

LUANA MOREIRA CRUZ RAMOS

A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Escola de Ciências  
Jurídicas da Universidade Federal do  
Estado do Rio e Janeiro (UNIRIO)  
como requisito parcial à obtenção do  
grau em Bacharel em Direito

Prof<sup>a</sup> Orientadora: Elizabeth Sussekind

RIO DE JANEIRO

2014

## RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a possibilidade de criminalização da conduta discriminatória motivada pela homofobia no Brasil. Embora a referida criminalização encontre amparo em princípios constitucionais, como a vedação à discriminação, a defesa da Dignidade da Pessoa Humana e a Igualdade, o projeto de lei que visa criar esse tipo penal tramita há mais de uma década no Congresso Nacional. Inúmeras discussões envolvem a questão e forças políticas e sociais diversas obstam a aprovação final do projeto. Analisa-se o ordenamento jurídico pátrio no sentido de demonstrar que diversas condutas discriminatórias são criminalizadas, não havendo, portanto, razão para excluir os direitos dos homossexuais desse rol protetivo, sob pena de hierarquização dos preconceitos. O Direito Penal tem a função de responder de forma necessária e proporcional à violência perpetrada contra esses indivíduos, preservando, assim, Direitos Humanos.

**Palavras-chave:** Criminalização. Homofobia. Discriminação. Crimes de ódio. Direito Penal Simbólico. Igualdade. Dignidade da Pessoa Humana.

## ABSTRACT

This work intends to analyze the possibility of penalizing discriminatory conduct motivated by homophobia in Brazil. Although this criminalization find support in constitutional principles such as the prohibition on discrimination, the defense of Human Dignity and Equality, the law project that aims to create this criminal type has being processed, unsuccessfully, for more than a decade in Congress . Numerous discussions involving this issue and various political and social forces prevent the final approval of the project. Analyzes the paternal law to demonstrate that various discriminatory behaviors are criminalized, thus not having reason to exclude homosexual rights on this "protective hall", under penalty of "hierarchy of prejudices". Criminal law has the function of responding necessary and proportionate to violence perpetrated against those individuals, whose do not line up to the standard of heteronormativity in order to preserve human rights terms.

**Keywords:**

Homophobia. Crime. Discriminatory Conduct. Hate Crimes. Equality. Human Dignity.

## Sumário

1 Introdução .....	6
2 Homossexualidade e discriminação: histórico e definições .....	11
2.1 Breve histórico da homossexualidade .....	11
2.2 Homofobia e definições .....	12
2.3 Discriminação contra homossexuais .....	15
2.4 Análise da homossexualidade em diferentes áreas de conhecimento .....	16
2.5 A importância do Movimento LGBT .....	20
2.6 Números da homofobia .....	23
3 - As expressões da proteção .....	25
3.1 Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 .....	26
3.2 A homofobia no atual Código Penal .....	31
3.3 Lei do Racismo .....	32
3.4 Proteção de grupos potencialmente frágeis .....	34
4 – Atuação Legislativa e Judiciária na criminalização da homofobia .....	39
4.1 Projeto de Lei da Câmara 122/2006 .....	39
4.2 Projeto de Lei do Senado 236/2012 .....	41
4.3 O Mandado de Injunção 4.733/DF .....	45
5 – Direitos Fundamentais em colisão? .....	51
5.1 Liberdades: Expressão, Religião e Orientação Sexual .....	52
5.2 Isonomia: tornar possível a igualdade .....	55
6 - Criminalização e suas implicações .....	59
6.1 Crimes de ódio .....	59
6.2 Políticas públicas como alternativas à via criminal .....	62
6.3 Medidas descriminalizatórias e processos neocriminalizadores .....	64
6.4 Bourdieu e inserção no “campo jurídico” .....	65
6.5 Função simbólica do Direito Penal .....	67

7 Conclusão .....70

8 Referências Bibliográficas .....73

## 1. Introdução

O presente trabalho tem como objetivo discutir a possibilidade de criminalização da homofobia, que é caracterizada como uma discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero. Essa discriminação se configura de diversas formas na nossa sociedade, transitando da violência simbólica à violência física. O comportamento caracterizado como homofobia encontra, diante do silêncio da legislação atual, espaço livre para provocar danos irreparáveis às vítimas dessas manifestações.

As variadas formas de discriminação são estampadas na História e, em reação, os movimentos sociais, no sentido de refrear essa opressão a determinados grupos, crescem, retirando da invisibilidade, lentamente, as chamadas minorias. A negligência do Estado em relação a essa demanda se expõe diante do grito de ativistas e o silêncio legislativo não mais pode ser encoberto pelo mesmo manto da invisibilidade que esconde as práticas discriminatórias.

Apesar das recentes forças de denúncia, os modelos de exclusão continuam muito presentes na sociedade atual. No que tange à homofobia, pouco se avançou no aspecto legislativo para a diminuição dessa segregação social que, por muitas vezes, leva à violência física. A discriminação, traduzida nas mais diversas formas, é um elemento fortemente nocivo à sociedade e cabe ao direito refrear aquilo que ameaça a harmonia coletiva e bens jurídicos fundamentais.

Os dados recentes de casos de violação de direitos humanos por meio de condutas homofóbicas demonstram a necessidade da tutela desse grupo socialmente estigmatizado, uma vez que a ausência de políticas públicas para enfrentar a questão acaba criando um ambiente em que tais práticas se legitimam.

Diversas são as práticas discriminatórias arraigadas cotidiano brasileiro e cabe ao Direito promover a proteção das vítimas desses atos que atentem contra bens jurídicos fundamentais, como a própria vida. Discriminação consiste em qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

As lesões provocadas pela chamada homofobia resvalam-se em diversos campos das vidas das vítimas e do próprio direito. No entanto, interessa-nos, neste trabalho, analisar o aspecto criminal dessa forma de discriminação. A inexistência de um tipo penal específico que determine a homofobia como um crime legitima ações discriminatórias que colocam os membros da comunidade LGBT em uma posição de vítimas potenciais de crimes já tipificados e de formas de discriminação que, apesar de serem indiferentes penais, causam enorme dano a bens jurídicos protegidos constitucionalmente.

Embora o objeto deste estudo concentre-se no âmbito do Direito Penal, é imprescindível uma leitura mais ampla do nosso ordenamento jurídico que permita uma avaliação consistente acerca da possibilidade de criminalização de uma conduta. Para isso, partiremos das conceituações de discriminação e de homofobia. Em seguida, analisaremos o que se conhece no direito internacional como “crimes de ódio” e extrair da legislação brasileira aquilo que é pertinente ao tema. Por fim, discutiremos a própria viabilidade da criminalização de uma conduta, no caso, a homofóbica, como forma de solução de um conflito social.

A discriminação, por si só, é motivo para tutela jurídica do ofendido. Entretanto, o que se verifica no caso específico do preconceito contra os homossexuais é que, muitas vezes, as formas de agressão abrangem diversos tipos penais. Com base nisso, muitos afirmam não ser necessária a criação de um novo crime, visto que as vítimas de ações homofóbicas já estariam protegidas pelo nosso Código Penal, que tipifica crimes normalmente praticados nesses atos, como lesão corporal, homicídio, injúria etc. Entretanto, não se pode deixar de reconhecer que existe um grupo de pessoas que é potencialmente alvo de diversas formas de agressão e o que as identifica é a orientação sexual. Portanto, faz-se imprescindível a criação de um tipo penal específico.

Essa violência física, moral ou simbólica ligada à orientação sexual ou à identidade de gênero advém de um padrão de sexualidade que tem a qualidade ou força de uma norma, tendo a heterossexualidade como matriz legítima. Estabelece-se, portanto, um sistema de relações de poder que institui modos de ser com a produção e a organização de instituições. Esse ódio normalmente se manifesta de forma violenta quando da exteriorização desse preconceito, daí a justificativa para a abordagem da questão pela via do Direito Penal.

É nesse contexto que cabe a discussão acerca dos “crimes de ódio” aplicada à homofobia. Um crime baseado no ódio é um ato motivado, completamente ou em parte, pela intolerância ou por preconceitos. Para constituir um Crime de Ódio, as ações do agressor devem ter base na raça, na cor, na religião, na procedência nacional, na orientação sexual, no sexo ou na incapacidade de outro grupo ou indivíduo. Os agressores praticam elevado grau de violência física e desprezo moral contra as vítimas, sendo as mortes muitas vezes antecedidas de torturas, uso de múltiplas armas e grande número de golpes.

Historicamente, os Crimes de Ódio muitas vezes não são comunicados às autoridades policiais. Consequentemente, essa falta de informar proporciona a impressão aos agressores de que suas condutas não serão punidas pelo Estado, o que acaba por legitimar de alguma forma tais comportamentos. Deve-se destacar, ainda, que mesmo os casos relatados, normalmente, não chegam ao conhecimento da coletividade com essa denominação, sendo classificados simplesmente como “homicídio qualificado por motivo fútil ou torpe”, “crime hediondo” ou qualquer outro título. Cumpre ainda mencionar os lastimáveis casos em que as autoridades competentes não dão a devida atenção a esses delitos e, com indiferença, minimizam a gravidade de tais homicídios ou atribuem à vítima parte da responsabilidade, seja por se expor a situações de contato de risco seja por tentar “seduzir” o agressor.

A temática da criminalização da homofobia relaciona-se com a contenção de ideologias discriminatórias e instigadoras de violência. Daí a necessidade de uma legislação que impeça a exteriorização de sentimentos preconceituosos e cuide daqueles que são vítimas em potencial. Uma vez que a materialização da homofobia no cotidiano de muitas pessoas é inegável, a omissão legislativa no sentido de punir essa prática significa uma permissão tácita, contrariando nossa Constituição e os Direitos Humanos.

O trabalho explora, no primeiro capítulo, os conceitos básicos que envolvem o tema, como discriminação e homofobia, tanto no campo do Direito como de outras áreas do conhecimento. Em seguida, são demonstrados dados estatísticos que permitem verificar que as agressões morais e físicas a homossexuais representam número significativo e alarmante. Diante desses índices, damos especial destaque aos grupos que, historicamente, lutam por direitos desse grupo plural, chamado de



“comunidade LGBT”. Percebe-se, claramente, que grande parte dos avanços nos direitos dessas pessoas partiu da iniciativa da sociedade civil organizada.

No terceiro capítulo, será traçado um panorama da legislação vigente no que tange à proteção das vítimas de diferentes formas de discriminação e da insuficiência legislativa no que tange à proteção específica das vítimas de homofobia. A Lei 7.716/89, conhecida como Lei do Racismo, é, neste ponto, analisada para mostrar que, com sua atual redação, não é capaz de abranger satisfatoriamente a temática da discriminação dos homossexuais. Em seguida, a necessidade de uma lei específica para tutelar um direito largamente ameaçado será demonstrada por meio da Lei 11.346/06, conhecida como Lei Maria da Penha, que visa proteger um grupo potencialmente frágil diante de determinado tipo de agressão, fato semelhante ao que ocorre no caso da homofobia.

Objetiva-se elaborar um estudo comparativo no sentido de demonstrar o efeito simbólico provocado por leis que passaram a criminalizar com tipos penais próprios condutas antes tratadas de forma genérica pelo Código Penal, como Lei Maria da Penha. Por tratar fundamentalmente de questões muito similares às discutidas na criminalização da homofobia, encaixa-se como exemplo perfeito do potencial simbólico que pode advir de uma legislação protetiva específica. Busca-se demonstrar que a Lei Maria da Penha teve significativa repercussão não só na população em geral, mas também abriu a campo jurídico aos debates relativos às questões de gênero e sexualidade, alterando significativamente a jurisprudência sobre o assunto.

O quarto capítulo se ocupará de traçar o histórico da tramitação do Projeto de Lei da Câmara 122/2006, que visa criminalizar a homofobia, demonstrando a atuação de forças políticas no sentido de impor óbices à sua aprovação. Essa trajetória culmina no seu apensamento, para votação conjunta, ao Projeto de Lei do Senado 236/2012, que propõe reformas ao Código Penal e também aborda a questão da homofobia. No entanto, tal apensamento está sendo por muitos considerado como o “sepultamento” do projeto, visto que a morosidade do processo legislativo brasileiro certamente adiará significativamente tal decisão.

No quinto capítulo, serão explorados os argumentos que se baseiam na colisão de princípios constitucionais para desqualificar ações no sentido de tutelar os direitos da comunidade LGBT. Trata-se de discutir o que deve prevalecer diante dessa aparente colisão. Da mesma forma, cabe questionar a possibilidade de

desrespeito aos Direitos Humanos que a omissão na legislação brasileira sobre a questão pode permitir.

O último capítulo pretende explorar questões teóricas atinentes ao assunto, como a categoria dos crimes de ódio que, embora não sejam muito bem delimitados na legislação brasileira, abrangem a questão da homofobia. Paralelamente, cumpre mencionar como a ideia de homofobia se enquadra nas discussões de medidas descriminalizatórias e de processos neocriminalizadores. Assim, naturalmente, reconhece-se que o Direito Penal não cumpre a função de solucionar conflitos sociais, sendo indispensáveis políticas públicas que, sem dúvida, atuam no sentido de reduzir a discriminação de forma muito menos danosa à sociedade. Por fim, discute-se a importância de deslocar a temática para o Campo Jurídico, conforme o conceito de Bourdieu<sup>2</sup>, e de entender a função simbólica exercida pelo processo de criminalização, ultrapassando a relação entre a vítima e o ofensor, resvalando-se em mudanças de comportamento no seio de toda a sociedade.

---

<sup>2</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 8ª ed. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil, 2005.

## **2. Homossexualidade e discriminação: histórico e definições**

### **2.1 Breve histórico da homossexualidade**

A homossexualidade não admite definição que abarque toda a complexidade que lhe é peculiar. De forma ampla, pode-se dizer que se trata da atração afetivo-sexual existente entre indivíduos do mesmo sexo. O termo “homossexualismo”, por muito tempo utilizado, atualmente está em desuso, pois o sufixo “ismo” tem forte teor pejorativo. Já o sufixo “dade” compreende um modo de ser e é, portanto, muito mais adequado.

Na Grécia Antiga, em que amparamos os parâmetros históricos da sociedade ocidental, a homossexualidade era claramente aceita. Adolescentes e adultos se relacionavam sexualmente e isso era tido como uma preparação para a vida adulta e marital dos jovens, daí a larga aceitação social de tal prática.

Na Roma Antiga, a homossexualidade também era usual, no entanto, havia regras que impediam que os considerados cidadãos se relacionassem com pessoas de nível social inferior. O cidadão romano não podia deixar de cumprir os seus deveres para com a sociedade e também não deveria assumir papel passivo nas relações com os subordinados. Só a bissexualidade ativa gozava de aceitação em Roma.

Após o governo de Justiniano, Roma passou a condenar as práticas homossexuais. Tal posicionamento, a partir de então, foi adotado nas Idades Média e Moderna, principalmente pela Igreja.

Há registros de relações entre pessoas do mesmo sexo, também, nas civilizações americanas. Tais práticas só passaram a ser recriminadas após as colonizações espanhola e portuguesa, com as missões jesuíticas.

Portanto, a homossexualidade nem sempre foi interpretada com juízo de valor negativo. Embora seja impossível definir marcos causais rígidos para fenômenos históricos, pode-se afirmar que a conotação negativa de tal prática acompanha o desenvolvimento das religiões monoteístas, tais como o cristianismo, o judaísmo e o islamismo. Segundo a tradição judaico-cristã, a homossexualidade constitui pecado e, portanto, deveria ser erradicada.

Durante a Idade Média, a Igreja passou a prever punições aos que praticavam relações homossexuais. Os tribunais da Santa Inquisição condenavam essas pessoas a punições como enforcamentos, afogamentos e fogueira. Com o advento da Peste Negra, tal hostilidade se intensificou e homossexuais passaram a ser perseguidos e queimados publicamente para uma suposta purificação do indivíduo e um banimento daquele vício na sociedade<sup>3</sup>.

Somente durante o Iluminismo puderam ser observadas políticas institucionais no sentido de repensar tais punições. A sobreposição do racionalismo e a separação entre Igreja e Estado foram essenciais para esse processo. A Revolução Francesa pôs fim à condenação por sodomia neste país.

No entanto, mesmo no século XX, ainda persistiram práticas governamentais no sentido de punir tal prática. A política nazista, dentre tantas outras atrocidades, introduziu o crime de homossexualidade, perseguindo e executando pessoas. A própria Igreja Católica atualiza seu preconceito em documentos oficiais, modificando apenas algumas nuances: compaixão pelos indivíduos homossexuais, mas mantém a reprovação da homossexualidade em si e de qualquer política de igualdade de direitos com os heterossexuais.

## 2.2 Homofobia e definições

Como o objetivo deste trabalho é analisar a criminalização das condutas que agridem, física ou simbolicamente, pessoas devido à sua homossexualidade, cumpre analisar de que se trata o termo “homofobia”. A palavra provém de dois radicais: *homo* (iguais) e *fobia* (aversão). Embora palavras com essa mesma estrutura de formação, normalmente, designem um medo que coloca o sujeito que tem esse sentimento em uma situação da qual deseja fugir (aracnofobia, claustrofobia etc), o que se percebe, no caso da homofobia, é um comportamento diferente.

O medo se dá em relação àquilo que não se pode controlar e, por isso, enseja a vontade de fuga. O ódio, no entanto, retira da relação psíquica o elemento de passividade que existiria, por exemplo, se uma pessoa claustrofóbica ficasse

---

<sup>3</sup> BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

trancada em um elevador. Trata-se de uma reação àquilo que incomoda, e não de um medo relacionado à passividade. Nesse sentido, o autor Daniel Borillo conceitua homofobia:

Homofobia é intolerância, rechaço, temor, preconceito e perseguição de pessoas que não cumprem com o rol de gênero masculino dominante, com o papel estabelecido culturalmente pelo poder masculino para homens e mulheres. O outro, diferente, é inferior.<sup>4</sup>

A homofobia, enquanto prática sócio-cultural, constitui-se na intolerância, na rejeição e no rechaço à vivência e expressão afetivo-sexual entre pessoas que se relacionam com pessoas do mesmo sexo. Ela se manifesta quando se impõe a heterossexualidade como norma e quando se reproduz que relações afetivo-sexuais entre mulheres e entre homens é pecado, é doença. Afirmar que é patologia é desconhecer ou ignorar que, em 1985, o Conselho Federal de Medicina retirou a homossexualidade do catálogo das doenças. Em 1993 foi a Organização Mundial da Saúde (OMS) que o fez. Em 1999, o Conselho Federal de Psicologia aprovou a resolução 001/99<sup>5</sup> que proíbe psicólogos de exercerem qualquer ação profissional que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas e de adotar ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados de “cura”.

A homofobia se manifesta em toda ordem de violência física, emocional, psicológica e simbólica cometida contra quem vivencia relação afetivo-sexual com indivíduos do mesmo sexo. As práticas de violência que avançam pelas ruas, pelas casas e pelas instituições das pequenas e grandes cidades são realizadas pela polícia, pelo Estado, mas também por homens e mulheres comuns no seu cotidiano, em piadas preconceituosas, deboches na mídia, violência verbal, chegando aos chamados crimes de ódio.

Desse modo, fica estabelecida, no campo da convivência afetivo-sexual, uma separação radical entre práticas que são socialmente aceitas e estimuladas e aquelas que são condenáveis e proibidas. A homofobia é uma prática que limita a

---

<sup>4</sup> BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

<sup>5</sup> CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Resolução CFP Nº 001/99. Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual. 22 de março de 1999.

orientação e expressão sexual de mulheres e homens, restringindo, ainda mais, as possibilidades para a realização da liberdade humana.

Por essa mesma causa, no Brasil, o termo proposto pelo psicanalista Jurandir Freire Costa foi “homoerotismo”. Homoerotismo é uma noção mais flexível e que descreve melhor a pluralidade das práticas ou desejos dos homens same-sex oriented. (...) interpretar a ideia de ‘homossexualidade’ como uma essência, uma estrutura ou denominador sexual comum a todos os homens com tendências homoeróticas é incorrer num grande erro etnocêntrico<sup>6</sup>.

Segundo o mesmo autor, a noção de homoerotismo, primeiramente, exclui toda e qualquer alusão a doença, desvio, anormalidade, perversão etc., que acabaram por fazer parte do sentido da palavra ‘homossexual’. Além disso, nega ideia de que existe algo como ‘uma substância homossexual’ orgânica ou psíquica comum a todos os homens com tendências homoeróticas. Por fim, tal termo não possui a forma substantiva que indica identidade, como no caso do ‘homossexualismo’ de onde derivou o substantivo homossexual.

Esse termo não teve grande projeção internacional, mas proporcionou uma reflexão acerca do uso inconsciente das palavras e a ideologia que elas carregam. O fato é que finalmente a homossexualidade deixou de ser considerada doença. Pelo menos oficialmente.

Ainda assim, atualmente, ouve-se falar em tratamentos como “cura gay”. No Brasil, é proibido aos psicólogos executar atendimentos nesse sentido, segundo a Resolução nº 01/1999 do Conselho Federal de Psicologia (CFP). Entretanto, forças políticas tentam acabar com essa proibição. Há países em que funcionam clínicas que realizam tal serviço, mesmo que não se tenha comprovado que mudam os desejos íntimos das pessoas. Sem dúvida, trata-se de uma das diversas tentativas de legitimar instrumentos de discriminação.

---

<sup>6</sup> COSTA, Jurandir Freire. **A Inocência e o vício: estudos sobre o homoerotismo**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

### 2.3 Discriminação contra homossexuais

De acordo com Roger Rios<sup>7</sup>, discriminação é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública.

Podemos, ainda, entender a discriminação pela criação de estigmas sociais, inferiorizando indivíduos pertencentes a determinados grupos; bem como pela desvantagem no acesso aos bens materiais, produzindo desigualdades e privações socioeconômicas aos grupos discriminados. Tudo em total afronta ao princípio constitucional da Igualdade, reproduzindo facetas da injustiça e violando o direito que todos têm, em sociedade, à igual consideração e respeito, sem diferenciações desproporcionais, irrazoáveis e injustificadas.

Tomando o texto constitucional<sup>1</sup> como ponto de partida de nossa análise, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 utiliza-se cinco vezes do termo *discriminação*: no inciso IV do art. 3º, ao determinar que a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, é um dos objetivos do Estado; no inciso XLI do art. 5º, segundo o qual qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais deverá ser punida; no inciso XXXI do art. 7º, quando proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; no art. 227, *caput*, quando afirma ser dever da família, da sociedade e do Estado colocar o adolescente e o jovem a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão; e no art. 227, § 1º, inciso II, ao definir que cabe ao Estado promover programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e observando a integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

---

<sup>7</sup> RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

Sendo assim, apontam-se várias medidas, em diversas áreas do saber, a fim de combater práticas discriminatórias, como a educação, o autoconhecimento e o convívio com outros indivíduos. Entretanto, alguns grupos subordinados reivindicam medidas mais incisivas e específicas, como leis penais. Vislumbra-se, dessa forma, o respeito ao princípio da igualdade como um mandamento constitucional, proporcionado pelo Direito, aos membros de grupos em situação de desvantagem social, de qualquer natureza (econômica, religiosa, cultural, racial, sexual etc.).

O quadro que temos, entretanto, na legislação pátria, é de grande omissão. Ocorre o silenciamento legal acerca de fatos corriqueiros, presentes, persistentes e inegáveis, como a injúria e discriminação homofóbicas. Mudar essa realidade é premente, saindo da contradição de uma sociedade que prega a igualdade entre todos, a tolerância, o respeito às diferenças, o fundamento da dignidade humana e, no entanto, na qual persistem práticas homofóbicas de violência generalizada gratuita e cruel, por vezes institucionalizadas nas famílias, nos órgãos estatais e em outras instâncias sociais.

É imprescindível que medidas sejam adotadas para o combate à discriminação homofóbica, com maior atenção do poder público, bem como da sociedade em geral, para a garantia dos direitos humanos e a concretização da cidadania.

## **2.4 Análise da homossexualidade em diferentes áreas de conhecimento**

Na obra “A origem da família, da propriedade privada e do Estado, o filósofo alemão Friedrich Engels<sup>8</sup>, demonstra, com base nos estudos do cientista americano Lewis Morgan, que as sociedades primitivas prezavam pela subsistência, pela propriedade coletiva, pelo respeito às leis em função do mandamento paternal ou maternal. Com a produção de excedentes e a necessidade de trocas comerciais, esse modelo foi desaparecendo. Foi a partir desse momento que começou a se formar a modernidade.

O avanço das ciências naturais no século XIX e a sua relação com outros ramos do conhecimento delineou o imaginário acerca da homossexualidade. A medicina se ocupou de explicações biológicas para tal comportamento, como

---

<sup>8</sup> ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. São Paulo: Editora Escala, 2005.p. 29-35



tamanho dos lábios, formato das nádegas, comprimento do pênis etc. Embora a discussão ainda estivesse baseada em pressupostos questionáveis, já se pode constatar um avanço no que tange ao fato de não mais se considerar a homossexualidade como doença da alma.

O autor Daniel Borillo chama essas teorias de “homofobia clínica”, pois encaravam a questão a partir de um juízo de valor comparativo, em que o modelo evolutivo bem sucedido seria o da heterossexualidade e tudo que se afastasse disso seria encarado como patologia<sup>9</sup>. Trata-se de tendência teórica do século XIX que se manifestou, também, em outras áreas, como no Direito Penal e na Criminologia, em que se explicava a existência de perfis de criminosos pela via biológica, com base nos famigerados perfis lombrosianos do positivismo criminológico<sup>10</sup>.

Freud contribuiu cientificamente com o assunto, no que tange à psicanálise, sob o prisma do darwinismo social. Segundo Freud, os homossexuais passaram por um processo incompleto de formação da sexualidade. Assim, os heterossexuais seriam mais desenvolvidos na escala evolutiva, considerados como “normais”. Tais teorias acabaram por contribuir para a disseminação de ideias preconceituosas, o que demonstra o perigo do emprego incorreto da ciência, uma vez que, normalmente, ela é entendida como verdade absoluta<sup>11</sup>.

O darwinismo social foi teoria usada para legitimar o racismo e o colonialismo, defendendo uma hierarquia racial do desenvolvimento social de cunho biológico. Do mesmo modo, a subordinação feminina foi justificada com base em teorias sexológicas que afirmavam essa condição sob pressupostos biológicos. Analogamente, os homossexuais acabaram sendo situados em uma posição marginal nessa hierarquia dos sexos e das sexualidades. No que concerne à homossexualidade feminina, por exemplo, Freud afirmava que as mulheres lésbicas teriam inveja dos homens e não teriam superado a angústia de não possuir um pênis.

Em estudos mais recentes, da década de 1960, o biólogo Alfred Kinsey, apresentou uma tese polêmica, que consistia na “escala da homossexualidade”, que

---

<sup>9</sup> BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010

<sup>10</sup> CALHAU, Lélío Braga. **Cesare Lombroso**: Criminologia e a escola positiva de direito penal. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal (2000), Porto Alegre, v.4, n.23, p.156-159, dez.2003/jan.2004.

<sup>11</sup> BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

variaria de 0 a 6 e todo homem estaria localizado em algum desses graus. Tal teoria, sem dúvida, contribuiu para que, futuramente, o “homossexualismo” fosse afastado do rol de doenças da Organização Mundial de Saúde (OMS).

A Associação Psiquiátrica Americana, em 1974, deixou de considerar a homossexualidade como doença mental. Também tomaram decisões nesse sentido a Associação Médica Americana, a Associação Americana de Psicanálise, Associação Americana de Psicologia, a Academia Americana de Pediatria e a Associação Nacional de Trabalhadores Sociais.

No Brasil, em 1985, o Conselho Federal de Medicina retirou definitivamente do Código de Doenças o art. 302, que se referia ao homossexualismo como desvio sexual. Entretanto, tal medida não impediu que autores conceituados continuassem tratando do tema sob a ótica patológica.

A Assembleia Geral da OMS, em 17 de maio de 1990, retirou o “homossexualismo” do rol de doenças, distúrbios e perversões. Tal data, desde então, passou a ser comemorada anualmente como Dia Internacional de Combate à Homofobia. Em 1993, o termo “homossexualismo” foi substituído por “homossexualidade” na OMS.

No campo da sexualidade humana, todo processo de convivência afetivo-sexual é resultado tanto das condições históricas específicas de cada sociedade, como também da ação de homens e mulheres que, sob determinadas condições sócio-históricas, vivenciam a atividade afetivo-sexual, instituindo tipos variados de controle e critérios. É preciso tornar nítido que as relações afetivo-sexuais são construídas historicamente, e não por derivação biológica.

Na maioria dos países do mundo e, particularmente, no Brasil, o paradigma hegemônico de gênero, de raça e de orientação sexual estabelece como privilégio ser homem, branco e heterossexual. Essa concepção tem sido produzida, disseminada e reproduzida nas relações sociais - no trabalho, nas escolas e universidades, nos movimentos sociais, partidos políticos, nas religiões, dentre outros. Nesse contexto, mulheres e homens - que orientam seus desejos afetivo-sexuais por pessoas do mesmo sexo – têm seus direitos civis, políticos, sociais, culturais e econômicos violados, inclusive pelo Estado através da ausência de políticas públicas e de uma legislação que criminalize a homofobia. Dessa forma, pessoas que mantêm práticas homoeróticas não são reconhecidas como cidadãs. Transitam socialmente como segmentos marginalizados.

A sexualidade é um fato da vida. A simples constatação de sua existência já é suficiente para ser objeto de abordagem do Direito na sua função de regulação social. Sendo um entre tantos outros componentes da personalidade humana, abrange variadas formas de ser vivenciada. Heterossexualidade, homossexualidade, bissexualidade são algumas delas. A cada uma dessas trajetórias sexuais dá-se a acepção de “orientação sexual”. Os estudos científicos permitem dizer que heterossexualidade é a atração física e/ou emocional, ocasional ou não de indivíduos de sexos diferentes, enquanto homossexualidade é a atração física e/ou emocional, ocasional ou não entre indivíduos do mesmo sexo e, por sua vez, a bissexualidade vem a ser a atração física e/ou emocional, ocasional ou não entre indivíduos de sexos diferentes.

Os estudos na área da sexualidade estão em constante ebulição teórica. Os próprios termos, hoje amplamente conhecidos, foram cunhados num contexto em que as ciências como um todo atravessavam o paradigma do positivismo<sup>12</sup>. Apesar de ainda serem bastante utilizadas, há quem acredite que essas nomenclaturas não abarcam suficientemente a experiência humana nem condizem com as recentes descobertas científicas, além de carregarem uma forte carga preconceituosa da época em que foram gestadas. Essa catalogação serviu a seu tempo para identificar os não-heterossexuais como comportamentos desviantes da normalidade e alijá-los de direitos que seriam “naturalmente” exclusivos dos heterossexuais.

A homossexualidade já foi encontrada em variadas espécies. Pesquisas apontam para mais de 450 espécies de animais vertebrados como em chimpanzés, macacos, cisnes, baleias, entre tantos outros. Na espécie humana, entretanto, tal sexualidade não deriva de mero determinismo biológico. Ela é crivada por uma série de construções sociais a depender dos momentos históricos, das instituições preponderantes e das localidades no globo terrestre. Desde sentimentos de aceitação, incentivo entre outras significações positivas até reações abjetas como repulsa, ódio ou mesmo desejo de eliminação.

Marco Aurélio Prado e Frederico Machado definem o caráter supostamente natural de uma sexualidade em detrimento das demais:

---

<sup>12</sup> Doutrina política e sociológica cujo método consistia na observação dos fenômenos naturais. Elaborada pelo francês Auguste Comte no século XIX, rechaçava a teologia e a metafísica propunha em seu lugar uma explicação mais prática dos eventos baseada em fatos concretos do cotidiano (COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva** – Discurso preliminar sobre o discurso do positivismo. São Paulo: Nova Cultural, 1991.)

A sexualidade é tão natural como o ar que respiramos, as identidades sexuais e as práticas das sexualidades não são naturais. Construídas através das relações sociais e políticas de um tempo histórico, são caracterizadas como processos históricos que não estão sob a égide da lógica da naturalidade, mas sim da política e da moral<sup>13</sup>.

## 2.5 A importância do Movimento LGBT

Os movimentos sociais, como o movimento de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (LGBT)<sup>14</sup>, nesse processo de aquisição de direitos, têm papel fundamental, pois toda luta necessita de sujeitos. Do contrário, não há visibilidade e, portanto, não há direitos, não há políticas públicas. Foi e continua sendo assim com o movimento feminista, com o movimento negro, com os movimentos de defesa de direitos humanos, dentre outros. Com o movimento pela livre orientação e expressão sexual não poderia ser diferente.

Pensar a construção de categorias identitárias é pensar na organização associativista para fins comuns. Tratando-se, especificamente, de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, no Brasil, remetemos-nos à gênese do Movimento organizado nos fins dos anos 70 do século passado, que é associada à criação do Grupo Somos, em São Paulo, em 1978. Regina Facchini<sup>15</sup> ressalta a importância de se compreender o contexto social e político brasileiro, no que diz respeito ao período de governos militares e à posterior redemocratização do país, para só então tentar entender as articulações de grupos organizados – mulheres, negros, homossexuais.

Quanto à terminologia, inicialmente foi recorrente a utilização da sigla MHB (Movimento Homossexual Brasileiro); em momentos específicos, evidenciou-se o uso de MGL (Movimento de gays e lésbicas), bem como de movimento GLT (gays,

<sup>13</sup> PRADO, Marco Aurélio Maximo e MACHADO, Frederico Viana. **Preconceitos contra homossexualidades: a hierarquia da invisibilidade**. São Paulo: Cortez, 2008.

<sup>14</sup> Segundo Regina Facchini, trata-se de uma sigla que designa lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. Em alguns locais no Brasil, o “T”, que representa a presença de travestis e transexuais no movimento, também diz respeito a transgêneros, ou seja, pessoas cuja identidade de gênero não se alinha de modo contínuo ao sexo que foi designado no nascimento (crossdressers, drag queens, transformistas, entre outros).

<sup>15</sup> FACCHINI, Regina. **Sopa de letrinhas? Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

lésbicas e travestis); posteriormente movimento GLBT (gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros, os últimos depois especificados como travestis e transexuais). A proliferação de siglas e a segmentação da categoria com a finalidade de nomear o sujeito político do movimento foram alvos de tratamento irônico na mídia, que acusava as entidades que então passavam a utilizar a sigla GLBT de criar uma “sopa de letrinhas”.

O movimento, ao longo de trinta anos de construção na sociedade brasileira, utilizou-se de várias siglas para autodenominar-se, destacam-se: GL (gays e lésbicas), GLS (gays, lésbicas e simpatizantes; não usada para designar o movimento, e sim apropriada pelos empreendimentos mercadológicos direcionados), GLT (gays, lésbicas e travestis), GLBT (gays, lésbicas, bissexuais e travestis), LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e travestis), LGBTT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais) e LGBTTT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros).

Os Movimentos Sociais caracterizados pelo associativismo, pelas ações coletivas de modo genérico, representativos de bases sociais, com autonomia, vivenciaram uma expansão sem precedentes na história do país no período conhecido como de abertura política, no final dos anos de 1970.

Não foi diferente com o movimento homossexual. As demandas, nesse período, oscilavam na tentativa de um igualitarismo comunitário conflitante com a heterogeneidade da população homossexual; o esvaziamento do conteúdo pejorativo de palavras como “bicha” e “lésbica”; o combate das assimetrias das relações de gênero entre homens e mulheres, bem como dos estereótipos ativo/passivo, efeminado/masculinizado; dentre outros aspectos básicos que denunciavam a intenção de elucidar entendimentos sobre sexualidade, por vezes desconhecidos dos próprios integrantes do coletivo a fim de evoluir à construção de identidades coletivas.

Em meados dos anos 80 do século XX, observa-se a ocorrência de uma drástica redução na mobilização dos grupos até então existentes. Justifica-se essa ocorrência, principalmente, pela proliferação da epidemia da Aids, que passou a ser chamada de “peste gay”, por outro lado fazendo com que lideranças voltassem sua atuação ao combate da epidemia, criando as primeiras respostas da sociedade civil contra a Aids, o que ainda pode ser observado atualmente com a prevenção em DST's como um dos pilares de atuação do movimento LGBT, em razão dessa marca

histórica como alvo de estigmatização e vitimização, mas também como protagonista na luta pelo combate e erradicação da epidemia, além da preocupação com a saúde sexual da população LGBT.

No final dos anos de 80 e início dos anos de 90 verificou-se a emergência de uma forma de associativismo até então com pouca visibilidade. Trata-se das ONGs (Organizações não Governamentais) em diversas áreas, inclusive na luta por direitos dos homossexuais, ocorrendo um florescimento da atuação militante em todo país, com a realização periódica dos encontros nacionais e a criação de novos grupos. As demandas mais explicitadas nesse período histórico centraram-se em questões como a permanência das discussões de gênero, a preocupação com atuações mais efetivas na criação de respostas a enfermidades – por exemplo, na criação de vacinas –; a emergência da pauta de Direitos Humanos e combate à violência e impunidade; alterações nos conteúdos normativos da legislação civil e penal em vigor; o estabelecimento de bandeiras de luta comuns entre os vários segmentos que congregam o movimento.

Houve ainda a diversificação nas formas de associativismo, com a criação de redes nacionais como a ABGLT (Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – posteriormente especificados para Travestis e Transexuais) e novas propostas de atuação, bem como na maior evidência das identidades socialmente construídas no processo histórico, em especial as lésbicas, as travestis e transexuais.

As mutações ocorridas no processo de construção do movimento LGBT nem sempre correspondem, do ponto de vista organizacional e institucional, proporcionalmente às conquistas dos objetivos almejados, muito embora avanços significativos tenham ocorrido e não se pode deixar de reconhecê-los. Algumas demandas permanecem e as estratégias se modificam e outras demandas surgem com o passar do tempo.

Temos, na atualidade, como marcantes, a forte atuação em movimentos de lutas pelos direitos humanos e de combate à contaminação pelo HIV; vinculação à redes de articulação e associação nacionais e internacionais de defesa dos direitos de lésbicas, gays, travestis e transexuais, atuação estratégica junto à parlamentares no âmbito nacional, estadual e municipal com a propositura de projetos de lei que atendam às especificidades da comunidade LGBT; atuação na promoção de respostas que garantam que o Estado brasileiro seja um Estado laico de fato, não só de direito, frente às investidas de organizações religiosas obstaculizadoras; a

efervescência de manifestações de rua como a Parada do Orgulho LGBT, que, em algumas partes do país chega a mobilizar milhões de pessoas.

A população LGBT almeja demandas sociais específicas, justificadas pelo histórico de discriminação, estigmatização social e estereotipação de condutas, o que pode ser entendido pela criação de marcas infamantes socialmente imputadas que inferiorizam indivíduos pertencentes a determinados grupos/categorias sociais; bem como os colocam em desvantagem no acesso aos bens materiais, produzindo desigualdades e privações socioeconômicas aos grupos discriminados. Tudo isso se dá em total afronta ao princípio constitucional da igualdade, reproduzindo facetas da injustiça e violando o direito que todos têm, em sociedade, à igual consideração e respeito, sem diferenciações desproporcionais, desarrazoadas e injustificadas.

## 2.6 Números da homofobia

Segundo levantamento inédito divulgado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH-PR)<sup>16</sup>, em julho de 2012, de janeiro a dezembro de 2011, foram denunciadas 6.809 violações de direitos humanos contra LGBTs, envolvendo 1.713 vítimas e 2.275 suspeitos. Os números oficiais foram sistematizados com base em dados do Disque Direitos Humanos – Disque 100, na Central de Atendimento à Mulher - Ligue 180, no Disque Saúde e na Ouvidoria do Sistema Único de Saúde (SUS), bem como em e-mails e correspondências diretas encaminhadas ao Conselho Nacional de Combate à Discriminação LGBT e à Coordenação-Geral de Promoção dos Direitos de LGBT;

Apesar da subnotificação, os números do relatório apontam que, nesse período, foram reportadas 18,65 violações de direitos humanos de caráter homofóbico por dia, vitimando 4,69 pessoas diariamente. Os estados com maior incidência foram São Paulo (1.110), Minas Gerais (563), Rio de Janeiro (518), Ceará (476) e Bahia (468). O Distrito Federal ocupou a 12ª posição, com 225 notificações.

---

<sup>16</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação SEDH. *Brasil sem Homofobia: Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual*. Brasília: SEDH, 2008b. . Secretaria de Direitos Humanos. *Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano de 2012*. [2013a]. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>>. Acesso em: 07 out. 2013.

67,5% das vítimas se identificaram como sendo do sexo masculino; 26,4% do sexo feminino; e 6,1% não informaram sexo. 47,1% tinham entre 15 e 29 anos.

Com relação aos principais tipos de violação, 42,5% dos casos registrados foram de violência psicológica (como humilhações, ameaças, hostilizações e xingamentos); 22,5% de discriminação; e 15,9% violência física. Em 41,9% dos casos, a própria vítima fez a denúncia; em 26,3%, desconhecidos da vítima que denunciaram; e em 12%, familiares, amigos, vizinhos. O relatório revelou, também, um padrão de repetição de violência de, em média, 3,97 violações por pessoa agredida. Outro aspecto ressaltado foi o número maior de suspeitos em relação ao número de vítimas, o que sugere que as violações são cometidas por mais de um agressor ao mesmo tempo.

Ainda segundo os dados, em 61,9% dos casos o agressor é próximo da vítima, em 38,2% são familiares, sendo que em 42% dos casos a violência se deu dentro de casa; 5,5% das violações foram registradas em instituições governamentais – sendo 3,9% em escolas e universidades, 0,9% em hospitais do SUS, e 0,7% em presídios, delegacias e cadeias.

O esforço em combater todas as formas de discriminação tem constado reconhecidamente da agenda da Organização das Nações Unidas (ONU) que, no marco da Declaração sobre orientação sexual e identidade de gênero, apresentada à Assembleia Geral, divulgou, em dezembro de 2011, o primeiro relatório global sobre os direitos humanos de lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e travestis, no qual descreve um padrão de violações de direitos humanos presente em diversos países, reconhecendo que as pessoas LGBT são frequentemente alvo de abusos de extremistas religiosos, grupos paramilitares, neonazistas, ultranacionalistas, entre outros, que, muitas vezes, têm agido internacionalmente sob a forma de rede.

A partir do relatório das Nações Unidas advertindo que governos têm negligenciado a questão da violência e da discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero, o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos lançou documento intitulado “Nascido Livre e Igual”, no qual traz obrigações legais que os Estados devem aplicar para a proteção de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT).

O documento, baseado em dois princípios fundamentais que sustentam a lei internacional dos direitos humanos (igualdade e não discriminação), foca em cinco obrigações nas quais a ação nacional é mais necessária (proteção contra a violência



homofóbica, prevenção da tortura, a descriminalização da homossexualidade, proibição da discriminação e respeito com a liberdade de expressão e com a reunião de todas as pessoas LGBT) e busca explicar para gestores públicos, ativistas e defensores dos direitos humanos as responsabilidades do Estado com essa minoria e os passos necessários para alcançá-las.

Na esteira das recomendações das Nações Unidas, o relatório sobre violência homofóbica no Brasil pontua a obrigatoriedade de notificação dos casos; que haja campo para a informação sobre identidade de gênero e orientação sexual nos registros de óbito e no Ligue 180; que serviços públicos específicos para travestis e transexuais tenham acesso a canais de denúncia governamentais; que os espaços públicos de sociabilidade sejam incentivados pelos Poderes Públicos municipais, estaduais e federal com promoção de atividades artísticas e culturais e que a interação entre jovens de diferentes inscrições identitárias, étnico-raciais, de gênero e classe social, entre outras, seja estimulada; trabalhar no empoderamento dos jovens LGBT para que denunciem as violências ocorridas no ambiente doméstico; realização de campanhas de enfrentamento da homofobia e divulgação dos canais de denúncia; que seja realizada a publicização anual dos dados de homofobia no Brasil; que seja criado um painel de indicadores relacionados ao respeito à população LGBT por estado; que a homofobia seja criminalizada nos mesmos termos em que foi criminalizado o racismo; que prisões, escolas, hospitais, quartéis e outras instituições similares possuam um código de ética ou incluam em seus códigos de ética questões relacionadas ao respeito aos direitos das minorias.

A partir dos dados do relatório, cuja íntegra está disponível no site da SDH-PR, conclui-se que a homofobia é um problema estrutural no Brasil e atinge, sobretudo, jovens, negros e pardos, nas ruas e em suas próprias residências, operando de forma a desumanizar as expressões de sexualidade divergentes da heterossexual.

### 3. As expressões da proteção

Há, no ordenamento jurídico brasileiro, uma série de diplomas normativos que criminalizam atos discriminatórios. No entanto, a discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero ainda não é um tipo penal.

Destacam-se quatro diplomas legais que sancionam criminalmente condutas discriminatórias. Trata-se da Lei n.º 7.437/85, que inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil; da Lei n.º 7.716/89, que define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional; da Lei n.º 7.853/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social, definindo, neste âmbito, crimes e da Lei n.º 9.029/95, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.

Como se pode facilmente observar, portanto, a legislação penal brasileira contemporânea é farta em diplomas que criminalizam atos discriminatórios, coadunando-se ao preceito constitucional de vedação de quaisquer condutas que impliquem discriminação atentatória da dignidade da pessoa humana. Assim, surge o questionamento: por que razões, afinal, a aprovação da criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero encontra tantos obstáculos?

#### 3.1 Constituição da República Federativa Brasileira de 1988

A Constituição é a ordem jurídica fundamental, material e aberta de determinada comunidade<sup>17</sup>. Este é, sinteticamente, o conceito elaborado por Konrad Hesse – jurista que compôs o Tribunal Constitucional da Alemanha. Trata-se de entender que a pretensão de eficácia da norma constitucional não pode ser separada das condições históricas de sua realização, no entanto, não se confunde

---

<sup>17</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

com estas, mas se associa, como elemento autônomo, sendo equivalente dizer que a Constituição é, simultaneamente, um *ser* e um *dever-ser*. Segundo aponta Hesse:

“Constituição real” e “Constituição jurídica” estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado.

[...]

A força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida.

Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa por si só realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força normativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*.<sup>18</sup>

Partindo da premissa de que a Constituição contém força normativa, cabe-nos, então, analisar como a Carta de 1988 dispõe sobre a questão da discriminação. A Constituição Federal de 1988, já em seu preâmbulo, dispõe que os representantes do povo brasileiro reuniram-se em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias<sup>19</sup>. O Estado instituído pela nova Carta Política deve, portanto, proporcionar a construção e a salvaguarda de

<sup>18</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 15-19.

<sup>19</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 10 out. 2014.

uma sociedade fraterna, plural e livre de preconceitos, que tem a igualdade como um de seus valores regentes.

Embora seja certo que o preâmbulo constitucional não integra o texto constitucional propriamente dito e, por conseguinte, não contém normas constitucionais de valor jurídico autônomo – logo se conclui que não pode prevalecer contra o texto expresso da Carta, tampouco servir como parâmetro para o controle de constitucionalidade –, ele não é juridicamente irrelevante, na medida em que sua observância figura como elemento de interpretação e de integração dos diversos artigos que lhe seguem. Com efeito, o preâmbulo, verdadeira certidão de origem e legitimidade do novo texto constitucional, é uma proclamação de princípios que demonstra a ruptura com a ordem anterior e a alvorada de um novo Estado, consubstanciando-se, por isso mesmo, em uma das linhas mestras da hermenêutica constitucional.<sup>9</sup>

Adentrando o texto constitucional, vemos que já em seu art. 1º, inciso III, a Constituição Federal estabelece que a dignidade da pessoa humana, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Considerando-se a posição de destaque assumida pelo princípio da dignidade da pessoa humana, vale dizer que a discussão acerca de seu conteúdo é tão importante quanto controversa, revelando-se necessária uma análise mais específica de tal conceito. Analogamente ao que ocorre relativamente ao conceito de Constituição, Ingo Wolfgang Sarlet aponta a dificuldade de se obter uma definição consensual, precisa e universalmente válida do que seja a dignidade da pessoa humana, a não ser a circunstância de que se trata da própria condição humana do ser humano e de que desta condição e de seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídico-constitucional decorre um complexo de posições jurídicas fundamentais.<sup>20</sup>

Segue o autor sustentando que, apesar de a delimitação do conteúdo da dignidade da pessoa humana constituir uma árdua tarefa – e, em parte, por isso mesmo –, é possível afirmar que os desdobramentos da dignidade da pessoa humana no âmbito jurídico-normativo evidenciam ser inviável aceitar-se a afirmação

---

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010

de que “o conceito de dignidade da pessoa humana é algo como um cânone perdido e vazio, que se presta a todo e qualquer tipo de abusos e interpretações equivocadas”<sup>21</sup>, na medida em que, neste campo, não se pode dizer e aceitar qualquer coisa, já que tanto a interpretação segundo a qual existe apenas uma resposta correta quanto aquela pautada pela noção de melhor resposta possível vedam o voluntarismo hermenêutico arbitrário.

Na lição de Luís Roberto Barroso<sup>22</sup>, a dignidade da pessoa humana é valor e princípio que subjaz ao mandamento religioso do respeito ao próximo – todas as pessoas são iguais e dever ser tratadas de modo igualmente digno. O eminente constitucionalista aponta, no entanto, que a transposição do princípio da dignidade da pessoa humana dos domínios da religião e da ética para o campo jurídico não tem sido uma tarefa fácil:

Logo após a Segunda Guerra Mundial, passou ele [princípio da dignidade da pessoa humana] a figurar em documentos internacionais, como a Declaração dos Direitos Humanos (1948), e em Constituições como a italiana (1947), a alemã (1949), a portuguesa (1976) e a espanhola (1978). Na Constituição brasileira de 1988 vem previsto no art. 1º, III, como um dos fundamentos da República. A dignidade da pessoa humana está na origem dos direitos materialmente fundamentais e representa o núcleo essencial de cada um deles, assim os individuais como os políticos e sociais. O princípio tem sido objeto, no Brasil e no mundo, de intensa elaboração doutrinária e de busca de maior densidade jurídica. Procura-se estabelecer os contornos de uma objetividade possível, apta a prover racionalidade e controlabilidade à sua utilização nas decisões judiciais.

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe em relação à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo. Dele se extrai o sentido mais

---

<sup>21</sup> Idem

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

nuclear dos direitos fundamentais, para a tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça.<sup>23</sup>

A partir dessa conceituação de Dignidade da Pessoa Humana, e ainda âmbito dos “Princípios Fundamentais”, a República Brasileira elege como um de seus objetivos fundamentais a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). Em seguida, no art. 4º, elenca os princípios regentes das relações internacionais mantidas pelo país, inserindo em seu rol, dentre outros, a prevalência dos direitos humanos (inciso II) e o repúdio ao terrorismo e ao racismo (inciso VII).

De qualquer forma, estar integrado normativamente ao movimento internacional de tutela dos direitos humanos não significa automaticamente que esses direitos estejam sendo satisfatoriamente respeitados no nosso território ou que o Brasil já tenha alcançado níveis mínimos de tutela desses direitos. [...] O ‘dever ser’ (em síntese) ainda está muito distante do ‘ser’ (a normatividade ainda necessita se converter em efetividade).<sup>24</sup>

Abrindo o Capítulo I (“Dos Direitos E Deveres Individuais e Coletivos”) do Título II da Constituição (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), o art. 5º é prolífico em se tratando de disposições conectadas à antidiscriminação, começando pelo seu *caput*, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo, ainda, garantida aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, seguido pelos seguintes incisos: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição; III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; X - são

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>24</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 90-91).

invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; e XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

### 3.2 A homofobia no atual Código Penal

Atualmente homofobia não é crime. Não há legislação específica que regule a questão do preconceito contra homossexuais e as ocorrências dessa ordem caem nas regras gerais dos crimes contra a honra e contra a vida. O problema não é encarado nas suas peculiaridades.

Sobre injúria simples, conta no Código Penal que seja uma ofensa à dignidade e ao decoro. É um crime comum que pode ser cometido (sujeito ativo) e sofrido (sujeito passivo) por qualquer pessoa, sem requerer características especiais. O bem jurídico tutelado é a honra subjetiva, isto é, o “sentimento da própria honorabilidade ou valor social”<sup>25</sup>. Segundo o criminalista Cesar Roberto Bitencourt, “bicha” (alcunha dirigida a homossexuais) é uma ofensa a essa dignidade. Consuma-se no momento que a ofensa chega ao consentimento do ofendido.

Esse tipo penal só é admissível na forma dolosa cujo dolo genérico de dano seja expresso por vontade livre e consciente do agente. Ele deve ter certeza do que está fazendo e intencionar a ofensa à honra de outrem. Deve estar presente também o dolo específico de denegrir, humilhar, vexar, atingir a honra, valendo-se de uma ação idônea para tal. A pena prevista é de detenção de 1 a 6 meses ou multa. Trata-se de uma reprimenda vergonhosa a um Estado que deseja abolir “todas as outras formas de discriminação”. O processamento dessa ação se dá no Juizado Especial Criminal e a penalidade pode ser convertida numa pena alternativa que talvez nem guarde pertinência com a ofensa proferida. Era o caso da violência doméstica contra a mulher antes da Lei Maria da Penha.

---

<sup>25</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – Parte Especial – Dos Crimes Contra a Pessoa. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Tratamento diverso é dado à injúria racial, segundo o art. 140, §3º, quando a ofensa for fundada em elementos como raça, cor, etnia, sexo, deficiência, idade, religião ou origem, com penas de reclusão de 1 a 3 anos e multa, além da pena correlata com a violência.

Outra situação cotidiana de preconceito contra os LGBT é o impedimento de manifestarem seu afeto publicamente em espaços particulares como shoppings, bares e boates, sob pena de serem expulsos ou, como os agressores gostam de dizer eufemicamente, “convidados a retirar-se” do local. A situação pode ser tratada hoje como constrangimento ilegal, cuja pena é de três meses a um ano de detenção ou multa.

### **3.3 Lei do Racismo**

Quando da promulgação de Nossa Constituição Federal em 1988, seu art. 5º, inciso XLII, determinava que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. A Constituição cidadã, portanto anunciava a necessidade de haver lei que regulamentasse a punição a essa prática criminosa. Tal mandado expresso de criminalização teve sua eficácia com a promulgação da Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Essa lei determina em seu título a punição de crimes resultantes de preconceito de “raça” ou de “cor”, categorias estas que foram ampliadas no ano de 1997, quando o legislador então acrescentou ao art. 1º da referida lei os termos “etnia”, “religião” e “procedência nacional”. Além de criar novas categorias para a “lei de racismo”, também acresceu ao artigo 140 do Código Penal, o parágrafo terceiro, criando com isso a figura da injúria qualificada. Com a Lei nº 10.741, ao mencionado parágrafo foram incluídas duas novas categorias, pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Muito ainda se confunde o crime de racismo com a injúria qualificada do art. 140, parágrafo terceiro, do Código Penal. No crime definido na Lei nº 7.716/89, a ofensa é dirigida a toda uma raça, a qual é caracterizada por um fato pejorativo. Já na injúria qualificada, a ofensa é direcionada à honra subjetiva do indivíduo, ofensa esta que é agregada a raça, cor, etnia, religião ou origem.

Faz-se necessária a análise das cinco categorias elencadas na “lei de racismo”. A primeira delas é a “raça”. Trata-se, do ponto de vista antropológico, de



uma categoria social, ou seja, mesmo que biologicamente não haja evidências da existência de grupos raciais humanos, os grupos sociais dividem a humanidade e as sociedades a partir de traços fenotípicos. A segunda categoria é a “cor”, que significa única e exclusivamente da pigmentação da pele. Por sua vez, “etnia” refere-se a aspectos sócio-culturais. “Religião” é toda crença, mas aqui cabe fazer uma observação: o ateísmo não está abrangido pela “lei de racismo”, vez que não é uma religião, mas uma filosofia de vida. Por fim, está a figura da “procedência nacional”, a qual deve ser vista de modo ampliativo, podendo não ser entendida apenas a nacionalidade do indivíduo, mas como sua origem regional.

Aspecto importante sobre a lei de racismo é o caráter de subsidiariedade do Art. 20 (“Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”). O legislador, ao escolher o verbo “praticar”, contempla qualquer outra forma como sendo crime, mesmo que não esteja exposta nos artigos anteriores.

No tocante à imprescritibilidade dos crimes de racismo, ainda há divergência entre os autores. Embora tenha o legislador ampliado as categorias protegidas pela Lei 7.716/89, acrescentando etnia, religião e procedência nacional, entende-se que foi intenção do legislador constitucional impor imprescritibilidade apenas ao crime de racismo. No entanto, alguns autores consideram também como imprescritíveis os crimes cometidos em razão de preconceito contra raça e cor. Há ainda doutrinadores adeptos à inclusão da etnia nesse rol por entenderem que seu conceito está diretamente ligado ao de raça.

Cumprido ressaltar que na injúria qualificada pelo preconceito, a objetividade jurídica é a própria honra subjetiva. Desse modo, para caracterizar o delito, o agente deve utilizar-se de expressões referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem com o propósito de ofender a dignidade ou decoro de outrem. Este tipo de crime é classificado como formal, uma vez que independe da produção de um resultado naturalístico para sua consumação. Assim, a tentativa deve ser admitida somente na forma escrita. Tais crimes são dolosos e exigem a finalidade especial de atingir a honra subjetiva.

Diante de tais ponderações, vê-se que mesmo após vinte anos da promulgação da Lei nº 7.716/89 ainda padecem muitas dúvidas a respeito de sua interpretação e aplicabilidade por parte dos operadores do Direito. Ao longo do tempo, o leque de

categorias protegidas pela legislação foi aumentando, entretanto, a figura da orientação sexual ainda não goza de proteção específica.

### 3.4 Proteção de grupos potencialmente frágeis

Cuidando-se da formulação de um conceito de discriminação, do ponto de vista jurídico, aflora a noção de reprovação jurídica das violações ao princípio da igualdade, atentando-se para os prejuízos sofridos pelos indivíduos a quem se destinam os tratamentos desiguais<sup>26</sup>.

Nesse viés, devemos lembrar que duas convenções internacionais devidamente internalizadas pela ordem jurídica brasileira dispõem sobre o tema, sendo possível inferir a conceituação buscada a partir de seus dispositivos, quais sejam, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher.

A primeira destas Convenções, ratificada pelo Brasil em 27-03-1968 e promulgada como Decreto n.º 65.810 em 08-12-1969, dispõe em seu artigo 1º o seguinte:

Nesta Convenção, a expressão “discriminação racial” significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou qualquer outro domínio da vida pública.<sup>27</sup>

Já a segunda dessas Convenções – que foi originalmente aprovada com reservas pelo Decreto Legislativo n.º 93, de 14-11-1983, e promulgada pelo Decreto n.º 89.460, de 20-03-1984, tendo, contudo, sido aprovada em sua totalidade, após a retirada das reservas feitas pelo Brasil, pelo Decreto Legislativo n.º 26, de 22-06-

<sup>26</sup> No ponto, Roger Raupp Rios afirma que “o termo ‘discriminação’ tem sido amplamente utilizado numa acepção negativa, tanto no direito nacional quanto no direito comunitário e internacional, ao passo que o termo ‘diferenciação’ tem sido empregado para distinções legítimas” (RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p.19).

<sup>27</sup> BRASIL. **Legislação de direito internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 392

1994, e promulgada pelo Decreto Legislativo n.º 4.377, de 13-09-2002, que revogaram expressamente seus antecessores – diz que:

“Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.”<sup>28</sup>

Deve-se ressaltar que a discriminação pode manifestar-se direta ou indiretamente. A primeira forma consubstancia-se em ato intencionalmente discriminatório, explícito ou encoberto, ao passo que a segunda, diversamente, decorre de “medidas, decisões e práticas aparentemente neutras, desprovidas de maior justificação, cujos resultados, no entanto, têm impacto diferenciado perante diversos indivíduos ou grupos”<sup>29</sup>, abrindo margem a diversas formas de estereótipo e preconceito.

Com efeito, a discriminação direta concretiza-se quando ocorre qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseados em origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação, com o propósito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício, em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública.<sup>9</sup> Já a discriminação indireta quando as referidas exclusões, restrições ou preferências, embora possam não ser propositalmente discriminatórias, têm o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício, em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública.<sup>10</sup>

Cabe aqui levantar alguns pontos muito discutidos atualmente em razão da tramitação no Congresso do Projeto de Lei 122/2006, que visa principalmente incluir os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero na esfera de abrangência da Lei 7.716/89.

<sup>28</sup> Idem, p. 466

<sup>29</sup> RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p.117.

A grande discussão que se coloca em pauta refere-se às alterações feitas no projeto inicial, que visam à diminuição de sua amplitude e provocam reação da comunidade LGBT. O projeto, que prevê formas de proteção contra crimes relacionados à chamada homofobia, atinge várias esferas do nosso ordenamento jurídico, como as legislações trabalhista, civil, administrativa e penal. Entretanto, talvez um dos pontos mais polêmicos de sua redação seja o seguinte dispositivo: Art. 3º - O disposto nesta Lei não se aplica à manifestação pacífica de pensamento decorrente da fé e da moral fundada na liberdade de consciência, de crença e de religião de que trata o inciso VI do art. 5º da Constituição Federal.

Ocorre que alguns grupos consideram que tal artigo pode representar um retrocesso na legislação brasileira. As comunidades negra e judaica conquistaram o direito de proteger esse coletivo da injúria coletiva praticada inclusive por religiões. Desse modo, considera-se que a inclusão desse parágrafo ameaça conquistas já feitas. Não há de se negar que tal discussão é demasiadamente polêmica, uma vez que o que está em jogo é outro bem jurídico protegido pela Constituição: a liberdade religiosa. Entretanto, um posicionamento mais razoável seria no sentido de afirmar que as religiões são livres para dizer no púlpito de suas igrejas que a homossexualidade é pecado, já que assim entendem. Entretanto, grupos religiosos que exploram concessão pública de rádio e TV poderiam utilizar esses espaços para incitar práticas também proibidas na nossa Constituição, como o preconceito? O que se verifica muitas vezes são injúrias contra um coletivo, motivadas pela homofobia, ou seja, a promoção da desqualificação pública da homossexualidade, ferindo a dignidade dos homossexuais. Poderia nosso ordenamento ignorar tais questões?

Quaisquer tentativas de aproximação aos temas ligados à homofobia que, por algum motivo, considerem-na essencialmente diversa de qualquer outra forma de discriminação estarão fadadas ao fracasso. Obviamente não se está, com isso, querendo dizer que toda discriminação de determinados indivíduos ou grupos de indivíduos ocorre pela mesma razão, mas sim que o transcorrer da História tem mostrado que a conduta homofóbica decorre da mesma intolerância que motivou a segregação social de grupos em virtude de cor, religião, etnia, procedência nacional etc.

O problema da homofobia supera a questão gay, inscrevendo-se na mesma lógica de intolerância que, em diferentes momentos da História, produziu a exclusão

tanto dos escravos e dos judeus quanto dos protestantes; até mesmo os comediantes haviam sido, outrora, excluídos do direito ao casamento.

À semelhança do que ocorre em relação à diferença cultural entre nacional e estrangeiro (espécie de eufemismo do racismo), a diferença sexual entre homem e mulher, assim como a diferença das sexualidades entre heterossexual e homossexual, é apresentada como um indicador objetivo do sistema desigual de atribuição e de acesso aos bens culturais, a saber, direitos, capacidades, prerrogativas, alocações, dinheiro, cultura, prestígio etc. E, embora o princípio da igualdade seja formalmente proclamado, é efetivamente em nome das diferenças e ao dissimular precavidamente qualquer intenção discriminatória, que os dominantes entendem reservar um tratamento desfavorável aos dominados. A construção da diferença homossexual é um mecanismo jurídico bem rodado que permite excluir gays e lésbicas do direito comum (universal), inscrevendo-os(as) em um regime de exceção (particular).<sup>30</sup>

A homofobia, ainda hoje motivadora de inúmeros atos de violência, enquadra-se, portanto, no conceito jurídico-constitucional de racismo, merecendo, portanto, o mesmo repúdio que as normas penais reservam a este último. Nesse sentido, a criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero é constitucionalmente necessária, à vista do mandado constitucional de criminalização contido no inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal. Assim fundamenta Guilherme de Souza Nucci:

Parece-nos que é racismo, desde que, na esteira da interpretação dada pelo STF, qualquer forma de fobia, dirigida ao ser humano, pode ser manifestação racista. Daí por que, inclui-se no contexto da Lei 7.716/89. Nem se fale em utilização de analogia *in malam partem*. Não se está buscando, em um processo de equiparação por semelhança, considerar o ateu ou o homossexual alguém parecido com o integrante de determinada raça. Ao contrário, está-se negando existir o conceito de raça, válido para definir qualquer agrupamento humano, de forma que racismo, ou, se for preferível, a discriminação ou o preconceito de raça é somente uma manifestação de pensamento segregacionista, voltado a dividir os seres humanos, conforme qualquer critério leviano e arbitrariamente eleito, em castas, privilegiando umas em detrimento de outras. Vamos além. Impedir a entrada, por exemplo, em um estabelecimento comercial, de pessoa pobre, é pura discriminação. Embora pobreza não seja, no critério simplista do termo, uma raça, é um mecanismo extremamente simples de se diferenciar seres humanos. Logo, é mentalidade racista. Ser judeu, para o fim de considerar atos

<sup>30</sup> BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

antissemitas como manifestações de racismo, logo crime imprescritível, foi interpretação constitucionalmente válida. Logo, ser ateu, homossexual, pobre, entre outros fatores, também pode ser elemento de valoração razoável para evidenciar a busca de um grupo hegemônico qualquer de extirpar da convivência social indivíduos indesejáveis. Não se pode considerar racismo atacar judeus, unicamente por conta de lamentáveis fatos históricos, mas, sobretudo, porque são seres humanos e raça é conceito enigmático e ambíguo, merecedor, pois, de uma interpretação segundo os preceitos da igualdade, apregoada pela Constituição Federal, em função do Estado Democrático de Direito.<sup>31</sup>

Assim, recorremos à reflexão de Daniel Borrillo:

Atualmente, é inimaginável proferir, sem risco, afirmações injuriosas contra outras minorias – tal como ocorre em relação aos homossexuais –, entre outros motivos, porque tal atitude é punida por lei. Essa ausência de proteção jurídica contra o ódio homofóbico posiciona os gays em uma situação particularmente vulnerável, tanto mais grave quanto a homossexualidade usufrui do triste privilégio de ter sido combatida, durante os últimos dois séculos, simultaneamente, enquanto pecado, crime e doença: mesmo escapando à Igreja, ela acabava caindo sob o jugo da lei laica ou sob a influência da clínica médica. Essa crueldade deixou marcas profundas na consciência dos gays e lésbicas, a tal ponto que eles(as) integram, frequentemente, a violência cotidiana – de que eles(as) são as primeiras vítimas, como se fosse algo normal e, de algum modo, inevitável.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas** (Volume 1) 6. ed. rev., reform. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 195.

<sup>32</sup> BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. p. 41.

## 4. Atuação Legislativa e Judiciária na criminalização da homofobia

### 4.1 Projeto de Lei da Câmara 122/2006

O atual Projeto de Lei da Câmara nº122/2006 – inicialmente proposto pela Deputada Federal Iara Bernardi (PT-SP), em 2001, sob o número 5.003/2001<sup>33</sup> – propõe a alteração da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Em 2006, a Câmara dos Deputados aprovou um projeto substitutivo de natureza mais abrangente, que visava alterar a Lei nº 7.716, de 1989, que pune crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. O objetivo é incluir nesse rol a discriminação de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. O projeto inaugura a criminalização dessas condutas, bem como especifica o rito de apuração dos atos discriminatórios, além de ampliar os efeitos da condenação deles decorrentes. Altera-se, também, Código Penal – inserindo uma qualificadora para o crime de injúria – e a Consolidação das Leis do Trabalho.

Ao tramitar pelo Senado, o projeto sofreu diversas alterações. Uma delas foi a supressão do termo “homofobia” da discussão, devido à grande polêmica que suscita. Tal atitude se deu devido a solicitações de grupos religiosos e em muito desagradou os representantes do movimento LGBT. Outra modificação, esta muito mais emblemática devido a suas implicações práticas foi no artigo 8º, parágrafo único, parte final, que trata da manifestação de afetividade de qualquer pessoa em local público ou privado aberto ao público, no qual se acrescentou o seguinte texto: “resguardado o respeito devido aos espaços e eventos religiosos”.

No entanto, a principal alteração foi a retirada do trecho que previa mudanças no artigo 140 do Código Penal que trata de crimes de injúria. O texto anterior previa detenção, de um a seis meses, ou multa para injúria em razão de sexo, orientação

---

<sup>33</sup> BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei n.º 5.003/2001. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842>>. Acesso em: 25 out, 2014

sexual, identidade de gênero. Na nova redação, o PLC 122 altera apenas a lei 7.716/1989 – Lei Racial. A justificativa apresentada para tal supressão foi o princípio da indivisibilidade dos direitos humanos e do recurso à lei penal em último caso. No entanto, sabe-se que há pressões de grupos religiosos no Congresso Nacional que exigem tais mudanças para votar favoravelmente ao projeto. Segundo o atual relator do projeto, o Senador Paulo Paim (PT-RS):

O substitutivo ora apresentado é fruto dessas discussões e busca concretizar a mínima intervenção legal com a máxima proteção de direitos. Nesse sentido, eliminamos da proposta a remissão ao Código Penal, a fim de garantir a apreciação da matéria de forma independente e exclusiva. Também ampliamos expressões para resolver temores associados a atitudes ofensivas a espaços religiosos, de modo que não somente os templos, mas os eventos religiosos ficam resguardados e podem rejeitar práticas com as quais tenham discordância de natureza doutrinária. Procuramos, igualmente, conferir mais abrangência aos segmentos protegidos, de maneira a evitar a estigmatização de qualquer grupo social, pois, vale repetir, cuida-se de proteger as pessoas de serem vítimas de preconceitos, do ódio e da intolerância.

[...]

Nesse contexto, cuidamos de elaborar uma regulação de convivência que contemple duas máximas milenares: a liberdade de arbítrio e o respeito ao próximo. É certo que as condutas criminalizadas não tratarão da esfera da consciência, mas da esfera da convivência, definindo apenas comportamentos que impliquem lesão a direito alheio. Em consonância com a Lei Maior, o texto que ora propomos almeja proteger a vida, não somente em seu sentido biológico, mas nas relações sociais indispensáveis ao seu desenvolvimento, visto que a discriminação também pode conduzir à morte social. Em suma, com a mínima intervenção no ordenamento jurídico, ele amplia a proteção legal a todas as pessoas, contribuindo para transformar a legislação vigente em poderoso instrumento de afirmação da igualdade fundamental entre os seres e da dignidade da pessoa humana.<sup>34</sup>

As críticas às alterações no texto do projeto referem-se ao fato de os Senadores cederem às pressões de grupos religiosos, ora tornando o texto mais brando, ora fazendo a homofobia parecer menos grave que o racismo<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=79604](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604). Acessado pela última vez em 25 out, 2014

<sup>35</sup> A injúria racial está tipificada no artigo 140, § 3º do Código Penal Brasileiro e consiste em ofender a honra de alguém com a utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem. *Nas palavras de Celso Delmanto, "comete o crime do artigo 140, § 3º do CP, e não o delito do artigo 20 da Lei nº 7.716/89, o agente que utiliza palavras depreciativas referentes a raça, cor, religião ou origem, com o intuito de ofender a honra subjetiva da vítima"* (DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2000). Já o crime de racismo, previsto na Lei 7.716/89, implica em conduta discriminatória dirigida a um determinado grupo ou coletividade.



A iniciativa do projeto encontra amparo na Declaração Universal de Direitos Humanos, segundo a qual toda pessoa tem o direito de ser reconhecida como tal perante a lei, em todos os lugares, independentemente de cor, etnia, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, idade, gênero, credo, origem, grau de escolaridade, condição física etc. Não há, portanto, razão para eufemismos ou silêncios, afinal, trata-se de medida de proteção.

#### **4.2 Projeto de Lei do Senado 236/2012**

O Projeto de Lei do Senado nº 236/2012 trata da reformulação do Código Penal brasileiro. A proposta de revisão do Código Penal que foi apresentada ao Senado em 2012 reduz os 1757 tipos penais a cerca de 500 e extingue alguns crimes em desuso. Por outro lado, incorpora parte da legislação extravagante, como a questão da criminalização da homofobia, objetivada pelo PL nº 122/2006. O texto do PLS n.º 236/2012 propõe a ampliação do rol de adequação típica atinente às motivações das condutas que implicam manifestações de intolerância, incluindo a discriminação por “identidade ou orientação sexual”.

O anteprojeto, segundo a comissão de juristas responsável por sua criação, ocupa-se de substituir a Lei nº 7716/89. O Capítulo V do PLS n.º 236/2012, que trata “dos crimes resultantes de preconceito e discriminação”, no seu artigo primeiro, amplia o rol de adequação típica relativo às motivações das condutas que traduzem manifestações de intolerância, uma vez que inclui violações de gênero, identidade, orientação sexual, religião, procedência regional, além de inserir cláusula de interpretação analógica, com o fim de afastar qualquer possível forma de “discriminação negativa” de seres humanos, em atenção ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal). A Lei 7716/89 se restringe a punir condutas resultantes de discriminação em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

#### **TÍTULO XVI CRIMES CONTRA OS DIREITOS HUMANOS**

---

Considerado mais grave pelo legislador, o crime de racismo é imprescritível e inafiançável. No que tange à homofobia, o PLC 122 só propõe a inserção dessa conduta no âmbito da Lei 7.716/89, inexistindo, portanto, a figura da injúria por homofobia.

[...]

#### Capítulo V

Do racismo e dos crimes resultantes de preconceito e discriminação  
 Art. 472. Constitui crime, quando praticado por motivo de discriminação ou preconceito de gênero, raça, cor, etnia, identidade ou orientação sexual, religião, procedência regional ou nacional ou por outro motivo assemelhado, indicativo de ódio ou intolerância:

I – impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Pública Direta ou Indireta, bem como das concessionárias ou permissionárias de serviços públicos ou ao serviço das Forças Armadas, ou obstar sua promoção funcional;

II – negar ou obstar emprego em empresa privada, demitir, impedir ascensão funcional ou dispensar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, sem justificção razoável;

III – exigir teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

IV – recusar ou impedir acesso a qualquer meio de transporte público ou estabelecer condições diferenciadas para sua utilização;

V – recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau;

VI – impedir o acesso ou recusar:

a) hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou qualquer estabelecimento similar;

b) atendimento em estabelecimento comercial de qualquer natureza, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador;

c) atendimento em estabelecimentos esportivos, casas de diversões, ou clubes sociais abertos ao público;

d) entrada em edifícios públicos e elevadores ou escadas de acesso aos mesmos.

VII – praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito, pela fabricação, comercialização, veiculação e distribuição de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que a indiquem, inclusive pelo uso de meios de comunicação e internet.

§ 1º Se a vítima do crime é criança ou adolescente, a pena será aumentada de um terço até a metade.

§ 2º Constitui efeito da condenação:

I - a suspensão do exercício de cargo ou função pública por até cento e oitenta dias;

II - a perda do cargo ou função pública para as condutas que se revestirem de especial gravidade;

III - a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo de até cento e oitenta dias.

Art. 473. Ficarà sujeito às penas de multa e de prestação de serviços à comunidade, incluindo atividades de promoção da igualdade racial, quem, em anúncios ou qualquer outra forma de recrutamento de trabalhadores, exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências.

Art. 474. Os crimes previstos neste Capítulo são imprescritíveis, inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia.

Sem dúvida, o anteprojeto busca atribuir valor concreto à norma constitucional de “*promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”, estabelecido no art. 3º, IV da Constituição Federal, conforme se manifestou a Comissão de Juristas sobre Título XVI, Capítulo V<sup>36</sup>:

*Discriminação e preconceito.* O Capítulo V, “*dos crimes resultantes de preconceito e discriminação*”, vem substituir a Lei 7.716/89 e, logo em seu artigo primeiro, inova ao ampliar o rol de adequação típica relativo às motivações das condutas que traduzem manifestações de intolerância. Enquanto o diploma substituído limitava o elemento subjetivo especial dos crimes resultantes de preconceito à discriminação em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional; a Comissão atribuiu dignidade penal também às violações de gênero, identidade, orientação sexual, religião, procedência regional, além de inserir cláusula de interpretação analógica, com o fim de afastar qualquer possível forma de “discriminação negativa” de seres humanos, em atenção ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal). Além de efetivar o cumprimento da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Decreto nº 65.810 de 1969), busca o dispositivo dar concretude ao objetivo fundamental de “*promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”, estabelecido no art. 3º, IV da Constituição Federal. (Justificação do art. 472)

[...]

*Cumulação obrigatória de penas.* Inspirado na norma do art. 4º, §2º, da Lei 7.716/89, o dispositivo estabelece uma cumulação obrigatória de penas de multa e restritiva de direitos – além da pena de prisão – para os crimes que envolverem a conduta de exigir, nas formas de recrutamento empregatício, aspectos de aparência próprios de raça ou etnia sem que a atividade a ser desenvolvida justifique o fator de discriminação. (Justificação do art. 473)

[...]

*Mandado de Criminalização.* O dispositivo concretiza o mandado constitucional de criminalização insculpido no art. 5º, XLII da Constituição Federal (“*A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de prisão, nos termos da lei*”). Em uma perspectiva de garantismo positivo, amplia a proteção do indivíduo contra os crimes de preconceito e discriminação: além de imprescritíveis e inafiançáveis – limite mínimo do art. 5º, XLII da Constituição Federal –, torna-os insuscetíveis de graça ou anistia. (Justificação do art. 474)

<sup>36</sup> BRASIL. Senado. Projeto de Lei nº 236/2012. Anteprojeto de Código Penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. P.182-184. Acesso em: 20/10/2014.

A punição de condutas motivadas por discriminação por identidade de gênero e orientação sexual, no Anteprojeto apresentado ao Senado, no entanto, não se encerra no Capítulo V. Além de tais atos configurarem o núcleo do tipo dos crimes de terrorismo, genocídio e tortura, eles constituem agravante genérica, majoraram a pena dos crimes de lesão corporal e qualificam o crime de homicídio<sup>37</sup>. Cumpre ressaltar que o PLS 236/2012 já passou por diversas emendas e, certamente, ainda terá seu teor um pouco modificado ao longo do processo de tramitação pelas casas legislativas.

Cabe, entretanto, neste trabalho discutir o apensamento do PLC 122/2006 ao PLS 236/2012. Tal decisão vem sendo alvo de muitas críticas por representar uma procrastinação intencional na discussão do assunto, afinal um projeto de código demora muitos anos para ser votado por ser alvo de profundas polêmicas e longos debates. Por outro lado, o PLC 122/2006 já passou por todas essas etapas de discussão e tramita desde 2001 no Congresso Nacional. Além disso, trata-se de omissão em relação à urgência da referida criminalização.

Na mesma sessão plenária em que foi aprovada a tramitação conjunta dos dois projetos, foi também aprovado requerimento feito pelo Deputado Vital do Rêgo (PMDB-PB), apoiado pelo Senador Magno Malta (PR-ES) para retirar do PLS 236/2012 toda e qualquer menção às expressões “orientação sexual” e “identidade de gênero”.

Os referidos parlamentares justificaram o pedido sob o argumento de que tais expressões não estariam consolidadas na literatura nem na história legislativa. Entretanto, vários países já aprovaram leis penais reprimindo discriminações por “orientação sexual” e por “identidade de gênero” além do fato de Constituições Estaduais, Leis Orgânicas Municipais e leis estaduais e municipais antidiscriminatórias brasileiras também fazerem menção a essas expressões. O próprio Governo Federal utilizou a expressão “orientação sexual” no Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009, que trata do Plano Nacional de Direitos Humanos.

Impossível não duvidar da real intenção dos parlamentares ao proporem a retirada de tal menção do Anteprojeto. Se a questão fosse realmente uma

---

<sup>37</sup> BRASIL. Senado. Projeto de Lei nº 236/2012. Anteprojeto de Código Penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. P.182-184. Acesso em: 20/10/2014.

obscuridade em relação a tais conceitos, bastaria que apresentassem propostas para esclarecimento de seus conteúdos. No entanto, a iniciativa muito mais se aproxima do intuito de retirar da pauta a discussão acerca da punição a essa forma de discriminação.

### 4.3 O Mandado de Injunção 4.733/DF

Segundo o professor José Afonso da Silva, democracia é o regime jurídico de defesa dos direitos fundamentais<sup>38</sup>. Nesse sentido, embora a população LGBT seja representada, no Congresso Nacional, por uma minoria de parlamentares, não se pode admitir que sejam negados direitos fundamentais a um grupo que carece imensamente de proteção, como a proteção penal demandada pelo PLC 122/06. É diante dessa inércia inconstitucional do Poder Legislativo brasileiro que o Judiciário tem atuado no sentido de garantir direitos fundamentais à população LGBT.

Essa busca de aperfeiçoamento de garantias constitucionais por via judicial encontra-se o emblemático Mandado de Injunção 4.733, que tem em seu polo ativo a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) e, no pólo passivo, o Congresso Nacional, que estaria em mora na sua função legiferante. O objetivo do referido Mandado de Injunção é:

“obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) um pressuposto inerente à cidadania da população LGBT na atualidade”<sup>39</sup>.

Inicialmente, o *mandamus* foi rechaçado pela Procuradoria Geral da República, que emitiu parecer pelo não conhecimento do Mandado de injunção , uma vez que a insatisfação com o conteúdo normativo em vigor não seria motivo suficiente para o cabimento da ação. Alegou ainda o princípio da reserva legal a competência

---

<sup>39</sup> STF - MI: 4733 DF , Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 23/10/2013, Data de Publicação: DJe-213 DIVULG 25/10/2013 PUBLIC 28/10/2013)

legislativa exclusiva do Congresso Nacional para tal (Constituição da República, art. 22, I).

O Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática do ministro Ricardo Lewandowski, seguiu a mesma linha e negou o pedido sob o fundamento de que não havia em jogo direito subjetivo especificamente consagrado na Carta Magna cuja fruição estivesse sendo obstada pela ausência de regulamentação legal. O ministro alegou que existe o PLC122/2006, já aprovado nessa Câmara e em discussão no Senado, o que impediria o Supremo Tribunal Federal de interferir no processo legislativo, salvo hipóteses de existência de danos concretos de grave reparação. Afirmou, também, que já existem no ordenamento jurídico normas penais que tipificam os delitos de homicídio, lesões corporais e contra a honra, não havendo prejuízo concreto que justifique o cabimento do Mandado de Injunção e a necessidade de o Supremo Tribunal Federal regulamentar provisoriamente o tema<sup>40</sup>.

A questão, a princípio, estava encerrada, com extinção do feito sem julgamento de mérito. Porém, a ABGLT ingressou com agravo regimental contra a decisão monocrática do ministro e foi então que a Procuradoria-Geral da República, contrariando o parecer anterior e a jurisprudência da Suprema Corte, posicionou-se favoravelmente ao provimento do Mandado de Injunção.

A Procuradoria afirma, no parecer, que a ausência de norma regulamentadora inviabiliza o exercício da liberdade constitucional de orientação sexual e de identidade de gênero, bem como da liberdade de expressão, sem as quais fica indelevelmente comprometido o livre desenvolvimento da personalidade, em atentado insuportável à dignidade da pessoa humana.

O mandado de injunção, na linha da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, presta-se a estabelecer profícuo e permanente diálogo institucional nos casos de omissão normativa. Extrai-se do texto constitucional dever de proteção penal adequada aos direitos fundamentais (Constituição da República, art. 5º, XLI e XLII). Em que pese à existência de projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, sua tramitação por mais de uma década sem deliberação frustra a força normativa da Constituição. A ausência de tutela judicial concernente à criminalização da homofobia e da transfobia mantém o estado atual de proteção

---

<sup>40</sup> STF - MI: 4733 DF , Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 23/10/2013, Data de Publicação: DJe-213 DIVULG 25/10/2013 PUBLIC 28/10/2013)

insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional.<sup>41</sup>

Assim, para a Procuradoria-Geral da República, é possível, via Mandado de Injunção, criminalizar a homofobia e a transfobia. Inicialmente, demonstra-se o desenvolvimento jurisprudencial do papel exercido por tal ação, que antes se restringia a declarar a inconstitucionalidade da omissão, passando, em seguida, a determinar prazo para que o Poder Legislativo elaborasse a norma faltante e, por fim, proporcionando a própria regulação da questão, sobretudo pela aplicação analógica de leis existentes.

A parca legislação penal em vigor não é suficiente para conter discriminação e o preconceito referentes à orientação sexual e à identidade de gênero. Paralelamente, é patente a excessiva duração do processo legislativo da proposta de criminalização da homofobia e transfobia, já que o projeto tramita há treze anos no Poder Legislativo.<sup>42</sup>

Assim, segundo o PGR, justificar-se-ia a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para acelerar o processo de produção normativa e conferir concretização aos comandos constitucionais de punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) e da prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão (art. 5º, XLII), o que geraria um dever específico de legislar. Para tanto, caberia a fixação de prazo razoável para ultimação do processo legislativo<sup>43</sup>.

Em sentido mais avançado, considera ser possível acolher o pedido de aplicação da Lei 7.716/1989 (Lei de Racismo) para todas as formas de homofobia e transfobia. Tal pedido repousaria na técnica de interpretação conforme a Constituição, em que o Supremo Tribunal Federal pode adotar decisão de perfil moderadamente aditivo a partir da legislação existente. Ao tempo em que se respeita a vontade manifesta do Poder Legislativo, externada em lei vigente por ele criada, concede-se interpretação extensiva, sintonizada à realidade social.

<sup>41</sup> PGR Mandado de Injunção 4.733/DF (agravo regimental). Parecer 4.414/2014-AsJConst/SAJ/PGR).

<sup>42</sup> O projeto que convolou-se no PLC 122/2006 foi proposto no ano de 2001 (5003/2001) na Câmara dos Deputados.

<sup>43</sup> A Associação autora sugeriu que o prazo razoável seria de um ano

Também em relação ao mérito da questão, posicionou-se favoravelmente o PGR em sede de agravo regimental:

*No que tange ao mérito da questão, a homofobia e a transfobia constituem gravíssima violação de direitos fundamentais, a reclamar urgente e enfática resposta por parte do Direito Penal. Nessa justa medida, não cabe impedir o exame colegiado de questão de fundamento constitucional e com enorme relevância e atualidade social.*

O agravo regimental merece ser provido. Existe clara ausência de norma regulamentadora que inviabiliza o exercício da liberdade constitucional de orientação sexual e de identidade de gênero, bem como da liberdade de expressão, sem as quais fica indelevelmente comprometido o livre desenvolvimento da personalidade, em atentado insuportável à dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado democrático de Direito em que se erige a República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição).

A discriminação e o preconceito contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais atinge especialmente determinadas pessoas e grupos, o que macula o princípio da *igualdade*, e acarreta situação especial de grave vulnerabilidade física, psíquica e social, em violação ao direito à *segurança*, importantes prerrogativas da cidadania.<sup>44</sup>

Segundo o Procurador, o dever específico de criminalização da homofobia não foi deixado à discricionariedade política do legislador pela Constituição da República de 1988, a qual dispôs expressamente a respeito da punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, no art. 5º, XLI, e, logo em seguida, determinou tratamento penal específico para a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão (art. 5º, XLII).

Embora em ambos os dispositivos atribua-se à lei a respectiva disciplina, estabeleceu-se um dever específico de legislar para proteger tal valor constitucional. A esse propósito, afirma Luiz Carlos dos Santos Gonçalves:

“O reconhecimento dos deveres de proteção penal aos direitos fundamentais faz o bem jurídico funcionar como limite mínimo, aquém do qual não se podem situar as sanções penais, sob o risco de proteger insuficientemente aqueles direitos”.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> PGR Mandado de Injunção 4.733/DF (agravo regimental). Parecer 4.414/2014-AsJConst/SAJ/PGR).

<sup>45</sup> GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 67.



Destacada também é a possibilidade de hierarquização de opressões, uma vez que outras formas de discriminação são tuteladas pelo nosso ordenamento, como prevê a Lei 7716/89, por exemplo, excluindo-se, sem razão, as vítimas de homofobia da tutela estatal.

A proteção insuficiente seria hipótese caracterizadora de inconstitucionalidade por omissão. Trata-se da versão “negativa” da proporcionalidade, conforme esclarece Paulo Gilberto c. Leivas<sup>46</sup>:

A proibição da não suficiência exige que o legislador [e também o administrador], se está obrigado a uma ação, não deixe de alcançar limites mínimos. O Estado, portanto, é limitado de um lado, por meio dos limites superiores da proibição do excesso, e de outro, por meio de limites inferiores da proibição da não suficiência.

Finalmente, o parecer afirma a importância do Ministério Público no sentido de preservar as garantias constitucionais de certos grupos:

A atuação institucional do Ministério Público e do Poder Judiciário (sem olvidar a Advocacia e a Defensoria Pública) tem dado mostras corajosas de afirmação dos direitos das minorias homossexuais e transexuais, desde o reconhecimento de direitos previdenciários até a aceitação franca das uniões homoafetivas na ADI 4.277/DF.

[...]

As funções essenciais à Justiça engajaram-se firmemente no combate ao preconceito e à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, ficaram conhecidas na sociedade brasileira como defensoras dos direitos fundamentais a eles associados e não devem agora esmorecer nem se mostrar pusilânimes diante da impostergável criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas. Sendo assim, a procedência do mandado de injunção é de rigor, como forma de avanço institucional no reconhecimento das pessoas LGBT e contra a opressão delas[...]<sup>47</sup>

Não se pode deixar de reconhecer que o parecer do Procurador-Geral da República em defesa do cabimento e do mérito do MI 4733/DF é, conforme suas próprias palavras, uma mostra corajosa de afirmação dos direitos das minorias homossexuais e transexuais.

<sup>46</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 76

<sup>47</sup> PGR Mandado de Injunção 4.733/DF (agravo regimental). Parecer 4.414/2014-AsJConst/SAJ/PGR).

No entanto, não se pode deixar de discutir a utilização do Mandado de Injunção como instrumento para assegurar, à revelia do legislador infraconstitucional, punições na seara criminal.

Especialmente para efeitos de criminalização e penalização, a própria CF assegura, na condição de direitos-garantia fundamentais, a legalidade estrita (art. 5º, XXXIX, CF). Desse modo, discute-se a possibilidade de Mandado de Injunção ser utilizado como forma de obter uma “criminalização judicial”.

Uma vez que a Constituição Federal não estabelece a obrigação expressa de criminalizar a homofobia, o deferimento do Mandado de Injunção faria com que o Judiciário legislasse, substituindo os juízos políticos, morais e éticos, próprios do legislador, pelos seus.

Embora a o texto constitucional se pronuncie explicitamente sobre a obrigação de criminalizar o racismo, a extensão do conceito de racismo para a homofobia poderia ser considerada uma analogia *in malam partem*, vedada no nosso ordenamento. O artigo 5º, inciso XXXIX, de nossa Constituição Federal, estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Assim, não há crime nem pena enquanto lei, em sentido estrito, não houver sido elaborada pelo Congresso Nacional, por meio do processo legislativo próprio. O princípio da reserva legal, então, impõe que a criminalização de condutas seja realizada, exclusivamente, após debate parlamentar exaustivo sobre a matéria. A dificuldade em se aprovar o PLC 122/2006 esbarra em fundamentos também inexoráveis da democracia e da Separação de Poderes.

Seguindo-se este posicionamento menos “corajoso”, a medida mais prudente seria a declaração da mora do legislativo ao deliberar definitivamente sobre o PLC 122/2006. No entanto, diante da impossibilidade de exigir que uma possível decisão do STF nesse sentido seja efetivamente obedecida pelo Congresso, cumpre considerar os fundamentos apontados pelo Procurador-Geral da República. Trata-se de questão especialmente polêmica, como foi a própria decisão de admitir a união estável homoafetiva. Entretanto, diante da omissão legislativa crônica e da lesão a direitos humanos que ela pode causar, em muito vale o posicionamento do Ministério Público, mesmo que apenas em sede de discussão teórica caso o Agravo Regimental seja julgado improcedente pelo plenário do STF.

## 5. Direitos Fundamentais em colisão?

Não é objetivo deste trabalho adentrar na profunda discussão acerca da definição de direitos fundamentais. Existe uma vasta terminologia para o tema, até mesmo na própria Constituição Federal de 1988: "direitos humanos", "direitos e garantia fundamentais", "direitos e liberdades constitucionais" e "direitos e garantias individuais"<sup>48</sup>. Em um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal reflete inúmeras ideologias diferentes, que, muitas vezes, acabam colidindo entre si, como afirma Marmelstein:

As normas constitucionais são potencialmente contraditórias, já que refletem uma diversidade ideológica típica de qualquer Estado democrático de Direito. Não é de se estranhar, dessa forma, que elas freqüentemente, no momento aplicativo, entrem em *rota de colisão*.<sup>49</sup>

Nesse sentido, deve-se admitir que a situação de colisão entre Direitos Fundamentais é excepcional. Ferrajoli afirma que é necessário que haja uma máxima compatibilidade entre Direitos Fundamentais<sup>50</sup>. As colisões são observadas em raras situações, como, por exemplo, entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade. Não é a colisão que limita um Direito, mas simplesmente uma fronteira harmônica, tal e qual deve ser o Direito.

Independentemente da solução a ser adotada nesses conflitos, sempre existirá a restrição, total ou parcial, de um ou dois valores. As circunstâncias que envolvem a colisão de direitos fundamentais são de complexa solução e, desse modo, evidencia-se a necessidade de se ponderar para se chegar à solução do conflito. Os direitos fundamentais não têm natureza absoluta, portanto, em caso de conflito, não existe prevalência inata de um sobre o outro, daí a necessidade de se realizar a ponderação, conforme afirma Sarmento:

Apesar da relevância ímpar que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A

<sup>48</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

<sup>49</sup> MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008

<sup>50</sup> FERRAJOLI, Luigi. Perfecto Andrés (trad.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4ª ed., Madrid: Trotta, 2009.

necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais.<sup>51</sup>

Assim, cabe discutir, à luz da ideia de ponderação, quais são os direitos fundamentais que colidem quando se fala em criminalização da homofobia.

### 5.1 Liberdades: Expressão, Religião e Orientação Sexual

Alguns opositores da ideia de criminalização da homofobia baseiam-se no princípio inviolável da liberdade de consciência<sup>52</sup>, que constitui “o núcleo básico de onde derivam as demais liberdades do pensamento [...], cujo exercício regular não pode gerar restrição aos direitos de seu titular<sup>53</sup>”. Alegam que direitos basilares como a liberdade de expressão e a liberdade de consciência e crença restariam ameaçados com a aprovação de tal projeto de lei.

No entanto, tais direitos não são absolutos. Eles devem ser conformados em uma ordem jurídica de modo que não haja violações também vedadas no nosso ordenamento. Nesse sentido não é admissível que religiões expressem quaisquer tipos de pensamentos, sob a alegação de estarem em gozo dos direitos constitucionalmente garantidos. Um exemplo simplório seria a inadmissibilidade, por exemplo, de religiosos, afirmarem, em seus templos, uma suposta inferioridade das pessoas negras. Trata-se de crime de racismo e, portanto, não há espaço de liberdade que garanta esse direito.

A liberdade de expressão, um dos princípios fundamentais da Constituição Federal, é um direito inviolável. Não se trata, no entanto, de uma liberdade ilimitada. Havendo excessos, considerando-se o caso concreto, devem ser reconhecidos esses limites. Assim, é possível haver contradição entre dois direitos constitucionalmente protegidos, configurando um conflito de princípios.

Usar o manto da liberdade de expressão para praticar discurso de ódio, incitando a discriminação racial, social, religiosa ou sexual é desvirtuar o próprio sentido da existência de tal proteção, já que através dela o indivíduo sofre

<sup>51</sup> SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>52</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

<sup>53</sup> MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007

humilhação, o que acarreta danos individuais e à própria sociedade como um todo.

Embora a liberdade de expressão seja uma das bases do estado Democrático de Direito, não se pode permitir que ela tente delimitar a liberdade sexual. Assim, pode-se afirmar que o princípio da liberdade sexual, apesar de não positivado, está implícito no nosso ordenamento, amparado nas garantias de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

A liberdade religiosa é parte da liberdade de pensamento, porém, no âmbito religioso. No caso de um possível conflito de liberdades, deve haver ponderação: a liberdade de praticar o culto, crença ou religião não autoriza a afronta a terceiros por meio de comportamento preconceituosos e discriminatórios. O Direito Penal, inclusive, determina os limites dessa liberdade religiosa, uma vez que a conduta preconceituosa, mesmo em âmbito religioso, é criminalizada. Temos como exemplo o art. 20 da Lei 7.716/89, que prescreve o crime de “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, *religião ou procedência nacional*”<sup>54</sup>.

A liberdade religiosa está calcada na liberdade de pensamento que permite que cada povo que viva em uma sociedade democrática de direito possa seguir a crença que quiser. Trata-se de um dos direitos fundamentais mais complexos, pois é de foro íntimo e com muitas vertentes, que incluem fatores sociais econômicos e culturais. Por isso a liberdade religiosa não pode ser dissociada da liberdade de pensamento, liberdade de reunião, liberdade ideológica e outras liberdades.

A livre orientação sexual relaciona-se à ideia de liberdade, pois o indivíduo deve ter liberdade de demonstrar sua orientação sexual sem ser reprimido por um padrão heteronormativo majoritário. O princípio da igualdade também se relaciona à questão, afinal, nenhum indivíduo deve ser vítima de tratamento diferenciado em razão da sua sexualidade. No mesmo sentido, a liberdade de expressão não pode dar amparo constitucional a condutas preconceituosas, que propagam hostilidades contra minorias. Essas barreiras à livre orientação sexual acabam por favorecer atitudes de desrespeito e violência.

Portanto, tanto a Liberdade de expressão quanto a Liberdade religiosa constituem uma proteção constitucional ao direito de exercer o livre pensamento. Trata-se de garantias que visam proteger essa liberdade ligada a um foro íntimo. Por

---

<sup>54</sup> Brasil. Lei nº 7.716, de 06 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Diário Oficial da União. 06 jan 1989; Seção 1.

isso, não se trata de um direito voltado ao outro, ou seja, uma autorização constitucional para que indivíduos ou grupos religiosos intervenham na liberdade e na dignidade humana alheias.

O princípio da Dignidade Humana deve ser considerado em termos individuais e coletivos. Trata-se de um embrião fundamental, que dará origem a outros direitos. Já a liberdade de expressão pode ser considerada uma das faces desse direito maior, que contribui para sua experiência plena. Sem tal direito, não faria sentido a ideia de liberdade de expressão.

O indivíduo, portanto, pode expressar a sua arte, sua fala, sua intelectualidade, seu pensamento, sua religião de forma livre, mas não se pode obliterar o artigo 5º da Constituição Federal, inciso XLI: “A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Ainda que qualquer indivíduo esteja gozando do seu direito de liberdade de expressão, não poderá afrontar outro indivíduo ou grupos ou sociedades, em seu direito fundamental da dignidade.

Nesse sentido, é necessário analisar a ideia de liberdade de orientação sexual, que se insere nesse conceito maior de dignidade da pessoa humana. O direito fundamental à liberdade de orientação sexual ainda não se encontra explícito na nossa Constituição. Apesar de conceitos como pluralismo, não preconceito, igualdade e liberdade fazerem parte do preâmbulo da constituição como pressupostos de uma sociedade fraterna e pacífica, ainda há muitos obstáculos de ordem prática e legal no que tange a questões como preconceito e discriminação, em que se insere a diversidade sexual.

A liberdade de expressão foi dos primeiros direitos mencionados na Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, trazendo em seu artigo 11: “A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode, portanto falar, escrever, exprimir-se livremente, sujeito a responder pelo abuso desta liberdade nos casos determinados pela lei”.

Vários tratados internacionais, pactos e declarações, ao longo do tempo, adotaram esse importante princípio, garantindo a liberdade de expressão e de pensamentos. O Direito brasileiro não fugiu desse fluxo. Todavia, faz-se necessário que essa proteção não seja irrestrita e absoluta, porque além da colisão de princípios, podem ocorrer abusos no sentido de ferir direitos fundamentais, como o direito a igualdade.

## 5.2 Isonomia: tornar possível a igualdade

A igualdade é um princípio alicerce dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira. Trata-se de garantir tratamento isonômico a todos os grupos, independentemente de cor, sexo, religião, raça, conforme o artigo 5º da Constituição Federal. Segundo Bobbio:

O fim do direito, ou seja, das regras coercitivas que regulamentam as condutas humanas inseridas no meio social, é garantir a igualdade, seja nas relações entre os indivíduos seja nas relações entre o Estado e os indivíduos.<sup>55</sup>

Esse conceito deve ser entendido e também aplicado em dois sentidos: o de igualdade formal e o de igualdade material. A igualdade formal diz respeito à aplicação da lei de modo igual para que os cidadãos sejam tratados de forma igual. Já a igualdade material tem como meta assegurar que existam iguais oportunidades a todos, a fim de que se alcance o equilíbrio social almejado, inibindo, assim, as desigualdades.

O princípio da igualdade material não só veda o tratamento discriminatório, como também preconiza a elaboração de leis e implementação de políticas públicas tendentes a exterminar ou mitigar as desigualdades de fato. É, pois, um direito social à igualdade, ou, o que seria equivalente, uma pretensão do indivíduo a todos os meios necessários para o pleno desenvolvimento de sua personalidade<sup>56</sup>.

Mesmo sendo o princípio da igualdade extremamente relevante, é inevitável que haja confronto entre esse princípio e outros. Segundo José Carlos Barruffini: “num sentido utópico, todos são iguais; mas na verdade, isso é impossível, em virtude mesmo das distinções pessoais”<sup>57</sup>. Embora os seres humanos sejam naturalmente peculiares, estas distinções não impedem que o ordenamento jurídico atue como instrumento regulador a fim de minimizar as desigualdades e as

<sup>55</sup> BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

<sup>56</sup> SILVA, Alexandre Vitorino. **Direitos a Prestações Positivas e Igualdade**. São Paulo: LTr, 2007.

<sup>57</sup> BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. **Direito constitucional I: teoria do Estado e da Constituição, controle da constitucionalidade das leis, dos direitos e garantias fundamentais**. Coordenação de Edilson Mougenot Bonfim. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.22. (Curso & Concurso; v.22).

situações injustas. Existe uma necessidade de que a vida em sociedade proporcione a todos um mínimo existencial que tenha como escopo proporcionar essa igualdade. Nas palavras de Ana Paula de Barcellos:

O mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não só apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual.<sup>58</sup>

O princípio da igualdade constitucional determina que se dê tratamento igual aos que se encontram em situação equivalente e que se trate de maneira desigual os desiguais, na exata medida de suas desigualdades. Trata-se de dizer que "a lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra"<sup>59</sup>.

No que tange ao conceito de igualdade material temos existe a finalidade da busca pela equiparação dos cidadãos sob todos os aspectos, inclusive o jurídico. O autor Álvaro de Azevedo Gonzaga elucida que consiste no "tratamento uniforme de todos os homens. Não se cuida, como se vê, de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida"<sup>60</sup>.

A igualdade material visa a um tratamento uniforme dos homens perante os bens da vida, e não somente perante o direito. Para José Carlos Barruffini a "igualdade substancial deve ser entendida como a equiparação de todos os homens no tocante ao gozo e fruição de direitos e também à sujeição de deveres"<sup>61</sup>. Em relação à igualdade formal, o mesmo autor afirma que consiste "no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados, ou ao menos não vedados, pelo ordenamento constitucional"<sup>62</sup>.

Portanto, igualdade formal e material se complementam, uma vez que a primeira se refere à igualdade perante a lei e a segunda visa ao caso concreto.

<sup>58</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

<sup>59</sup> ADI 2.716, Rel. Min. Eros Grau, j. 29-11-07, Plenário, DJE de 7-3-08

<sup>60</sup> GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **O Princípio da Igualdade: é juridicamente possível no ordenamento jurídico existirem leis discriminatórias?**. Scientia FAER, Olímpia - SP, Ano 1, Volume 1, 2º Semestre. 2009 Disponível em: <[http://www.f aer.edu.br/revistafaer/artigos/edicao1/110\\_alvaro\\_de\\_azevedo\\_gonzaga\[1\].pdf](http://www.f aer.edu.br/revistafaer/artigos/edicao1/110_alvaro_de_azevedo_gonzaga[1].pdf)>. Acesso em: 22 de out. 2014.

<sup>61</sup> BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. **Direito Constitucional 1: teoria do estado e da constituição, controle de constitucionalidade das leis, dos direitos e garantias fundamentais**. 3. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>62</sup> Idem.



Assim, a lei deve ser igual para todos, mas se deve observar a igualdade material, que se concretiza através de tratamentos normativos diferenciados:

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição Federal opera em face do legislador ou do próprio Executivo, na edição respectivamente, da lei, dos atos normativos e das medidas provisórias, de forma a impedir tratamentos diferenciados a pessoas que se encontrem em situações idênticas. Também obriga a autoridade pública a aplicar a lei e atos normativos sem estabelecer diferenciações em razão do sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social. O que se nota é que tratamentos normativos diferenciados refletem o espírito da igualdade formal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.<sup>63</sup>

Segundo o professor Alexandre de Moraes, há uma eficácia transcendente relacionada à ideia de igualdade:

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a constituição, como norma suprema, proclama.<sup>64</sup>

No que tange ao direito à igualdade, destacamos os ensinamentos do professor Boaventura de Souza Santos:

Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.<sup>65</sup>

É sob esse prisma que deve ser analisada a criminalização da homofobia. Cabe ao Estado estabelecer condições para que os indivíduos gozem de seus direitos fundamentais, dentre eles do da livre expressão da orientação sexual. Quando o poder público não é capaz de visualizar as fragilidades específicas de determinados grupos e oferecer a eles proteção especial, configura-se o

<sup>63</sup> Idem.

<sup>64</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

<sup>65</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

descumprimento do preceito da igualdade material e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana.

## 6. Criminalização e suas implicações

### 6.1 Crimes de ódio

Antes de passarmos à análise do conceito de crimes de ódio, devemos conceituar a própria ideia de crime no que tange à temática explorada neste trabalho. Crime, segundo uma perspectiva jurídico-legal, é todo o comportamento que a lei tipifica como tal. Durkheim, ampliando tal conceituação, afirma:

O vínculo de solidariedade social a que corresponde o direito repressivo é aquele cuja ruptura constitui o crime. Chamamos por esse nome todo ato que, num grau qualquer, determina contra seu autor essa reação característica a que chamamos pena. Procurar qual é esse vínculo é, portanto, perguntar-se qual a causa da pena, ou, mais claramente, em que consiste essencialmente o crime.<sup>66</sup>

A definição por ele apresentada relaciona-se com a ideia de que a pena é uma reação exercida pela sociedade sobre aqueles que infringem certas normas de conduta. O ato criminoso, portanto, é aquele que ofende e coloca em causa os estados e os valores da consciência coletiva. O crime, por sua vez, é uma transgressão ao que a consciência coletiva define como sendo certo ou errado, o que torna o ato do criminoso um comportamento antissocial.

Com base nessa abordagem mais ampla de crime, defendida por Durkheim, podemos analisar os crimes de ódio, definidos como condutas que tenham por base o preconceito. De modo geral, trata-se de uma forma de violência direcionada a um determinado grupo, o qual tem características que são alvo de repulsa por parte do ofensor. O elemento que distingue esse tipo de crime dos outros tem relação com a motivação do ofensor, que se relaciona a um preconceito.

A palavra “*odium*”, derivada do latim, tem inúmeros significados. Dentre eles, “sentimento de profunda inimizade, paixão que conduz ao mal que se faz ou se deseja a outrem; rancor violento e duradouro; aversão instintiva, o que é muito intenso e leva uma pessoa a desejar a morte de outra”<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> DURKHEIM, Émili. **A Divisão do Trabalho Social**. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>67</sup> LARROUSE. **Grande Enciclopédia Larousse Cultural**, vol. 17, São Paulo: Nova Cultural, 2004.

O conceito de crime de ódio surgiu em 1980, nos Estados Unidos, referindo-se a um comportamento em que o agressor determina as suas vítimas a partir de preconceitos. Suas ações são motivadas por um preconceito geral, que não se dirige somente a um indivíduo, mas a um grupo que possui as características da vítima, com base em uma opinião negativa que se foi construindo em torno dessa coletividade específica.

A categoria dos “crimes de ódio”, nesse país, desenvolveu-se juntamente com a formação de consciências grupais de raça, gênero e orientação sexual. Passou-se, com a nova categorização, a punir severamente determinadas condutas motivadas por preconceito e intolerância social com fundamento no apoio à pacificação e à inclusão social. Afinal, trata-se de crimes que agridem não apenas os direitos e as liberdades das suas vítimas, mas que atingem toda uma minoria. Por isso, podem ser entendidos como sendo crimes contra a comunidade, pois “a mensagem de intolerância aterroriza grupos inteiros<sup>68</sup>”.

No Brasil não existe uma “Lei de Crimes de Ódio”. No âmbito jurídico e no social, percebe-se uma confusão com relação a tais delitos no que tange à sua natureza e às formas de punição, pois poucos juristas dissertam sobre o assunto. Embora essa categoria teórica não se concretize no nosso ordenamento, os casos práticos de Crimes de Ódio são inúmeros. No entanto, muitos crimes que pertencem a tal categoria não chegam ao conhecimento da coletividade com essa denominação. Normalmente, são classificados como “homicídio qualificado por motivo fútil ou torpe”, “crime hediondo” etc.

Não se pode deixar de mencionar que as questões criminais enfrentam critérios jurídico-políticos de seleção do controle penal. A crença de um “delito natural”, defendida pelas correntes jusnaturalistas, baseada em comportamentos irrefletidamente considerados desviantes, deu espaço à criminologia crítica. A maioria dos autores recentes entende a criminalidade como um *status* atribuído a certos indivíduos através de uma seleção simultaneamente centrada na escolha de bens jurídicos merecedores da tutela penal e na estigmatização de certos indivíduos como potencialmente infratores. É nesse contexto que se insere a discussão acerca

---

<sup>68</sup> SHERRY, Mark. **Disability Hate Crimes Does anyone really hate disabled people?** Londres: Ashgate Publishing Limited, 2012.

dos limites de justificação da violência punitiva.

O processo de construção de identidades coletivas é complexo e envolve uma diversidade de visões de mundo, que concorrem na defesa de concepções de legitimidade jurídico-política. A tensão democrática que se estabelece entre o constrangimento jurídico e a noção de autolegislação deve ter como escopo exigências de igual respeito e consideração entre identidades individuais e grupais as mais variadas. Assim, a força de integração social do direito penal alicerça-se na ideia de que a coerção só se justifica como afirmação da liberdade.<sup>69</sup>

O processo de criminalização de condutas preconceituosas, assim, enfrenta os desafios inerentes a qualquer discurso público quanto à criação de identidades coletivas que necessitam de proteção. Nessa perspectiva, observa-se que a especificidade da democracia moderna repousa no reconhecimento da legitimação do conflito e na recusa em suprimi-lo através da imposição de uma ordem autoritária. O modelo de democracia pressupõe que identidades coletivas diversas não mais se considerem mutuamente inimigas, mas sim adversárias. Nesse modelo, o enfrentamento, que parte da distinção entre relação com inimigo e relação com adversário, é a condição de existência da democracia<sup>70</sup>.

A legitimidade da persecução criminal oscila, historicamente, entre dois objetivos: retribuição, que consiste na compensação de uma injustiça do passado, e prevenção, que objetiva inibir delitos futuros. Dentro da ideia de prevenção, destacam-se três aspectos. O primeiro deles é a prevenção geral negativa, relacionada ao desencorajamento de possíveis autores de futuros ilícitos penais. Em segundo lugar, tem-se a *prevenção especial negativa*, que visa inibir o criminoso de reincidir na conduta criminosa. Por fim, tem-se a prevenção especial positiva, em que se defende um estímulo ao autor do delito em respeitar a lei.

Autores modernos apontam um quarto aspecto: a prevenção geral positiva. Trata-se de entender a sanção penal como fortalecedora e estabilizadora dos costumes e da moral de uma sociedade<sup>71</sup>. É na teoria da prevenção integrativa, fundamento da prevenção geral positiva, que se insere a categoria de crimes de ódio. Segundo Durkheim, “a verdadeira tarefa [da pena] é manter a coesão social,

<sup>69</sup> GOFFMAN, E. Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1975

<sup>70</sup> MOUFFE, Chantal. **Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Cadernos da Escola do Legislativo. Belo Horizonte, v. 2, jul./dez. 1994

<sup>71</sup> GÜNTHER, Klaus. Crítica da Pena I. **Revista Direito GV**. v. 2. n. 21, jul./dez. 2006

na medida em que conserva a plena vitalidade da consciência coletiva<sup>72</sup>. Assim, o sistema penal evitaria a desintegração social, mantendo vivo um núcleo mínimo de concepções de mundo comum.

É nesse contexto de preservação da coesão social que se inserem os crimes praticados com base no ódio à orientação sexual. Conhecidos como crimes homofóbicos, têm como motivo o preconceito e o ódio por parte do agressor em relação à vítima por ser esta gay, lésbica, travesti ou transexual.

## 6.2 Políticas públicas como alternativas à via criminal

Embora se reconheça a necessidade de ação pela via penal, não se pretende aqui defender a criminalização como solução primeira para os conflitos sociais. Embora a homofobia corresponda a conduta extremamente nociva à sociedade e precise ser reprimida de forma emergencial, é indiscutível que políticas públicas de inclusão são alternativas muito menos gravosas no intuito de coibir tal comportamento.

É necessário estabelecer uma diferenciação entre políticas criminais e programas de ações afirmativas<sup>73</sup>. Quando políticas criminais são formuladas, deve-se atentar para os riscos de abuso na compreensão de comportamentos desviantes, sem negligenciar os perigos de o processo de criminalização retirar o conflito de seu contexto social próprio, dissociando-o da realidade e dos agentes que o protagonizam<sup>74</sup>.

Nesse sentido, o estabelecimento de políticas públicas revela-se importante instrumento de efetivação de direitos fundamentais e de inclusão social, especialmente na promoção de grupos minoritários e vulneráveis e na eliminação do preconceito e da discriminação contra estes grupos.

Políticas públicas são programas de ações governamentais, estabelecidos através de um conjunto de medidas articuladas, com o objetivo de impulsionar a máquina estatal e, simultaneamente, gerar reflexões sobre a atuação do Estado que permitam a geração de resultados e mudanças na sociedade.

---

<sup>72</sup> Idem

<sup>73</sup> BARATTA, Alessandro. **Direitos Humanos**: entre a violência estrutural e a violência penal. In: Fascículos de Ciências Penais. a. 6. v. 6. n. 2. Porto Alegre: SAFE, 1993

<sup>74</sup> YOUNG, J. **The Exclusive Society**: Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity. Londres: Sage, 1999

Como exemplo de política pública recente nesse sentido, pode-se citar inserção, na segunda versão do Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH II)<sup>75</sup>, no ano de 2002, de uma seção dedicada ao assunto, com quinze ações a serem desenvolvidas pelo Governo para o combate à discriminação por orientação sexual, e para a sensibilização da sociedade em relação à garantia do direito à liberdade e à igualdade das minorias sexuais.

No ano de 2004, o Governo Federal elaborou o Programa “Brasil sem Homofobia”<sup>76</sup>, construído a partir das reivindicações do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD)<sup>77</sup>, com a participação da sociedade civil<sup>78</sup>.

A partir do reconhecimento dos processos históricos de estigma e discriminação que recaem sobre as minorias sexuais, o programa apresenta como diretriz promover a cidadania da população LGBT a partir da equiparação de direitos e do combate à violência e à discriminação homofóbicas, que trazem como consequências a injustiça e a falta de garantia de direitos fundamentais.

Com a criação do Programa “Brasil sem Homofobia”, demandas da população LGBT, historicamente excluídas das políticas públicas, passaram a ser contempladas, o que possibilitou, inclusive, a convocação da 1ª Conferência Nacional LGBT, realizada entre os dias 5 e 8 de junho de 2008, em Brasília/DF.

Essa Conferência Nacional, que teve como tema “Direitos Humanos e Políticas Públicas: o caminho para garantir a cidadania de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais”, teve por objetivo propor diretrizes para a implementação de políticas públicas e do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, e, paralelamente, avaliou estratégias para fortalecer o Programa “Brasil sem Homofobia”.

Esses exemplos não esgotam a demanda por políticas públicas inclusivas. Existe, ainda, uma enorme lacuna no que tange à defesa dos direitos das minorias

<sup>75</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. **Programa nacional de direitos humanos** - PNDH II. 2 ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2002. 121 p. (Documentos da Presidência da República).

<sup>76</sup> CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. **Brasil Sem Homofobia: Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual**. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

<sup>77</sup> O Conselho Nacional de Combate à Discriminação, criado em 2001, foi posteriormente transformado no Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNDT/LGBT), órgão de natureza consultiva e deliberativa integrante da estrutura da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, o que ocorreu por meio do Decreto Presidencial n. 7.388, de 9 de dezembro de 2010.

<sup>78</sup> O Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB (Gays, Lésbicas, Transgêneros e Bissexuais) e de Promoção da Cidadania de Homossexuais “Brasil sem Homofobia” está disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/documentos/004\\_1\\_3.pdf](http://portal.mj.gov.br/sedh/documentos/004_1_3.pdf)>. Acesso em 10/10/2014.

sexuais, sobretudo no plano da educação, que é aquele que tem o maior potencial de modificação do imaginário social, inclusive evitando a necessidade de atuação do Estado pela via penal, muito mais gravosa à sociedade.

### 6.3 Medidas descriminalizatórias e processos neocriminalizadores

A criminalização de condutas visa proteger bens jurídicos socialmente relevantes. Nesse sentido, ao definir os interesses que merecerão a tutela penal, o legislador deve estar vinculado tanto à observância do conteúdo material da conduta quanto ao atentado à dignidade humana:

A criação do tipo penal e a adequação concreta da conduta ao tipo devem operar-se em consonância com os princípios constitucionais do Direito Penal, os quais derivam da *dignidade humana* que, por sua vez, encontra fundamento no Estado Democrático de Direito.<sup>79</sup>

A descriminalização constitui um dos temas centrais das ciências criminais na atualidade. Trata-se da desqualificação de condutas como crimes ou da transferência de sua tutela para outros setores do direito que não o penal. Por outro lado, observa-se, também, uma tendência neocriminalizadora, que visa tornar certas condutas dignas de tutela jurídico-penal.

A homofobia, caracterizada pela expressão de diversas formas de discriminação, fere os princípios constitucionais de Direito Penal, decorrentes da dignidade da pessoa humana, que encontram fundamento no Estado Democrático de Direito.

A discriminação por orientação sexual ou a identidade de gênero apresenta um grau de lesividade considerável a bens jurídicos como a honra, no caso de injúrias; a integridade física e até mesmo a vida, em casos de agressões e homicídios. Assim, não resta dúvida tratar-se de conduta penalmente reprovável a ofensa física, psíquica e social de pessoas em função de sua orientação sexual.

Cabe, portanto, ao Estado atuar no combate a essas condutas discriminatórias, o que evidencia a necessidade do exercício de seu direito de punir. Apesar de não ser possível nem razoável pensar a questão descartando-se outros meios que não a

---

<sup>79</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Volume 1: parte geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.



via penal, é inegável a criminalização para que haja meios suficientes de evitar que graves violações dos direitos humanos sejam perpetradas contra homossexuais.

Não se trata de afirmar que o direito penal pode dar um caráter ilimitado à proteção dos bens jurídicos. Entretanto, faz-se necessária sua atuação, ainda que em último caso, para evitar os efeitos drásticos decorrentes das condutas discriminatórias.

O Movimento LGBT reivindica a criminalização da homofobia no âmbito da atual doutrina penal neocriminalizadora, caracterizada pela tipificação de condutas discriminatórias, como forma de intensificar o combate à discriminação a fim de garantir o respeito à diversidade sexual e a efetividade do direito humano à livre expressão e orientação sexual.

#### 6.4 Bourdieu e inserção no “campo jurídico”

O movimento LGBT, em reação às diversas formas de desrespeito de que é vítima, tem tentado adentrar no campo do Jurídico, a fim de adquirir direitos como a criminalização das condutas discriminatórias. Tendo em vista que muitas condutas de violência já estão tipificadas, cabe refletir acerca da necessidade de particularização de tratamento para a questão da homofobia, atribuindo ao grupo proteção especial.

Pierre Bourdieu<sup>80</sup> analisa a ideia de dominação, considerando não apenas as forças físicas, mas também as simbólicas. O sociólogo entendia que o meio social era composto por campos, ou seja, espaços específicos com lógica própria, nos quais as pessoas se relacionam. Dentro desses campos há o que se chama de “campo de força”, que visa à conformação dos integrantes desse micro-espaço de convivência ao seu conjunto de valores. Há, também o “campo de luta”, que diz respeito ao poder que os integrantes do campo têm de conservação ou transformação de sua estrutura devido a sua posição hierárquica dentro dele<sup>81</sup>.

O campo se forma e se delimita por grupos, valores e interesses específicos comuns, mas pode ser analisado independentemente das características individuais de seus integrantes. Trata-se de uma forma objetiva de análise, que consiste não

<sup>80</sup> BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010

<sup>81</sup> AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Sociologia e justiça penal: teoria e prática da pesquisa sociocriminológica**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010.p. 86

apenas em uma soma de suas partes, mas um todo que tem significado próprio. Nesse sentido, Bourdieu trata do campo jurídico:

O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar* um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. É com esta condição que se podem dar as razões quer da autonomia relativa do direito, quer do efeito propriamente simbólico de desconhecimento.<sup>82</sup>

Uma das características próprias desse campo é a possibilidade de dizer o Direito. Define-se quem tem autoridade para ditar a visão legítima do mundo social. Bourdieu aponta a necessidade de um capital específico<sup>83</sup> para participar das disputas dentro desse âmbito. Esse capital específico consiste no conhecimento das normas jurídicas e também da sua linguagem própria.

Assim, esse campo jurídico delimita a diferença entre os detentores de saber jurídico e os leigos. Essa separação legitima um poder simbólico dos detentores desse saber, submetendo a população a essa força, baseada nos ideias de neutralidade e autonomia do Direito. Nesse sentido, o direito representa a palavra pública, o veredito que resolve os conflitos reconhecidos universalmente. É esse distanciamento existente entre os leigos e os detentores do capital específico que torna o direito um espaço sagrado, fazendo com que ter lugar neste ambiente seja uma conquista, o que eleva as demandas também à condição de sagradas. Os rituais que envolvem o campo jurídico contribuem para sua diferenciação do lugar comum, reforçando a sua força, dissociando o jurídico do não jurídico.

O Direito tem, portanto, o poder de normatizar condutas, reproduzindo determinada ordem. Desse modo, quando um sujeito consegue conquistar um espaço no campo jurídico, ele aceita as regras do jogo como importantes, assume

<sup>82</sup> BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

<sup>83</sup> Além do capital econômico, a riqueza material, o dinheiro, Bourdieu considera, ainda, a existência do capital cultural, que compreende o conhecimento, as habilidades, as informações, correspondentes ao conjunto de qualificações intelectuais produzidas e transmitidas pela família, e pelas instituições escolares, sob três formas ou estados: o Estado incorporado, como disposição durável do corpo; o Estado objetivo, como a posse de bens culturais; o Estado institucionalizado, sancionado pelas instituições, como os títulos acadêmicos; do capital social, que inclui o conjunto de acessos sociais, que compreende os relacionamentos e a rede de contatos e do capital simbólico, correspondente ao conjunto de rituais de reconhecimento social, e que compreende o prestígio, a honra etc. O capital simbólico é uma síntese dos demais (BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.)

que o lugar conquistado é relevante. Segundo Bourdieu, trata-se de um poder de nomeação, que oficializa aqueles que estavam calados, escondidos, coloca luz sob o oculto, conferindo a eles “existência plena”, ou seja, consagra uma ordem sob a tutela do Estado.

É nessa ótica que analisamos a criminalização da homofobia. Embora a simples positivação de uma norma não modifique a sociedade, não se pode negar o poder inerente ao direito de trazer à tona questões antes silenciadas e de legitimar interesses reais da sociedade. Trata-se de inserir no campo jurídico conceitos outrora dotados de invisibilidade social e, conseqüentemente, munir de importância tais questões.

### **6.5 Função simbólica do Direito Penal**

Embora todos os campos de Direito exerçam esse poder relacionado ao fato de fazer parte do campo específico do mundo jurídico, o Direito Penal exerce papel ainda mais forte nessa relação. Esse caráter especial, que acentua seu poder simbólico, advém da forma como esse ramo exerce a coerção e pela natureza das sanções que impõe.

Mesmo quando não há previsão de pena de privação de liberdade, a criminalização de condutas exerce um símbolo muito forte no imaginário social. Essa função retórica desempenhada pela pena transmite a sensação de segurança jurídica na opinião pública por meio de um legislador que propõe respostas jurídico-penais às questões que geram insegurança no povo.

A palavra crime tem um grande peso para a população em geral, fazendo com que reprovação da sociedade recaia muito mais fortemente sobre as condutas assim rotuladas. Estipular que um determinado agir é contrário ao Direito Penal traz à tona o debate popular, transformando casos particulares em de interesse público, afinal, a afronta à lei é uma lesão ao interesse público.

Por meio da sanção penal, reafirma-se que determinada conduta afronta valores fundamentais de uma sociedade, externalizando-se a desaprovação social de tal atitude. O símbolo marca a ideia de que em nosso sistema democrático não são admitidas atitudes que afrontem direito, inferiorizando populações e vitimando-as através de discriminações.

Não se trata de defender o Direito Penal como única solução para a resolução de conflitos sociais, mas do reconhecimento de que ele representa o Estado e a amplitude de seu poder institucional no sentido de coibir condutas antissociais. É indiscutível a importância da busca por outras soluções além da penal, no entanto é possível compatibilizar diversas políticas públicas com o poder simbólico exercido por esse ramo do Direito, por este ocupar um espaço mais legítimo e emblemático, mas não único.

A utilização desse poder é uma forma de concretização de realidades mais justas, pois reafirma os princípios que são relevantes a um povo, penalizando as condutas que os atingem. O direito penal, sob esta ótica, teria o propósito de “assegurar a vigência real dos valores fundamentais ético-sociais da sociedade”<sup>84</sup>.

A criminalização da homofobia insere-se, portanto, no contexto de preservação desses valores fundamentais. Não se trata de combater especifica e exclusivamente esse tipo de violência, mas de demarcar no imaginário social as atitudes que não serão toleradas em um Estado que preze pela igualdade. Conseqüentemente, essa tipificação demonstra à sociedade que se trata de questão relevante para o contexto social, incluindo aqueles que estão à margem da produção legislativa, que têm dificuldade de acesso ao Campo Jurídico.

A vulnerabilidade dessa população à violência cotidiana justifica a proteção especial pela via da legislação penal. O Direito é um poder e ser inserido nele é fazer parte desse jogo, tendo acesso à sua linguagem peculiar, aos seus instrumentos. O Direito Penal, por sua vez, tem um significado simbólico ainda maior o que lhe confere uma importância ímpar nesse jogo de inclusão.

A defesa de uma especificação legal (*nomen juris*) da violência homofóbica decorre da necessidade de *nominação* e do conseqüente *reconhecimento formal* do problema pelo Poder Público, retirando-o da invisibilidade e da marginalização<sup>85</sup>.

Não proporcionar esse tipo de proteção específica seria estabelecer juízo de valor entre as diferentes formas de discriminação, afinal, outros grupos marginalizados obtiveram tal conquista, como o das mulheres e dos negros, por

<sup>84</sup> ANJOS, Fernando Vernes dos. **Direito Penal Simbólico e Finalidade da Pena**. In: Boletim IBCCrim, São Paulo, n. 171, fevereiro de 2007.

<sup>85</sup> CARVALHO, Salo. **Sobre as Possibilidades de uma Criminologia Queer**. In Revista Sistema Penal e Violência, Porto Alegre, 2012.

exemplo<sup>86</sup>. Excluir a população LGBT de ter esse tipo de proteção seria negar a sua vulnerabilidade em nosso contexto social e impedir a existência da igualdade material. A legislação penal deve ser utilizada para tentar equilibrar a balança de nossa sociedade, oferecendo especial proteção ao grupo vulnerável para que, reconhecidas as diferenças, alcance-se a igualdade.

Portanto, não é suficiente que a conduta homofóbica seja tipificada como crime por trás das formas já existentes de homicídio e lesão corporal, por exemplo. É preciso que se pontue que não se trata de crime comum, mas de um crime de ódio, uma manifestação de preconceito específico que desiguala grande parte da população pelo simples fato de esta não se enquadrar nos padrões de heterossexualidade estabelecidos. O Direito Penal, assim, declara que as atitudes de discriminação contra homossexuais são tão relevantes e tão ofensivas à nossa sociedade quanto quaisquer outras e visibiliza o preconceito cotidiano que há muito vem sendo naturalizado.

---

<sup>86</sup> No que se refere à defesa dos direitos das mulheres pela via da proteção especial, tem-se a Lei 11.340/2003 (Lei Maria da Penha); e, no que tange à defesa dos direitos dos negros, existe a Lei 7.719/1989 (Lei Caó).

## 7. Conclusão

No Brasil formal, a homofobia não é crime. No entanto, no Brasil real, a homossexualidade é crime, punido, inclusive, com a morte. Diversas são as práticas discriminatórias arraigadas cotidiano brasileiro e cabe ao Direito promover a proteção das vítimas desses atos que atentam contra bens jurídicos fundamentais, como a própria vida.

Embora a discriminação, por si só, já seja motivo para tutela jurídica do ofendido, o que se verifica no caso específico do preconceito contra os homossexuais é que, muitas vezes, as formas de agressão abrangem diversos tipos penais. Com base nisso, muitos afirmam não ser necessária a criação de um novo tipo, visto que as vítimas de ações homofóbicas já estariam protegidas pelo nosso Código Penal. Entretanto, não se pode deixar de reconhecer que existe um grupo de pessoas que é potencialmente alvo de diversas formas de agressão e o que as identifica é a orientação sexual. Trata-se de um elemento fático crucial para que um homicídio doloso ganhe contornos diferentes: a probabilidade de uma pessoa heterossexual ser agredida até a morte simplesmente por caminhar na rua é infinitamente menor que chance de o mesmo ocorrer com um homossexual.

Ora, temos, portanto, um grupo claramente definido como alvo potencial de determinados tipos de crimes que atentam contra a pessoa, física e moralmente, e que, por isso, deve ser protegido pelo nosso ordenamento.

Não se pretendeu, neste trabalho, defender que o Direito Penal, sozinho, eliminará definitivamente a discriminação, que tantos males traz às pessoas que a sofrem diretamente e à sociedade como um todo. É imprescindível a adoção conjunta de outras medidas antidiscriminatórias a fim de atingir o almejado objetivo. Entretanto, o que se defende é que a instauração da tutela penal é um instrumento necessário, na atualidade, para combater a discriminação em razão da orientação sexual e identidade de gênero, em virtude do atentado aos princípios sensíveis do Direito Penal, representado pelos atos discriminatórios, bem como pelas graves violações de Direitos Humanos decorrentes dos mesmos atos.

A temática envolve muitas forças políticas e religiosas, o que torna imprescindível um acompanhamento dos fatos recentes protagonizados por agentes políticos no sentido de impulsionar ou refrear o avanço de iniciativas atinentes à homofobia. Também aqui nos cumpre mencionar as relações políticas traduzidas

pelo jogo de forças entre os poderes. Constatamos que avanços no sentido de resguardar os direitos dos homossexuais partem, sobretudo, do Executivo e do Judiciário. O Poder Legislativo, que tem a competência específica para tutelar a questão, é o mais abalado por vetores políticos e/ou religiosos que, muitas vezes, tentam refrear medidas tomadas por outras esferas, além de omitir-se no que tange à sua função própria de legislar. Essa omissão do Poder Legislativo trava propositalmente a votação projetos no Congresso Nacional, desenhando um explícito contra fluxo constitucional ao eximir-se da atividade legiferante que lhe cabe. Nesse contexto, abriu-se espaço a iniciativas por via judicial como o Mandado de Injunção 4.733/DF, que, embora extremamente útil no sentido de elevar ao campo jurídico a discussão e disseminar o debate, demonstra-se via perigosa quando se trata de criar novos tipos penais.

Entende-se que o Direito Penal não serve para a resolução de conflitos sociais. No entanto, no atual estágio de escalada da violência, é necessária uma lei que incrimine condutas. O PL nº 122/2006, portanto, deve ser aprovado. Aceite-se ou não o fato, a lei penal goza de uma legitimidade, um sentimento social que outras leis não possuem. Às vezes até em demasia quando muitos veem na reprimenda estatal a saída para a resolução de conflitos de toda ordem com endurecimento de penas.

Por compreender que há um débito histórico com essa parcela da sociedade, defende-se a criminalização da homofobia. Frise-se que crime não é sinônimo de prisão, de privação de liberdade. Há casos em que ela talvez seja realmente necessária para prevenção da própria sociedade. Mas deverão ser excepcionais e justificadas. Não se pode perder de vista o caráter *ultima ratio* da lei penal. O projeto atual já prevê que muitas condutas são passíveis de mera restrição de direitos ou de pagamento de multas por serem de menor gravidade. Não faz mais do que equiparar às tipificações já previstas para o crime de racismo.

Fazendo o aparte de que há essa mesma dívida para com o povo brasileiro em relação ao fornecimento de uma educação de qualidade, é que deve ser a aprovação da lei acompanhada de ações educativas formais e informais. Eis o conhecido binômio criminalizar-educar.

A Constituição Federal, embora não possa por si só realizar feitos, pode impor tarefas, de cuja realização advém sua força normativa, em várias passagens, repudia a discriminação do ser humano, o que explica o fato de várias condutas

discriminatórias já estarem criminalizadas no Brasil. Assim, a violência homofóbica, tão intensa em nosso país deve ser criminalizada em nome de um esforço pela busca da real cidadania.



## 8. Referências Bibliográficas

ANJOS, Fernando Vernice dos. **Direito Penal Simbólico e Finalidade da Pena**. In: Boletim IBCCrim, São Paulo, n. 171, fevereiro de 2007.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal**. In: Fascículos de Ciências Penais. a. 6. v. 6. n. 2. Porto Alegre: SAFE, 1993.

\_\_\_\_\_. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito penal**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. **Direito Constitucional 1: teoria do estado e da constituição, controle de constitucionalidade das leis, dos direitos e garantias fundamentais**. 3. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal – Parte Especial – Dos Crimes Contra a Pessoa.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant.** Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

\_\_\_\_. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 2004.

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

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico.** 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010

BRASIL. **Câmara dos Deputados.** Projeto de Lei n.º 5.003/2001. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842>>. Acesso em: 25 out, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_ Conselho Nacional de Combate à Discriminação SEDH. **Brasil sem Homofobia: Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual.** Brasília: SEDH, 2008b.

\_\_\_\_. **Legislação de direito internacional.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_. Lei nº 7.716, de 06 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Diário Oficial da União. 06 jan 1989; Seção 1.

\_\_\_\_. Ministério da Justiça. **Programa nacional de direitos humanos - PNDH II.** 2 ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2002. 121 p. (Documentos da Presidência da República).

\_\_\_\_\_. **Senado**. Projeto de Lei n.º 122/2006. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=79604](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604)>.

Acesso em: 20/10/2014.

\_\_\_\_\_. **Senado**. Projeto de Lei n.º 236/2012. Anteprojeto de Código Penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. P.182-184. Acesso em: 20/10/2014.

CALHAU, Lélío Braga. **Cesare Lombroso**: Criminologia e a escola positiva de direito penal. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal (2000), Porto Alegre, v.4, n.23 , p.156-159, dez.2003/jan.2004.

CALLEGARI, André Luiz. **O Princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal**. IBCrim, n.º 70, 1998.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Volume 1: parte geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CARRARA, Sérgio, RAMOS, Sílvia e CAETANO, Marcio. **Política, Direitos, Violência e Homossexualidade**: Pesquisa 9º Parada do Orgulho GLBT – Rio de Janeiro, 2004. CEPESC, Rio de Janeiro, 2005.

CARVALHO, Salo. **Sobre as Possibilidades de uma Criminologia Queer**. In Revista Sistema Penal e Violência, Porto Alegre, 2012.

COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva** – Discurso preliminar sobre o discurso do positivismo. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. **Brasil Sem Homofobia:** Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

COSTA, Jurandir Freire. **A Inocência e o vício: estudos sobre o homoerotismo.** Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

DALLARI, D. de A. **O Poder dos juízes.** São Paulo: Saraiva, 1996.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado.** 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito e a justiça.** Porto Alegre . Livraria do Advogado. 2006.

\_\_\_\_\_. **Legislação brasileira e homofobia.** In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.). Diversidade sexual e homofobia no Brasil. São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2011.

DURKHEIM, Émili. **A Divisão do Trabalho Social.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado.** São Paulo: Editora Escala, 2005.

FACCHINI, Regina. **Sopa de letrinhas?** Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

FARIA, J. E. **Justiça e conflito:** os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2. ed., rev. ampli. São Paulo: Graal, 1992.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 8ª ed. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4ª ed., Madrid: Trotta, 2009.

GOFFMAN, E. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1975.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **O Princípio da Igualdade**: é juridicamente possível no ordenamento jurídico existirem leis discriminatórias?. Scientia Faer, Olímpia - SP, Ano 1, Volume 1, 2º Semestre. 2009.

GÜNTHER, Klaus. **Crítica da Pena I**. Revista Direito-GV. São Paulo, v. 2, n. 2, p.187-204, jul./dez. 2006.

\_\_\_\_\_. **Crítica da Pena II**. Revista Direito-GV. São Paulo, v. 3, n. 1, p.137-150, jan./jul. 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LARROUSE. **Grande Enciclopédia Larousse Cultural**, vol. 17, São Paulo: Nova Cultural, 2004.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOUFFE, Chantal. **Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt**. Cadernos da Escola do Legislativo. Belo Horizonte, v. 2, jul./dez. 1994

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas** (Volume 1) 6. ed. rev., reform. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: A Nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PRADO, Marco Aurélio Maximo e MACHADO, Frederico Viana. **Preconceitos contra homossexualidades: a hierarquia da invisibilidade**. São Paulo: Cortez, 2008.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001

\_\_\_\_\_. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SHERRY, Mark. **Disability Hate Crimes Does anyone really hate disabled people?** Londres: Ashgate Publishing Limited, 2012.

SILVA, Alexandre Vitorino. **Direitos a Prestações Positivas e Igualdade**. São Paulo: LTr, 2007.

YOUNG, J. **The Exclusive Society**: Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity. Londres: Sage, 1999