

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE - FURG
FACULDADE DE DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

NATHALIA LIMA RIBEIRO

**CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS HOMOFÓBICAS COMO
INSTRUMENTO DE TUTELA A POPULAÇÃO LGBT**

RIO GRANDE, 2016.

NATHALIA LIMA RIBEIRO

**CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS HOMOFÓBICAS COMO INSTRUMENTO DE
TUTELA A POPULAÇÃO LGBT.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Dr. Renato Duro Dias

RIO GRANDE, 2016.

NATHALIA LIMA RIBEIRO

**CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS HOMOFÓBICAS COMO INSTRUMENTO DE
TUTELA A POPULAÇÃO LGBT.**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande.

Data: 31/10/2016

Nota: 14 horas

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Renato Duro Dias (Orientador)

Profa. Dra. Raquel F. L. Sparemberger

MSc. Amanda Netto Brum

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado a fé e a determinação necessárias para que esta tarefa fosse cumprida.

À minha família, em especial a minha mãe, Luciana, meu pai Rômulo, meus avós paternos Naura e João Walter e meus avós maternos Laura e Sérgio, e ao meu tio Paulo Gabriel, por, desde cedo, terem me motivado a buscar a educação como um norte, e por terem me proporcionado todo o necessário para que hoje eu esteja muito próxima de me graduar Bacharela em Direito.

Agradeço também às minhas irmãs, Amanda, pelo apoio e compreensão neste ano intenso, e à Gabriela, por ter trazido doçura a minha vida.

Ao meu orientador Renato Duro Dias, por ter me ajudado a “compôr as linhas” do meu trabalho, opinando sempre de maneira certa e sendo sensível ao compreender o sentimento que eu gostaria de expressar em determinados trechos, desvelando para mim o “caminho” para uma narrativa mais segura e coesa. Agradeço também pela disponibilidade ao longo destes meses, o que permitiu que, durante a construção deste trabalho, eu me mantivesse segura. Por fim, agradeço o carinho e a simpatia de sempre, que fizeram, em inúmeros momentos, que eu me sentisse tranquila e compreendida.

Agradeço à Amanda Brum, integrante da banca, pelas sinceras e ricas contribuições a este trabalho, bem como pela amabilidade e solicitude de sempre.

À Elisandra, minha amiga, vizinha e colega, pelo companheirismo ao longo dos últimos meses, ora emprestando os ouvidos para meus desabafos, ora me ajudando com pormenores de formatação.

À Andressa, colega e amiga valorosa, agradeço a generosidade, a serenidade e a pureza de caráter, o que a torna tão especial.

Aos meus colegas de turma, em especial as minhas também amigas Andressa, Roberta, Marina, Ana Cláudia, Daiélly e Louize, pelo companheirismo ao longo destes seis anos.

Aos meus veteranos do curso de Direito, Maria Gabriela, Stela, Maiara, Viviane, Charles e Felipe, pelo apoio e infundáveis conselhos, e por não me deixarem esquecer que a “luz do túnel” está próxima.

Aos amigos que estiveram próximos a mim nos últimos meses, que trouxeram conforto e proporcionaram momentos de leveza e riso, bem como pela compreensão de minhas ausências. Pela felicidade de tê-los em minha vida, faço questão de nominá-los. Um muito obrigada à Fernanda, Paloma, Natalia, Luma, Thomaz, Victor, Isadora e Pedro.

Aos meus colegas de trabalho, Marcelo Filho, Marcella, Marcelo Pai e Andressa, principalmente pela compreensão da relevância e da dificuldade desta fase e pela solicitude demonstrada em contribuir, das mais diversas formas, para a qualidade deste trabalho.

Aos professores do Curso de Direito, pelas lições dogmáticas, mas, principalmente, pelo estímulo e fomento à criticidade.

Por fim, agradeço à FURG, por propiciar que eu vivesse enriquecedores seis anos em um ambiente tão amável e plural.

RESUMO

RIBEIRO, Nathalia Lima. **Criminalização de condutas homofóbicas como instrumento de tutela a população LGBT. 2016.** Monografia – Curso de Graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande.

Este trabalho objetiva realizar uma análise acerca dos principais aspectos jurídicos que envolvem a problemática da homofobia na sociedade brasileira. O enfoque deste estudo será voltado para o exame da existência de proteção constitucional a despeito da discriminação por orientação sexual. Inicialmente far-se-á uma análise acerca do papel que o Direito Penal exerce no ordenamento social. Depois, será realizada uma retomada histórica abordando a origem da homofobia e um estudo de como o Direito tem amparado a população LGBT, pormenorizadamente no que diz respeito ao Poder Legislativo, por fim, uma crítica acerca da necessidade da criminalização da homofobia. Foi realizada pesquisa qualitativa, sendo utilizados, como base de estudos, doutrina, legislação vigente e projetos de lei que tangenciam o tema da discriminação por orientação sexual.

Palavras-chave: Homofobia; Proteção Constitucional; Discriminação; Orientação sexual; Criminalização;

ABSTRACT

This study aims to make an analysis of the main legal aspects that involve the homophobia issue in Brazilian society. The focus is on the examination of the existence of a constitutional guardianship about sexual orientation discrimination. First, this work will make an analysis of the Criminal Law role in the social order. Then, a historical recovery about homophobia origin and a study of how the Law is supporting the LGBT population, with a detailed analysis concerning the Legislative and Judicial Branch and, as a conclusion, it provides a criticism of the need of homophobia criminalization. Qualitative research was carried out, being used as the basis of studies, doctrine, legislation and bills that tangent the issue of sexual orientation discrimination.

Keywords: Homophobia; Constitutional Guardianship; Discrimination; Sexual Orientation; Criminalization;

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. A PROTEÇÃO DOS BENS-JURÍDICOS E A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL	11
3. CONTEXTO HISTÓRICO E HOMOFOBIA NA ATUALIDADE	
3.1 A homossexualidade em sua origem e os posteriores paradigmas religiosos e patológicos	22
3.2 Manifestações homofóbicas contemporâneas	29
4. TUTELA JURÍDICA OFERECIDA A POPULAÇÃO LGBT E EVENTUAL CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA	36
4.1 Criminalização da homofobia	46
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	50

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

A partir de 1988, com a promulgação da nova Constituição Federal, um movimento de busca e afirmação de Direitos Humanos aconteceu. Neste cenário, inúmeros grupos de minorias começaram a expor suas demandas com maior evidência, tendência que obteve adesão pelo segmento LGBT¹.

Assim, no atual cenário jurídico-social, em vias de se completar 30 anos de nossa Carta Magna, é passível de se constatar que as demandas referentes à orientação sexual nunca se quedaram atendidas, em contraponto com políticas públicas e inovações na legislação penal que abarcam os apelos de outras comunidades, a exemplo da afrodescendente e das mulheres, com a criação de institutos como a Injúria Racial e a Lei Maria da Penha.

Importa referir que o termo “homofobia” é aplicado a todo tipo de atitude em que se percebe qualquer nível de aversão, repulsa, desrespeito e ódio a pessoas que possuem identidades de gênero e orientação sexual que diferem da heteronormatividade. Tal preconceito situa-se num contexto de marginalização em detrimento de outros, haja vista o Estado brasileiro, nos últimos anos, através de políticas públicas, ter promovido a cultura de conscientização e respeito no que concerne a outras minorias marginalizadas, porém, ainda não restou por repudiar a violência proveniente da homofobia como deveria, considerando que o assunto é meramente tangenciado pelos porta-vozes dos governos que se sucedem, e até então nunca foi adotado qualquer plano, de eficácia massiva, que vise o combate a discriminação e desrespeito as homossexualidades em geral.

Face a inércia do Estado, o que se depreende é que a população brasileira não apresenta qualquer pudor ao perpetrar desrespeitos e violências de toda ordem em face daquelas pessoas que vivem sua orientação sexual de forma plena. Assim, em função da homofobia, que se perpetra de inúmeras formas, ainda é relegado a população Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais (LGBT) viver uma vida em que a liberdade sexual se dá de uma forma subalternizada. Evidentemente que isto não é regra, porém, considerando o número elevado de vítimas alvo de discriminação homofóbica, e a inexistência de repressão estatal com relação a este problema, um

¹ Em que pese a sigla que tem por objeto identificar o grupo composto por gays, lésbicas, bissexuais e transexuais sofrer reiteradas alterações, neste trabalho, apenas por motivos de fluidez narrativa, se utilizará a sigla “LGBT”.

cidadão que demonstre publicamente ser gay, bissexual, transexual ou lésbica não goza de segurança e conforto para viver as coisas mais banais da existência humana, como, por exemplo, a demonstração de afeto aos parceiros publicamente, em virtude do temor pela retaliação.

Importa referir que, ainda que paulatinamente seja perceptível um avanço social no âmbito do discurso, para a desarticulação da cultura homofóbica, evidencia-se, concomitantemente, a existência de uma argumentação intolerante no sentido da existência de uma “ditadura gay”.

Contudo, vale ressaltar que ainda que constantemente acuada, a população LGBT está se empoderando, e que tal processo só tende a se intensificar. Contrariamente a outros períodos da história, nota-se, atualmente, a existência de uma “medição de forças”, isto é, uma reação por parte movimento LGBT, o que denota que, inobstante o temor a violência homofóbica, começa a se fazer presente um sentimento de indignação e irrisignação com relação a violações de direitos humanos de pessoas homossexuais².

Notório referir que não existem razões plausíveis para a falta de amparo à população LGBT no que concerne a ocorrência de discriminação e violência. O que se constata é uma total inércia do Estado em proteger este grupo.

Nas atuais circunstâncias, não há o que se possa fazer para evitar a ocorrência de atos de violência e discriminação motivadas por preconceito de orientação sexual, uma vez que, a única coisa que poderia proteger um cidadão que se integra ao grupo LGBT é a supressão de seus próprios hábitos e personalidade, o que, em última análise, se constitui como violência subjetiva, que, no mais das vezes, perfaz uma agressão maior ou equivalente a ato de violência física, simbólica ou verbal.

Diante disto, a discussão acerca da criminalização de condutas homofóbicas se mostra como ponto salutar, de onde possa emergir uma solução ou o início de uma trilha de esperança para a população LGBT. Tal medida não se prestaria apenas a produção de efeitos na seara penal, constituindo uma importante ferramenta de visibilidade para que a população, como um todo, atente para a

² Serão utilizados os vocábulos “homossexual” e “homossexualidade” em maior escala que outros – como lesbianismo, bissexualidade, transsexualidade - para que a narrativa não fique prejudicada ao se enumerar todas os vocábulos que nomeiam as diferentes formas de orientação sexual.

existência e seriedade dos casos de discriminação e violência motivados por discursos homófobos.

Outrossim, além da seara penal, a criminalização da homofobia também se prestaria ao mapeamento de casos de violência desta ordem, fato que, indubitavelmente, auxiliaria na construção de estratégias do Estado com fins a desestabilizar a cultura de homofobia enraizada em nossa sociedade, a título de aperfeiçoamento de políticas públicas.

Em suma, a representatividade é um fator ímpar na busca de equidade e enfrentamento do preconceito relativo a opção sexual, razão pela qual se faz mister analisar a necessidade de serem as condutas homofóbicas criminalizadas.

Por essa razão, se faz mister que, no que tange a criminalização da homofobia, seja realizado estudo qualitativo, utilizando-se como parâmetro a legislação já existente e os projetos de lei em tramitação que abordam o assunto, bem como o que a doutrina leciona neste sentido, especificamente a despeito da existência proteção constitucional em caso de preconceito e discriminação motivadas por orientação sexual.

CAPÍTULO 3

A PROTEÇÃO DOS BENS-JURÍDICOS E A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

O bem-jurídico, de acordo com Bittencourt (2011, p. 37) pode ser definido “como todo valor da vida humana protegido pelo Direito”. Nesse sentido, o Estado possui uma gama de órgãos que estão incumbidos da plena realização daquele bem-jurídico nomeado segurança, o qual recebe guarida da Constituição Federal, em seu art. 6º.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Assim, veja-se que a segurança está inserida no capítulo dos Direitos Sociais de nossa Carta Maior, caracterizando, portanto, um problema do âmbito da sociedade como um todo, situação singular que denota a complexidade do fenômeno que a segurança procura solucionar.

O princípio regente da Constituição Federal Brasileira está contido em seu art. 1º, inciso III.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político. (BRASIL, 1988) (*grifo nosso*)

A dignidade da pessoa humana é direito fundamental que orienta todos os demais. Assim, na medida em que se disserta sobre segurança, se está a pensar em maneiras de utilizar um bem-jurídico que haverá de resguardar em boa medida inúmeros outros, como aqueles previstos no art. 5º da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; (BRASIL, 1988)

Quando como consequência de um fato a sociedade demonstra insegurança, com a violação de determinados bens-jurídicos, pode-se aferir que houve um momento de supressão da ordem jurídica estabelecida. Como resposta a este desajuste, o Estado lança mão de medidas que visem o combate daquilo que é motivo ou a sanção daqueles que são agentes deste descompasso que desarmoniza a sociedade.

Como medida de contenção das práticas delitivas, o Direito Penal é o instrumento pelo qual o Estado oferece sanções para todo tipo de violação da ordem jurídica. Isto é dizer que o Estado assume/detém o monopólio do poder de punir aqueles cidadãos que não se coadunam com o que as leis estabelecem.

O Direito Penal regula as relações dos indivíduos em sociedade e as relações destes com a mesma sociedade. Os bens protegidos pelo Direito Penal não interessam ao indivíduo, exclusivamente, mas a coletividade como um todo. A relação existente entre o autor de um crime e a vítima é de natureza secundária, uma vez que esta não tem o direito de punir. Mesmo quando dispõe da *persecutio criminis* não detém o *ius puniendi*, mas tão somente o *ius accusationes*, cujo exercício exaure-se com a sentença penal condenatória. Consequentemente, o Estado, mesmo nas chamadas ações de exclusiva iniciativa privada, é o titular do *ius puniendi*, que tem, evidentemente, caráter público. (BITTECOURT, 2011, p. 33)

Em suma, manter a segurança de um Estado é uma tarefa no mínimo desafiadora. Num plano ideal, os governos deveriam elaborar estratégias de longo prazo para o combate à violência, utilizando políticas públicas que deveriam incidir sobre as causas desta e sobre a miserabilidade que torna a delinquência tão banal. Contudo, não é o que acontece, de modo que resta, quase que de forma unilateral, ao Direito Penal, em toda sua complexidade, lidar com o fenômeno crime.

Sob este *prima*, em que pese serem as políticas públicas assunto que diz respeito ao Direito Administrativo, o que ocorre é uma tendência de que todas as demandas por segurança pública sejam direcionadas ao Direito Penal, o qual deveria ser o último recurso, em atenção ao princípio da *ultima ratio*, alicerce do Direito Penal moderno.

Neste panorama, portanto, evidencia-se uma ampliação do campo de ação do Direito Penal, como se somente uma intervenção punitiva fosse capaz de gerar a mitigação dos problemas sociais. Em contrapartida, aquelas áreas que

genuinamente deveriam se debruçar em face dos problemas e tentar resolvê-los, por meio de políticas públicas adequadas para isso, *in casu*, o Direito Administrativo, ficam ceifadas de sua função genuína.

Para Bittencourt (2011), citando Wetzel, os bens jurídicos são bens vitais da sociedade e do indivíduo, que merecem proteção legal exatamente em razão de sua significação social.

Ainda, dispõe que

A soma dos bens constitui, afinal, a ordem social. O valor ético-social de um bem jurídico, no entanto, não é determinado de forma isolada ou abstratamente; ao contrário, sua configuração será avaliada em relação à totalidade do ordenamento social. A função ético-social é inegavelmente a mais importante do Direito Penal, e baseada nela, surge a segunda função, que é a preventiva. (BITTENCOURT, 2011, p. 38)

O Direito Penal, portanto, é corolário de uma dúplici função, a manutenção da segurança, e, na hipótese de desabalo desta, com a violação dos limites da liberdade indivíduo na vida comunitária, também a missão de promover uma reação em face do caso concreto, que se constitui na aplicação de uma pena, a qual, segundo Bittencourt (2011), é um recurso elementar com que conta o Estado, e ao qual recorre, quando necessário, para tornar possível a convivência entre os homens.

Como se é de imaginar inexistente uma linha demarcatória indicando, com precisão, a partir de qual momento haveriam de incidir, necessariamente, disposições de Direito Penal, e desde quando elas não haveriam de incidir. Isso não impede, contudo, que se construa um raciocínio invertido que, iniciando pelas extremidades, busque apontar situações em que a tutela penal é evidentemente exigível, distinguindo-as daquelas em que ela evidentemente não o é. (FELDENS, 2008, p. 31)

De acordo com Pires (1999), o direito positivo³ em geral passa a ter “um papel importante a desempenhar na regulação de certos problemas e conflitos sociais ainda que ele não constitua, via de regra, a solução definitiva nem necessariamente a mais eficaz, ou, ainda, a mais desejável para esses problemas”.

Sob a ótica de Ferraz Jr. (2014), a positivação do Direito pode ser concebida como um fenômeno em que todo juízo de valor, normatização e expectativa de comportamento deve passar pelo crivo de processos decisórios para adquirir validade.

³ O fenômeno da positivação é um traço da ciência do Direito que se mantém até hoje. Para Ferraz Jr. (2014), pode-se dizer genericamente que o Direito Positivo se constitui da circunstância de que o que vale no ordenamento jurídico é aquilo que decorre de uma decisão e só por força de uma nova decisão pode ser revogado.

Neste cenário, evidencia-se que o Direito Penal figura como um meio crucial pelo qual o Estado lança mão para manter a ordem da sociedade. Contudo, tal “populismo” que o Direito Penal passou a gozar acarreta em problemas âmbito da delimitação daquilo que deve ser regulado criminalmente, posto que, a existência de uma demanda da população em virtude de, em tese, violações específicas, não implica numa legitimidade inequívoca do Estado para reagir penalmente contra todas as condutas, forte no que postula o inciso XXXIX, do art. 5º da Constituição Federal, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1998).

Fundamental diagnosticar, nesse quadro, que na sociedade do risco fundada sob a égide do medo, todos os tipos de lesão, independente da qualificação do bem jurídico, e de conflitos, para além de sua dimensão pública ou privada, acabam sendo de algum modo abarcados pelo controle penal. (CARVALHO, 2013, p. 185)

De acordo com Bittencourt (2011) a partir da legalidade foram estabelecidos os critérios e os requisitos que justificariam apontar a responsabilidade criminal e, em consequência, sancionar o autor do fato criminoso. O autor (2011) salienta ainda que a limitação das hipóteses criminalizadoras exclusivamente à lei penal se mostra como a maior conquista do direito penal da Modernidade em termos de garantias individuais.

Sob este aspecto,

Do Direito penal clássico ao Direito penal moderno (do perigo) na atual sociedade de risco, devemos seguir na linha de como identificaremos um delito, desde sua criação legislativa à abordagem jurisdicional, na idealização do Direito penal usado como instrumento político de combate aos novos riscos, ou nem tão novos assim. (SAMPAIO, 2014, p. 88)

Assim, parece razoável afirmar que a Constituição Federal se coloca como referência singular da atividade legislativa no âmbito do Direito Penal, estabelecendo quais bens jurídicos, havendo sua violação, podem ser resguardados por intermédio de uma cominação legal punitiva.

Em termos gerais, podemos sustentar que a Constituição figura como um quadro referencial obrigatório da atividade punitiva, contendo decisões valorativas fundamentais para a elaboração de um conceito de bem jurídico prévio à legislação penal e ao mesmo tempo obrigatório para ela. Nesse contexto, a atividade do legislador penal encontra seu objeto premeditado por uma ordem de valores ditada pela Constituição, que se faz, por essa razão mesma, pré-constituída ao legislador. (FELDENS, 2008, p. 30)

De acordo com Feldens (2008) ao estabelecer mandados de penalização, o constituinte, onde o fez, afastou do âmbito da liberdade de configuração do legislador a decisão sobre merecerem, ou não, os bens ou interesses envolvidos, a tutela jurídico-penal.

A incorporação, pela Constituição, de normas tendentes a assegurar a tutela penal de direitos e valores nela consagrados reflete a explícita aceitação, por parte do constituinte originário, de deveres de proteção com feição jurídico-penal. Logo, em seu art. 5º, residência normativa dos direitos e liberdades individuais, a Constituição estabelece, como garantia desses mesmos direitos e liberdades, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (inc. XLI) o que bem demonstra que a intervenção do legislador penal está constitucionalmente encomendada à tutela dos direitos e liberdades fundamentais. (FELDENS, 2008, p. 42)

Neste prisma, segundo Carvalho (2012), nota-se, sob a justificativa da proteção dos direitos humanos, a ampliação do rol das condutas puníveis e conseqüentemente do horizonte de projeção da punitividade.

Notório referir, de acordo com Sarlet (2015), que direitos humanos são todos os direitos inerentes à natureza humana, positivados ou não, distinguindo-se dos fundamentais, que são os direitos constitucionalmente positivados.

Nesse sentido, os direitos fundamentais (como direitos inerentes à própria condição e dignidade humana) acabam sendo “transformados” em direitos fundamentais pelo modelo positivista, incorporando-os ao sistema de direito positivo como elementos essenciais, visto que apenas mediante um processo de “fundamentalização” (precisamente pela incorporação às constituições), os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional. (SARLET, 2015, p. 33)

Desta forma, diante do singular caráter que o instituto da pena adquire num Estado Democrático de Direito, características estas que são auferidas em virtude do espírito da Carta Constitucional, vale salientar que, no caso brasileiro, os Governos que se sucedem não tem obtido êxito na proteção dos cidadãos, visto que inúmeras vezes é ineficaz em promover a segurança precipuamente antes de violações de direito, isto é, preventivamente.

Nesse quadro, vale refletir a respeito da função da pena.

A sanção estatal deve adquirir sentido positivo, promovendo não somente coação aos não desviantes (temor pela autoridade), mas fornecendo meios para que o criminoso não incorra novamente no delito e seja integrado na e pela comunidade. O exercício do direito de punir passa a ser norteadado pela ideia de prevenção especial positiva, consolidando as teorias de ressocialização, recuperação e regeneração do criminoso elaboradas pela criminologia positivista. (CARVALHO, 2013, p. 208)

Não se pode fazer uma reflexão estanque em relação aos fatos criminosos e a sanções de cunho penal respectivamente cominadas, vez que a necessidade de conjugar tais aspectos com o contexto social é inegável. Assim, posto que vertente da ciência do Direito é notório que o Direito Penal também deve ser sensível as mutações sociais, e, em que pese seja um ramo do Direito a priori regulador, recebe respaldo dos estudos criminológicos, que se ocupam exatamente em fazer a

reflexão a despeito do contexto social contemporâneo para entender o fenômeno crime e seus desdobramentos.

Neste sentido, entende-se que a criminologia pode ser definida como uma ciência empírica que se presta a analisar o crime, em suas diversas facetas. Assim, os estudos criminológicos, pela sua característica interdisciplinar, investigam a personalidade dos autores dos crimes, o comportamento delitivo em si, os indivíduos que figuram como vítimas e de que o modo Estado exerce o controle social destas condutas delitivas.

Significa dizer que a sensibilidade social que não é inata do Direito Penal resta abrangida pela criminologia, a qual servirá de norte para o Direito Penal. Portanto, conforme bem sintetiza Carvalho (2012) o local da fala da criminologia é o de auxiliar a ciência principal (direito penal), fornecendo elementos de sustentação e legitimação.

Segundo Sampaio (2014), o Direito Penal necessariamente deve passar pelos valores dinâmicos da sociedade. A evolução desta ciência segue na linha do que se busca nos dias atuais sobre sua finalidade e legitimidade, para que não se aproxime de uma figura ilustrativa e perniciosa com uma linguagem fechada aos seus atores.

Por isso, devemos inserir a estrutura da ciência jurídico penal na coerência com sua época e, diante de uma referência epistemológica, difundir coerentes ideias ou mesmo criticá-las, sempre com o foco de maior legitimidade possível. Nosso campo de investigação, portanto, segue na tentativa de diagnosticar e/ou caracterizar a expansão do Direito Penal não por seu ponto primário (a idealização de uma norma penal), mas sim através do foco prático, a “jurisdificação” da imputação penal, figurando ambas em política criminal de ampliação da penalização. (SAMPAIO, 2014, p. 87)

Para contemplar essa necessidade de integração do Direito Penal com o efetivo contexto em que os crimes acontecem exsurge a criminologia como ferramenta, posto que esta se ocupa de estudar o fenômeno crime e as razões da existência da criminalidade.

Importante salientar que escopo da criminologia é se antecipar aos fatos delituosos, entendendo a dinâmica pela qual um sujeito é levado a cogitar delinquência. Assim, se o Direito Penal só age após a execução de um crime, em contrapartida, a criminologia busca compreender como se processa a dinâmica do crime e por quais meios pode-se buscar uma interferência visando desestimular o agente de praticar o crime.

Assim como em todas as ciências, a criminologia também suporta vertentes teóricas distintas. Em se tratando da criminologia em sua linha ortodoxa, predominava uma visão de que a existência do delito e do delinquente eram resquícios de um período em que a civilização humana vivia em atmosfera de barbárie, e que neste contexto, a criminologia estaria incumbida a missão de eliminar este caráter primitivo do homem.

Nesta seara, segundo Carvalho (2012), a criminologia era atribuído o papel de anular o último vestígio do bárbaro humano. O criminoso, portanto, representaria a negação do homem civilizado, em virtude de sua conduta delitativa não convergir com os valores morais que a civilização culturalmente cunhou.

Ocorre que, diante desta tentativa de “esquadrinhar” a humanidade entre bárbaro e bom, a criminologia ortodoxa acabou por adotar uma linha de estudo discutível, posto que, em seus primórdios, os estudos criminológicos consideravam os homossexuais como sujeitos à margem da normalidade. Significa que dizer sob o prisma criminológico a heterossexualidade passou a figurar como referência.

Os procedimentos da criminologia ortodoxa, direcionados à identificação, análise, intervenção e anulação (ou redirecionamento dos anormais) – dentre eles os homossexuais, denominados pelos primeiros sexólogos como invertidos -, está ancorado epistemologicamente no ideal da heterossexualidade. Não por outra razão é possível sustentar que a constituição científica da criminologia é homofóbica. (CARVALHO, 2012, p. 157)

Nesse prisma, segundo Borillo (2010), todas as outras formas de sexualidade que não circunscritos as relações entre homens e mulheres eram considerados incompletos, acidentais e perversos.

Conforme suscita Carvalho (2012), a homossexualidade era amplamente reconhecida como delito, “potência inata, como uma propriedade do sujeito que inexoravelmente se transformaria em ato, revelando o oculto da sua existência, a sua essência criminal”.

Todavia, em que pese a criminologia, a priori, tenha promovido estereótipos criminalizantes a respeito da homossexualidade, não se pode olvidar a salutar contribuição desta ciência, visto que a mesma demonstrou capacidade para acompanhar e compreender as dinâmicas dos grupos e movimentos sociais que historicamente se sucederam, os quais foram e são muitos, e não raro complexos. Essa sensibilidade, portanto, foi e se mantém sendo, de forma mais apurada ainda -

com uma criminologia crítica -, como instrumento crucial no sentido de não deixar o Direito Penal alheio ao que se passa no âmbito da sociedade civil.

Nessa linha, é passível de se concluir que a etiqueta criminalizante nada mais é um que um produto do momento social e da cultura de um povo. Assim, verifica-se que há uma linha tênue entre crime e cultura:

Os estudos promovidos pela(s) criminologia(s) crítica(s) permitiram demonstrar não apenas que inexistem diferenças naturais e ontológicas entre criminosos (anormais) e não-criminosos (normais) – pois o *homo criminalis* (bárbaro) habita o homem civilizado (*labeling approach*) -, como evidenciaram que as instituições do Estado moderno (*lupus artificialis*), criadas para controlar e prevenir violências e fornecer segurança, são, em si mesmas, fontes de violências (violências institucionais). (CARVALHO, 2012, p. 160)

A esse respeito, Carvalho (2012) sustenta, citando Sutherland, que “o crime e o criminoso são retirados do gueto pré-civilizado e colocados dentro da cena político-cultural”.

Verifica-se, sem dúvida, a necessidade da existência de uma criminologia plural para abarcar e entender o fenômeno crime na atualidade. Assim, evidencia-se a “necessidade de uma imersão etnográfica na cultura e nas experiências cotidianas de forma a aproximar a criminologia da realidade particular dos eventos desviantes”. (CARVALHO, 2012, p. 164)

A criminologia crítica mostrou-se capaz de identificar que o crime é um produto direto da cultura. A esse teor, na medida em que a sociedade avança no enfrentamento de determinados problemas sociais (como misoginia, homofobia, racismo, entre outros) torna-se singular a mudança de percepção social daquilo que se convencionou considerar crime.

Notoriamente há uma tendência atual de que determinados bens jurídicos que outrora foram negligenciados recebam atenção do público, da mídia e do legislador. Assim, no atual cenário social, tais demandas, geralmente oriundas de grupos de minorias (mulheres, LGBT, negros, etc), passam a ocupar posição de destaque, com inúmeras demandas⁴, dentre as quais que estas também façam parte da égide daqueles bens-jurídicos que o Direito Penal acolheu.

Cabe salientar importante ponderação de Carvalho (2012, p. 159):

Nesta perspectiva é que considero como complementares as construções interacionistas e feministas, pois se o paradigma da rotulação universaliza o crime na vida pública, o feminismo, sobretudo a partir dos estudos sobre violência doméstica, irá demonstrar que o delito se encontra presente, com toda sua radicalidade, na esfera íntima da vida familiar e afetiva.

⁴ A posterior se realizará análise pormenorizada das demandas LGBT.

Desta forma, manifestações preconceituosas e discriminantes com relação a população LGBT deveriam ser consideradas como atos criminosos, face o desrespeito ao espírito constitucional, que postula a dignidade da pessoa humana. Tais práticas suprimem inúmeros direitos fundamentais, os quais, em última análise, são violados.

Assim, em vista das particularidades de determinadas pessoas com a identidade de gênero e a orientação sexual diversas, nota-se um período em que tais grupos reivindicam proteção, pois se tornaram alvo de violências em função de não viverem sob os ditames da heteronormatividade⁵. Desta forma, o crime não se encontra somente na esfera pública, mas se perpetra, e muito, na esfera da vida familiar e privada destes sujeitos.

Por essa razão é que se delineia uma demanda por criminalização de condutas homofóbicas. Para Borillo (2010), a homofobia é atitude de hostilidade contra as/os homossexuais; portanto homens e mulheres. Consiste em uma manifestação arbitrária que designa o outro como contrário, inferior ou anormal; por sua diferença irreduzível, ele é posicionado a distância, fora do universo comum dos humanos.

A homofobia pode ser definida como a hostilidade geral, psicológica e social contra aquelas e aqueles que, supostamente, sentem desejo ou têm práticas com indivíduos de seu próprio sexo. Forma específica do sexismo, a homofobia rejeita, igualmente, todos aqueles que não se conformam com o papel predeterminado para seu sexo biológico. Construção ideológica que consiste na promoção constante de uma forma de sexualidade (hétero) em detrimento de outra (homo), a homofobia organiza uma hierarquização das sexualidades e, dessa postura, extrai consequências políticas. (BORILLO, 2010, p. 34)

Neste cenário é que se verifica com nitidez o importante papel que a criminologia desempenha, posto que tal ciência se mostra articulada para a compreensão dos fenômenos criminais cometidos em função de motivos específicos, como no caso em tela, a homofobia.

⁵ A heteronormatividade visa regular e normatizar modos de ser e de viver os desejos corporais e a sexualidade. De acordo com o que está socialmente estabelecido para as pessoas, numa perspectiva biologicista e determinista, há duas – e apenas duas – possibilidades de locação das pessoas quanto à anatomia sexual humana, ou seja, feminino/fêmea ou masculino/macho. (MEYER E PETRY, 2011)

De acordo com Becker (1991), o desvio não é uma qualidade do ato cometido pela pessoa, mas a consequência de um processo de criminalização composto por procedimentos de seleção das condutas.

Por derradeiro, conforme elucida Sampaio (2014) os valores protegidos pelo Direito Penal devem ser afastados daqueles individuais, religiosos ou por convicções morais, como uma exclusiva ordem de proteção de bens jurídicos, não de preservação da moral ou de uma moral qualquer. O tipo penal não poderá figurar como instituto neutro e afastado de valorações. A realidade social e cultural impõe a adequação da sua interpretação condigna com sua estrutura.

CAPÍTULO 3

CONTEXTO HISTÓRICO E HOMOFOBIA NA ATUALIDADE

3.1 A homossexualidade em sua origem e os posteriores paradigmas religiosos e patológicos

Entre determinadas organizações sociais convencionou-se adotar modelos de relacionamentos a serem seguidos, sendo que, em inúmeras delas, foi observada a heterossexualidade. Nestes contextos, o não acatamento de tal comportamento, com a existência de relacionamentos constituídos por pessoas do mesmo sexo, gerou contrariedade com que o as organizações estatais convencionaram por legítimo. Assim, tal sentimento de aversão recebeu o vocábulo de homofobia.

Conceber a homossexualidade como construção social significa postular que a identificação de alguém ou a qualificação de seus atos sob uma ou outra orientação sexual só tem sentido na medida em que, num certo contexto histórico cultural, houver a institucionalização de papéis e de práticas próprias para cada um dos sexos, onde a atração pelo sexo oposto ou pelo mesmo sexo seja considerada um elemento relevante, capaz inclusive de impor diferenças de tratamento entre indivíduos. (RIOS, 2002, p. 120)

Assim, é passível de se compreender que os relacionamentos, independente de se darem entre sujeitos do mesmo sexo ou do oposto, são por demais relevantes para se entender a lógica de cada sociedade e da organização social que hoje nos deparamos. Nessa linha, é passível de concluir que na história da humanidade, independente da forma, sempre existiu uma necessidade de o Estado cancelar determinado tipo de relacionamento como aquele a ser seguido pelos demais, refutando as outras formas.

É preciso, então, considerar, com Rogério Diniz Junqueira (2007), a existência de um variado e dinâmico arsenal de normas, injunções disciplinadoras e disposições de controle voltadas a estabelecer e a impor uma única sequência sexo-gênero-sexualidade, centrada na heterossexualidade e rigorosamente regulada pelas normas de gênero. O resultado de tudo isso é a violenta homofobia que se vive." (MASIERO, 2014, p. 42)

As práticas homossexuais, nos primórdios das sociedades ocidentais não eram alvo de retaliação como hoje nos deparamos. Até aquele período não incidiam as pechas de doença ou pecado, como depois ocorreu. Assim, a homossexualidade gozava de uma situação de equidade com as relações heterossexuais.

Vale ressaltar que em diversos momentos da história da humanidade se pode observar que relacionamentos homossexuais nem sempre foram alvo de repressão, pelo contrário, inúmeras vezes tais condutas foram estimuladas, como na Grécia Antiga e durante a Roma Clássica.

No contexto das civilizações nativas do Brasil não havia consenso a despeito do comportamento homossexual, posto que em algumas tribos havia aceitação e em outras não.

No início da civilização ocidental, o comportamento homossexual era tolerado, sendo prática comum na Grécia, Pérsia e China, mas condenada entre os assírios, os hebreus e os egípcios. Entre os índios brasileiros, assim como em algumas sociedades africanas, as reações frente ao relacionamento entre pessoas do mesmo sexo variam desde a aceitação, como uma expressão legítima da sexualidade, até a rejeição absoluta (CECARRELI, 2008, p. 43)

Importante mencionar a significação da homossexualidade entre os gregos, segundo os quais, além da aceitação pacífica, a relação entre homens, usualmente um maduro e outro jovem, propiciaria uma experiência de amadurecimento indispensável para o cidadão grego que em breve também passaria a figurar na sociedade como um adulto.

Assim, impregnada por essa atmosfera de erotismo viril, a sociedade grega considerava a homossexualidade como legítima. Com efeito, embora a relação entre o adolescente (eromenos) e o adulto (erastes) assumisse o caráter de uma preparação para a vida material, os atos homossexuais usufruíam de verdadeiro reconhecimento social. (BORILLO, 2010, p. 45)

De maneira semelhante ocorria na sociedade romana clássica, contudo, a diferença singular residia no fato de que o sujeito romano deveria constituir família com uma mulher, para gerar filhos, tal como um dever. Este era um ponto importante, pois a homossexualidade somente era bem vista por aquele povo se o cidadão tivesse sanado as expectativas de manutenção da ampliação da linha da família.

Em suma, pode-se se dizer que os romanos aceitavam com razoabilidade as relações entre homens, contudo, na faceta da bissexualidade, pois não podiam abdicar do relacionamento com mulheres.

Evidentemente, o cidadão romano deveria, sobretudo, casar-se, tornar-se pater famílias, assim como zelar pelos interesses não só econômicos, mas também da linhagem. Na realidade, somente a bissexualidade ativa era bem vista e aceita em Roma. Embora as sociedades gregas e romanas tenham sido agressivamente sexistas e misóginas, elas nunca caíram no heterossexismo peculiar da tradição judaico-cristã. (BORILLO, 2010, p. 46)

Entre os gregos e romanos, no que tange a homossexualidade, o que se mantinha como costume importante era o caráter de representação social na

relação, com a imposição da virilidade. Desse modo, durante o relacionamento e o ato sexual importava uma distinção entre as classes sociais dos parceiros.

Os romanos e os gregos consideravam totalmente normal que homens tivessem relações sexuais com outros homens, e também com mulheres. A regra segundo a qual virilidade consiste em assumir o papel ativo na relação sexual era comum à moral das duas civilizações. As dicotomias “macho/fêmea”, “ativo/passivo” definiam os papéis sociais, o acesso ao poder e a posição de cada indivíduo segundo seu gênero e sua classe. (BORILLO, 2010, p. 46)

Nesse sentido, seria inadmissível uma inversão da hierarquia social nos momentos em que o casal estava junto. Significa dizer que o sujeito que se encontrava socialmente destacado ocupava uma posição de “ativo” na relação.

Verifica-se, portanto, que ao largo da história comportamentos homossexuais foram considerados absolutamente normais, integrantes da dinâmica social. Porém, no decorrer do tempo, muito em função da substituição do modelo de religião politeísta para o monoteísta é que determinadas mudanças foram acontecendo, como a substituição da liberdade sexual pela imposição da heterossexualidade, como modelo social legítimo de relacionamento.

Para Rios (2002), independente da existência de período em que, apesar da reprovação teórica, práticas homossexuais eram toleradas, é inegável a influência da condenação cristã na formação da mentalidade sexual ocidental, sem se falar dos períodos de perseguição e condenação atroz pela Inquisição.

A priori, a censura em torno das relações homossexuais se deu por motivos religiosos, com ascensão da cultura judaico-cristã, na qual relações entre pessoas do mesmo sexo eram consideradas pecado e crime contra a ordem de Deus e da Natureza.

Neste sentido, Borillo (2010, p. 46), destaca que

O cristianismo, herdeiro da tradição judaico-cristã, transformará a heterossexualidade no único comportamento suscetível de ser qualificado como natural e, por conseguinte, como normal. Ao outorgar esse caráter natural, em conformidade com a lei divina, às relações sexuais entre pessoas de sexo diferente, o cristianismo inaugurou, no Ocidente, uma época de homofobia, totalmente nova, que ainda não havia sido praticada por outra civilização.

Evidencia-se, portanto, que somente com a emergência da cultura judaico-cristã é que, pela primeira vez, a humanidade se deparou com a homofobia. Até então, os relacionamentos homossexuais eram aceitos nas sociedades da Antiguidade.

Durante os séculos XIII a XV, é que a perseguição dos homossexuais vai acentuar-se; até o final do século XVIII, todas as disposições penais, sem exceção, fazem referência ao mito de Sodoma para justificar a punição de gays e lésbicas. (BORILLO 2010, p. 53)

É notório referir que tal aversão no âmbito do cristianismo se deu em virtude da imposição, no que tange ao sexo, de que fosse realizado apenas com intenção da reprodução. As relações entre homossexuais, portanto, foram legatárias desta proibição, em virtude de, por óbvio, não haver possibilidade de geração de filhos entre pessoas do mesmo sexo.

Nesse contexto, toda prática sexual não-reprodutiva é qualificada negativamente, importando em transgressão do plano divino e afastamento da vida espiritual. A censura daqui decorrente dos atos homossexuais é de todo lógica, pois esses carecem de finalidade reprodutiva e são havidos fora do espaço matrimonial. São tidos como ofensas ao Criador e à natureza, decorrentes da luxúria e da concupiscência. (RIOS, 2002, p. 101)

As proibições em torno do sexo se justificaram sob a argumentação de que, somente sendo possível a reprodução entre relacionamentos mantidos por homens e mulheres, a existência de relações outras, que não atendiam essa finalidade, em última análise estariam sendo subversivas com aquilo que o Criador planejou para a humanidade. Assim, além de por si só já haver um tabu em torno do sexo e a proibição do prazer erótico, para os religiosos da época, a homossexualidade passou a ser vista como desviante também em virtude de não obedecer as Leis da Natureza, portanto, duplamente censurável.

Disto resulta, no plano sexual, uma moral cristã que enxerga no deleite dos prazeres carnais a tentação do abandono de Deus em favor do mundo temporal, visto como obstáculo à elevação espiritual do homem em direção à salvação eterna. (RIOS, 2002, p. 101)

Não se pode olvidar também que a proibição da homossexualidade também se deu em decorrência de uma preservação cultural do povo judeu, visto que, face as incertezas geográficas que tal povo foi acometido, havia uma preocupação de que a cultura se perdesse em suas andanças. Assim, admitindo-se somente as relações heterossexuais, garantia-se que os integrantes daquela comunidade ficassem socialmente mais restritos, não tendo contato com outras culturas que eventualmente pudessem conceber as práticas homossexuais como não censuráveis. Ainda, tal medida se deu em função da preservação da taxa de natalidade entre que aquele povo, de modo que as futuras gerações do povo judaico também ficassem garantidas.

De acordo com Rios (2002), importa salientar que, para o povo judaico-cristão inexistiam as expressões heterossexual ou homossexual, visto que somente

importava aos olhos do clero se o sexo fosse praticado visando a procriação. Assim, de maneira geral, aquele indivíduo que fosse flagrado ou se houvesse a notícia de que manteve relações sexuais com homens ou mulheres sem visar a reprodução seria, em última análise, transgressor das leis divinas.

Ao indivíduo não é atribuída uma identidade homo ou heterossexual, mas a prática de atos homossexuais. Importante atentar para a perspectiva masculina predominante na caracterização dos atos homossexuais. (RIOS, 2002, p. 103-104)

A esse respeito, notório referir que a cultura misógina interferiu no preconceito com relação as práticas homossexuais entre mulheres, visto que, o lesbianismo só não foi mais repreendido em função de a mulher ser considerada um ser menos evoluído que o homem. Assim, a preocupação da Igreja visava predominantemente os homens, pois os tinha como seres mais nobres que as mulheres.

Com efeito, amores sexuais femininos mereceram menor atenção e mais difusa repressão, na medida em que às mulheres era reservado um papel secundário na sociedade, desde o início do cristianismo até a metade do século XX. Na idade média, concebia-se a existência de um único sexo (cujo protótipo era o ser masculino), cujas manifestações genitais poderiam ser completas e externas (homens) ou internas e incompletas (mulheres). (RIOS, 2002, p. 103-104)

Desse modo, como seres perfeitos da Criação, a Igreja buscava afastar a homossexualidade mais dos homens, pois assim os ensinamentos do Criador estariam sendo protegidos e menos lesados do que uma relação mantida entre mulheres.

Segundo Borillo (2010) a sexualidade não reprodutora – e, em particular, a homossexualidade, forma paradigmática do ato estéril por essência – constituirá, daí em diante, a configuração mais acabada do pecado contra a natureza.

Eis a razão pela qual estes são considerados, daí em diante, com indivíduos extremamente perigosos, na medida em que eles se opõem ao que há de mais precioso na ordem da criação: a lei natural, expressão da vontade divina. (BORILLO, 2010, p.53)

Sob a ótica de Rios (2002) a abordagem negativa da homossexualidade, inclusive como pecado, predomina ainda hoje no catolicismo, como se pode constatar nas manifestações oficiais. Desta forma, o que se depreende é que, apesar do atravessamento de séculos, ainda há uma sustentação da homofobia bem veemente no âmbito da Igreja Católica.

No atual cenário, em oposição a ideia do passado de que a homossexualidade se constituía como heresia, hoje tem-se um posicionamento no

sentido que o individuo homossexual é de certa forma carente de esclarecimento e necessitada do acolhimento no seio da religião, buscando, uma “cura” ou apenas um sentimento de resignação de que a homossexualidade continua não sendo da ordem das coisas naturais, e portanto não deve ser praticada.

Ou, dito por outras palavras, segundo a Igreja, se é possível pressupor que os atos homossexuais consentidos não prejudicam a pessoa, comete-se um profundo equívoco, porque eles são contrários a algo muito mais precioso que a liberdade de outrem, a saber: tais atos opõem-se à ordem natural dos sexos e das sexualidades, assim como à vontade divina, que, ao criar-nos homens e mulheres, atribuiu uma posição preeminente, no âmago dessa ordem, da heterossexualidade. (BORILLO, 2010, p. 59).

Segundo Borillo (2010) com um discurso renovado em sua forma, mas veiculando a mesma ideologia essencialista a doutrina católica permanece fiel ao princípio da autoridade e confirma sua vocação tradicionalista.

Apesar da mudança de tom, subsiste a homofobia católica. E, em vez de lançar os sodomitas na fogueira, trata-se, agora, de acolhê-los com compaixão a fim de que, na melhor das hipóteses, que eles fiquem curados, e, na pior, possam viver na abstinência. (BORILLO, 2010, p. 59)

Em meados do século XVIII iniciou-se uma mudança de paradigma, com a ascensão da ideia de racionalidade, proposta pelo movimento denominado “Iluminismo”. Assim, os preceitos da Igreja Católica passaram a ser colocados em segundo plano, em virtude de, para os filósofos iluministas, não ser a religião uma fonte de verdade, como por séculos sustentou o Clero. No contexto do iluminismo a razão e a capacidade pensamento lógico do ser humano passou a ocupar um lugar de destaque. Assim, o paradigma da homossexualidade enquanto comportamento que não observava as Leis da Natureza e “vontade do Criador” foi superada, consolidando o predomínio da mentalidade científica sobre a religiosa.

Em 10 de outubro de 1783, ocorrerá, na França, a última condenação à morte de um homossexual: nesse dia, Jacques-François Pascal foi jogado nas chamas da fogueira, sob a inscrição “devasso contra a natureza e assassino”. A Revolução Francesa pôs termo à condenação da sodomia: inspirado na filosofia das Luzes, o Código Penal de 1791, assim como o de 1810, cessam de incriminar os costumes contra a natureza. (BORILLO, 2010, p. 55)

Com o Iluminismo, inaugurou-se a abordagem científica a respeito da homossexualidade, tendo que vista, para esta filosofia, impunha-se que cada objeto de estudo fosse observado, teorizado e submetido a inúmeros testes. Assim, diferentemente de outrora, a homossexualidade passou a ser tratada como um problema da ordem científica, mais especificamente da medicina. Vale salientar que o vocábulo cunhado para se referir aos comportamentos homossexuais foi o “homossexualismo”. O sufixo “ismo”, *in casu*, é utilizado, no âmbito acadêmico da medicina, para designar uma doença.

Os atos homossexuais são vistos como sintomas de uma doença que acomete o indivíduo, cuja presença identifica-o como “homossexual”, em contraposição a uma condição normal, tida como saudável, denominada “heterossexualidade”. (RIOS, 2002, p. 105)

Nesse contexto, a priori, os homossexuais foram submetidos a tratamentos fisiológicos que incidiam precipuamente ante as condições físicas de cada sujeito, como exemplo, a castração.

Posteriormente, como destaca Ceccarelli (2008), a influência de Freud sobre o tema tornou-se objeto de estudo da psicanálise.

Freud opôs-se à biologia, à moral, à religião e à opinião popular. Segundo ele, eles se enganavam no que diz respeito à “natureza” da sexualidade humana, pois entendia que a sexualidade humana era, em si, perversa; agindo a serviço do próprio ao buscar o prazer, ela escapa, assim, a qualquer tentativa de normalização e subverte seu suposto objetivo supostamente natural: a procriação. “A sexualidade é contra a natureza: em se tratando de sexualidade, não existe ‘natureza humana’”. (CECCARELLI, 2008, p. 76)

Em que pese a existência de tal colocação de Freud, na qual o cientista adotou um parâmetro expansivo a despeito da sexualidade, o cientista não deixou de analisar a questão sob o ponto de vista da psicanálise, em si. Em suas conclusões, o cientista, em que pese demonstrar simpatia pela homossexualidade, não deixou de manifestar seu entendimento, o qual, infelizmente, quedou por corroborar a tese de homossexualidade constituía-se como patologia da psique.

Na visão de Rios (2002, p. 110)

Nesse contexto, muito se discute sobre a conotação atribuída por Freud à homossexualidade. Da interpretação predominante de suas obras, emerge um caráter negativo, segundo o qual a homossexualidade, ainda que destituída de reprovabilidade moral, revela uma interrupção no processo de desenvolvimento sexual; o homossexual, deste modo, seria um ser humano carente do desejado amadurecimento pessoal, afetivo e sexual.

Ainda, vale salientar a observação do autor (2002), a despeito dos estudos de Greenberg. Para este a homossexualidade como patologia foi explicada através da “teoria da degeneração”, a qual supunha que os homossexuais eram indivíduos que não possuíam sua formação plena. Ainda sobre a ótica de Rios (2002), Lombroso, com relação a teoria da degeneração, baseado no darwinismo, defendeu a inadequação funcional dos criminosos na sociedade, em face da etiologia biológica reprodutora da criminalidade.

Para Rios (2002, p. 111) “é suficiente demonstrar como o discurso médico foi historicamente utilizado para introduzir no debate jurídico uma série de idéias negativas sobre a homossexualidade”.

Impõe-se salientar, a esse respeito, que no atual cenário das ciências médicas não mais se considera a homossexualidade como uma doença. Em 1990, a Organização Mundial da Saúde retirou a homossexualidade do rol de doenças elencadas na Classificação Internacional de Doenças (CID). Assim, sob o viés da clínica contemporânea, nenhuma afirmação pejorativa a despeito da homossexualidade é autorizada.

Por derradeiro, importante destacar, como sustenta Longaray (2014), que anos se passaram essa categorização ainda permanece no contexto social e faz com que técnicas e saberes sejam exercidos sobre os sujeitos homossexuais e busquem normalizá-los.

Assim, em que pese as ciências médicas não considerarem mais a homossexualidade como patologia, ainda se reproduz um legado de misticismo acerca do tema, o que reforça, no âmbito da sociedade, as manifestações homofóbicas.

Em suma, tem-se, com isso, que, mesmo passada a concepção teológica a respeito da homossexualidade, remanesceram, agora laica e cientificamente, um discurso, uma ideologia ou até mesmo uma doutrina de discriminação contra os homossexuais, que se pode denominar de heterossexismo. (MASIERO, 2014, p. 36)

Desta feita, conclui-se que o tema jamais ter se pacificou, posto que incessantemente a comunidade científica busca uma explicação para este comportamento, assim, através deste discurso, subjaz a ideia de a homossexualidade não ser considerada algo da ordem natural dos seres humanos, tendo em vista a necessidade científica de ter de ser desvelada sua origem. Essa circunstância, portanto, fica agregada ao imaginário social e alimenta a discriminação e o preconceito.

Outrossim, notório referir, conforme sustenta Borillo (2010, p.14), que, em vez de outrora existir apenas uma preocupação de investigação no que diz respeito ao comportamento homossexual, tratado no passado como desviante, nos dias atuais a atenção se fixa nas razões que levam a atribuir tal qualificativo a essa forma de sexualidade. Significa dizer que o foco das discussões entre estudiosos não mais se restringe aos motivos - ou inexistência deles -, que levam um indivíduo a ser homossexual, e sim as razões pela qual a sociedade ainda se mantém tão avessa aos comportamentos homossexuais, manifestando uma inconformidade que não raro se expressa em hostilidade e violência.

3.2 Manifestações homofóbicas contemporâneas

Para Borillo (2010), os comportamentos heterossexuais são os únicos que merecem a qualificação de modelo social. Face a este privilégio em torno da heterossexualidade é que se verifica a rejeição de qualquer outro modelo que não esteja restrito ao considerado “padrão” em determinada organização social. Isto é, todo e qualquer comportamento que transgride a “norma” imposta pela sociedade não será bem-vindo. Como resposta social a este fenômeno é se mostram as atitudes a homofóbicas.

Neste sentido, importante salientar que

Aceita na esfera íntima da vida privada, a homossexualidade torna-se insuportável ao reivindicar, publicamente, sua equivalência a heterossexualidade. A homofobia é o medo de que a valorização dessa identidade seja reconhecida; ela se manifesta, entre outros aspectos, pela angústia de ver desaparecer a fronteira e a hierarquia da ordem heterossexual. (BORILLO, 2010, p.17)

O vocábulo “homofobia” é aplicado a todo tipo de atitude em que se percebe qualquer nível de aversão, repulsa, desrespeito e ódio a pessoas que possuem identidades de gênero e orientação sexual que diferem da heteronormatividade, isto é, comportamentos que não estão englobados no eixo de atração homem-mulher.

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. Essa distinção permite compreender melhor uma situação bastante disseminada nas sociedades modernas que consiste em tolerar e, até mesmo, em simpatizar com os membros do grupo estigmatizado; no entanto, considera inaceitável qualquer política de igualdade a seu respeito. (BORILLO, 2010, p. 22)

No entendimento de Borillo (2010), a homofobia torna-se, assim, a guardiã das fronteiras tanto sexuais (hétero/homo), quanto de gênero (masculino/feminino), contudo, existem indivíduos que, no aspecto de gênero e sexualidade, se identificam e orientam de modos que estão para além dessas fronteiras, e, nesse sentido, homofobia, quando intenta naturalizar e legitimar apenas um comportamento, está a diminuir ainda mais esses “limites”

A esse respeito, os comportamentos homossexuais, rechaçados pelo Estado e reforçados pelas práticas homofóbicas quedaram-se absolutamente estigmatizadas como um comportamento negativo e transgressor. Para Borillo (2010), à semelhança do negro, do judeu ou de qualquer estrangeiro, o

homossexual é sempre o outro, o diferente, aquele com quem é impensável qualquer identificação.

Ora, de fato, se o exercício de uma prerrogativa ou a fruição de um direito deixaram de estar subordinados à filiação real ou suposta, a uma raça, a um outro ao outro sexo, a uma religião, a uma opinião pública ou a uma classe social, em compensação, a homossexualidade permanece um obstáculo à plena realização dos direitos. No âmago desse tratamento discriminatório, a homofobia desempenha um papel importante na medida em que ela é uma forma de inferiorização, consequência direta da hierarquização das sexualidades, além de conferir um status superior à heterossexualidade, situando-a no plano do natural, do que é evidente. (BORILLO, 2010, p. 15)

Na visão de Masiero (2014) o vocábulo “homofobia” não contempla de maneira satisfatória as experiências vividas pelos homossexuais em virtude de sua orientação sexual. O sufixo “fobia” dá a entender a existência de um temor psicológico naqueles indivíduos que rejeitam a homossexualidade, contudo, o fenômeno social em si se perfaz de outras formas, com a exteriorização da hostilidade através da violência.

Tendo em vista que a sexualidade de um indivíduo integra a condição personalíssima do ser humano, impõe-se que tal condição seja mantida alheia a qualquer tentativa de intervenção estatal reguladora. Significa dizer que a liberdade de demonstração da sexualidade de um indivíduo não pode condicionar que determinados direitos sejam supridos em função de uma orientação sexual que não vá de encontro ao modelo de opção sexual mais comum na sociedade.

Para Masiero (2014), citando Rios, o “preconceito” se relaciona com percepções mentais negativas ou crenças preconcebidas em relação a indivíduos, devido a características específicas, enquanto o termo “discriminação” designa a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes diferenciadas relacionadas.

Para melhor compreensão da magnitude do problema da homofobia, e como tal violência está inserida no cotidiano da população LGBT, importante trazer à tona dados estatísticos que dão conta de apurar os tipos de violência e a frequência com que ocorrem.

No cenário brasileiro, um fator prejudicial para a apuração da incidência de crimes motivados pela homofobia é a circunstância de não haver uma categorização a esse respeito. Isto é, ainda que uma vítima de homofobia procure um órgão para realizar um registro de ocorrência, por exemplo, tal notícia irá ser enquadrada em outros “filtros”, por assim dizer, os quais não irão permitir a distinção entre os fatos

criminosos, impossibilitando, desta forma, a construção de panorama estatística essencialmente do problema em análise.

Não é possível traçar, com precisão, um retrato dos crimes de homofobia no Brasil, em função de estes não possuírem uma categoria própria nas estatísticas oficiais, bem como pela escassez de dados demográficos referentes à população LGBT, o que acaba por dificultar, substancialmente, as ações de prevenção e de enfrentamento por parte da segurança pública. (MASIERO, 2014, p. 49)

Para Masiero (2014), estatísticas são cruciais não apenas para o embasamento de políticas públicas e seu monitoramento e avaliação, mas igualmente para facilitar o controle da sociedade civil organizada.

Para Rios (2007) a homofobia viola de modo intenso e permanente uma série de direitos básicos, reconhecidos tanto pelo direito internacional dos direitos humanos, quanto pelo direito constitucional. Ao lesionar uma gama tão ampla de bens jurídicos, a homofobia manifesta-se por meio de duas formas de violência: física e não-física.

A violência física, mais visível e brutal, atinge diretamente a integridade corporal, quando não chega às raias do homicídio. A segunda forma de violência, não-física, mas não por isso menos gravosa e danosa, consiste no não-reconhecimento e na injúria. O não-reconhecimento, configurando uma espécie de ostracismo social, nega um valor a um modo de ser ou de viver, criando condições para modos de tratamento degradante e insultuoso. Já a injúria, relacionada a esta exclusão da esfera de direitos e impedimento da autonomia social e possibilidade de interação, é uma das manifestações mais difusas e cotidianas da homofobia. (RIOS, 2007, p. 39)

A violência não-física se apresenta, em inúmeras situações corriqueiras, sem que a tais manifestações seja auferido o status de violência, visto que, inúmeras vezes, assumem a forma de piadas, expressões verbais que se tornam populares e na retratação de pessoas que integram o grupo LGBT de maneira caricaturada e pejorativa.

Ainda, no âmbito das violências não-físicas, Rios (2007) elenca que, muitas vezes a discriminação é fruto de medidas, decisões e práticas aparentemente neutras. Em que pese não ser realizada uma ofensa explícita, determinados cerceamentos de direitos e/ou oportunidades demonstram a raiz homofóbica social, reforçando, ainda que de forma velada, a cultura do heterossexismo, como, por exemplo, em institutos do Direito Civil como o casamento e a adoção, como também, sob outro aspecto, o ingresso na carreira militar.

Nesta linha, a discriminação indireta se relaciona com a chamada discriminação institucional. Ela se volta para a dinâmica social e 'normalidade' da discriminação por ela engendrada. Há instituições e práticas formais e informais, em nossa cultura, que historicamente excluem

ou restringem o acesso a certas posições e situações apenas a heterossexuais. (RIOS, 2007, p. 42)

Evidencia-se, portanto, a existência de uma gama de meios pelos quais as práticas homofóbicas são perpetradas e atingem a população LGBT. Os sujeitos homossexuais, além de serem alvo da violência urbana que assola a sociedade como um todo, são atemorizados pela ideia de serem vítimas dos crimes homofóbicos.

A partir de redemocratização, da década de 80, surgiram inúmeros movimentos sociais, ocasião em que tais grupos passaram a postular uma gama de direitos. Por essa razão, o debate público a despeito da diversidade sexual passou a ganhar maior destaque, contudo, não obteve, como reflexo, uma conscientização maior por parte da sociedade civil a despeito do respeito necessário em face da população LGBT.

Salvo melhor juízo, tal fato se deu em virtude de a homofobia não ter sido alvo de censura veemente do Estado. Assim, as práticas homofóbicas se mantiveram contínuas e cruéis, ceifando a vida de inúmeras pessoas e trazendo sofrimentos de toda ordem a muitas outras.

Sob este prisma, em que pese a inexistência de uma categorização de crimes motivados pela homofobia – o que dificulta a distinção entre crimes de motivação “comum” e outros com motivação específica -, através de pesquisas e entrevistas foi possível a apuração parcial de dados a esse respeito, qual a incidência e por quais meios e modos são perpetradas as violências homofóbicas.

Apesar do último Censo (IBGE, 2012), analisar a variável referente à coabitação de parceiras e parceiros do mesmo sexo, visibilizando 60.002 brasileiros e brasileiras nessa situação, ainda não existem perguntas referentes à identidade de gênero ou orientação sexual no Censo Demográfico ou em pesquisas com periodicidade anual, a exemplo da Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD). (BRASIL, 2016, p. 08)

Recentemente a Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos elaborou o “Relatório da Violência Homofóbica no Brasil”⁶, a partir da coleta de dados do ano de 2013.

Tal documento já conta com sua 3ª edição e se mostra como ferramenta crucial para a compreensão do fenômeno homofóbico no país em termos de

⁶ <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/dados-estatisticos/Relatorio2013.pdf>

estatísticas, as quais são imprescindíveis para demandar qualquer tipo de atitude do Estado.

Vale destacar que

Ao longo deste relatório, serão analisados dados tanto produzidos a partir de denúncias ao poder público quanto aquelas veiculadas nas mídias referentes a violações de direitos humanos cometidas contra a população LGBT em todo o território brasileiro, durante o ano de 2013. (BRASIL, 2016, p. 06)

Importante referir que a existência de estatísticas representa um fator de suma importância para apuração e enfrentamento ao preconceito, discriminação e exclusão aos quais a população LGBT é alvo, haja vista que permite que tais situações venham à luz, propiciando visibilidade a essa população e todas as violações de direitos humanos que sistematicamente a estes são acometidas.

Esse cenário se torna ainda mais preocupante ao se levar em conta a subnotificação de dados relacionados a violências em geral e a este tipo de violência em particular. Muitas vezes, ocorre a naturalização. (BRASIL, 2016, p. 13)

Desta forma, no ano de 2013, de acordo com o Relatório⁷, que utilizou como parâmetro denúncias realizadas para o Disque Direitos Humanos (Disque 100), tem-se o seguinte panorama:

Foram efetuadas 1.965 ligações para o Disque 100, dos quais, diariamente, 9,31 % tinham teor homofóbico. Dentre as vítimas, a despeito do sexo biológico, 73% compunham-se de pessoas do sexo masculino, 16,8 % do sexo feminino e dentre 10,2% não houve identificação nesse sentido.

A despeito do local das violações, apurou-se que 36,1 % em ambientes domésticos – 25,7% na residência da vítima, 6,0% no do suspeito e 4,4% no local de habitação de ambos. Na sequência, 26,8% dos registros de homofobia se deu em via pública e 37,5% em locais variados (como delegacias de polícia, hospitais, igrejas, etc).

Ainda, no que diz respeito aos tipos de violência, a violência psicológica figura como a mais perpetrada, com 40,1 % de comunicações. Em seguida, discriminações se deram em 36,4% dos casos e violências físicas foram perpetradas em 14,4 % dos fatos narrados. Ainda, um outro tipo de violação, não especificada, se deu na porcentagem de 5,5%.

⁷ <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/dados-estatisticos/Relatorio2013.pdf>

Importante destacar aqui os subtipos de violência física que ocorrem, posto que estas, em que pese a gravidade da homofobia no âmbito psicológico, são as que efetivamente privam a população LGBT de efetivamente viverem seus estilos por medo de retaliações, no âmbito doméstico e em locais públicas.

Nesse contexto, 52,5% dos casos relatados ao Disque 100 dão conta de lesões corporais. Em seguida, 36,6% das denúncias diz respeito as maus tratos. A despeito de tentativas de homicídio, 4,1% das pessoas relataram ter sofrido esta cruel experiência, quantificada em 28 ocorrências. Em 3,8% dos casos ocorreu o óbito de pessoas LGBT em virtude de homofobia. Portanto, 26 ocorrências de homicídios motivados pelo ódio homofóbico.

Ainda, há de se referir as situações em que violências sexuais foram perpetradas. Cerca de 74 denúncias foram apuradas pelo Disque 100, das quais, 43,2% deram conta de abusos sexuais. Estupros ocorreram na porcentagem de 36,5% dos casos, exploração sexual em 9,5% e, por fim, exploração sexual no âmbito do turismo fez a porcentagem de 1,4%.

A esse respeito, mister salientar que no contexto de vítimas lésbicas, transexuais e travestir inúmeros casos relatados foram de estupro coletivo, com motivação “corretiva”. Notório, portanto, que no contexto social ainda se percebe o “mito” da homossexualidade como algo transgressor e que pode ser curado, corroborado com o machismo e a misoginia, sentimento pelos quais o livre-arbítrio das mulheres é relativizado, sendo negado até mesmo a autodeterminação de seus corpos, com as práticas sexuais forçadas e violentas.

Neste quadro, a partir do Relatório de Violência Homofóbica elaborado pelos dados de 2013, foi possível traçar um panorama do perfil da vítima de homofobia mais comumente afetada pelas violações de direitos humanos. Assim, apurou-se que em 54,9% dos casos as vítimas são jovens, de fenótipo preto ou pardo

Ainda assim, foi possível analisar algumas tendências que vêm se consolidando desde o primeiro relatório. O perfil da população LGBT mais vitimizada continua sendo o de jovens (54,9%), pretos e pardos (39,9%) do sexo biológico masculino (73%), gays (24,5%) e travestis/transexuais (17,8%).

Em que pese a notória existência de violações de direitos humanos motivadas pela homofobia, a conscientização de que tal prática não deve ser interpretada como

algo corriqueiro ainda não está bem consolidada, entre agressores e, surpreendentemente, entre as próprias vítimas, considerando que, notoriamente há um número maior de violações neste âmbito ocorrendo diariamente.

Sob este aspecto, importante ressaltar que falta apoio por parte do Estado para o enfrentamento desta demanda, o qual deveria se dar em muitas frentes. No caso de estatísticas, insurge a necessidade de serem as campanhas de divulgação do Disque 100 mantidas, oportunidade em que se traria ao cotidiano da população o entendimento de que a homofobia é que a mazela da sociedade, e não a homossexualidade. Tal circunstância recai no fato de que o empoderamento a pessoas LGBT se restringe a locais geográficos em que tais campanhas chegaram, enquanto nos outros, infelizmente, a homofobia continua sendo protagonista sob o viés da invisibilidade.

CAPÍTULO 4

O DIREITO ENQUANTO TUTELA PARA A COMUNIDADE LGBT

A crescente repercussão dos movimentos sociais, impulsionado pela redemocratização do país, propiciou que determinadas prerrogativas comportamentais, intrincadas na cultura, como o heterossexismo, passassem a ser questionadas. Assim, alguns debates tornaram-se públicos e, por conseguinte, questões salubres também de serem refletidas no cenário jurídico brasileiro.

É o caso do movimento LGBT e da irrisignação de seus componentes pela enraizada cultura homofóbica, que dia-a-dia se perpetua, sem que o aparato estatal se manifeste de maneira efetiva em prol destes sujeitos, com o fim de protegê-los.

A demanda por igualdade e respeito que se travou em virtude da ocorrência de inúmeras violências serem motivadas pela homofobia deu azo à reflexão sobre os direitos sexuais de gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais.

Para Rios (2015, p.95) “direitos sexuais dizem respeito à concretização dos direitos humanos e dos direitos fundamentais na esfera da sexualidade”. Desta forma, a população LGBT, composta de cidadãos que gozam de direitos e obrigações equivalentes aos integrantes de qualquer outro grupo, se empenhou na luta, na órbita dos direitos humanos constitucionalmente protegidos, pela conquistada de mais zelo as suas demandas.

Assim, paulatinamente, o reconhecimento de determinados direitos, ainda que de maneira não uniforme, como o reconhecimento de união estável entre casais homossexuais, por exemplo, fez com que o ordenamento jurídico tivesse de agregar a sua pauta os direitos sexuais - como desdobramentos dos direitos humanos -, como questão legítima e de atenção urgente. Conforme sintetiza Rios (2015, p.86), se trata apenas de uma demanda legítima de a liberdade de expressão sexual ser levada a sério.

O autor (2015, p. 83) suscita ainda que “a partir dessa perspectiva, estabelecem-se as bases para, superando-se regulações repressivas,

concretizarem-se os princípios básicos da liberdade, da igualdade, da “não discriminação” e do respeito à dignidade humana na esfera da sexualidade”.

Trata-se de afirmar a pertinência da sexualidade ao âmbito da proteção dos direitos humanos, deles extraindo força jurídica e compreensão política para a superação de preconceito e de discriminação voltados contra todo comportamento ou identidade sexuais que desafiem o heterossexismo, entendido como uma concepção de mundo que hierarquiza e subordina todas as manifestações da sexualidade a partir da ideia de “superioridade” e de “normalidade” da heterossexualidade. (RIOS, 2015, p. 83)

Ceifar um indivíduo da liberdade de expressar sua sexualidade de forma plena é algo inaceitável em um Estado Democrático de Direito. Evidente que não há uma proibição objetiva neste sentido, contudo, culturalmente, com as manifestações homofóbicas, é o que acontece. A primeiro, vale referir que alguns indivíduos LGBT, notoriamente, são acometidos de aflição pelo fato de não aceitarem a própria orientação sexual, visto que o temor pela retaliação se impõe.

Outrossim, ainda que tal dificuldade não seja a tônica de todo o grupo – por óbvio generalizar é prejudicial -, ainda assim, quem opta por expressar a sexualidade em sua pluralidade – de forma homossexual ou bissexual - tem de lidar com situações e preocupações que sequer deveriam existir, posto que a sexualidade é elemento intrínseco do ser humano, integra sua subjetividade, portanto, reprimi-la é uma violência introspectiva, que lesa a dignidade de um indivíduo.

Oportuno ressaltar a reflexão de Rios (2001, p. 162), neste sentido:

Pode-se argumentar que a orientação sexual não está na Constituição. Mas precisaria estar? [...] Orientação sexual é um problema de minorias ou de todos? Todos têm orientação sexual. Não estou falando do direito dos homossexuais, mas de direitos fundamentais de todos. Quando me refiro à proibição de discriminação por orientação sexual, não estou me referindo ao direito dos heterossexuais, mas ao direito de todos.

A expressão da orientação sexual deve ocorrer de forma livre, sob pena da liberdade não se perpetuar. Assim, o que se almeja, em verdade, é uma liberdade de expressão sexual.

Não ser discriminado em virtude da orientação sexual é outro direito humano decisivo para a proteção de homossexuais em face da homofobia e do heterossexismo. Tanto na sua dimensão formal (“todos são iguais perante a lei”), quanto na sua dimensão material (“tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”), o direito de igualdade não se compadece com tratamentos prejudiciais baseados na orientação sexual. Desse modo, restrições de direitos não autorizadas em lei (por exemplo, a proibição de manifestações de carinho entre homossexuais idênticas àquelas admitidas para heterossexuais), bem como preterições de direitos fundadas em preconceito (por exemplo, justificar a exclusão de gays e lésbicas da possibilidade de adotar sob o

pretexto de danos à criança) caracterizam violação do direito de igualdade, diretamente vinculada ao âmbito dos direitos sexuais (RIOS, 2015, p. 85)

Assim, sob a égide dos direitos humanos, impõe-se que nenhuma pessoa seja alvo de escárnio e de atitudes odiosas em virtude de uma orientação sexual que não se enquadra nos padrões heteronormativos. Pelo contrário, o respeito às características personalíssimas de cada sujeito é que se impõe. Assim, o valor da vida humana deve ser enaltecido, em toda sua plenitude, concebendo-se a pluralidade das pessoas, em todas as esferas, como algo que, se não compreendido pela maioria, deve ser respeitado, e tudo o que for contrário a isto, manifestamente rechaçado.

Para Rios (2015, p. 86), “levados a sério, os valores da liberdade, da igualdade e dignidade podem ser concretizados sem a restrição dos significados atribuídos, de modo hegemônico, às noções de heterossexualidade, de homossexualidade e de bissexualidade”.

Ocorre que, em que pese a Constituição Federal elencar tais valores como objetivos a serem incessantemente buscados, inúmeros fatores influenciam negativamente a implementação da igualdade social para a população de maneira uníssona.

Para Rios (2015, p.94),

Outro aspecto digno de nota é a afirmação da laicidade como princípio a reger a conduta estatal diante da discriminação por orientação sexual. Ela impede que concepções morais religiosas particulares detenham o Estado em seu dever de proteção aos direitos fundamentais, como acontece no direito à liberdade de orientação sexual.

Nesse sentido, em que pese o Estado brasileiro ser laico, o que se evidencia, na prática, é uma forte interferência dos setores religiosos na sociedade. Esta influência se perfaz na forma de fomento a discursos de ódio e na articulação de medidas visando que políticas públicas e projetos que contemplem favoravelmente a população LGBT fracassem.

Em verdade, tem-se um boicote a medidas que eventualmente possam contemplar as demandas de gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais. Tal movimento é orquestrado por um setor social que não se restringe, tampouco se contenta, em viver seu credo de maneira não invasiva a vida alheia, com respeito a quem não dele compartilha. Nota-se, portanto, que existem resquícios inequívocos na sociedade atual que evidenciam que a homossexualidade ainda é tida como

conduta que não se coaduna aos mandamentos da lei de Deus, e, por essa razão, deve ser reprimida.

Verifica-se que grupos conservadores lançam mão de inúmeras estratégias discursivas para legitimar o preconceito com base em motivos religiosos. Com alguma frequência, vê-se na mídia que personalidades políticas, via de regra, oriundas de partidos cristãos, se tornam manchete em virtude de declarações polêmicas, por exemplo, de que há um movimento que intenta privilegiar a população LGBT. É suscitado ainda, por estes sujeitos, que a proibição de manifestações contrárias a homossexualidade e bissexualidade seria uma faceta da censura a liberdade de expressão. Sob esta ótica, popularizou o termo o termo “ditadura gay”, a qual é imputada a todos aqueles que militam e manifestam discursos favoráveis a causa LGBT.

Argui-se, absurdamente, que criminalizar a homofobia, por exemplo, tornaria a população LGBT privilegiada, contudo, tal alegação não tem fundamento. Medidas como a criminalização da homofobia e/ou flexibilização da legislação em matéria civil – a contemplar adoção homoparental, por exemplo – não configurariam um processo de concessão de privilégios. Na verdade, seria uma forma de tentar mitigar um débito cultural discriminatório acentuado com a população LGBT. Para Rios (2015, p. 100), “sem qualquer fundamento, portanto, falar em privilégio ou direitos especiais para uma minoria privilegiada. O que se propõe é igual proteção a todos”.

No que concerne à alegação de censura a liberdade de expressão, tem-se que, na verdade, o que se busca é a contenção de discursos preconceituosos, disseminadores de ódio. Assim, não se trata da ocorrência da violação do bem-jurídico “liberdade de expressão”, o qual, efetivamente, deve ser exercido de forma plena, pois constitui elemento basilar de um Estado Democrático de Direito.

Ocorre que, não se pode, com o intuito de se exercer um direito, que outro seja suprimido. É o caso das manifestações preconceituosas prolatadas por pessoas homofóbicas. Neste caso, fundamental vislumbrar que uma fala não pode ser considerada legítima quando fere a dignidade de outrem. Exatamente é o se dá com os discursos homofóbicos. Quem pretende exercer a liberdade de expressão deve ter em mente que tal não pode ser exercida com o intuito de disseminar o ódio e a violência a outras pessoas.

Desta feita, deve-se sim reprimir discursos homofóbicos, posto que o fundamento se encontra na dignidade da pessoa humana, vetor constitucional do Estado brasileiro. Assim, a ordem jurídica, de modo algum, deve se manter alheia a tais ofensas.

Analogamente, Rios (2015) pontua que “já se travou tal discussão a respeito de manifestações religiosas”, o que, por óbvio, deve ser aplicado também a orientações sexuais diversas da heterossexualidade.

Nas democracias, a proibição de discursos e de práticas discriminatórias não inviabiliza as liberdades de opinião, crença e manifestação. Ao contrário, a prática das liberdades no mundo plural requer seu exercício sem violência ou intolerância. É o que já acontece para proteger religiosos de discriminação, quando a lei penaliza o escárnio público de alguém por crença religiosa. Rejeitar essa conclusão só é possível para quem não aceite o pluralismo e a diversidade de crenças e convicções” (RIOS, 2015, p. 101)

Importante ponderação de Masiero (2014, p. 135) no sentido de que estas “são duas confusões que têm sido reproduzidas com ares de seriedade, mas que não passam de sentidos comuns sem sustentação jurídica. [...] O que demonstra a vigência do conservadorismo de matriz religiosa que está interferindo decisivamente de modo a comprometer a constitucional laicidade do Estado brasileiro”.

Para a autora (2014, p. 135), “a ordem jurídica não se confunde com a ordem aceitável pela maioria, pois se assim o fosse, ficaria de lado um aspecto fundamental da democracia, que é justamente a proteção aos direitos das minorias”.

Nessa linha, evidente que não se pode, de modo algum, permitir-se a confusão entre religião e Estado, visto que a ordem jurídica de um Estado laico, como é o caso do Brasil, não está fundada em qualquer motivação religiosa, portanto, a cidadania, de maneira plural, e sem vinculação de credo, é que é o objeto derradeiro a ser buscado numa democracia.

Como medida de enfrentamento da homofobia, vislumbra-se que o investimento em educação e conscientização é, sem dúvida, o segredo para qualquer mudança social. Ocorre que, na experiência brasileira, não se obteve êxito na tentativa de levar as escolas o ideal de respeito a todo tipo de manifestação sexual. A existência de uma “barreira” ideológica, fomentada por políticos com vinculação partidária religiosa, resultou numa articulação para a promoção de um boicote a medida, o que efetivamente aconteceu. Assim, denota-se que, na prática, não se verifica a laicidade do Estado.

A tentativa de imersão no ambiente escolar com assuntos da pauta LGBT foi encabeçada pelo Programa Brasil Sem Homofobia⁸, idealizado pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos (SEDH) da Presidência da República e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, sendo lançado no ano de 2004.

Segundo Irineu (2014), “referido programa possuía como escopo promover a cidadania LGBT a partir da conscientização do respeito as pessoas LGBT e com o estímulo ao combate à violência e a discriminação homofóbica”. Esse projeto, contudo, teve de ser cancelado, por ocasião da forte pressão sofrida pelo governo, a qual foi perpetrada, majoritariamente, por parlamentares e grupos religiosos fundamentalistas”. No ano de 2011, como umas das ações integrantes ao Programa Brasil Sem Homofobia, se pretendia distribuir materiais didáticos nas escolas abordando o tema, contudo, aí se manifestou, de maneira eloquente, a contrariedade dos setores conservadores.

O material didático elaborado - que recebeu o apelido pejorativo de “kit gay” - não foi distribuído pela intervenção negativa e incisiva dos setores conservadores da sociedade, os quais irradiaram sua influência para o Congresso Nacional, onde foi iniciada uma campanha contra o projeto. A crítica a ação se fundamentou em alegações de que o material seria um estímulo a homossexualidade e a promiscuidade. Neste cenário, o governo cedeu a pressão popular e ao posicionamento majoritário dos membros do Congresso Nacional, quedando-se suspenso o projeto.

Para Masiero (2014, p. 120) “medidas como essas enfrentam extrema resistência social. Em parte, por que persiste no mito de que a visibilidade gay e a aceitação gerariam um crescimento da população homossexual”. Contudo, é imperioso destacar que não se pode rebaixar a luta pela igualdade de direitos a população LGBT como uma batalha de convencimento da maioria pela legitimidade de direitos desta minoria. Em verdade, um Estado de Direito não pode preterir determinados grupos em detrimento da opinião de outros. Por conseguinte, o fato de a maioria da população se mostrar contrária a implementação de medidas contra a homofobia jamais deve ser fator que motive restrições a políticas públicas, como foi o caso da suspensão do programa Brasil Sem Homofobia.

⁸ http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf Acesso em: 03 de set. 2016

São nessas atitudes – ainda muito presentes na sociedade brasileira – que se vê a homofobia declarada publicamente, de modo a, inclusive, exercer fator de restrição de direitos e cidadania, como impeditivo à educação, à saúde, ao trabalho, à segurança, aos direitos humanos, entre outros. Essa realidade combinada com a percepção de que, quanto maior a visibilidade, maior a violência, que fazem com que o movimento proponha e lute pela criminalização da homofobia. (MASIERO, 2014, p. 121)

Por todo exposto, se faz mister destacar que o movimento LGBT crê na educação como instrumento adequado para encabeçar o combate a homofobia. Contudo, não se pode olvidar que tal medida somente surtiria efeitos a longo prazo. As violências homofóbicas, no entanto, são constantes e graves, portanto, se impõe, para preservação de vidas humanas, “um impulso por meio de um marco legislativo-penal”. (MASIERO, 2014, p. 120)

Sob este aspecto, é importante destacar que o Estado brasileiro firmou compromisso, ante a comunidade internacional, de lutar pelo combate a homofobia.

O Brasil foi signatário da Resolução 17/19 da Organização das Nações Unidas (ONU), a qual dissertou sobre “Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero”, datada de 14 de junho de 2011. Está previsto, no item nº 2 do documento, que é necessário a implementação de diálogo fundamentado e transparente a despeito de leis e práticas discriminatórias contra pessoas por motivos de orientação sexual e identidade de gênero.

Ainda, no âmbito nacional, 13 de maio de 2002 e em 21 de dezembro de 2009, o governo brasileiro também se comprometeu com o Plano Nacional dos Direitos Humanos (PNDH). O documento, que possui duas versões (Decreto 3.229/2002 e Decreto 7.037/2009) contempla o seguinte trecho: “Propor o aperfeiçoamento da legislação Penal no que se refere à discriminação e à violência motivadas por orientação sexual”.

A ausência de guarida do ordenamento jurídico as demandas LGBT, tendo em vista a existência de comando constitucional que visa o combate à discriminação e ao preconceito, é intolerável. A circunstância de que não se obteve, até o momento, nenhuma resposta do Direito visando o combate a homofobia, é, no mínimo, espantosa.

Atualmente, a população LGBT vive uma gravíssima realidade, posto que um número considerável de pessoas vai a óbito em virtude de sua orientação sexual.

Desta forma, a omissão legislativa e executiva – pois a este último poder cabe a aprovação de projetos de lei -, é inaceitável.

No âmbito do movimento LGBT almeja-se a criminalização da homofobia, a qual certamente traria um alento à esta população, bem como resolveria outro problema brasileiro, que é a lacuna legislativa para tipificação desses crimes, o que denota que os tratados internacionais assinados pelo Brasil não estão sendo observados.

Nesta seara, em março de 2011, houve o relançamento da Frente Parlamentar Mista pela Cidadania de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transexuais (LGBT), grupo formado por 175 parlamentares. À época os deputados Jean Willys (PSOL-RJ) e Martha Suplicy (PT-SP), dividiam a coordenação provisória. Assim, a pauta LGBT passou a ter forte representação no Parlamento, que hoje conta com 225 membros, dentre os quais 209 deputados e 16 senadores.

Contudo, inobstante tais esforços, até o momento não existe nenhuma lei infraconstitucional dissertando sobre a problemática da homofobia. Masiero (2014, p. 99) destaca que “essa realidade deixa uma lacuna no ordenamento brasileiro, o qual abre espaço para leis preconceituosas, como, por exemplo, o [...] art. 235 do Código Penal Militar, que trata como crime o ato libidinoso ‘homossexual ou não’, entre militares”.

“Veja-se, enfim, que em âmbito estatal, no que tange à prevenção e ao enfrentamento da violência homofóbica, “nunca se teve tanto e o que há é praticamente nada” (AVELAR; BRITO; MELLO, 2010, p. 350). Significa dizer que o Estado, em que pese esteja demonstrando alguma preocupação - que deságua em avanços, sem dúvida -, não se pode ignorar que se está longe de mudar o panorama, tendo em vista que as medidas estatais tomada até o momento são insuficientes para estancar o sofrimento que a violência homofóbica expõe a população LGBT.

Por essas razões, faz-se mister destacar que o Direito é uma importante ferramenta para a criação de significados sociais, no sentido de simbolismos. Desta forma, em virtude do contexto em que a população LGBT vive, de livre discriminação, se mostra natural e legítimo que tal grupo anseie pelo resguardo do Direito, como forma de obter representação.

A normatividade jurídica influencia as concepções da normalidade social, ela indica onde está a normalidade; de modo que a regra jurídica, transmutada em padrão, em medida da normalidade, “contribui para fazer aceitar como normais alguns comportamentos, ou, ao contrário, a desqualificar outros a partir de então considerados como anormais” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 62)

A esse respeito, o Direito Penal é que tem desempenhado, de maneira singular, este protagonismo simbólico no ordenamento jurídico, tendo em vista que ainda lhe cabe estigmatizar comportamentos como ilícitos, e, por conseguinte, cunhar valores públicos. *In casu*, o anseio da população LGBT é que ocorra um processo de valorização e resguardo da dignidade e da liberdade de homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais e travestis.

Notório referir que, atualmente, o que se possui no âmbito das normas penais é ineficiente para assegurar que condutas homofóbicas sejam reprimidas. Como consequência da lacuna legislativa, o que se faz são “arranjos”, como a aplicação da lesão corporal, dos crimes contra a honra, do motivo torpe e de outros institutos, porém, tais são inaptos para prevenir o problema social que é a homofobia. Assim, impõe-se uma especial atenção do legislador, que facilite a tipificação e punição de crimes motivados pela homofobia, à semelhança do que a Lei Maria da Penha faz no caso da violência contra as mulheres.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, incisos XLI, reconhece, explicitamente, que a discriminação pode ensejar uma resposta penal específica.

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; (BRASIL, 1988)

Assim, em virtude dos crimes de homofobia serem praticados com requintes de ódio, devido a intolerância, se mostra salutar que a população LGBT seja contemplada com a tutela do legislador, de maneira específica, visto que as normas criminais existentes, ainda que se prestem a punir, o fazem de maneira incompleta quando se trata de crimes com motivação homofóbica, visto que a norma penal genérica não enfrenta questões como o desprezo oriundo do preconceito, e este enfrentamento é imprescindível em se tratando da problemática da homofobia.

Desta feita, em que pese a igualdade e dignidade humana serem vetores da Constituição Federal brasileira, tais valores ainda não foram plenamente efetivados na sociedade.

Mister destacar que, ainda que nossa Carta Maior não aborde especificamente a orientação sexual, Rios (2001) considera que a Constituição Federal, em seu art. 3º, inciso IV⁹, quando menciona a proibição de discriminação por motivo de sexo, restaria contemplada a hipótese de discriminação por orientação sexual, de modo que não há de se falar em ausência de proteção constitucional.

Para o autor (2001, p. 162)

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

Diante deste panorama, na ausência de um marco-legal que contemple a perpetuação efetiva de igualdade, o movimento LGBT ancorou suas demandas na órbita do Poder Judiciário, obtendo decisões judiciais favoráveis no sentido de reconhecimento de direitos. Conforme sintetiza Masiero (2014, p. 100), “trata-se de uma – cada vez mais presente – judicialização da política ou de ativismo judicial, na medida em que o Judiciário confere direitos que não estão previstos em lei.”

Na visão de Sales (2007, p. 930), “por meio de decisões inovadoras e ousadas, os Tribunais estão avançando na interpretação do Direito, renovando-o mais eficazmente que o Poder Legislativo, no que tange à sua função legiferante.”

Assim, a discriminação e o preconceito contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais macula o princípio da igualdade. Em vista de tal comando constitucional, a necessidade da criminalização da homofobia é ratificada. Desta forma, a manutenção do *status quo* a respeito do tratamento jurídico dado a população LGBT, em última análise, denota a existência de uma intolerável hierarquização de opressões.

É de se reconhecer que há permissão constitucional para a tutela da igualdade em razão da orientação sexual, haja vista tratar-se de corolário da autodeterminação e do princípio da igualdade da pessoa humana. Constituindo-se, portanto, em bem jurídico passível de tutela penal.” (MASIERO, 2014, p. 123-124)

Nesta linha, no que tange ao princípio constitucional de não discriminação e do princípio da igualdade não verifica-se, socialmente, desdobramentos de tais

⁹ Art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988)

valores para resguardar a dignidade e a segurança da população LGBT. A conclusão de Masiero (2014, p. 121), é que “tais princípios parecem não se aplicar a essa parcela da população, fruto do preconceito homofóbico que permeia a sociedade e as próprias instituições democráticas, como o parlamento”.

3. 1 Criminalização da homofobia

No contexto dos movimentos sociais, evidencia-se que a institucionalização de demandas é uma estratégia que vem sendo adotada gradualmente, por vários grupos de minorias, como medida para se obter maior importância e adesão popular a causas específicas. Muitos avanços foram obtidos com esta iniciativa, como é o caso da criação da Lei Maria da Penha - que passou a combater a violência doméstica -, e a criação de institutos penais como a injúria qualificada, de motivação racial. Contudo, conforme enumera Masiero (2014, p.114), “no que tange à sexualidade, entretanto, percebe-se uma resistência maior”.

Adentrando-se na problemática da criminalização da homofobia, Masiero (2014) suscita que o Direito Penal poderia ser utilizado como instrumento de efetivação de tais valores. A autora (2014, p. 116) completa, ainda, “que processo semelhante ocorreu com o movimento negro, que estabeleceu o racismo e sua criminalização como principal trincheira de luta nos anos 80 e 90.”

A esse respeito, evidencia-se que a principal demanda do movimento LGBT é que a homofobia seja criminalizada, posto que tal medida se mostra como a única que eventualmente poderia trazer, minimamente, tranquilidade para esta população. Nota-se que, ainda que o movimento esteja organizado e seja bastante atuante no cenário social, é imperioso que um marco legal para fortalecer a luta contra a homofobia seja conquistado.

Mostra-se oportuno indagar, a esse respeito, se o direcionamento do Direito Penal para o enfrentamento dos crimes homofóbicos surtiria efeitos positivos e sensíveis de serem reconhecidos socialmente. Para Carvalho (2012), tal estratégia normativa poderia produzir um efeito simbólico virtuoso, impactando na cultura no sentido de desestabilizar a cultura homofóbica enraizada no tecido social.

O alicerce legislativo desta criminalização é o Projeto de Lei 122/2006, de autoria da Deputada Marta Suplicy (PT-SP), que circula pelo Congresso há uma década. Tal projeto enfrentou, ao largo do tempo, profundas resistências e críticas, as quais culminaram em inúmeras alterações. Conforme já suscitado, a bancada religiosa é que, desde os primórdios, vem realizando as principais alegações desfavoráveis em termos de formatação e de matéria, em vista do temor que, se efetivada, a criminalização da homofobia passe a limitar a liberdade de expressão dentro das religiões, isto é, que se proceda uma proibição de discursos de ódio com cunho homofóbico.

A respeito do Projeto de Lei 122/2006, Masiero (2014, p. 132) destaca que

Sua tramitação tem-se mostrado bastante morosa, sobretudo tendo-se em vista que os movimentos negros e de mulheres já alcançaram legislações penais semelhantes e que há certa facilidade por parte do parlamento de aprovar legislações penais fruto de demandas sociais.

Vale frisar que, quando se fala em criminalização da homofobia, não se visa que o legislador inove criando tipos penais não previstos. Os crimes aos quais a população LGBT é vítima já existem em nosso ordenamento, na forma de institutos como homicídio, lesão corporal, crimes contra a honra, entre inúmeros outros.

A ideia da criminalização das condutas homofóbicas está fundamentada em uma diferenciação qualitativa, a exemplo do que se procedeu com relação a punição a manifestações preconceituosas de cunho racial, com o advento da Injúria Qualificada, prevista no art. 140, §3º, do Código Penal brasileiro, que tem a seguinte redação: “Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência” (BRASIL, 1988).

Por meio da legítima denominação da violência homofóbica, não seria necessário criar novos tipo penais, bastando a identificação e a adjetivação de determinados crimes, quando motivados pelo preconceito ou discriminação de orientação sexual, como crime homofóbico. Isto significa que, mesmo dentro de uma pauta minimalista de política criminal, seria possível despende de uma tutela penal para homofobia. (MASIERO, 2014, p. 133)

Sob este aspecto, Carvalho (2012), sustenta que inexistente qualquer ilegitimidade em se efetuar a diferenciação qualitativa dos crimes homofóbicos.

A mera especificação da violência homofóbica em um *nomen juris* próprio designado para as hipóteses de condutas já criminalizadas não produz aumento da repressão penal, sendo compatível, inclusive, com as pautas político-criminais minimalistas. (CARVALHO, 2012, p. 200)

Na mesma linha, para Masiero (2014, p. 130), “a inserção do ‘crime homofóbico’ – seja por meio de agravantes, qualificadoras ou tipo próprio no ordenamento jurídico tornaria o problema visível e destacaria seu reconhecimento formal pelo Poder Público”.

Carvalho, citado por Masiero (2014, p. 133) conceitua o crime homofóbico como “condutas ofensivas a bens jurídicos criminalmente protegidos motivadas por preconceito ou pela discriminação contra pessoas que não aderem ao padrão heteronormativo”.

Neste sentido, entende-se que acertaria o legislador ao prever a injúria qualificada motivada por preconceito e discriminação de orientação sexual. Em suma, existem fortes razões para se acreditar que a guarida penal no que tange a luta contra homofobia poderia ser implementada pela simples nominação do crime homofóbico, não sendo necessário que o legislador houvesse de inovar e criar novos institutos.

É possível e até recomendável proceder-se à “criminalização” da homofobia de forma legítima e de acordo com os postulados de um política criminal racional e democrática, por meio do que se chamou [...] de “denominação” do crime homofóbico, em situações já criminalizadas, quando ocorrerem por motivação de discriminação ou preconceito de orientação sexual ou identidade de gênero. Uma vez tutelados os âmbitos da raça, cor, procedência nacional, religião, mulheres e idosos, seria desfavorável à luta pela igualdade LGBT e o combate à homofobia, afirmar-se a desnecessidade do instrumento penal. (MASIERO, 2014, p. 147)

Contudo, ainda que em um panorama muito favorável se efetivasse a criminalização da homofobia, não se pode olvidar que o Estado não poderia relegar somente ao Direito Penal a tarefa de alimentar incessantemente a luta contra o preconceito e discriminação que incidem sobre a população LGBT.

A inserção do “crime homofóbico” no ordenamento jurídico-penal é recomendável, porém, desde que não seja a única atuação estatal na promoção da igualdade no âmbito das sexualidades; afinal, esse instrumento legal será, tão somente, um dos impulsionadores de uma mudança cultural mais profunda no sentido de reconhecimento da pluralidade existente na sociedade. A arena jurídica mais apropriada para essa luta é, ainda, a do Direito constitucional porque “diferentemente do Direito penal, que constitui o campo , por excelência da negatividade, da repressividade [...], o Direito constitucional constitui um campo de positividade, onde o homem e a mulher podem, enquanto sujeitos, reivindicar, positivamente, direitos. (STRECK, 2001, p. 47)

Necessário reiterar que o texto constitucional dá azo ao dever de proteção penal no âmbito da homofobia, visto que condena a discriminação por motivo de sexo e coloca a igualdade e liberdade - na faceta da liberdade de expressão sexual - como vetores constitucionais. Assim, em que pese o Projeto de Lei 122/2006 esteja

em tramitação no Congresso Nacional, a morosidade do Poder Legislativo que se evidencia em relação a matéria é notória, o que, em última análise, frustra a força normativa da Constituição.

Por fim, vale salientar que não se espera com tal medida que ocorra um encarceramento em massa de pessoas que propagam discursos de ódio e perpetram violências de cunho homofóbico. O que se busca que é, inequivocamente, fique plenamente demonstrado perante a sociedade que o problema da homofobia é tão grave que conquistou a atenção do Poder Público e do legislador, o que, notoriamente, poderia fortalecer a ideia de manifestações discriminatórias e preconceituosas, motivadas em função de orientações sexuais diversas, são condenáveis e podem ser punidas, enfraquecendo-se, portanto, a cultura homofóbica que vivenciamos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em dado momento da história, com a ascensão da cultura judaico-cristã, as práticas homossexuais passaram a ser encaradas como não condizentes com aquilo que fora estabelecido pelo Criador, e, por conseguinte, em desacordo com o que, aquela época, se convencionou chamar de “natural” e “normal”. Assim, a homossexualidade foi relegado o estigma de comportamento pecaminoso, passando a ser fortemente censurada pela instituição do clero.

A posteriori, com a superação do teocentrismo e ascensão do movimento Iluminista, o estigma negativo no que diz respeito homossexualidade não cessou, contudo, apenas realizou-se uma troca de motivação, isto é, se a crença religiosa fundamentada a repressão, posteriormente o ideal científico é que se incumbiu de vincular a homossexualidade a problemas patológicos. Desse modo, aqueles indivíduos que não restringiam a viver a sexualidade nos parâmetros da heteronormatividade passaram a ser considerados como indivíduos portadores da doença da homossexualidade.

Assim, ainda que atualmente tenha sido superado o paradigma da homossexualidade como patologia, ainda se faz presente em nossa sociedade resquícios de tal período, posto que, até pouco tempo, a homossexualidade ainda figurava como doença no Catálogo Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde.

Por essa razão, é notório constatar que a homossexualidade carrega, como herança de séculos, estigmas negativos, sendo a homofobia produto de tais concepções, na medida em que é a expressão da incompreensão e ódio a tal comportamento.

Nos últimos anos, porém, notoriamente verificou-se que houve uma mudança a esse respeito, haja que não mais se buscou explicar as razões pela qual pessoas do mesmo sexo sentiam-se atraídas, emocional e sexualmente. O que verificou é que o objeto passou a ser o entendimento e das razões de existência da homofobia.

Assim, o enfretamento da homofobia tornou-se, nas últimas décadas, uma questão correlata a ascensão e ao fortalecimento dos direitos humanos. No Brasil, na década de 80, em especial, com o processo de redemocratização no país, a luta pela “reconquista” de direitos humanos suprimidos deu azo a um movimento de

exigências de mais atenção do Estado na promoção de outros direitos, também fundamentais, porém não tão publicizados à época. É o caso do direito a igualdade e da liberdade de expressão sexual. O movimento LGBT brasileiro surgiu social conferindo visibilidade a irrisignação de gays, lésbicas, bissexuais e transexuais em vista de inúmeros tratamentos tão dispare entre pessoas heterossexuais e homossexuais, posto que aos primeiros uma gama muito superior de direitos sempre foi alcançado.

A partir deste momento, no Brasil, iniciou-se o enfretamento a homofobia e a luta pela desarticulação da cultur heteronormatividade intrincada no tecido social ao largo da história. Naturalmente, o movimento LGBT aportou suas demandas ao Estado, exigindo proteção e respaldo, tendo em vista que a homofobia era – e ainda o é - a causadora de inúmeras e graves violações de direitos humanos que vitimizam pessoas LGBT. Contudo, inobstante tais violências já terem atingidos números expressivos e não faltarem casos publicizados da mídia de pessoas que foram mortas, agredidas e violentadas em função de sua orientação sexual, o Estado brasileiro se mantém silente e não é ativo no enfretamento da homofobia.

Ainda que a partir dos anos 2000 as pautas de minorias tenham sido abraçadas pelo Governo Federal, não se obteve, até hoje, nenhuma medida estatal que pudesse dar alento à população LGBT.

Em vista deste panorama, a militância LGBT postula hoje por uma criminalização da homofobia, depositando esperanças de que com um marco legal de proibição de condutas homofóbicas a incidência de violências motivadas por essa razão seja reduzida.

Como desdobramento desta demanda, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 122/2006, o qual tem por objeto que manifestações homofóbicas sejam objeto de análise do legislador. Tal projeto se encontra em trâmite nas duas casas legislativas há cerca de 10 anos. A morosidade para que tal projeto seja apreciado integralmente se dá, inequivocadamente, pela circunstância de no Brasil, ainda que sendo um Estado laico, setores religiosos exerçam ainda muita influência, a exemplo da bancada religioso existente no Parlamento.

A despeito da criminalização da homofobia, inúmeros juristas passaram a se debruçar sobre a questão, investigando se a Constituição Federal, vetor da República Federativa do Brasil, em seus comandos legais, contemplaria também a

discriminação por orientação sexual como violação de gravidade equivalente a aquelas elencadas em seu art. 3º, inciso IV.

Assim, a partir da exegese do comando constitucional referido, conjugando-o com todos os demais princípios que regem a nossa Carta Maior, inúmeros juristas concluíram que, quando o legislador originário lecionou sobre a discriminação por motivo de sexo, restou contemplada, também, a hipótese de discriminação por orientação sexual. Desta feita, a força normativo constitucional é expressa no sentido de que o Estado Democrático Brasileiro tem como um de seus fundamentos a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou discriminações.

Por todo o exposto, entende-se que a ordem constitucional brasileira não é permissiva com tratamentos desiguais. Conforme demonstrado, a cultura homofóbica está fortemente enraizada na sociedade, e a população LGBT necessita, com urgência, de respaldo do Estado e de respostas jurídicas que promovam a segurança e o imperativo de respeito no âmbito da sociedade como um todo, a fim de que homofobia, paulatinamente, seja enfraquecida. Nessa linha, para que tal mudança aconteça, mostra-se salutar que a problemática da homofobia seja questão abordada pelo Direito Penal, em vista do fato de que a norma jurídica estabelece ainda, inequivocamente, o que é considerado normal dentro um ordenamento social. Assim, a exemplo do que já se procedeu com o movimento negro e o movimento de mulheres em busca da guarida penal, a criminalização da homofobia, a partir da denominação de “crimes homofóbicos” é medida imperativa para que a população LGBT possa gozar de mais proteção e de dignidade, nos termos que a Constituição Federal assegura a todos os brasileiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AVELAR, Rezende Bruno de; BRITO, Walderes; MELLO, Luiz. “ A (in)segurança pública que o estado brasileiro oferece à população LGBT: mapeamento crítico preliminar de políticas públicas”. *Políticas públicas para a população LGBT no Brasil: um mapeamento crítico preliminar*. Goiânia: UFG, Ser-tão, 2010.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.
- _____. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal.
- BRASIL. Projeto de Lei da Câmara n.º 122/06.
- _____. *Brasil sem homofobia: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual*. Brasília: Ministério da Saúde e Conselho Nacional de Combate à Discriminação, 2016. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf>. Acesso em 19 de set. 16.
- _____. *Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: o ano de 2013*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2016. Disponível em: <HTTP://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2013>
- BECKER, Howard S. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. Nova Iorque: Free Pass, 1991.
- BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2010.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Parte Geral 1*. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. Sobre as possibilidades de uma criminologia queer. *Revista Sistema Penal & Violência*. Vol. 4, nº 2. Porto Alegre, 2012.
- CECCARELI, Paulo Roberto. “A invenção da homossexualidade”. *Bagoas: Revista de Estudos Gays*. Natal: EDUFRN, n. 02, p. 71-93, 2008.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Tradução de Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manoele, 2004.
- FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

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

_____. “A criminalização e a representação midiática da homofobia: relações com a trajetória dos direitos sexuais no Brasil”. In: SEFFNER, Fernando (Org.); CAETANO, Marcio (Org.). *Cenas latino-americanas da diversidade sexual e de gênero: práticas, pedagogias e políticas públicas*. Rio Grande: Editora da Furg, 2015, p. 81-106.

_____. “O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação”. In: POCAHY, Fernando (Org.) *Rompendo o silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Nuances, 2007, p. 27-56.

_____. Discriminação por Gênero e por orientação sexual. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL AS MINORIAS E O DIREITO, 2001, Brasília. Anais... Brasília: CJF, 2003. (Série Cadernos do CEJ, v. 24).

_____. “Direito da antidiscriminação, criminalização da homofobia e abolicionismo penal”. In: Revista Crítica do Direito, v. 65, p. 178, 2015.

SAMPAIO, Denis. “A ‘jurisdificação’ da expansão do Direito Penal. Redução da carga probatória do injusto pelo moderno modelo incriminador”. In: SAMPAIO, Denis (Org.); FACCINI NETO, Orlando (Org.). *Temas criminais: a ciência do direito penal em discussão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 87-122.

SALES, Dimitri Nascimento. Direito à visibilidade: direito humano da população GLBTT. In: PIOVESAN, Flávia, IKAWA, Daniela (coord.). *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação – perspectivas e desafios contemporâneos*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 927-944, v.2.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12.ed. ver. Atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

STRECK, Lênio. “O ideal normativo da masculinidade”. *Cadernos Themis Gênero e Direito*. Porto Alegre: Sulina, n.1, p.40-47, 2001.

PIRES, Álvaro Penha. “Alguns obstáculos a uma mutação ‘humanista’ do direito penal”. *Sociologias*. Porto Alegre: PPGS/UFRGS, ano 1, n. 1, jan./jun. 1999, p. 64-95.

MEYER, Dagmar Elisabeth Estermann; PETRY, Analídia Rodolpho. Transexualidade e heteronormatividade: algumas questões para a pesquisa. *Textos & Contextos: Porto Alegre*, v. 10, n. 1, p. 193 - 198, jan./jul. 2011. Disponível em:

<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/7375/6434>

Acesso em: 20 set. 2016.

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

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. A ciência do direito. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014.