

Pós-doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Doutora e mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP); Docente da Universidade Estadual de Maringá e no Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR); Pesquisadora pelo ICETI; Advogada no Paraná; E-mail: valeria@galdino.adv.br

ANTONIO CARLOS SEGATTO

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP); Mestre em Direito negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL); Professor da Universidade Estadual de Maringá (UEM); E-mail: professoregatto@terra.com.br

CAIO EDUARDO COSTA CAZELATTO

Discente do Mestrado em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR), Maringá/PR, Brasil; Bolsista Institucional da Unicesumar; Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM); Advogado no Paraná; E-mail: caio.cazelatto@hotmail.com

RESUMO

Esta pesquisa tem por objetivo analisar, por meio do método teórico, a sexualidade e a dignidade da pessoa humana como limites jurídicos à liberdade de expressão frente o discurso de ódio com o viés homofóbico. Para tanto, foi abordada a normatividade dos princípios constitucionais e a construção da dignidade humana como o preceito

fundamental do Estado Democrático de Direito, bem como, sua relação e sua importância na Constituição Federal de 1988. Do mesmo modo, foi explorada a sexualidade humana e sua tutela jurídica, verificando-se que se trata de um direito fundamental e de personalidade que é essencial ao pleno e digno desenvolvimento do seu titular, como também, foi analisada a vulnerabilidade social que a violação desse direito ocasiona às minorias sexuais. Além disso, foi abordada a homofobia como fator preponderante na exclusão social da comunidade LGBT, assim como, os impactos que o discurso de ódio homofóbico tem perante suas vítimas. Para isso, verificou-se os limites da liberdade de expressão, que deverão estar esculpidos no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como, na livre manifestação da sexualidade. Em caso de colisões entre os direitos fundamentais da sexualidade e da liberdade de expressão, aquela deverá preponderar sobre esta, tendo em vista os princípios da ponderação e da proporcionalidade, visando os fins dos preceitos constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da Pessoa Humana; Discurso de Ódio Homofóbico; Liberdade de Expressão; Sexualidade Humana.

ABSTRACT

This research aims to analyze, through the theoretical method, the sexuality and the dignity of the human person as legal limits to freedom of expression before the discourse of hatred with the homophobic bias. In order to do so, it dealt with the norms of constitutional principles and the construction of human dignity as a fundamental precept of the Democratic State of Law, as well as their relationship and their importance within the Federal Constitution of 1988. In the same way, human sexuality and its legal protection, and it is verified that this is a fundamental right and personality that is essential to the full and dignified development of its holder, but also analyzed the social vulnerability that the violation of this right causes sexual minorities. In addition, homophobia was addressed as a preponderant factor in the social exclusion of the LGBT community, as well as the impacts that homophobic hate speech has on

its victims. To this end, the limits of freedom of expression were verified, which should be based on the principle of the dignity of the human person, as well as on the free expression of sexuality. In the event of collisions between the fundamental rights of sexuality and freedom of expression, it should prevail over it, in view of the principles of weighting and proportionality, aiming at the purposes of constitutional precepts.

KEYWORDS: Dignity of human person; Homophobic Hate Speech; Freedom of expression; Human Sexuality.

INTRODUÇÃO

As expressivas conquistas da humanidade na área dos direitos humanos e das liberdades públicas, tais como a abolição da escravatura, os direitos de propriedade, de igualdade, da não discriminação, da liberdade de expressão, da informação, da religião, além dos direitos sociais e difusos, apenas começaram a ser efetivados após muitos séculos de lutas intensas daqueles que se consideravam oprimidos e sedentos por direitos.

Em razão disso, a evolução histórica dos direitos humanos acabou se afunilando para a relevância de suas positivações em documentos públicos, como os tratados, convenções, pactos e encontros internacionais, bem como em constituições, oportunidade em que foram reconhecidos e protegidos por meio desses instrumentos para sua plena concretização, de modo universal, tendo em vista que se destinam a qualquer pessoa, não importando onde esteja.

A característica da universalidade desses direitos ganha forte amparo na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a qual reveste a dignidade da pessoa humana como o principal elemento inerente ao ser humano, constituindo o fundamento da liberdade, da justiça e da paz em âmbito mundial.

Seguindo o mesmo caminho, a Constituição Federal de 1988 adota a dignidade da pessoa humana como o seu princípio fundamental, conforme seu art. 1º, inc. III, tornando-a o pilar central da República Federativa do Brasil.

A partir do estudo da liberdade de expressão, bem como sua inserção, implícita ou explicitamente, nos documentos jurídicos, o presente trabalho busca analisar o discurso de ódio homofóbico enquanto um abuso do exercício desse direito, frente ao direito à sexualidade e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, faz-se necessária uma abordagem perfunctória da normatividade dos princípios constitucionais, como também a análise da construção da dignidade da pessoa humana como o fundamento principal do Estado Democrático de Direito e sua relação com a Constituição Federal de 1988.

Do mesmo modo, será investigada a tutela jurídica da sexualidade humana enquanto um direito fundamental e de personalidade, correlata ao elemento da essencialidade desses direitos, assim como, a vulnerabilidade social e a desigualdade que desse tema resulta às minorias sexuais.

Vulnerabilidade social, esta, que se potencializa com a homofobia externada a partir do discurso de ódio, razão pela qual serão aprofundados os estudos acerca dos limites da liberdade de expressão.

Por se tratar de colisão de direitos fundamentais e de personalidade, isto é, da liberdade de expressão e da sexualidade humana, serão apresentados os métodos de hermenêutica constitucional mais adequados para atender os fins dos preceitos constitucionais.

Para tanto, serão examinadas as seguintes indagações: Qual a importância da repersonalização do direito frente à construção da dignidade da pessoa humana como fundamento central do ordenamento jurídico brasileiro? O exercício da sexualidade humana é um direito fundamental e de personalidade? A homofobia pode ser considerada uma vertente da heteronormatividade? Como o sentimento homofóbico pode ser exteriorizado? Grupos majoritários podem legitimamente constranger um sujeito a seguir padrões de moralidade do qual discorda? O discurso de ódio é um exercício da liberdade de expressão? Pode se afirmar que a liberdade de expressão é um direito relativo e, portanto, limitado? Quais são as fronteiras entre a opinião, a expressão e o discurso do ódio? Como que a sexualidade humana é afetada pelos atos discursivos de ódio homofóbico? Como se dá o estigma social e jurídico perante as minorias sexuais? Quais são os limites entre a liberdade de expressão frente a dignidade da pessoa humana? Em caso de colisão entre a

liberdade de expressão e a sexualidade humana, qual deverá prevalecer? Quais os métodos hermenêuticos para solucionar esses impasses?

São estas as indagações que a pesquisa buscará esclarecer por meio do método teórico, que consiste em analisar o que já foi produzido e registrado acerca do assunto, como obras doutrinárias, legislação, reportagens e documentos eletrônicos.

2 DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Com o surgimento do pós-positivismo, traduzido pelos grandes movimentos constituintes das últimas décadas do século XX, as novas Constituições, principalmente as europeias, procuram acentuar a hegemonia axiológica dos princípios, que passam a ser considerados, a partir de uma nova hermenêutica constitucional, o pedestal normativo sobre o qual se funda todo o ordenamento jurídico.

Significa afirmar que, com o advento dos movimentos constituintes pós Segunda Guerra Mundial, as novas Constituições passaram a albergar e conferir importância ímpar à figura dos princípios, elevando-os à condição de viga mestra de todo o sistema normativo constitucional.

Por ser nos princípios que repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema normativo (ROCHA, 1994, p. 21), a Constituição de 1988, em seu Título I, ao consignar a expressão “princípios fundamentais”, passa a retratar a ideologia política que permeia o ordenamento jurídico, portanto, o seu mandamento nuclear (DE MELLO, 2013, p. 450 – 451).

Importante estabelecer a distinção entre regras e princípios, em face da sua indispensabilidade para a superação do chamado positivismo legalista, no qual as normas encontravam-se circunscritas à figura das regras jurídicas, inviabilizando a concretização das normas constitucionais, na medida em que a Constituição vem a ser considerada o código de princípios normativos, os quais fazem a unidade e o espírito do sistema, vinculado a uma ordem social de crenças e valores em que se fabrica o cerne de sua própria legitimidade (BONAVIDES, 2000, p. 538).

Outra distinção fundamental entre princípios e regras jurídicas é o fato de que aqueles, ao contrário destas, não permitem, pela insuficiência do seu grau de concretização, a subsunção.

Assim, no plano da fluidez, os princípios situam-se entre os valores e as regras jurídicas. Os princípios têm a sua delimitação precisa no tocante às respectivas hipóteses de incidência e reflexos jurídicos (CANARIS, 1989, p. 86 – 87).

Por essa razão, a Constituição Federal se reveste como um sistema aberto de princípios e regras, receptiva a valores jurídicos suprapositivos, no quais as concepções de justiça e de realização dos direitos fundamentais representam a sua essência.

Ao se constituírem em mandamento nuclear de um sistema jurídico, os princípios irradiam seus efeitos sobre as regras jurídicas, servindo de paradigma para a interpretação e concretização de todo o ordenamento.

As regras jurídicas se traduzem em proposições normativas que são aplicadas sob a forma de “tudo ou nada”, ocorrendo os fatos nelas previstos, haverá a incidência das mesmas. Exemplo que poderá dirimir qualquer dúvida a esse respeito pode ser extraído do art. 40, § 1º, inc. II, da Constituição Federal, que estabelece a aposentadoria compulsória ao servidor que completar 70 (setenta) anos de idade, ou 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar.

Nesse aspecto, a regra jurídica não leva em consideração a capacidade intelectual ou outra variável que possa reconsiderar tal decisão, simplesmente determina a passagem para a inatividade do servidor que atinge a idade limite prevista na Constituição, não comportando, portanto, maiores indagações.

A regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor, em que sua aplicação se dá mediante subsunção.

Outro fato a ser destacado, no tocante à distinção entre regras e princípios, diz respeito ao grau de abstração muito mais elevado nos princípios em face das regras, que possuem uma abstração relativamente reduzida.

Logo, a questão da carência de normatividade dos princípios encontra-se superada em face do reconhecimento unânime do pensamento jurídico contemporâneo a respeito desse tema.

No entanto, ao contrário das regras jurídicas que se utilizam da subsunção como técnica de interpretação para a sua efetiva aplicabilidade, aos princípios são reconhecidos uma dimensão de peso e importância, pois, a sua aplicação se dá mediante ponderação, logo, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles.

Quanto às regras, estas não possuem tal dimensão. Assim, se duas regras entrarem em conflito dentro do sistema, uma delas não será válida.

Sob a ótica constitucional, a distinção entre regras e princípios é de fundamental importância, haja vista que as constituições valem-se destas duas espécies de normas. E não poderia ser de outra forma, pois, caso um sistema constitucional viesse a alicerçar-se única e exclusivamente sobre princípios, sem dúvida, o ordenamento constitucional traria consigo uma dose de incerteza e insegurança, uma vez que a aplicação dos princípios opera-se de modo mais fluido e menos previsível do que as regras.

Por outro lado, a instituição de um sistema fundado apenas em regras, não resolveria a crescente complexidade das situações que a Constituição Federal propõe-se a garantir, o que de fato, traria para o intérprete uma “camisa de força”, retirando-lhe a maleabilidade necessária à acomodação dos conflitos que certamente se estabelecem, em casos concretos, entre diversos interesses concorrentes (SARMENTO, 1999, p. 54).

Com efeito, os princípios cumprem dentro do sistema três funções relevantes.

A primeira delas é denominada por fundamentadora da ordem jurídica, dizendo respeito à eficácia derogatória e diretiva dos princípios em relação às normas que lhes sejam incompatíveis.

A segunda função, denominada interpretativa, ilustra que os princípios cumprem o objetivo de orientar as soluções jurídicas que devem ser processadas em face dos casos submetidos à apreciação do intérprete, constituindo-se, portanto, em verdadeiros vetores de sentido jurídico às demais normas em razão dos fatos e atos que exijam compreensão normativa.

Quanto à terceira função, supletiva, os princípios realizam a tarefa de integração do Direito, suplementando as lacunas regulatórias da ordem jurídica ou as

ausências de sentido regulador constatáveis em regras ou em princípios de maior grau de densidade normativa (ESPÍNDOLA, 1999, p. 68).

3 DA CONSTRUÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Uma das primeiras acepções da essencialidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos adveio do Cristianismo, que propagou os ensinamentos judaico e grego no processo de evangelização, tendo como base o ecumenismo do profeta Isaías, que pregava o amor universal.¹

Do mesmo modo, o Apóstolo Paulo, na Epístola aos Romanos 10:12 e na Epístola aos Gálatas 3:28, prega que “[...] não há distinção entre judeu e grego, não havendo, também, escravos e livres, não há homem nem mulher, pois todos são um só em Cristo Jesus” (BÍBLIA SAGRADA, 2003).

No entanto, essa igualdade só teve sustentação no plano abstrato, já que o Cristianismo permaneceu admitindo, durante um longo período, a legitimidade da escravidão, da submissão da mulher ao homem, da repressão sobre as vivências e diversidades sexuais, como também de inúmeras outras práticas que ferem o que violam a dignidade do ser humano, como as ocorridas na “Santa Inquisição”.

A partir do século XVIII, com a formulação do postulado ético da filosofia kantiana, o ser racional passou a ser reconhecido como o detentor da faculdade de agir em consonância com as leis e/ou os princípios. Nessa ideia, a autonomia da vontade, que se exprime na liberdade das escolhas do seu titular sobre si mesmo, foi destacada como um dos elementos da dignidade correlata à natureza humana (KANT, 1974, p. 228 - 229).

¹ “No fim dos tempos acontecerá que o monte da casa do Senhor está colocado à frente das montanhas, e dominará as colinas. Para aí correrão todas as gentes, e os povos virão em multidão; Vinde, dirão eles, subamos à montanha do Senhor, à casa do Deus de Jacó: Ele nos ensinará seus caminhos e nós trilharemos as suas veredas. Porque de Sião deve sair a lei, e de Jerusalém, a palavra do Senhor. Ele será o juiz das nações, o governador de muitos povos. De suas espadas forjarão relhas de arados, e de suas lanças, foices. Uma nação não levantará a espada contra outra e não se arrastarão mais para a guerra.”. (BÍBLIA SAGRADA, 2003).

Para o referido autor, a característica diferenciadora e insubstituível do ser humano está na esfera dos fins, em que ou se tem um preço ou se tem uma dignidade. Para tanto, se algo possuir um preço, certamente poderá ser substituído por outro de similar semelhança, já se determinado ser é inestimável em seu preço, então, terá dignidade (KANT, 1974, p. 234 - 235).

É o caso da humanidade, que em sua individualidade ou coletividade não comporta um preço, isto é, um equivalente, razão pela qual a dignidade humana está inserida em uma classe axiológica aberta, possuindo um conceito diversificado e flexível, já que está em constante processo de mutação e evolução para sua efetiva concretização e proteção constitucional (SARLET, 2005, p. 16-27).

Michael Sandel traduz, em poucas linhas e de forma excepcional, o pensamento de Kant a respeito da capacidade de raciocínio e de liberdade do ser humano:

[...] nossa capacidade de raciocinar está intimamente ligada à nossa capacidade de sermos livres. Juntas, essas capacidades nos tornam únicos e nos distinguem da existência meramente animal. Ela nos transforma em algo mais do que meras criaturas com apetites (SANDEL, 2011, p. 140).

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 30) e Fernanda Borghetti Cantali (2009, p. 155) convergem seus posicionamentos para tratar da dimensão dúplice desse princípio, de modo que, ao mesmo tempo em que protege a autonomia da pessoa, de se autodeterminar em relação às decisões acerca de sua existência (dimensão prestacional), também impõe ao Estado e à comunidade o dever de proteger a dignidade humana, incluindo sua abstenção em causar lesões (dimensão negativa).

A dimensão prestacional ou positiva relaciona-se ao pleno desenvolvimento de cada sujeito, consubstanciado no reconhecimento de sua autodisponibilidade isenta de interferências externas, em que a dignidade pressupõe a autonomia vital de seu titular perante terceiros e ao Estado (MIRANDA, 1983, p. 168).

Buscando a concretização da dignidade humana, o constituinte de 1988 elencou alguns objetivos constitucionais, como a erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades sociais e regionais por meio da

promoção do bem de todos livre de preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme o art. 3º, inc. III, da Constituição Federal.

Já a dimensão negativa se caracteriza na premissa de que o ser humano não pode ser objeto de ofensas ou humilhações, o que de certa forma encontra-se registrado pelo preceito contido no art. 5º, inc. III, da Constituição Federal.

Independentemente das dimensões negativa ou positiva, Pietro Alarcón apresenta uma visão valorativa da dignidade humana. Para o autor, não se pode tratá-la apenas como um princípio, mas como um valor constitucional:

Transcende, assim, a dignidade consignada no art. 1º, inciso III da Constituição, o normativismo puro e simples, outorgando um *status* que para muitos permanece inadvertido, mas que, no entanto, é determinante para a persistência da forma de Estado, o de membro da coletividade, o de participar da humanidade, de ser uma partícula viva, arte e parte do gênero humano (ALARCON, 2004, p. 251).

A dignidade humana, seja como valor axiológico, seja como princípio basilar de um ordenamento jurídico, deve reconhecer o ser humano como o seu destinatário único e final, independentemente de sexo, raça, religião, condição física, sexual e/ou mental.

Nessa perspectiva, a Declaração Universal dos Direitos Humanos adotou em sua essência os postulados kantianos ao dispor, em seu art. 1º, que “[...] todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para como os outros em espírito de fraternidade”.

Seguindo o posicionamento da Lei Fundamental de Bonn, da Alemanha, bem como das Constituições de Portugal e da Espanha,² a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispôs, pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, um título próprio, na parte inaugural do texto, à figura da dignidade da pessoa humana, atribuindo-a a função de vetor e ponto de partida para

² A Constituição da Alemanha estabeleceu em seu art. I que “[...] a dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”. Do mesmo modo, a Constituição da Espanha, em seu Título I, art. 10, prescreve: “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a ella y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*”

alicerçar todo o ordenamento jurídico pátrio, especialmente quanto à efetivação dos direitos fundamentais.

Além de estar inserida no preâmbulo da Constituição Federal, em seu art. 1º, inc. III, a dignidade da pessoa humana se apresenta, também, como objeto de expressa previsão em outros capítulos, visando afastar a figura do indivíduo-objeto, como em seu art. 226, § 7º, o qual estabelece que o projeto familiar deva ser pautado nos princípios da parentalidade responsável, bem como da dignidade humana; em seu art. 227, dispondo que é o dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à dignidade; e em seu art. 230, que determina que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade e defendendo a sua dignidade.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a fórmula do indivíduo-objeto constitui a negação da dignidade e afirma que tal condição encontra-se perfeitamente delineada pelo preceito contido no art. 5º, inc. III, da Constituição Federal ao estabelecer de forma enfática que “[...] ninguém será submetido à tortura e a tratamento desumano ou degradante” (SARLET, 2002, p. 60).

Trata-se de uma valoração em que o ser humano é o fim em si mesmo, razão pela qual o Estado existe em função de todas as pessoas e não em função dele próprio. Isso implica reconhecer que a juridicidade da norma positiva, principalmente ao que se referem os direitos fundamentais, é o ser humano, sendo que, caso ocorra o desvio dessa finalidade, tornar-se-á ilegítima.

4 DA SEXUALIDADE HUMANA E DA VULNERABILIDADE SOCIAL DAS MINORIAS SEXUAIS

Com a solidificação da Sociedade Pós-Moderna, marcada pelas transformações científico-tecnológicas e, especialmente, pelas atrocidades praticadas durante as duas guerras mundiais, um novo enfoque, sob a ótica antropocêntrica, foi atribuída à condição humana.

A redescoberta das referências culturais do Renascimento e do Humanismo, inspirados na Antiguidade Clássica, buscou valorizar a pessoa como ser humano, recolocando-a no ponto nuclear da ordem jurídica. Trata-se do fenômeno da repersonalização do direito, o qual teve como norteador a dignidade da pessoa humana.

Diante disso, a Constituição Federal de 1988, acompanhando a Declaração Internacional de Direitos Humanos, elencou diversas normas constitucionais expressas, embora inúmeras outras possam ser extraídas implicitamente de seu texto, em detrimento de possíveis abusos estatais ou de particulares a direitos considerados básicos ao ser humano.

Nessa perspectiva, o direito à vida, à honra e outros da mesma natureza ganharam maior proteção, principalmente pelas influências do cristianismo, que solidificou a ideia de dignidade humana; da Escola de Direito Natural, que firmou a noção de direitos inatos à natureza humana; e dos filósofos e pensadores do Iluminismo, que passaram a valorizar o indivíduo frente ao Estado.

Além do amparo constitucional, o Código Civil tutelou, de modo exemplificativo, a integridade psicofísica, o nome, o pseudônimo, a imagem e a privacidade, definindo-os como direitos de personalidade.

Essa categoria de direito, que não são *numerus clausus*, visam o respeito, a proteção e a promoção integral da manifestação psicofísica do indivíduo, indispensável para o para o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Eduardo Espinola leciona, nesse sentido, que:

A personalidade é o pressuposto de todo o direito, o elemento que atravessa todos os direitos privados e que em cada um deles se contém; não é mais que a capacidade jurídica, a possibilidade de ter direitos. Todo homem, por necessidade de sua própria natureza, é o centro de uma esfera jurídica e assim tem personalidade, é pessoa (ESPINOLA, 1977, p. 324).

Dessa forma, qualquer a pessoa pode ser titular de relações jurídicas e, conseqüentemente, será possuidora de personalidade, isto é, sujeito de direito. A personalidade jurídica se exprime na aptidão genérica para ser titular de direitos e contrair obrigações na ordem jurídica, conforme o art. 2º do Código Civil, sendo

adquirida no nascimento com vida e cessando com a morte, como dispõe o art. 6º do mesmo Código.

A violação de qualquer um dos direitos de personalidade é um fato ilícito. Quando for de âmbito civil, acarretará na responsabilidade civil do infrator, segundo os art. 12 e 927 do CC, podendo a vítima exigir que cesse a ameaça ou a lesão, como também reclamar perdas e danos, bem como a sua reparação, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

A mesma conduta pode, ainda, constituir um tipo penal, desencadeando uma punição prevista no Código Penal, como por exemplo: homicídio, lesões corporais, injúria, difamação, etc.

A sexualidade humana, embora não tenha um regime jurídico específico que a regule, reveste-se como um direito fundamental e de personalidade, tendo em vista que está correlato com a essencialidade do saudável desenvolvimento da personalidade humana. Por isso, qualifica-se como um direito absoluto, o qual se impõe aos outros de forma *erga omnes*; geral, tendo em vista que pertencente a qualquer ser humano, fazendo parte do núcleo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa; irrenunciável; bem como intransmissível.

Trata-se de uma norma legal de conteúdo vago, ou seja, que é passível de mutação conceitual no tempo e no espaço, permitindo a adequação de outras regras às transformações e necessidades sociais (RODRIGUES, 2016).

Em consonância com Declaração dos Direitos Sexuais, da Associação Mundial para a Saúde Sexual, a sexualidade humana pode ser descrita como:

[...] um aspecto central do ser humano em toda a vida e abrange sexo, identidade e papéis de gênero, orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade e reprodução. A Sexualidade é experienciada e expressada em pensamentos, fantasias, desejos, crenças, atitudes, valores, comportamentos, práticas, papéis e relacionamentos. Embora a sexualidade possa incluir todas essas dimensões, nem todas elas são sempre expressadas ou sentidas. Sexualidade é influenciada pela interação de fatores biológicos, sociais, econômicos, políticos, culturais, legais, históricos, religiosos e espirituais. (WAS, 2017)

É, nessa ótica, uma questão transdisciplinar e multifacetada, incidindo na personalidade de seu titular, sobre a sua saúde física e psicológica, sobre a sua liberdade e integridade física e psicológica, como também sobre a sua intimidade, uma

vez que é uma condição indispensável e essencial para a realização dos fins e interesses de sua personalidade e de uma vida digna, isto é, da preservação da dignidade da pessoa humana.

Michel Foucault sustenta que a sexualidade vai além dos aspectos biopsicológicos. Para ele, é o nome que se pode dar a um dispositivo construído historicamente:

[...] em que a estimulação dos corpos, a intensificação dos prazeres, a incitação ao discurso, à formação dos conhecimentos, o reforço dos controles e das resistências, encadeiam-se uns aos outros, segundo algumas estratégias de saber e de poder (WAS, 2017).

Poder e saber, estes, dominados por uma padronização advinda dos anseios/exigências sociais, impregnando as pessoas pelo que se concebe, superficialmente, como sexualidade e impondo modos de vivência que deveriam ser uma escolha plenamente privada, isto é, um direito de autodeterminação.

A dimensão sexual deve ser compreendida como uma questão identitária, já que abarca a esfera psíquica, moral e social do sujeito, ou seja, vai desde a essência mais íntima até a mais exposta do seu titular. Isto é, a sexualidade supera os fatores eróticos ou de prazeres, englobando desde a reprodução, a identidade do indivíduo e toda a forma como ele irá desempenhar seu papel na sociedade.

Esse direito, segundo Roger Raupp Rios:

[...] pode ser visto como desdobramento dos direitos gerais de privacidade, liberdade, intimidade, livre desenvolvimento da personalidade, igualdade, bases sobre as quais se têm desenvolvido a proteção jurídica da sexualidade das chamadas "minorias" (RIOS, 2006).

É o reconhecimento do igual respeito à diversidade das manifestações sexuais e do igual acesso a todos, sem distinções, aos bens necessários para a vida em sociedade, direcionando-se, principalmente, à realidade de grupos minoritários e

vulneráveis³, como ocorre com a população LGBT: homossexuais, bissexuais, assexuais, pansexuais e transgêneros (travestis, transexuais, *crossdresser*, etc).

A expressão vulnerabilidade social ganhou relevância a partir das discussões sobre os direitos humanos e fundamentais, tendo em vista que está correlata à proteção dos grupos ou dos indivíduos fragilizados jurídica, política e socialmente.

Os sujeitos vulneráveis são aqueles que, por inúmeros motivos, encontram-se em situação de riscos e de exclusão em virtude de sua idade, condição social, incapacidade física e/ou mental, etnia, identidade sexual ou por pertencerem a outras minorias que não tem acesso, participação e oportunidade igualitária plena a bens e a serviços universais destinados à população em geral.

No caso em análise, é a sujeição constante e imposta à vítima ao preconceito e à discriminação, composta por ideologias dominantes, como a heteronorma, que elenca a heterossexualidade como correta, natural e superior às demais, contribuindo de modo considerável para o aumento da hostilidade e segregação social das minorias sexuais.

Conforme o banco de dados do Grupo Gay da Bahia (GGB), atualizado diariamente no site intitulado como "Quem a homotransfobia matou hoje?", em 2015 foram registrados 318 homicídios por motivação homofóbica em território brasileiro. Esse número equivale a um delito de ódio a cada 27 horas, sendo que, do percentual total, 52% foi cometido contra gays, 37% travestis, 16% lésbicas e 10% bissexuais, como também, 7% contra heterossexuais que foram confundidos com gays e, por fim, 1% de companheiros de travestis (GRUPO GAY DA BAHIA, 2015).

Ainda, segundo os dados da organização não governamental (ONG) *Transgender Europe* (TGEU), que é uma rede europeia de organizações que apoiam os direitos da população transgênero, o Brasil ocupa o primeiro lugar nos índices de homicídios de transexuais e travestis de todo o mundo, sendo que, entre janeiro de 2008 e março de 2014, foram registradas 604 mortes no país, totalizando 50% de todos os crimes cometidos contra esse público em escala global (TGEU, 2014).

³ É possível definir minorias sexuais como o grupo de pessoas que não se submetem aos padrões hetero-cisnormativos, isto é, aquelas que não se enquadram na categorização binária proposta pela biologização das identidades sociais. É uma acepção política de minorias, e não numérica.

Esses índices, por mais impactantes que se demonstram, não representam a realidade, já que grande parte desse tipo de ilícito é considerada e registrada pelos órgãos competentes como delitos comuns, sem o viés homofóbico. Fora, também, aquelas condutas ilícitas que sequer são comunicados ao Estado, integrando a cifra negra.

De modo sintético, o ato homofóbico é representado por repudiar, odiar, segregar, marginalizar, discriminar, temer, ter aversão a lésbicas, gays, bissexuais, pansexuais, travestis e transexuais. A homofobia significa a intolerância em relação à diversidade sexual, refletindo na restrição dos direitos de cidadania, de livre expressão afetivo-sexual e de identidade de gênero.

É, assim, um espectro de violências, englobando desde aquelas mais sutis até as mais graves, geralmente veiculadas direta ou indiretamente pelo discurso de ódio homofóbico, que acarreta e estimula a exclusão da população LGBT do seu seio familiar, do ambiente de trabalho e de qualquer convívio social.

Em decorrência disso, leciona Rios que o direito ao pleno exercício da sexualidade deve:

[...] propiciar proteção jurídica e promoção da liberdade e da diversidade sem fixar-se em identidades ou condutas meramente toleradas ou limitar-se às situações de vulnerabilidade social feminina e suas manifestações sexuais. É necessário invocar princípios que, velando pelo maior âmbito de liberdade possível e igual dignidade, criem um espaço livre de rótulos ou menosprezos a questões relacionadas à homossexualidade, bissexualidade, transgêneros, profissionais do sexo (RIOS, 2006).

Desse modo, promover o livre exercício da sexualidade, em seus mais variados espectros e complexidade, é buscar uma sociedade mais igualitária, como também respeitar à autonomia da vontade de cada ser humano, assegurando sua dignidade.

5 DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO AO DISCURSO DE ÓDIO HOMOFÓBICO

A personalidade e a liberdade constituem a condição essencial para a vida humana. Cada indivíduo, nessa perspectiva, tem autonomia privada para exprimir sua

liberdade da forma que lhe convir, desde que não acarrete dano ou risco de dano evidente a outro ou à coletividade.

Nesse sentido, Alexandre Assunção e Silva discorre que:

A liberdade envolve vários aspectos, como liberdade de ir e vir, de pensar, de se manifestar, de agir de uma forma ou de outra e de escolha. Se o indivíduo não é livre para escolher entre duas opções disponíveis, se a escolha for predeterminada, ou se opções não existirem, pode-se dizer que ele não tem liberdade de escolha, ou não pode exercitá-la (SILVA, 2012, p. 3 - 4).

A Constituição Federal positivou diversos direitos dessa espécie, como o de locomoção, de religião, de associação e reunião, de profissão, de identidade, de expressão, dentre outros.

A liberdade de expressão, tipicamente a mais valorizada em países democráticos, está consagrada, a partir de ideais liberais, no art. 4º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, como uma liberdade pessoal que não pode ser violada, com raras exceções, e na qual o indivíduo desenvolve livre de qualquer interferência externa suas faculdades e vontades naturais (SARLET, 2013, p. 445).

Do mesmo modo, o texto constitucional brasileiro, em seu art. 5º, incs. IV e IX, estabelece que “[...] é livre a manifestação do pensamento”, como também, “[...] é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 1988).

Após um longo período ditatorial do regime militar, que empregou a censura de modo banalizado por mais de duas décadas, o constituinte de 1988 apontou claramente a importância e a necessidade de se preservar a livre circulação de ideias.

Trata-se do direito do titular externar livremente suas ideias, doutrinas, críticas e opiniões, juízos de valor, em síntese, qualquer manifestação do pensamento humano, fato este que é condição para a autodeterminação, à dignidade humana, ao pluralismo político e ideológico, bem como à manutenção da democracia, uma vez que seria inútil ser livre para pensar, mas, ao mesmo tempo, ser limitado ou proibido de se expressar.

Acerca da liberdade de expressão, George Marmelstein sustenta que esta é exercida de múltiplas formas:

[...] discursos “falados”, escritos, desenhos, manifestações artísticas (música, filme, teatro etc.), pinturas, cartazes, sátiras e assim sucessivamente. Até mesmo o silêncio, muitas vezes, pode simbolizar o exercício dessa liberdade (MARMELSTEIN, 2011, p. 129).

Apesar da valorização desse direito, não significa que tal seja isento de restrições ao seu exercício. Isso porque, a liberdade de deixar tudo fazer, o *laissez faire* incondicional, pode ocasionar violações brutais de direitos humanos básicos. É o caso da propagação de ideologias que desrespeitem e lesam direitos de terceiros, especialmente os de minorias sociais, potencializando suas vulnerabilidades.

Nesse sentido, tem-se a heteronorma ou heteronormatividade, que é um regime político, social e econômico que visa impor os padrões heterossexuais como verdadeiros, normais, naturais e superiores, por meio de diversos mecanismos médicos, artísticos, educativos, religiosos, jurídicos, etc, às outras vivências sexuais. Em outras palavras, reveste as demais sexualidades não padronizadas pelas forças sociais vigentes como algo patológico e anormal.

Sobre o que é patológico ou o que é normal, Georges Canguilhem esclarece que ser elencado como anormal não é, necessariamente, uma patologia. Para ele, o patológico implica *pathos*, isto é, um sentimento direto e concreto de sofrimento e de impotência, de sentimento de vida contrariada. Logo, sustentar o que é estatisticamente menos recorrente no meio social como anormal, como no caso da diversidade sexual, é insustentável, tendo em vista que:

[...] na espécie humana, a frequência estatística não traduz apenas uma normatividade vital, mas também uma normatividade social. Um traço humano não seria normal por ser frequente; mas seria frequente por ser normal, isto é, normativo em um determinado gênero de vida (CANGUILHEM, 2009, p. 62).

Considerado como uma ferramenta de reprodução das ideologias homofóbicas, o discurso de ódio tem suas raízes na terminologia americana *hate speech*, podendo ser caracterizado como um instrumento que se utiliza da linguagem verbal e/ou extraverbal, como a fala, os gestos, a música, o cinema, o vídeo, a pintura, a dança, os livros e etc, para transmitir as manifestações “[...] de ódio, desprezo ou

intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual”, conforme leciona Daniel Sarmiento (2006, p. 208).

De fato, é um discurso embasado na sua externalidade. Para tanto, expõe Rosana Leal da Silva *et al*:

É uma manifestação segregacionista, baseada na dicotomia superior (emissor) e inferior (atingido) e, como manifestação que é, passa a existir quando é dada a conhecer por outrem que não o próprio autor. A fim de formar um conceito satisfatório, devem ser aprofundados esses dois aspectos, começando pela externalidade. A existência do discurso de ódio, assim como toda expressão discursiva, exige a transposição de ideias do plano mental (abstrato) para o plano fático (concreto). Discurso não externado é pensamento, emoção, o ódio sem o discurso; e não causa dano algum a quem porventura possa ser seu alvo, já que a ideia permanece na mente de seu autor. Para esse caso, é inconcebível a intervenção jurídica, pois a todos é livre o pensar (SILVA, 2011, p. 447).

A questão fundamental que permeia essa conduta discursiva é a relação entre o pensar, o falar e o agir. Dessa forma, sua concretização pressupõe sua externalidade, caso contrário, serão apenas pensamentos, sentimentos e ódio sem o discurso, o que tornaria incabível sua intervenção através de sanções jurídicas ou extrajurídicas.

Em virtude disso, é possível sustentar que a liberdade de expressão não é e não deve ser um direito absoluto, isso porque, como exposto, as expressões sem limites podem entrar em conflito com interesses públicos e privados importantes. Esses limites se encontram em sua utilização abusiva ou contrária à dignidade da pessoa humana, como é o caso do discurso de ódio homofóbico.

Trata-se de um abuso na medida em que representa mais um ato hostil do que uma mera questão de opinião, que quando propagado contínua e irresponsavelmente, acarreta em uma falsa legitimação social quanto ao seu exercício.

Para Daniel Sarmiento, no momento em que o discurso se reveste de ódio, de violência e de repressão deixa de ser um direito de liberdade de expressão:

Diante de uma manifestação de ódio, há dois comportamentos prováveis da vítima: revidar com a mesma violência, ou retirar-se da discussão,

amedrontada e humilhada. Nenhum deles contribui minimamente para “a busca da verdade” (SARMENTO, 2006, p. 236).

Logo, toda liberdade tem limites lógicos, que estão consubstanciados na própria concepção genérica de liberdade, de modo que ela se finda para preservar, proteger e promover os direitos de outrem.

A própria Constituição Federal aponta algumas restrições ao exercício da liberdade de expressão e de outras liberdades, como: a vedação do anonimato (art. 5º, inc. IV); a proteção e o respeito do direito de resposta, proporcional ao agravo (art. 5º, inc. V); a garantia da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (art. 5º, inc. X); e, oportunamente, a o acesso à informação (art. 5º, inc. XIV).

Segundo George Marmelstein, para se combater o abuso de um direito fundamental, emprega-se o princípio da proibição de abuso de direito, tendo em vista que:

[...] nenhum direito fundamental deve ser interpretado no sentido de autorizar a prática de atividades que visem destruir outros direitos ou liberdades. [...] o exercício de direitos fundamentais não pode ser abusivo ao ponto de acobertar práticas ilícitas/criminosas cometidas em detrimento de outros direitos fundamentais ou de valores constitucionais relevantes (MARMELESTEIN, 2011, p. 459).

De fato, o discurso não deve ser considerado como a simples liberdade de expor “o que quiser”. Ele é uma ação com viés comunicativo que, quando assume ênfase no ato de desvalor da vítima, deixa de ser um simples ponto de vista, configurando-se como um discurso de incitação ao ódio, já que acarreta efeitos materiais lesivos a seus destinatários.

No que tange ao discurso de ódio homofóbico, verifica-se que o ato discursivo é uma das modalidades de instrumentalizar, através da veiculação linguística, a homofobia.

Para identificar uma ação dessa espécie, deve ser observada sua prática sob o viés da motivação a partir de atributos associados ao público LGBT, em que mesmo que a ofensa seja direcionada a uma única pessoa, “[...] quando o fator de motivação do agente for o sentimento homofóbico, isto é, aversão aos papéis culturais atribuídos ao sexo, gênero, identidade de gênero e orientação sexual, este ato não será um mero

insulto pessoal”, mas, sim, um ato discursivo de ódio, uma vez que irradia, implicitamente, os efeitos contra inúmeras vítimas (CAZELATTO; CARDIN, 2016, net).

Dentro dessa ideia, embora a liberdade de expressão seja fundamental para a manutenção da democracia e da dignidade da pessoa humana, o seu exercício abusivo, enquanto um discurso hostil a terceiros, em especial o de cunho homofóbico, deve ser limitado e/ou proibido pelo Estado, tendo em vista estar diante de conflitos entre direitos e princípios.

6 DA COLISÃO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A SEXUALIDADE SOB A ÓTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A ordem jurídica é um sistema de normas, não se admitindo a coexistência de mais de uma ordem jurídica válida e vinculante no âmbito do território do Estado, o que traria sérias consequências à soberania estatal. A fonte de validade da ordem jurídica é a Constituição Federal, portanto, ela é quem confere unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico.

A resolução das chamadas “antinomias jurídicas” quanto à figura das regras se apresenta muito mais simples do que a resolução dos “conflitos entre os princípios”. Vale destacar que o conflito entre regras é resolvido, de forma específica, no plano de validade, ou seja, ou a regra é válida e se aplica, ou a regra é inválida, logo, não se aplica.

Essa decisão de expurgar do sistema a regra inválida dá-se por critérios estabelecidos em cada ordem jurídica específica, na medida em que o sistema jurídico se constitui numa ordem coerente, entendendo-se como sistema uma totalidade ordenada.

Partindo-se do pressuposto de que o “Direito não tolera antinomias”, objetiva-se, assim, o dever de coerência por parte do intérprete, pois, a coerência não é condição apenas de validade, mas condição para a justiça do ordenamento.

Dessa forma, deverá o intérprete solucionar as antinomias através de três regras fundamentais (BOBBIO, 1999, p. 71 – 114), utilizando-se dos critérios

hierárquico (*lex superior derogat inferiorem*); o da especialidade (*lex specialis derogat generalem*); e o cronológico (*lex posterior derogat priorem*).

Já a colisão de princípios não conduz à exclusão do sistema de uma das normas conflitantes. Há incompatibilidade, porém não há exclusão. O operador jurídico, no caso em tela, opta por um dos princípios, sem que o outro seja expurgado do sistema, uma vez não ser possível admitir o conflito entre princípios constitucionais, devendo serem harmonizados e compatibilizados entre si, em obediência ao princípio da unidade da constituição, também entendido como princípio de unidade hierárquico-normativa.

Esse princípio determina que o operador jurídico deva interpretar as normas constitucionais, no sentido de evitar qualquer tipo de contradição com outras normas da mesma categoria dentro do sistema, e especialmente com decisões fundamentais sobre princípios de direito constitucional.

Há de se levar em conta a presença do princípio da concordância prática, que se mantém intimamente relacionado com o princípio da unidade da constituição, ao se exigir do intérprete a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros, desta forma, ocorre um posicionamento contra as técnicas da ponderação de valores ou da ponderação de bens.

Efetivamente, afastado um princípio colidente, diante de certa situação, não significa que, em outras situações, não venha esse mesmo princípio ser aplicado em casos diversos.

Em virtude da abertura e da natureza principiológica dos direitos fundamentais e de personalidade, há, também, a possibilidade de colisão entre essas categorias de normas. Esse desencontro ocorre quando a Constituição Federal ampara ou protege, implícita e explicitamente, dois ou mais direitos, valores ou bens que estão em contradição entre si no caso concreto, requerendo seus sopesamentos.

Ocorre que os critérios tradicionais de resolução de conflitos normativos, como, o hierárquico, o cronológico e o de especialidade, não são adequados e suficientes para sanar as colisões entre normas constitucionais dessa natureza, tendo em vista que são voltados a soluções de ótica e de plano deontológico, isto é, empregados no plano normativo.

Para tanto, a ponderação de bens ou balanceamento se destaca diante da necessidade de moldar o direito ao caso em análise, como forma de resolução dos conflitos existentes entre bens juridicamente protegidos.

É, para Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos:

[...] uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

No entanto, alerta Luciano Sampaio G. Rolim que:

[...] em alguns casos de colisão, a realização de um dos direito fundamentais em confronto é reciprocamente excludente do exercício do outro. Nesta hipótese, o princípio da proporcionalidade indica qual o direito que, na situação concreta, está ameaçado de sofrer a lesão mais grave caso venha a ceder ao exercício do outro, e, por isso, merece prevalecer, excluindo a realização deste (colisão excludente) (ROLIM, 2002, net).

Por outro lado, o princípio da proporcionalidade incumbe o juiz de verificar, por meio da valoração de interesses entre normas legitimamente tuteláveis, a medida de prevalência de um a outro interesse, impondo restrições necessárias a manutenção dos bens jurídicos do caso concreto (SZANIAWSKI, 2005, p. 282).

No que se refere ao direito fundamental à liberdade de expressão, este pode necessitar de intervenção estatal visando assegurar a própria liberdade em sentido amplo, como ocorre com o discurso de ódio. A maior controvérsia jurídica que permeia esse direito está quando ele se colide com outro direito de mesma magnitude, como o livre exercício da sexualidade.

Gilmar Ferreira Mendes, nesse sentido, leciona que “Não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana” (MENDES, 2002, net).

Em respeito e com fundamento no princípio da dignidade humana, ambos os direitos terão que ser analisados por meio dos princípios da ponderação e da proporcionalidade, buscando o cumprimento dos preceitos constitucionais.

O discurso de ódio homofóbico além de ser um ato discursivo vazio de conteúdo moral, afeta a vivência sexual, em sua ampla diversidade, das minorias sexuais, transformando-as em indivíduos-objetos.

Seus impactos são tão profundos que violam o pleno exercício da sexualidade humana, o qual é um direito fundamental intrinsecamente correlato com a dignidade da pessoa humana e do desenvolvimento da personalidade de seu titular.

Dessa forma, em que pese ser certo que a manifestação de opinião é essencial para a preservação de qualquer democracia, por outro lado, quando assume uma postura que em nada contribui para o crescimento social, cultural, artístico ou científico, funcionando mais como um instrumento de retaliação a direitos de alguém, deverá o outro direito que está em colisão se sobressair. Afinal, não haverá dignidade se o ser humano não dispuser da liberdade em exercer sua sexualidade para além de discursos repressivos e preconceituosos.

CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 rompeu a tradição história de inserir no final do texto constitucional a solene declaração de direitos, abordando-os no seu início, a partir do artigo 5º, como também elevou a condição de princípio fundamental a dignidade da pessoa humana. Essa transposição de direitos, logo após os princípios fundamentais, representa a primazia do ser humano perante o Estado.

Os princípios consagrados pelo Texto Maior retratam a ideologia política que permeia todo o sistema jurídico constitucional e infraconstitucional, constituindo-se em mandado nuclear do sistema e irradiando seus efeitos sobre as regras jurídicas em face do seu alto grau de normatividade. Daí dizer que os princípios devem ser identificados pelo aplicador jurídico no tocante à sua dimensão e peso, servindo, dessa forma, de paradigma para a concretização dos direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana se traduz no princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, logo, deve ser utilizado como vetor pelo operador jurídico para a efetiva concretização de qualquer direito, em especial, os fundamentais e de personalidade.

Trata-se de um princípio que tem em Immanuel Kant a sua figura exponencial, tendo em vista a formulação do postulado ético de que só o ser racional possui faculdade de agir conforme a representação de leis ou princípios, já que a autonomia da vontade humana é um atributo dos seres racionais, que fundamenta a dignidade da natureza humana. Assim, todo indivíduo tem dignidade e não um preço, como as coisas.

A Constituição Cidadã foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a estabelecer, em título próprio e de forma expressa, a importância da dignidade como parâmetro central para a efetiva concretização dos direitos fundamentais, amparando a República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito como um valor supremo da ordem jurídica.

Com a repersonalização do direito, tendo como a máxima a dignidade da pessoa humana, foi valorizado o indivíduo frente a qualquer violação do que se pode ser concebido como uma garantia ou direito, reconhecendo o ser humano como o seu destinatário único e final, independentemente de sexo, raça, religião, condição física, sexual e/ou mental.

Dentro disso, está a sexualidade humana, que é um elemento central da vida de qualquer sujeito, integrando a construção de sua vida desde antes de seu nascimento até após sua a sua morte.

Por transcender a padronização histórico-cultural da heteronorma, a sexualidade vai além de papéis enrijecidos do que se concebe, popularmente, como sexo, gênero, identidade de gênero e orientação afetivo-sexual. Em sua complexidade, abrange todo o íntimo e o exposto do ser humano, isto é, a forma como ele se percebe e se sente, bem como o modo como a sociedade o encara, englobando questão identitárias, psicológicas, morais, culturais, econômicas, políticas, entre outras.

Em razão disso, deve ser entendida e tutelada como um desdobramento do direito da autodeterminação, sendo elencado como fundamental, abrangendo as relações verticais, e de personalidade, envolvendo as relações horizontais de seu titular.

Por ser uma questão permeada por equívocos e estigmas dos mais variados possíveis, o direito ao livre exercício da sexualidade se esbarra pelos obstáculos e

violações advindos da homofobia, que é o termo genérico empregado para se referir aos abusos às minorias sexuais.

Trata-se de atos excludentes, intolerantes e preconceituosos, geralmente externados a partir de discursos de ódio, que se materializam de diversas formas, desde verbal até física e simbolicamente, buscando extirpar a essência mais valiosa do ser humano, que é a sua dignidade.

Muitas vezes, esses discursos se escondem atrás de um ilegítimo exercício da liberdade de expressão, que, na realidade, não passa de um abuso de direito, estando muito distante de ser uma mera opinião, já que produz efeitos danosos às suas vítimas, como a exclusão social do ofendido.

Nesse caso, quando o discurso de ódio homofóbico limitar a vivência plena daquele que fogem dos padrões heteronormativos, o direito à sexualidade humana será violado.

São direitos cujos limites só se encontram nos direitos dos outros, como no caso da liberdade de expressão, que se apresenta em colisão com o direito supracitado, devendo ser empregado pelo operador do direito os princípios da proporcionalidade e da ponderação.

Para a efetiva concretização do primado da dignidade da pessoa humana deve o Poder Judiciário assumir uma postura mais dinâmica e agressiva frente ao abuso de um direito fundamental, especialmente quando este é utilizado em desfavor de outro direito de mesma natureza.

Dessa forma, a sexualidade humana deve ser garantida como um fator preponderante ao discurso com conteúdo de ódio, em que este deverá ser limitado e/ou proibido, visando a preservação dos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático, além da redução das desigualdades e vulnerabilidades relacionadas com a comunidade LGBT.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio Genético Humano E Sua Proteção Na Constituição Federal De 1988**. São Paulo: Método, 2004.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. **Colisão Entre Liberdade De Expressão E Direitos Da Personalidade. Critérios De Ponderação E Interpretação Constitucionalmente Adequada Do Código Civil E Da Lei De Imprensa.** *RTDC*, v.16, out/dez., 2003.

BÍBLIA SAGRADA. 156. ed. São Paulo: Ave Maria, 2003.

BOBBIO, Noberto. **Teoria Do Ordenamento Jurídico.** 10. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília. 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.** Trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANGUILHEM, Georges. **O Normal E O Patológico.** Trad. Mana Thereza Redig de Carvalho Barrocas. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos Da Personalidade: Disponibilidade Relativa, Autonomia Privada E Dignidade Humana.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. O Discurso De Ódio Homofóbico No Brasil: Um Instrumento Limitador Da Sexualidade Humana. **Revista Jurídica Cesumar** - Mestrado, v. 16, n. 3, p. 919-938, set/dez. 2016. Disponível em: <periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5465/2893>. Acesso em: 12 jan. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DE MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais.** São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999.

ESPINOLA, Eduardo. **Sistema Do Direito Civil Brasileiro.** Rio de Janeiro: Rio, 1977.

FOUCAULT, Michel. **A História Da Sexualidade 1: A Vontade De Saber.** 12. ed. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1997.

FREITAS, Juarez. **A Substancial Inconstitucionalidade Da Lei Injusta.** Petrópolis: Vozes Ltda, 1989.

GRUPO GAY DA BAHIA. **Quem A Homotransfobia Matou Hoje?**. 2015. Disponível em: <<https://homofobiamata.wordpress.com/estatisticas/relatorios/2015-2/>>. Acesso em: 26 out. 2016.

KANT, Immanuel. **Fundamentação Da Metafísica Dos Costumes**. Os Pensadores. 1. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A Jurisdição Constitucional No Brasil E Seu Significado Para A Liberdade E A Igualdade**. 2002. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual De Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1983, Tomo IV.

RIOS, Roger Raupp. **Para Um Direito Democrático Da Sexualidade**. Horiz. antropol. [online]. 2006, vol. 12, n. 26, p. 71-100. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-71832006000200004&script=sci_arttext&tlng=es>. Acesso em: 01 out. 2016.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais Da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, Asclepiades. **Dicionário de Direito Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Autografia Edição e Comunicação Ltda, 2016.

ROLIM, Luciano Sampaio. **Uma Visão Crítica do Princípio da Proporcionalidade**. 2002. Disponível em: <www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/uma-visão-crítica-do-princípio-da-proporcionalidade>. Acesso em: 12 jan. 2017.

SANDEL, Michael J. **Justiça: O Que É Fazer A Coisa Certa**. 4. ed. Trad. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. (Org.). **Dimensões da Dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso De Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Os Princípios Constitucionais E A Ponderação De Bens**. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, Alexandre Assunção e. **Liberdade De Expressão E Crimes De Opinião**. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Rosane Leal da; et al. Discursos De Ódio Em Redes Sociais: Jurisprudência Brasileira. **Revista Direito Projeto Gráfico**, São Paulo, p. 445-468, jul/dez. 2011.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos Da Personalidade E Sua Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TGEU, Transgender Europe. **Transgender Europe's Trans Murder Monitoring Project Reveals**. 2014. Disponível em: <<http://tgeu.org/transgender-europe-tdor-press-release-october-30-2014/>>. Acesso em 11 nov. 2016.

WAS, World Association for Sexual Health. **Declaração dos Direito Sexuais**. Disponível em: < <http://www.worldsexology.org/wp-content/uploads/2013/08/DSR-Portugese.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2017.