



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO - UAD

LUIS ALBERTO MARQUES MIGUEL

A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL E OS INSTRUMENTOS LEGAIS
DE COMBATE À VIOLÊNCIA POR ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE
GÊNERO

SOUSA – PB

2018

LUIS ALBERTO MARQUES MIGUEL

A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL E OS INSTRUMENTOS LEGAIS
DE COMBATE À VIOLÊNCIA POR ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE
GÊNERO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Me. Herry Charriery da Costa Santos.

SOUSA – PB

2018

LUIS ALBERTO MARQUES MIGUEL

A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL E OS INSTRUMENTOS LEGAIS
DE COMBATE À VIOLÊNCIA POR ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE
GÊNERO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do
Centro Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade Federal de Campina
Grande, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Me. Herry Charriery da
Costa Santos.

Aprovado em: 05 de março de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Herry Charriery da Costa Santos – UFCG
Professor Orientador

Prof.^a Dra. Cecília Paranhos Santos Marcelino – UFCG
Professora Examinadora

Prof. Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira – UFCG
Professor Examinador

*“Despeje na sua vida uma carrada de amor
de diferentes idades de todo tipo de cor
sem inventar divisões por crenças, religiões
ou opção sexual que eu garanto a você
que vai ser fácil entender que todo amor é normal.
O importante é amar sem rédeas, e sem censura
mesmo que a sociedade às vezes seja tão dura
amar é sentir coragem sem fingir, sem camuflagem
sem medo de ser julgado
pois quem julga um amor não é juiz, não sinhô
é no fundo um mal amado.
Ninguém pode escolher a quem se ama
é o amor quem lhe escolhe e diz vá lá
não existe uma regra certa pra se amar
Deus que escreve e que dirige toda trama
um roteiro escrito com comédia e drama
e ninguém sabe como o filme vai findar
não se avexe, deixe o amor lhe carregar
pois se existe um fato que eu acredito
É que na vida todo amor é bonito
feio mesmo, é viver e não amar!”*

(Bráulio Bessa)

AGRADECIMENTOS

A Deus, acima de tudo, por ter me concedido o dom da sabedoria e da perseverança, para que, mesmo diante de todas as dificuldades e provações eu conseguisse permanecer fiel aos meus objetivos e nunca desistisse de lutar pelos meus sonhos.

Aos meus pais, Francisco Miguel da Silva e Eliane Marques Miguel, que são tudo que tenho de mais precioso na minha vida, por todo o carinho, amor e proteção a mim direcionados durante todos esses anos. Nada teria o mesmo valor sem o apoio e o cuidado que vocês me forneceram. Obrigado por fazerem dos meus sonhos, os vossos sonhos, não medindo esforços para que eu chegasse até aqui. Vocês sim representam a tradução do amor em seu mais sublime estado e benevolência.

Agradeço, em especial, à mulher da minha vida, minha mãe, meu anjo divino na terra, fonte inesgotável de amor, força e união, que mesmo distante se manteve presente durante toda esta trajetória, seja nos momentos difíceis, nas batalhas travadas durante a graduação e, principalmente, por compartilhar e vibrar junto comigo a cada vitória. Foi por você e para você, todo o esforço e empenho durante esses anos.

A toda minha família, em especial as minhas Tias: Damiana e Verinha, por todo o amor, carinho e palavras de incentivo durante todos esses anos, vocês foram essenciais nesta etapa da minha vida e acreditaram em mim até mesmo nos momentos em que hesitei acreditar.

Aos meus avós maternos, Dona Rosinha e Seu Zezinho, por serem meus exemplos de simplicidade e generosidade, e por terem contribuído, de forma inestimável, para que esse sonho pudesse ganhar forma. A vocês, meu humilde e sincero obrigado.

À minha vó, Jocelina Barnabel de Vasconcelos (*in memoriam*), que, apesar de não estar aqui para fazer parte desse momento, sempre torceu pela minha vitória, sendo seu maior sonho ver seu neto formado. Sei que a senhora, um anjo no céu, me enche de bênçãos.

A minha irmã, Natalia Tais e a minha sobrinha, Maria Cecilia, que mesmo distantes souberam se fazer presentes ao longo desta trajetória, seja através de ligações, mensagens, meu coração ficava mais leve com o carinho que vocês me transmitiam, e me encorajava a seguir em busca dos meus sonhos.

À Família Moreira, na figura de Dona Vanda, Dona Duca, Tia Nuça e Lúcio Moreira, por terem sido muito mais que uma família para mim, na Cidade de Sousa, me acolheram como um verdadeiro filho e estiveram presentes nos principais momentos dessa trajetória, sempre cuidando de mim, me apoiando e fazendo de suas residências o meu segundo lar. Não há dinheiro que pague todo o carinho e cuidado que vocês tiveram por mim ao longo desta caminhada, me mostraram o real significado da palavra “família”. E em especial, ao meu grande amigo e irmão, Francisco Moreira, por ter sido muito mais que um verdadeiro amigo, seja nos momentos difíceis, nos momentos de descontração, de vitórias, você sempre se manteve ali me dando todo o suporte para a realização do meu sonho. Nunca esquecerei o que você fez e faz por mim, tornou minha caminhada mais leve e me mostrou com toda simplicidade o quão importante é ter um ombro amigo em todos os momentos da vida. A você e a toda sua família, meu mais sincero amor, admiração e respeito, vocês serão eternizados para sempre em minha memória.

Aos meus amigos, de modo geral, pelas palavras de incentivo e motivação.

Ao meu orientador, Herry Charriery da Costa Santos, por me acompanhar nessa etapa de conclusão e me dar todo o apoio necessário para que minhas inquietações ganhassem forma. A você, meu muito obrigado.

As minhas queridas e estimadas professoras, Maria Da Luz Olegário e Larissa Sousa Fernandes, por estarem à frente do projeto de pesquisa do qual participei e por despertarem em mim o interesse em discutir assuntos como o desta pesquisa. Obrigado por todo o conhecimento transmitido.

A todos, que de forma direta ou indireta, contribuíram comigo por todo esse tempo, meu humilde e sincero obrigado.

E por fim, não menos importante, ao amor, em todas as suas minúcias, formas e complexidades.

Dedico este trabalho à minha mãe, Eliane Marques Miguel, por ter sido um verdadeiro anjo durante toda esta trajetória e por fazer dos meus ideais, os seus projetos de vida e de felicidade. Foi com base em sua força e em seu amor que cheguei até aqui.

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade analisar a possibilidade jurídica da criminalização da homofobia, partindo do pressuposto de que nas últimas décadas, vem se observando no Brasil uma crescente onda de desrespeitos e violações de direitos fundamentais em face das pessoas LGBTs. Em que pese à mencionada criminalização encontre respaldo em princípios constitucionais e numa série de valores consagrados pela Lei Maior, tais como: a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade e a vedação contra quaisquer tipos de discriminações, os projetos de lei que objetivam a sua criminalização não tem recebido o tratamento adequado frente a outros tipos de preconceitos e discriminações que assolam o país, caminhando, portanto, a passos lentos no Congresso Nacional e, em outros casos, até mesmo sendo arquivado, por conta da mora legislativa quanto a sua votação, tal como ocorreu com o Projeto de Lei da Câmara nº 122/06. Fato é, que diversas discussões em torno desta problemática tem ganhado espaço no país, seja pela luta do movimento LGBT em defesa desta categoria, como também pelas influências políticas, sociais e religiosas que resistem a aprovação de qualquer projeto com este teor. Diante desta conjuntura, analisa-se o ordenamento jurídico pátrio na direção de salientar que várias práticas discriminatórias já foram tipificadas sob a ótica da tutela penal, não existindo razões, portanto, que justifiquem qualquer tentativa de exclusão, cerceamento de direitos fundamentais ou violência em face desta minoria, posto que, por ser o direito à sexualidade, à livre orientação sexual e a identidade de gênero bens juridicamente importantes à luz do texto constitucional, o Direito Penal como o braço mais forte do Estado não pode se permanecer inerte perante tais condutas, devendo, pois, responder de modo condizente para o enfrentamento da homofobia como problema social. Para tanto, fez-se uso da pesquisa bibliográfica e do método de abordagem dedutivo.

Palavras-chave: Criminalização da Homofobia. Princípios Constitucionais. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The present study has as its purpose to analyze the legal possibility of the criminalization of homophobia, based on the assumption that in the last decades, there has been a growing wave of disrespect and violations of fundamental rights in relation to LGBT people. In spite of the mentioned criminalization finding support in constitutional principles and in a series of values enshrined in the Major Law, such as: the dignity of the human person, the equality, the freedom and the prohibition against any kind of discrimination, the bills that aim to criminalize them have not received adequate treatment in the face of other types of prejudices and discriminations that plague the country, thus walking slowly at the National Congress and, in other cases, even being shelved, because of the legislative delay regarding its voting, as occurred with the Bill of the Chamber no. 122/06. It is a fact that various discussions around this issue have gained space in the country, either by the fighting of the LGBT movement in defense of this category, as well as by the political, social and religious influences that resist the approval of any project with this content. Given this situation, the legal framework is analyzed in the country in order to point out that several discriminatory practices have already been typified under the penal scope optics, and there are no reasons, therefore, to justify any attempt of exclusion, restriction of fundamental rights or violence against this minority, since, the right to sexuality, free sexual orientation and gender identity are legally important goods in the light of the constitutional text, the Criminal Law as the strongest arm of the State cannot remain inert in face of such conduct, and must therefore respond in a proper manner to the confrontation of homophobia as a social problem. To do so, we made use of the bibliographic research and the method of deductive approach.

Keywords: Criminalization of Homophobia. Constitutional Principles. Fundamental Rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. - Artigo;

CDH - Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa;

CF/88 - Constituição Federal de 1988;

DUDH - Declaração Universal dos Direitos Humanos;

GGB - Grupo Gay da Bahia;

LGBTs - Lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais;

ONU - Organização das Nações Unidas;

PL - Projeto de Lei;

PLC - Projeto de Lei da Câmara;

PLS - Projeto de Lei do Senado;

SDH/PR - Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República;

STF - Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 O ATUAL PANORAMA DA VIOLÊNCIA HOMOFÓBICA NO BRASIL | 15 |
| 2.1 A violência que ousa dizer os números: contextualização | 15 |
| 2.2 Mas o que seria homofobia? | 22 |
| 2.2.1 Conceitos: sexo, gênero, identidade de gênero e orientação sexual | 25 |
| 2.2.2 Manifestações da homofobia: as discriminações por orientação sexual e identidade de gênero..... | 29 |
| 2.2.3 Espécies de homofobia | 32 |
| 3 A HOMOFOBIA ENQUANTO OBSTÁCULO PARA A PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA | 37 |
| 3.1 A proteção constitucional contra qualquer tipo de preconceito ou discriminação | 42 |
| 3.2 O Princípio da Igualdade e a Declaração Universal dos Direitos Humanos | 46 |
| 3.3 O direito à sexualidade e o compromisso do Estado na defesa da liberdade sexual..... | 49 |
| 4 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL E AS DISCRIMINAÇÕES POR ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO | 54 |
| 4.1 O Direito Penal Brasileiro e a proteção dos bens jurídicos..... | 54 |
| 4.2 Uma análise dos aparatos penais em prol da criminalização da homofobia | 58 |
| 4.2.1 A Lei 7.716/89 (Lei do Racismo) | 59 |
| 4.2.2 O Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006..... | 61 |
| 4.2.3 O Anteprojeto do Novo Código Penal (PLS nº 236/2012) | 68 |
| 4.3 A criminalização da homofobia como forma de resistência e visibilidade para a promoção dos direitos fundamentais das pessoas LGBTs | 72 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 79 |
| REFERÊNCIAS | 82 |

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, os debates relativos à proteção dos direitos humanos tem ganhado destaque no Brasil e em outros países, seja pelo fato de que as minorias tem se articulado na busca por direitos e tutela estatal, como também pelo fato de que, nas últimas décadas, uma onda de crescentes violações a direitos fundamentais tem se propagado no país, colocando em xeque os fundamentos e princípios sobre os quais se alicerçam o ordenamento jurídico brasileiro.

Seguindo esta linha de raciocínio, ao se falar em direitos das minorias, direito de igualdade, direitos humanos, os debates tornam-se cada vez mais calorosos, posto que, quando se busca tratar os desiguais na medida de suas desigualdades e, principalmente, quando se trata de garantir a uma minoria marginalizada, direitos em pé de igualdade, o terreno da intolerância e da indiferença, na maioria das vezes, se faz presente.

É nesse contexto que se insere a temática do presente trabalho, uma vez que, ao abordar o tema homofobia e tentar garantir maior proteção e amparo estatal para uma comunidade, não raras vezes negligenciada, a temática ganha entornos e nuances cada vez mais controvertidos, seja por abrir espaço para que novos tantos direitos sejam tutelados, seja por romper uma moral posta e sacralizada durante anos.

Acontece que, frequentemente, nas ultimas décadas, tem-se observado nos noticiários de jornais, rádios e televisão e, principalmente, no conteúdo disseminado nas redes sociais, que o número de casos de violências contra homossexuais e transexuais tem se alastrado no país; concomitantemente, as discriminações por orientação sexual e identidade de gênero passaram a ser crescentes fazendo da homofobia um problema não apenas social, mas também digno de tutela.

Ora, em que pese todo um cenário de negação aos direitos LGBT é fato mais do que notório que durante toda a luta em prol da emancipação de tais direitos sempre houve uma forte tendência do Estado em se permanecer inerte, omissos, como se o direito de exercer direitos por parte desta comunidade não fosse digno de tutela. Fato é, que mesmo diante desse conjunto de práticas discriminatórias (aqui incluídas as diversas manifestações da homofobia) percebe-se que pouco foi feito

no que tange a repulsa de tais práticas, posto que, basta analisar o atual panorama da violência homofóbica no Brasil para se constatar que tal problema vem crescendo de maneira desmedida.

Sendo assim, a preocupação em torno deste problema tem se tornado ainda mais polêmica e alvo de grandes divergências, seja pelo anseio dos movimentos sociais e, em especial, da pressão do movimento LGBT, seja pela observância em discussões e estudos no decorrer do Brasil e no exterior.

Ademais, por ser um problema para além do sujeito em si, posto que, há violação a direitos fundamentais e, conseqüentemente, a princípios basilares da Carta Magna, há que se reconhecer o caráter altamente desregrado de tais práticas; logo, como problema social – do interesse de todos, a homofobia não atinge apenas os sujeitos da diversidade sexual propriamente ditos, mas também a própria sociedade, uma vez que, no momento em que há alguma violação aos direitos de tais sujeitos, há, diretamente, um desrespeito a uma coletividade (merecedora de tutela e proteção estatal) e, por conseguinte, uma violação aos direitos básicos de qualquer ser humano, tais como: o direito à vida, o direito à liberdade sexual desprovida de qualquer restrição, o direito à dignidade humana, à integridade física e emocional, entre outros tantos direitos.

Neste sentido, as manifestações de violência e intolerância vivenciadas diariamente pela comunidade LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais) apresentam-se como formas de exteriorização da homofobia, dando-a concretude e disseminando um tratamento desumano para tais sujeitos. Como se não bastasse, essas manifestações ganham respaldo em variáveis cada vez mais diversificadas, tais como: preconceitos, discriminações, discursos de ódio, violência (física, verbal, psicológica, emocional e, ainda, simbólica), mortes, restrições de direitos e etc.

Além do mais, a ausência de leis federais que guarneçam a população LGBT é um dos principais empecilhos para o combate à homofobia, haja vista que, até o momento, embora existam alguns projetos de lei que tramitem ou que foram arquivados pelo Congresso Nacional - em especial, o Projeto de Lei nº 122/06 de autoria da Ex-Deputada Federal Iara Bernardi e o Anteprojeto do Novo Código Penal, este, ainda em discussão, há uma forte resistência pelos setores

conservadores desta Casa em ampliar direitos e garantir proteção estatal frente a uma realidade que se faz pungente.

Pensando nesta conjuntura, o presente trabalho levanta a seguinte problematização: é possível a criminalização da homofobia no Brasil como instrumento normativo para o enfrentamento da violência por orientação sexual e identidade de gênero?

Partindo-se deste questionamento, busca-se como objetivo geral abordar a criminalização da homofobia, como forma de resistência e visibilidade para a promoção dos direitos fundamentais das pessoas LGBTs, segundo os objetivos fundamentais da Constituição Federal de 1988.

Com vistas à construção e a compilação dos fundamentos teóricos, tem-se como objetivos específicos: apresentar o atual panorama da violência homofóbica no Brasil; evidenciar a homofobia enquanto obstáculo para a preservação da dignidade da pessoa humana; e, por fim, analisar a possibilidade jurídica da criminalização da homofobia, valendo-se, precipuamente, de sua condição preventiva. Para tanto, como técnica de pesquisa fez-se uso da revisão bibliográfica por meio do estudo de livros, revistas, artigos, sites, bem como da legislação vigente, com o intuito de recuperar o conhecimento científico acumulado acerca da temática em questão.

Destarte, utilizou-se como método de abordagem o dedutivo, que consiste em compreender as premissas iniciais no tocante a problemática ora estudada, para se alcançar uma lógica, por meio de um ou mais argumentos.

Atinente a tais objetivos, mister se faz reconhecer a contribuição desse estudo para o seio social, bem como sua relevância não só para o campo das ciências jurídicas e sociais, mas também sua necessidade e efetividade em prol de um Estado Democrático de Direito cada vez mais comprometido com o bem estar de todos e em consonância com os direitos humanos, os princípios constitucionais e a proteção preventiva inerente ao Direito Penal.

O estudo em evidência está organizado em quatro capítulos: o primeiro deles é esta introdução, a qual contém uma breve explanação acerca da temática trabalhada, sua problematização, objetivo geral e específicos, bem como a justificativa em se levantar tais questionamentos; no segundo capítulo, parte-se do intento de apresentar o atual panorama da violência homofóbica no Brasil, de modo a expor o que seria homofobia, suas formas de exteriorização, espécies, o contexto

de violência a que está submetida a comunidade LGBT, bem como conceituações básicas necessárias para a compreensão do todo; no terceiro capítulo, passa-se a expor a homofobia como uma verdadeira afronta aos primados constitucionais e como empecilho para a promoção dos direitos fundamentais desta comunidade; já no último capítulo, é feita uma análise acerca da viabilidade jurídica da criminalização da homofobia no Brasil, para o enfrentamento da violência e das discriminações por orientação sexual e identidade de gênero, sendo que, este momento, torna-se o ponto crucial da pesquisa por fazer da criminalização da homofobia um verdadeiro instrumento de resistência e visibilidade para a promoção de tais direitos.

Por fim, diante de todas as colocações acima expostas, pode-se dizer que o eixo de pesquisa ganha maior notoriedade ao atribuir para si a tarefa de levantar tais questionamentos perante a sociedade civil, posto que, por se tratar de um problema fomentador de discussões, o debate e a investigação se fazem, ainda mais necessários, principalmente quando se tem em mente a preocupação em se desenvolver políticas públicas que venham a resguardar direitos essenciais e caminhar rumo ao Estado Democrático de Direito.

2 O ATUAL PANORAMA DA VIOLÊNCIA HOMOFÓBICA NO BRASIL

Difundir e preservar direitos humanos, ao longo do tempo, tem sido uma tarefa de grandes lutas e incontáveis discussões. Nos últimos anos, embora tenha se percebido que a Secretária de Direitos Humanos da Presidência da República - SDH/PR venha caminhando no sentido de elaborar políticas públicas aptas a responder aos anseios sociais, no que atine a concretização dos direitos de todas as pessoas, há que se salientar que ainda há muito para ser feito, visto que, os crescentes casos de violações a direitos humanos e, principalmente, destes direitos em prol de uma minoria, tem sido alvo de invisibilidade perante a sociedade, fazendo com que determinados problemas não sejam tratados de maneira adequada, tampouco combatidos ou enfrentados.

Os constantes desrespeitos para com os direitos humanos das pessoas LGBTs, bem como o caráter multifacetário das ofensas e violações direcionadas a esta comunidade, representam um típico modelo dessa postura. Como prova disto, basta verificar que os dados oficiais acerca das violações de Direitos Humanos da população LGBT somente foram lançados no Brasil, pela primeira vez, no ano de 2012, reportados ao Poder Público Federal por intermédio do Relatório sobre Violência Homofóbica no Brasil, do ano de 2011.

O crescimento expressivo destes casos informado ao Poder Público Federal denota que o problema é extremamente alarmante e, ademais, fomentador de inúmeros questionamentos, posto que, se exige não apenas do Estado, mas também da sociedade civil uma postura firme e condizente para a repulsa de tais violações, bem como para a promoção dos direitos humanos/fundamentais destas pessoas.

Sendo assim, encarar os desafios de frente ao expor tal temática torna-se pressuposto de direito em prol do repúdio a violência contra a população LGBT e, concomitantemente, instrumento de visibilidade para que se exteriorize que a violência não integra o Estado Democrático de Direito, este, construído sobre grandes esforços.

2.1 A violência que ousa dizer os números: contextualização

A anormalidade causada pelas relações afetivas que fogem ao padrão heterossexual, desde muito tempo tem sido motivo de grandes controvérsias no tocante ao exercício de direitos. O estranhamento em ver casais homoafetivos (duas mulheres, dois homens, dois/duas transexuais, entre outras configurações) vivendo juntos ou expressando sua afetividade em lugares públicos, bem como pessoas LGBTs exercendo sua sexualidade, sua orientação sexual e/ou identidade de gênero de maneira livre, tem sido motivo para manifestações de intolerância e violência em todo o país.

Com vistas a analisar a realidade fática que circunda a violência contra as pessoas LGBTs no Brasil, vale salientar a necessidade de se valer das inúmeras manchetes e notícias publicadas na internet acerca deste panorama, bem como do Relatório de 2016 do Grupo Gay da Bahia, elaborado pelos autores Luiz Mott, Eduardo Michels e Paulinho, no intuito de se quantificar os números da violência e demonstrar o contexto em que esta se insere.

De acordo com as informações gerais divulgadas por Mott, Michels e Paulinho (2016, p. 1) em seu relatório:

343 LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transexuais) foram assassinados no Brasil em 2016. Nunca antes na história desse país registraram-se tantas mortes, nos 37 anos que o Grupo Gay da Bahia (GGB) coleta e divulga tais homicídios. A cada 25 horas um LGBT é barbaramente assassinado vítima da “LGBTfobia”, o que faz do Brasil o campeão mundial de crimes contra as minorias sexuais. Matam-se mais homossexuais aqui do que nos 13 países do Oriente e África onde há pena de morte contra os LGBT.

Acrescentando-se, ainda, que “Tais mortes crescem assustadoramente: de 130 homicídios em 2000, saltou para 260 em 2010 e para 343 em 2016. Durante o governo FHC mataram-se em média 127 LGBT por ano; no governo Lula 163 e no governo Dilma/Temer, 325” (MOTT; MICHELS; PAULINHO, 2016, p. 1).

Partindo-se destes dados iniciais, percebe-se, indubitavelmente, que o fenômeno da violência homofóbica no Brasil vem atingindo níveis cada vez mais assustadores; ora, basta verificar os últimos dados apresentados para se ter uma noção do quanto tal fenômeno tem duplicado seus números, sendo que, embora tais índices sejam alarmantes, pouco foi feito no que tange a esta realidade.

Dirigente do site “Quem a homotransfobia matou hoje” e fundador do GGB (Grupo Gay da Bahia), o antropólogo Luiz Mott deixa claro, no mencionado relatório, que:

[...] tais números alarmantes são apenas a ponta de um iceberg de violência e sangue, pois não havendo estatísticas governamentais sobre crimes de ódio, tais números são sempre subnotificados já que nosso banco de dados se baseia em notícias publicadas na mídia, internet e informações pessoais. A falta de estatísticas oficiais, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, é prova da incompetência e homofobia governamental, já que a Presidenta Dilma prometeu aprovar, mas mandou arquivar o projeto de lei de criminalização e equiparação da homofobia ao racismo (MOTT; MICHELS; PAULINHO, 2016. p. 1).

Desta citação, embora se denote que os casos de homofobia são recorrentes, constata-se que há, ainda, uma forte resistência por parte do poder público em se desenvolver ou elaborar medidas que venham a quantificar os números deste fenômeno. Assim, por se tratar de um problema que não possui estatísticas oficiais até mesmo o seu enfrentamento mostra-se comprometido, posto que, é com base em tais números que se passa a reconhecer o quanto tal problema vem crescendo e, por sua vez, a necessidade de atuação do Estado para o seu enfrentamento.

Nesse diapasão, no referido relatório, Mott, Michels e Paulinho (2016, p. 1 - 2) classificam os dados ora expostos da seguinte maneira:

Dos 343 assassinatos, 173 eram gays (50%), 144 (42%) trans (travestis e transexuais), 10 lésbicas (3%), 4 bissexuais (1%), incluindo 12 heterossexuais, como os amantes de transexuais (“T-lovers”), além de parentes ou conhecidos de LGBT que foram assassinados por algum envolvimento com a vítima, como o ambulante do metrô de S. Paulo (que foi morto em decorrência de ter defendido um gay e uma travesti) ou por serem confundidos com gays (grifo nosso).

A partir desta classificação, pode-se observar que o fenômeno homofóbico tem atingido, principalmente, em suas práticas, o público gay masculino, posto que, no que tange a exteriorização de sua afetividade são mais facilmente identificados, justamente, pelo fato de assumirem papéis de gêneros e comportamentos não esperados para tal sexo. Por outro lado, quando se trata do público lésbico, os índices de violência não ganham tanta repercussão quando comparados aquele, uma vez que, por apresentarem comportamentos típicos da figura feminina, na maioria das vezes, como por exemplo: na exteriorização de sentimentos, na

amizade entre duas mulheres e na feminilidade que lhe é peculiar, estas relações afetivas se posicionam sob o manto da invisibilidade.

No que atine as/os transexuais e as/os travestis, o percentual de violência direcionado a estas/estes quase se equipara aos números que foram registrados em face dos gays, representando estes, portanto, o segmento mais marginalizado em relação a todas as categorias envolvidas na sigla LGBT.

Ademais, cumpre salientar que tal fenômeno ramifica suas causas sobre os mais diversos segmentos, fazendo com que a homofobia ou o fenômeno homofóbico atinja não apenas pessoas homossexuais, mas também, indivíduos heterossexuais ao se encontrarem em situações erroneamente compreendidas como se pertencesse a determinada população.

Diante desta conjuntura, percebe-se, claramente, o quadro caótico a que está submetido não apenas a comunidade LGBT, como também a própria sociedade, visto que, como o afeto entre tais pessoas vem sendo alvo de violência nas suas mais variadas formas, esta acaba refletindo, também, no próprio seio social, por banalizar o afeto até mesmo nos casos de pessoas ligadas à proximidade com LGBTs, fazendo com que o mesmo não seja digno de tutela.

Como forma de exteriorizar, ainda mais, o caráter transgressor deste fenômeno, basta verificar a diversidade de manchetes notificando casos de discriminações e violências para com esses; assim são as informações extraídas do site “O Globo”, divulgadas no dia 24 de janeiro de 2017 com a seguinte publicação: “Homofobia mata uma pessoa a cada 25 horas: norte tem maior índice” (ALVIM, 2017). No mesmo sentido, em matéria publicada no dia 25 de maio de 2017, o site “OUL Notícias” chama a atenção em uma de suas manchetes para o fato de que a “Violência contra gays é alarmante no Brasil” (BRITO, 2017), corroborando com os números apresentados no supracitado relatório.

No que tange ao perfil regional da violência por motivação homofóbica, Mott, Michels e Paulinho (2016, p. 2) no mencionado relatório, expõem os seguintes dados:

A média de assassinatos de LGBT no Brasil é de 1,69 por um milhão de habitantes, sendo que a Região Norte computou quase o dobro: 3,02 para um milhão. O Nordeste, que durante as últimas décadas liderava tais “LGBTcídios”, baixou para 1,94 mortes por um milhão; no lado oposto, as regiões menos violentas são o Sul, 1,24 e o Sudeste, 1,19.

Os estados que notificaram o maior número de LGBT assassinados em termos absolutos foram São Paulo com 49 homicídios, Bahia, 32, Rio de Janeiro, 30 e Amazonas, 28. Roraima não registrou nenhum homicídio, sendo que em 2014 liderou a lista, com 6,14 LGBT assassinados para 1 milhão de habitantes. “Essa é, aliás, uma característica desses crimes de ódio: sua variação e imprevisibilidade” salienta o analista de sistemas, Eduardo Michels, responsável pela atualização do banco de dados. “Num mesmo estado, um ano predominam mortes de travestis, no outro de gays, no ano seguinte, o contrário. Infelizmente, a única previsão recorrente é que nesse ano atual serão assassinados mais de 300 LGBT”.

Se compararmos porém tais números com nossa população total, os LGBT correm maior risco de morte no Acre, 7,59 mortes por milhão de habitantes e Amazonas, 7,23, sendo 1,69 a média nacional. O Amazonas – palco atual de violenta matança entre presidiários de facções rivais, é assaz preocupante: possuindo menos de 4 milhões habitantes, o Amazonas teve quase o dobro de assassinatos que o Paraná e Rio Grande do Sul, que têm população três vezes maior.

Manaus, com 25 mortes, foi a capital brasileira que registrou o maior número de assassinatos em termos absolutos, seguida de Salvador, 17 e São Paulo, 13. Foram documentados em 2016 assassinatos de LGBT em 168 municípios brasileiros. Embora crimes de ódio ocorram com muito maior frequência em contextos urbanos e periferias de regiões metropolitanas, também foram registrados homicídios de LGBT em municípios predominantemente rurais, com menos de 14 mil habitantes, como Piranguinho (MG) e Bom Lugar (MA).

Proporcionalmente ao total da população, Palmas foi a capital mais violenta: com 266 mil habitantes, o risco de um LGBT ser assassinado é de 15,07 por um milhão de habitantes, seguido de Manaus com 12,37, sendo a média nacional 1,69.

Os organizadores do relatório também afirmaram que os crimes direcionados as minorias sexuais, habitualmente, são praticados no período noturno ou, não raras vezes, durante o período da madrugada, em lugares distantes, vazios ou dentro do próprio ambiente familiar, fazendo com que a identificação dos autores seja dificultada ou dificilmente reconhecida. Frisa-se, ainda, que quando há testemunhas que presenciam as cenas de violências ou as discriminações, na maioria das vezes, estas se recusam a depor em decorrência do preconceito anti-LGBT. Outras vezes, policiais, delegados e juízes acabam promovendo e/ou intensificando esse quadro de violação, por desconsiderarem a conotação homofóbica destes crimes, bem como ignorá-los, fazendo com que a homotransfobia seja ainda mais mascarada (MOTT; MICHELS; PAULINHO, 2016).

Neste sentido, Eduardo Michels - coordenador do banco de dados do respectivo relatório em análise, assim assevera:

[...] a Secretaria Nacional de Direitos Humanos e o Disque 100 atestam sua incompetência ao não documentar a violência letal contra mais de 20 milhões de LGBT, cerca de 10% da população brasileira. A realidade deve certamente ultrapassar em muito tais estimativas, sobretudo nos últimos

anos, quando os familiares das vítimas, policiais e delegados cada vez mais, sem provas e nem base teórica, descartam preconceituosamente a presença de homofobia em muitos desses homicídios (MOTT; MICHELS; PAULINHO, 2016, p. 5).

Ao final do relatório, Mott, Michels e Paulinho (2016, p. 5) acrescentam que, “[...] em janeiro de 2017 já foram documentados 23 assassinatos de LGBT em 22 dias”, isso significa que apenas no início do ano a estimativa de assassinatos contra tal público já representa um número bastante alto, pois, conclui-se que, mais de um LGBT é assassinado por dia.

Frente a esse contexto de subjugação e marginalização de direitos, vislumbra-se que tais dados são ainda maiores, haja vista que, por não possuir um aparato legal que tipifique tais casos, na maioria das vezes as violações contra LGBTs (com conotação homofóbica) não são contabilizadas, representando, portanto, um verdadeiro empecilho para o seu enfrentamento.

Sendo assim, segundo informações colhidas pelo site G1, em matéria publicada pela página do Fantástico no dia 19 de junho de 2016, hoje, no Brasil, se uma pessoa for xingada ou sofrer agressão física pelos simples fato de ser homossexual ou transexual, esta pessoa vai se direcionar a uma delegacia de polícia para prestar queixa, no entanto não obterá êxito em registrar o ocorrido como “caso de homofobia” em virtude da ausência de tipificação penal destes casos na legislação penal brasileira. Logo, por não ser considerado crime, a homofobia carece de proteção legal, recebendo menos atenção da polícia e, conseqüentemente, dos aparatos estatais (SPILLER, 2016).

Ou seja, se não há uma lei que criminalize a violência homofóbica e, tampouco, instrumentos idôneos para que o delegado de polícia possa enquadrar tais atos como crime, como consequência prática e direta, os casos de homofobia passam a ser recorrentes permanecendo impunes perante sua atual conjuntura. Assim dispõem Mott, Michels e Paulinho (2016, p. 4) no mencionado relatório: “Somente em 17% desses homicídios o criminoso foi identificado (60 de 343), e menos de 10% das ocorrências redundou em abertura de processo e punição dos assassinos. A impunidade estimula novos ataques”.

Nessa esteira, costumeiramente, nos casos de violência e discriminações com conotação homofóbica, dá-se ao caso uma tipificação penal diversa, por não existir um tipo penal específico que venha a enquadrar o crime de homofobia. Desse modo, as

estatísticas oficiais de violência contra homossexuais e transexuais não são apuradas, sendo, então, decorrentes de outras formas de percepção do problema.

De tal modo, Maria Berenice Dias (2015) - em sua obra *Manual de Direito das Famílias*, dispõe sobre o papel desempenhado pela lei no tocante ao desestímulo de tais práticas e a sua não regulamentação como fator que leva a invisibilidade:

A lei, através de comandos intimidatórios e punitivos, busca estabelecer paradigmas comportamentais por meio de normas cogentes e imperativas, na esperança de gerar comportamentos alinhados com o padrão moral majoritário. Na tentativa de desestimular atitudes que se afastem do parâmetro reconhecido como aceitável, nega juridicidade a quem afronta o normatizado. Mas com essa postura negam-se não só direitos - nega-se a existência de fatos. Tudo que surge à margem do modelo posto como correto não merece regulamentação. A desobediência é condenada à invisibilidade. O transgressor é punido com a exclusão do sistema jurídico. Mas situações reais não desaparecem simplesmente porque o legislador não as regulamenta, e a única consequência é a exclusão de direitos (DIAS, 2015, p. 56-57).

Calcado neste pensamento, há que se salientar que mesmo não dispendo de uma lei que venha a tutelar tais situações jurídicas, o movimento LGBT, bem como os defensores dos direitos humanos fundamentais, tem caminhado no sentido de discutir tais assuntos perante a sociedade civil numa tentativa de dar voz aos anseios de toda uma comunidade, posto que, como máxima do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana foi elevada a fundamento basilar de todo o ordenamento jurídico brasileiro, devendo-se, pois, todas as discussões que envolvem “pessoas e sujeitos” serem pautadas neste princípio.

Neste ponto, torna-se oportuno trazer à baila, ainda, os ensinamentos de Dias (2013, p. 65-66) acerca da dignidade da pessoa humana:

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito. O princípio da dignidade da pessoa humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva. O Estado não apenas tem o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.

Deste modo, no intuito de promover a dignidade da pessoa humana através de condutas positivas, passa-se a expor o que seria homofobia, suas espécies, bem

como as formas em que esta se materializa, na busca de se conhecer melhor o problema, para posterior intervenção.

2.2 Mas o que seria homofobia?

Na visão de Gomes, Kurashige e Reis (2014, p. 145):

Historicamente, a sexualidade humana tem como parâmetro a heterossexualidade como norma. Isso resultou na materialização de diferentes modalidades de preconceitos e, conseqüentemente, na imposição e naturalização da invisibilidade das práticas afetivo-sexuais entre pessoas do mesmo sexo. Gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transexuais foram e são alvos de discriminação que se expressa na posição de rejeição assumida, na maioria das vezes, pela família; nos ambientes de trabalho e de participação política; nos ambientes escolares e universitários; nos espaços de lazer; de amizade e em praticamente todas as dimensões da existência humana. Isso porque as diferenças no jeito de ser e viver têm significado uma arena fértil para a manifestação de múltiplas modalidades de opressão. Raça, etnia, gênero, orientação sexual e muitos outros itens compõem a agenda de questões que, historicamente, estão no alvo da intolerância e da não aceitação da diversidade (sic).

Destarte, todos os dias, em algum lugar do país, sejam em escolas, restaurantes, bares, igrejas, praças, ou seja, em todos os lugares, pessoas LGBTQs são vítimas de discriminações e preconceitos nas suas mais variadas manifestações, chegando até, em casos extremos, a verdadeiras chacinas pelo simples fato de um determinado sujeito/indivíduo amar pessoas de igual sexo, orientação sexual ou identidade de gênero ou, ainda, por se assumir enquanto pertencente à determinada comunidade.

Fato é, que por conta do preconceito e da discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, muitas pessoas tem sofrido violência e ataques no seu dia a dia e, conseqüentemente, a homofobia tem se alastrado, firmando raízes em manifestações diversas.

Segundo o Relatório da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República:

A homofobia possui um caráter multifacetado, que abrange muito mais do que as violências tipificadas pelo código penal. Ela não se reduz à rejeição irracional ou ódio em relação aos homossexuais, pois também é uma manifestação arbitrária que qualifica o outro como contrário, inferior ou anormal. Devido à sua diferença, esse outro é alijado de sua humanidade, dignidade e personalidade (BRASIL, 2012, p. 10)

Neste sentido, percebe-se, pois, a maneira como a violência homofóbica se materializa; aonde quer que se vá, sempre há alguém que acredita ser melhor que uma pessoa LGBT, como se a sexualidade heteroafetiva fosse à regra e, as demais manifestações de sexualidade/afeto fugissem a esta, assumindo um “status” de exceção ou de sujeito “marginalizado”.

Desse modo, nas palavras de Borillo (2010, p. 34):

A homofobia pode ser definida como a hostilidade geral, psicológica e social àqueles ou àquelas que supostamente sentem desejo ou têm relações sexuais com indivíduos de seu próprio sexo. Forma particular de sexismo, a homofobia renega igualmente todos aqueles que não se enquadram nos papéis determinados para seu sexo biológico. Construção ideológica que consiste na promoção constante de uma forma (hétero) em detrimento de outra (homo), a homofobia organiza uma hierarquização das sexualidades, o que tem consequências políticas.

Ou seja, de acordo com o que apregoa o mencionado autor, se o indivíduo não se adequa aos papéis socialmente impostos ao seu sexo biológico, bem como aos padrões de gênero, o mesmo passa a sofrer sanções de natureza diversificada, diga-se de passagem: preconceitos, discriminações, violência, opressão, entre outros sentimentos negativos, posto que, há uma subversão de normas que foram cultuadas em sociedade.

Nesta lógica, Ferreira (2016, p. 2) assim dispõe:

Por este conceito de homofobia percebe-se a ideia de heteronormatividade difundida, excluindo aqueles que não se enquadram na norma posta, fazendo daqueles que possuem uma performance diferente do gênero a qual nasceu uma “peça” sem encaixe no quebra-cabeças da sociedade, gerando assim a exclusão e as discriminações.

Do mesmo modo, Gomes, Kurashige e Reis (2014, p. 146) ao tentar definir a homofobia assim asseveram:

A homofobia/lesbofobia é uma das manifestações da fobia que se manifesta quando tomamos as diferenças de orientação sexual entre as pessoas como fonte de preconceito e de discriminação e até de agressão física, verbal, sexual ou moral, caracterizando-se por toda a ordem de violência física, psicológica e simbólica cometida contra quem vivencia relação afetivo-sexual com indivíduos do mesmo sexo.

Ante o exposto, resta claro, que o conceito de homofobia tem sido utilizado para expressar os diversos sentimentos negativos em relação às pessoas LGBTs, desde emoções negativas, ofensas com base na orientação sexual e na identidade de gênero, até mesmo a aversão ou o ódio contra tais sujeitos. Ainda nas palavras de Borillo (2010), a homofobia, tal como a xenofobia, o racismo ou o antissemitismo, é uma manifestação arbitrária que se traduz em qualificar o outro como anormal, contrário ou inferior. Reportando-se, também, a um preconceito e ignorância que se fundamentam em acreditar na predominância e na naturalidade da heterossexualidade, como regra posta.

Acrescenta este autor, ainda, que não se tratando apenas de uma violência contra homossexuais, “a homofobia constitui-se uma ameaça aos valores democráticos de compreensão e de respeito ao outro, pois promove a desigualdade entre os indivíduos em função de seus desejos, encoraja a rigidez dos gêneros e favorece a hostilidade ao outro” (BORILLO, 2009, p. 43). Logo, basta verificar o caráter de tais práticas para se perceber, suficientemente, que a homofobia produz marcas e se denota como uma estrutura de poder, causando no outro sentimentos de humilhação, inferioridade e anormalidade, bem como produzindo, veemente, no sujeito que sofreu a violência as marcas da dominação. Ou seja, como bem corrobora Foucault (1973): “normas que se apoderam dos corpos e inscrevem neles as marcas do poder”.

Para Fernando Pocahy (2007, p. 13):

Judith Butler (2005) denuncia a fragilidade constitutiva da heterossexualidade, pelo seu próprio avesso, pois as práticas sexuais ditas não normais colocam em questão a estabilidade do gênero como questão de análise na definição do que é ou não “normal” e por isso possível, em termos da sexualidade e de uma vida inteligível. Ao nos propor a desnaturalização do gênero, como estratégia para conter a violência das normas que o governam, Butler (2005) nos oferece a possibilidade de refutarmos e denunciarmos os pressupostos impetrados pelas interpelações cotidianas - populares ou acadêmicas - sobre a sexualidade, as quais atribuem à heterossexualidade um caráter natural e evidente.

Sendo assim, torna-se imperioso tecer comentários acerca dos conceitos de sexo, gênero, identidade de gênero e orientação sexual, com vistas a uma compreensão mais profunda da problemática apresentada e dos conhecimentos básicos atinentes ao objeto de estudo.

2.2.1 Conceitos: sexo, gênero, identidade de gênero e orientação sexual.

No texto “identidade de gênero e sexualidade”, Miriam Grossi (2010, p. 12) consegue expressar de forma simples e direta as distinções entre os termos anteriormente citados. Nesse sentido, a autora elucida que:

Sexo é uma categoria que ilustra a diferença biológica entre homens e mulheres; gênero é um conceito que remete à construção cultural coletiva dos atributos de masculinidade e feminilidade (que nomeamos de papéis sexuais); identidade de gênero é uma categoria pertinente para pensar o lugar do indivíduo no interior de uma cultura determinada e que sexualidade é um conceito contemporâneo para se referir ao campo das práticas e sentimentos ligados à atividade sexual dos indivíduos.

No Brasil e em outros países, conceitos como o de sexo, gênero, identidade de gênero e orientação sexual são, na maioria das vezes, encarados pelo senso comum como se tivessem um mesmo significado. Fato é, que existe uma diversidade de sexualidades e algumas pessoas são justamente estigmatizadas por conta da maneira como a exteriorizam. Tratando sobre o assunto, Grossi (2010, p. 4), assim dispõe:

O conceito de gênero está colado, no Ocidente, ao de sexualidade, o que promove uma imensa dificuldade no senso comum – que se reflete nas preocupações da teoria feminista – de separar a problemática da identidade de gênero e a sexualidade, esta marcada pela escolha do objeto de desejo.

Desta maneira, alguns autores costumam perceber o conceito de “identidade de gênero” e “identidade sexual” de maneira errônea, exprimindo neles um sentido equivocado e, ora, os considerando como sinônimos. No presente trabalho, de modo diverso, vislumbra-se o conceito de gênero com ampliação maior que a identidade sexual, posto que, entender o gênero e sua definição é, sobretudo, compreendê-lo como um aspecto de múltiplos sentidos, a depender de cada cultura.

Seguindo esta lógica, pode-se dizer que o conceito de gênero está atrelado a um conjunto de valores culturais, ou seja, à medida que são designados papéis sociais dentro de cada sociedade, estes servem de norte para que as pessoas possam adequar seus comportamentos dentro de um padrão socialmente estabelecido; assim eram os papéis sociais designados ao homem e a mulher como

frutos de uma cultura patriarcal, que tinha na heterossexualidade a única forma de relação afetiva socialmente aceita.

A partir do momento em que novas formas de vivenciar a sexualidade passaram a buscar espaço numa sociedade puramente heteronormativa, o conceito de gênero, concomitantemente, se ampliou, estando atualmente interligado ao próprio exercício da sexualidade, conforme corroborado acima.

Isto posto, levando-se em consideração o caráter cultural do conceito de gênero, Joan Scott (1995) o define como sendo um construto social que constitui as relações sociais entre os sexos. Para Louro (2008, p. 2),

A construção dos gêneros e das sexualidades dá-se através de inúmeras aprendizagens e práticas, insinua-se nas mais distintas situações, é empreendida de modo explícito ou dissimulado por um conjunto inesgotável de instâncias sociais e culturais.

Logo, diante deste raciocínio, o conceito de gênero seria resultado de um conjunto de práticas culturais cultuadas em sociedade. No trabalho em evidência, prefere-se pensar o conceito de gênero de um modo um pouco diferente, tal como pensou a antropóloga Maria Luiza Heilborn (2004), ao entendê-lo como um conceito que prioriza a extensão da escolha cultural, com vistas a descartar alusões a um ativismo essencialmente biológico, para esclarecer as formas que o feminino e o masculino assumem em diversas culturas. Ou seja, através do pensamento da autora, o gênero passaria a ser compreendido a partir dos múltiplos papéis possíveis a serem desempenhados tanto pelo feminino, quanto pelo masculino, numa dada cultura (HEILBORN, 2004).

Dando-se seguimento a exposição dos demais conceitos, o presente trabalho se propõe a utilizar o conceito de identidade de gênero e orientação sexual retirado do Livro “TEMPO BOM, TEMPO RUIM – Identidades, políticas e afetos” de autoria do Deputado Federal Jean Wyllys (2014, p. 24). Em sua obra, o mencionado Deputado Federal e autor - elucida de maneira clara e didática tais conceitos. Para ele,

A identidade de gênero é a maneira como nos percebemos e nos colocamos no mundo, desempenhando o papel social esperado de cada gênero (homem ou mulher). A orientação sexual, por fim, é o sentido para o qual direcionamos nosso desejo, ou seja, nossa libido, a procura instintiva por prazer erótico.

Ciente de que a confusão em torno desses conceitos é recorrente, há que se salientar que identidade de gênero e orientação sexual não se confundem, possuindo, portanto, significados essencialmente distintos. Desse modo, pode-se compreender a identidade de gênero como sendo a maneira pela qual o indivíduo se enxerga ou, ainda, o gênero com o qual se percebe fazer parte; sendo que, o que vai determinar a identidade de gênero é a forma como este/esta se sente, se percebe, bem como a maneira que deseja “ser” reconhecido/a perante as demais pessoas. Assim, fica claro, que no tange ao aspecto da identidade de gênero o indivíduo se enxerga como um sujeito singular no meio da diversidade sexual e deseja ser reconhecido por tal identidade.

A respeito disso, Heilborn (2004, p. 25) aduz: “O sujeito é percebido e se percebe como uma mônada inteligível em si mesma e como realidade anterior a qualquer outra, o que significa dizer que possui um estatuto de precedência lógico-valorativa sobre qualquer relação social”.

Com efeito, a identidade de gênero seria, então, a exteriorização das percepções que o sujeito tem sobre si próprio, seus sentimentos, a maneira de internalizá-los e expressá-los, o modo de falar, as expressões corporais a dar sentido à fala, o modo de se vestir, o comportamento diante de determinadas situações e uma infinidade de outros aspectos que se percebem e são percebidos como intrínsecos ou próprios do sujeito em si.

Contudo, a relevância de se salientar estes aspectos é que, embora esta expressão rompa com a lógica e a cadeia ora retratada, o sujeito, apesar disso, costuma a buscar encaixe nos papéis socialmente pré-estabelecidos, como forma de se adequar a sociedade e, por sua vez, encontrar nela uma representação e uma autodeterminação. Sob esse enfoque, como se desponta, se existem apenas dois papéis de gênero, o masculino e o feminino, como essencialmente consagrados, o sujeito tende a adotar um destes como legítimo de maneira a direcionar todos os seus trejeitos e expressões, independentemente do sexo, gênero, orientação sexual ou identidade de gênero.

Assim, conforme as palavras de Miguel (2016, p. 2):

[...] pode-se observar sujeitos que tem como identidade de gênero a aceita socialmente, que são os homens masculinos e as mulheres femininas,

como também sujeitos que rompem com a coerência e continuidade que lhes são impostas, adotando características de comportamentos diferentes do que lhe é esperado perante o seu sexo biológico.

Nesse sentido, têm-se as transgeneridades, como é o caso dos/as travestis, dos/as transgêneros, que apesar de manter as características biológicas do seu sexo de nascimento, manifestam-se com comportamentos do gênero enquadrado para o sexo oposto. Por exemplo, a travesti mantém o falo e não o repudia, todavia veste-se e apropria-se de comportamentos femininos, por assim se identificar. Os/as transexuais como já tratado anteriormente também se identificam com o sexo oposto ao do seu nascimento, mas não apenas no que se trata da expressão da sua identidade de gênero, como também manifesta essa identificação pelo seu corpo, inclusive passando por mudanças físicas.

No que tange ao aspecto da orientação sexual, por sua vez, pode-se compreendê-la, de forma simples e direta, como sendo a atração sexual ou sentimental que se sente por outros indivíduos; ou seja, a orientação sexual indica pelo quê o indivíduo se sente atraído, mostrando pra que lado sua sexualidade está orientada. Deste modo, se o indivíduo sente atração sexual ou sentimental por pessoa do sexo oposto, dá-se a ele/ela a denominação de heterossexual (ou heteroafetivo/a); por sua vez, se a atração e/ou o sentimento se dá por indivíduos de igual sexo, a orientação sexual é definida como homossexual (ou homoafetivo/a). Por fim, há também aqueles que sentem atração por ambos os sexos, sendo usualmente chamados de bissexuais ou, ainda, biafetivos/as. Assim, sintetizando Rios (2001, p. 387), a orientação sexual:

[...] é compreendida como a identidade atribuída a alguém em função da direção de seu desejo e/ou condutas sexuais, seja para outra pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade) ou de ambos os sexos (bissexualidade).

Em outras palavras, pode-se dizer, então, que a orientação sexual vai estar atrelada ao efetivo exercício da sexualidade, do desejo sexual e sentimental de cada pessoa, orientada para um determinado sujeito que, por sua vez, poderá ser do sexo oposto, do mesmo sexo ou, ainda, de ambos os sexos, a depender do sujeito para o qual canaliza suas expressões de afetividade e sua atração sexual.

Desta maneira, pode-se conceber que há a presença dos heterossexuais, dos homossexuais masculinos, das lésbicas, dos/as bissexuais (orientação sexual), dos/as travestis e dos/as transexuais (identidade de gênero), sendo que, mesmo diante de toda a diversidade sexual, a heterossexualidade sempre foi colocada como o centro de todas as demais manifestações da sexualidade, como se esta fosse à

regra e as demais assumissem um status de marginalização. A respeito disso, assevera Lehfeld e Mendonça (2015, p. 150):

A partir de então, a prática homossexual vem se colocando em posições às margens da sociedade e o preconceito e as injustiças tornam-se constantes. Pois, a mesma sociedade que luta por direitos ainda é a mesma que repudia a tutela desse grupo social na tentativa de afastar, impedir ou dificultar o acesso aos Direitos Humanos Fundamentais para uma sadia e digna condição de vida, como consagrados pela Constituição Cidadã.

Logo, por ser a heterossexualidade legitimada durante toda a história, quebrar as discriminações e os preconceitos em face das demais manifestações da diversidade sexual, não tem sido uma tarefa fácil perante este quadro, principalmente quando os discursos das instituições sociais (como por exemplo: a igreja, a escola) – formadoras de opinião, na maioria das vezes alimentam tais dissabores, disseminando uma cultura de repulsa a diversidade sexual e, em outros casos, se omitindo de discutir tais assuntos perante a sociedade civil como se o afeto vivenciado pela comunidade LGBT representasse uma afronta aquela.

Feitas essas considerações, resta clara a diferenciação existente entre tais conceitos e a dimensão em que estes estão sobrepostos, uma vez que, é com base nas distinções de orientação sexual e identidade de gênero que se passa a compreender quais os fundamentos em que tais práticas se alicerçam, bem como o caráter multifacetário e desregrado das práticas homofóbicas.

2.2.2 Manifestações da homofobia: as discriminações por orientação sexual e identidade de gênero

Ciente de que a orientação sexual e a identidade de gênero são expressões ainda não muito conhecidas por grande parte da população, a visibilidade dada aos sujeitos da diversidade sexual, na maioria das vezes encontra-se envolta em uma margem de silêncio. Fato é, que ainda hoje, no Brasil, pertencer a alguma categoria do gênero LGBT é sinônimo de preconceitos, discriminações e violência.

Considerando-se este cenário de subjugação a diversidade sexual, o assunto em comento torna-se alvo de críticas e de forte resistência nos mais variados âmbitos, sendo, não raras vezes, foco de piadas, apelidos pejorativos, brincadeiras

com o intuito de denegrir a imagem destas pessoas, como se o simples fato de pertencer a uma categoria diversa da heteroafetiva fosse caracterizado como algo errado, anormal e, conseqüentemente, objeto de exclusão.

Sendo este o cenário vivenciado diariamente pela comunidade LGBT, já se tornou recorrente na sociedade considerar tais práticas como anormais, visto que, a própria cultura heteronormativa coloca a heterossexualidade como regra e as demais manifestações de sexualidade como se fosse “dissidentes” a esta.

Tratando sobre o assunto, assevera Dinis (2011, p. 41):

A homofobia se tornou, no mundo contemporâneo, um dos últimos preconceitos ainda tolerados. Qualquer brasileiro (a) pode se lembrar facilmente de vários nomes da política nacional ou dos movimentos de defesa dos Direitos Humanos que defendem publicamente o direito das minorias étnico-raciais, das mulheres, das (dos) presidiárias (os), dos (as) sem-terra, das pessoas com necessidades educativas especiais, mas que se escondem quando o assunto em pauta é o combate à violência ou a luta pelos direitos de gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais. Na atualidade poucas pessoas ousariam expressar publicamente formas de sexismo contra as mulheres, ou formas de racismo que incentivem explicitamente o preconceito contra a população negra, contra a população judaica, contra a população indígena, ou outras minorias étnico-raciais. No entanto, dizer publicamente não se simpatizar ou mesmo odiar pessoas homossexuais ainda é algo não só tolerado, como constitui também em uma forma bastante comum de afirmação e de constituição da heterossexualidade masculina.

Nesta conjuntura, o terreno da intolerância se faz presente, debruçando suas raízes sobre variantes cada vez mais diversificadas, desde atos mais simples, como por exemplo, xingamentos, deboches, apelidos, palavras de baixo calão, até aqueles que chegam ao extremo de ceifar a vida de gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais, pelo mero fato de não aceitar que a diversidade sexual existe e que tais indivíduos merecem ter sua dignidade humana amplamente protegida, conforme preconiza a Constituição Federal de 1988, bem como os princípios constitucionais nela vigentes.

É com base no preconceito, nas discriminações, no medo de sofrer violência, de ser excluído do seio social, de sofrer repreensão por parte da sociedade e, inclusive, de sua própria família, que muitas pessoas LGBTs preferem viver sob o manto da invisibilidade, sufocando desejos, vontades, comportamentos, práticas

afetivas sexuais e, principalmente, suas relações afetivas, justamente pelo fato de que tais práticas assumem um caráter subversivo ao serem publicizadas.

Ao se ver duas pessoas do mesmo sexo exprimindo sua afetividade em lugares públicos, bem como pessoas transexuais exercendo sua sexualidade, os discursos se acaloram, desde os mais profanos, até mesmo ao fato de equiparar tais práticas como doença, anormalidade, entre outras tantas denominações, entrando em cena o fenômeno da homofobia e, por conseguinte, das discriminações por orientação sexual e identidade de gênero.

Nesse contexto, o público LGBT se configura como uma classe extremamente vulnerável, sendo expostos aos mais variados tipos de tratamentos desumanos, de violações a direitos fundamentais e sofrendo, portanto, estigmatização. Como prova disto, vale ressaltar que em alguns países, ainda hoje, o afeto e as relações afetivas entre tais sujeitos são considerados crimes e punidos com pena de morte.

Na visão de Koehler (2013, p.148):

Tudo isso se torna urgente quando preconceitos, costumes e visões de mundo se voltam contra cidadãos pelo simples fato de não se identificarem ou não serem percebidos como heterossexuais. Há muito tempo homossexuais, bissexuais, travestis, transexuais e intersexos sofrem agressões físicas e morais intensas: assassinatos, espancamentos, ofensas verbais, demissão do emprego e exclusão escolar são frequentes. Essa dinâmica é alimentada, direta e indiretamente, por opiniões, crenças e valores da mentalidade heterossexista e pela falta de informação e formação sobre a sexualidade.

Frente a esse cenário, torna-se importante tecer comentários sobre o que seria a discriminação, bem como o preconceito. Segundo as exposições do magistrado e professor Roger Raupp Rios (2008), o conceito jurídico constitucional de discriminação teria por base qualquer forma de distinção, restrição, exclusão ou privilégio que tenha por finalidade ou efeito dificultar ou impedir o reconhecimento, a fruição ou o exercício, em condições de igualdade, de direitos e liberdades fundamentais nos mais diversos campos, tais como o econômico, o social, o cultural ou em qualquer campo da vida pública.

A partir desse posicionamento, compreende-se que, as discriminações por orientação sexual e identidade de gênero se constituem a partir do momento em que é dado aos sujeitos da diversidade sexual tratamento diferenciado em virtude do preconceito, provocando na vítima/ofendido um sentimento de distinção e/ou

exceção no que tange ao reconhecimento e pleno gozo de seus direitos e liberdades fundamentais.

Ciente de que na prática, não raras vezes, a utilização das expressões discriminação e preconceito se dão de forma desconexa, o que, por ora, poderia ser esclarecido por estarem intrinsecamente interligados, tais termos, de fato, representam fenômenos distintos. Sendo assim, nas lições de Vecchiatti (2011) percebe-se o preconceito como sendo um juízo de valor irracional ou desarrazoado, que consiste em compreender erroneamente ou de forma arbitrária um dado tema ou assunto, ou seja, um dado que perpassa de forma equivocada o íntimo do sujeito; por conseguinte, a discriminação seria a materialização do preconceito, ou seja, o meio pelo qual este ganha forma e concretude, refletindo no tratamento distinto dado a alguém.

Nesta acepção, apregoa Rios (2007, p. 27-28):

Por preconceito, designam-se as percepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções. Já o termo discriminação designa a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violação de direitos dos indivíduos e dos grupos.

Sendo assim, por visões equivocadas e distorcidas sobre a diversidade sexual, são tamanhas as atrocidades vivenciadas pelas pessoas LGBTs. Como consequência, o crescimento deste fenômeno social é cada vez pungente, se tornando rotina cenas de violações aos direitos fundamentais deste grupo, tais como: assassinatos, espancamentos, agressões verbais (injúrias), violência psicológica e/ou simbólica, discriminações, tendo nos aspectos da identidade de gênero e da orientação sexual, a base precursora para suas manifestações.

2.2.3 Espécies de Homofobia:

Considerando-se os desdobramentos da homofobia, bem como as discriminações por orientação sexual e identidade de gênero a que o público LGBT está submetido, é importante salientar que a prática homofóbica irá variar de acordo com o contexto em que estes estejam inseridos. Contudo, algumas práticas ganham

maior visibilidade e, conseqüentemente, publicidade, como a homofobia familiar, a homofobia institucionalizada e a homofobia internalizada, dentre outras.

No que tange a homofobia familiar, Schulman (2010, p. 70) tece comentários acerca das conseqüências deste tipo de homofobia:

Devido à natureza invertida do comportamento dominante, as pessoas gays estão sendo punidas no interior da estrutura familiar, mesmo que nunca tenhamos feito nada de errado. Essa punição tem conseqüências dramáticas tanto nas nossas experiências sociais quanto em nossas relações de maior confiança, as relações afetivo-sexuais.

Ou seja, na visão da autora, as práticas homossexuais são colocadas à margem da sociedade, justamente, pelo fato de que, durante anos, a heterossexualidade foi tida como norma dominante, reproduzindo um discurso de poder, adentrando os lares do sujeito e fazendo com que o indivíduo também seja punido no próprio ambiente familiar, por não se adequar ao modelo – padrão pré-estabelecido em sociedade (SCHULMAN, 2010).

Para Ferreira (2016, p. 3):

Diferentemente do negro que os pais são negros também ou se adotados, são por pessoas que também não tem preconceito racial, caso sofram algum tipo de preconceito na rua terão estes o apoio familiar, o que não ocorre com homossexuais que a falta de apoio começa em muitos casos pela família.

Corroborando o exposto, a educadora Joaquina Lacerda Leite (2011, p. 20) assim elucida:

Dentre todos os preconceitos sociais, o que discrimina o segmento LGBT é o que provoca mais dor e sofrimento, porque é o único que é observado tanto dentro quanto fora da família da vítima. Sendo a família considerada como local privilegiado de afeto e abrigo, onde as pessoas se protegem e encontram forças para neutralizar as agruras sofridas fora de casa, não é difícil pressentir o quanto é doloroso ser rejeitado pelos próprios pais. .

Ao notar que o fenômeno da homofobia encontra resistência até mesmo neste ambiente, é de se esperar que a prática homofóbica ganhe maior notoriedade, pois, se até mesmo no espaço em que o indivíduo compartilha laços consanguíneos e afetivos com sua família – a violência, o preconceito e a discriminação se fazem

presentes, é de fácil percepção que as consequências para com este assumem um caráter assustador por não encontrar apoio e aceitação no próprio núcleo familiar.

A respeito disso, elucida Schulman (2010, p. 69):

Existem duas experiências que a maioria dos homossexuais compartilha. Uma é a de “assumir-se”, processo de interrogação pessoal em oposição à expectativa social, que não tem quaisquer paralelos na vida heterossexual. A segunda experiência comum é que fomos, cada um de nós, em algum momento de nossas vidas, inferiorizados por nossas famílias simplesmente, mas especificamente, por causa de nossa homossexualidade. Essa experiência é, por sua vez, espelhada pelo sistema legal e pelas estruturas sociais dominantes, através das quais as pessoas gays devem viver, assim como nas artes e nas indústrias de entretenimento, as quais selecionam e controlam nossas representações. Como consequência, a exclusão familiar e a inferiorização é comumente estendida pelo comportamento com o qual as pessoas gays tratam umas as outras. Reforçadas, portanto, por um jogo de espelhos.

Logo, a exteriorização pública da identidade sexual e a reprovação/marginalização mediante a família em decorrência daquela, são sensações exclusivas e limitadas apenas e, tão somente, as pessoas não heterossexuais. Ademais, a desconexão ao meio social em conjunto com a carência de sentimentos por parte da família (compreensão e afetividade familiar) e, principalmente, quando se trata da aceitação, geram inúmeros prejuízos psicológicos aos indivíduos LGBT, tais como o medo, a insegurança e a redução da autoconfiança e da autoestima.

Nesta lógica, Nunan (2007) traz que os indivíduos que apresentam baixa autoestima, costumeiramente, possuem problemas em permanecer em relacionamentos duradouros, visto que, há uma grande propensão de tais indivíduos não valorizarem os seus parceiros.

Tratando ainda do assunto, Schulman (2010, p. 70) preleciona:

As especificidades e dimensões da homofobia familiar são amplas. Elas podem variar desde pequenos desrespeitos a graus variados de exclusão, chegando a ataques brutais que deformam a vida da pessoa gay, ou até a crueldades diretas e indiretas que literalmente acabam com a existência daquela pessoa. É claro que o impacto disso irá variar de acordo com outros tipos de sistemas de apoio que a vítima consiga acessar, com o quão comprometida é a sua família no reforço da homofobia e com os tipos de intervenção realizados por terceiros. Caso os preconceitos da família sejam flexíveis, caso a vítima tenha uma rede de apoio consistente e confiável e caso outros indivíduos na família ou na comunidade intervenham ativamente na denúncia, portanto, na mitigação do impacto da crueldade, a homofobia familiar pode ser um obstáculo desnecessário, mas superável.

Sem intervenção compassiva, entretanto, a homofobia familiar pode se tornar uma opressão dolorosa determinante na vida da pessoa gay. Pior do que isso, pode ser o modelo através do qual as pessoas gays tratam umas as outras. A história mostra que os alvos de desmerecidas crueldades – bodes expiatórios – dependem da intervenção de terceiros que apoiem seus atos de resistência. O fraco necessita de ajuda. O processo se inicia com alguns indivíduos se posicionando entre os perpetradores e as vítimas, o que resulta, no fim das contas, em novas formas de padrão social e, em alguns casos, em legislação.

Outra espécie bastante problemática no que atine ao assunto em questão é chamada homofobia internalizada, que é quando o indivíduo homossexual ou transexual internaliza os discursos de ódio e se incrimina/culpabiliza por pertencer a uma dada orientação sexual ou identidade de gênero. No entendimento de Nascimento (2010, p. 235):

De modo geral, antes mesmo do coming out (sair do armário) de alguns, muitos já acompanharam de perto os sentimentos permanentes e cruéis de vergonha e culpa que acompanham a descoberta ou a tentativa de aceitação de si mesmo e a consciência crescente de fazer parte de uma classe de sujeitos inapropriados perante a sociedade. Tais sentimentos potencializam as que a análise propriamente política da vergonha converge para a crítica da ordem social heterossexista.

Desse modo, uma grande parcela das pessoas LGBTs prefere ficar “dentro do armário”, justamente, pelo fato, de internalizarem os discursos ofensivos e pejorativos sobre a própria identidade sexual; isso acaba refletindo, diretamente, na própria expressão de sua sexualidade, posto que, o indivíduo se culpabiliza por “ser” de tal forma e “agir” como tal, passando, conseqüentemente, a omitir sentimentos, atrações e desejos por pessoas de igual sexo.

Nesse contexto, a homofobia internalizada se materializa como um instrumento de forte dominação, haja vista que, o próprio sujeito homossexual, de forma subjetiva, se auto discrimina, não precisando que nada seja feito para reprimir sua prática afetivo-sexual, pois ele já o faz consigo mesmo. Logo, pode-se conceber, de fato, que o preconceito social é o elemento determinante para o ocultamento da homossexualidade, tal como corrobora Schulman (2010) ao asseverar que a resistência em assumir a identidade homossexual deve-se ao fato da homofobia internalizada, em que o próprio sujeito internaliza os discursos e preconceitos, fazendo destes um instrumento de auto discriminação.

Outrossim, as consequências provindas deste tipo de homofobia são, ainda, mais nefastas, uma vez que, a autoestima do indivíduo é fortemente abalada fazendo com que este se perceba como um estranho, diferente ou uma peça sem encaixe social, podendo ocasionar, também, outros tipos de sentimentos, tais como solidão, culpa e negação de sua própria identidade sexual.

Outro tipo de homofobia bastante comum é aquela que se denota por meio das atividades e serviços prestados por instituições públicas ou privadas, tais como: hospitais, cartórios, escolas, delegacias, entre outros órgãos, sendo chamada, usualmente, de homofobia institucional ou institucionalizada.

No entendimento de Costa e Pinho Neto (2015, p. 131), pode-se vislumbrar a homofobia institucional “[...] quando organizações desrespeitam indivíduos com base no julgamento sobre as suas orientações sexuais ou identidades de gênero; ou ainda quando crimes em razão destes motivos ocorrem dentro do âmbito de instituições”.

De modo a complementar o pensamento destes autores, o antropólogo Mott (2013, p. 9), em sua página “Quem a homotransfobia matou hoje”, expõe em que consiste esse tipo de homofobia. Para ele,

A homofobia institucional se manifesta na omissão das autoridades em investigar crimes contra LGBT, na recusa e mau atendimento das vítimas nas delegacias, na impunidade dos assassinos, na omissão do legislativo em aprovar leis que equiparem e punam a homofobia como ao crime de racismo, no veto do poder executivo a ações afirmativas que promovam a cidadania lgbt.

Ao analisar as palavras trazidas pelo referido antropólogo, percebe-se um aprofundamento, por sua parte, no tocante a compreensão da homofobia institucional para além de seu próprio conceito. Sendo assim, a partir desse posicionamento, Mott (2013) deixa claro que este tipo de homofobia se dá até mesmo quando o poder legiferante se omite de legislar e enfrentar uma determinada demanda por simples apego a uma moral conservadora.

Fato é, que deixar de legislar ou se posicionar acerca de uma realidade que se faz pungente, na sua visão, também é signo de perpetuação do problema e, conseqüentemente, empecilho para o pleno exercício de direitos por parte de determinada comunidade.

Logo, em síntese, pode-se compreender a homofobia institucional como sendo qualquer restrição ou tratamento diferenciado ao grupo da diversidade sexual por parte das instituições públicas ou privadas, repartições, órgãos, bem como de seus agentes, quando forem motivados por questões de orientação sexual e/ou identidade de gênero, para a negativa de amplo acesso a direitos e liberdades fundamentais.

Para finalizar o tópico em comento, Ferreira (2016) se posiciona acerca da necessidade de um aparato legal que venha a criminalizar tais práticas e, conseqüentemente, desestimulá-las, posto que, é obrigação não apenas das organizações públicas, mas também de todas as demais, tratar a todos com dignidade e respeito, independentemente da orientação sexual ou da identidade de gênero que este/a possua. Assim, aduz:

As próprias instituições policiais, que em tese deveriam prestar apoio à homossexuais aparecem em alguns casos como unidades coatoras, autores das discriminações. O que se demonstra neste sentido, salutar a edição de uma lei que puna a homofobia, assim como quaisquer outros crimes de ódio, e que empodere os grupos socialmente vulneráveis para que estes possam dar as devidas respostas às violências homofóbicas (FERREIRA, 2016, p. 4).

3 A HOMOFOBIA ENQUANTO OBSTÁCULO PARA A PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Diante do caminho já percorrido por esta pesquisa, bem como das informações colhidas por esta, percebe-se, com facilidade, que o fenômeno da homofobia tem deixado marcas visíveis na sociedade. Os efeitos decorrentes de sua prática denunciam uma realidade cada vez mais cerceadora de direitos, à medida que, em grande parte, os aspectos da orientação sexual e da identidade de gênero venham sendo utilizados como pretexto para as crescentes discriminações e preconceitos.

Fato é, que embora haja toda uma doutrina de proteção as pessoas, com princípios constitucionais consagrados, objetivos fundamentais a serem atingidos, ainda é intrínseco à sociedade a aversão às relações homoafetivas, bem como a efetivação de direitos direcionados a estas. Ou seja, embora exista uma forte

corrente de combate à homofobia e em prol do respeito à diversidade sexual – implementada com direitos iguais para todas as pessoas, é perceptível uma grande resistência por parte do poder legislativo, bem como da própria sociedade em se efetivar direitos quando estes têm como público alvo à comunidade LGBT, desrespeitando, por conseguinte, os fundamentos e valores constitucionais circunscritos na Carta Magna.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 1º, inciso III alberga como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana como um princípio norteador de todos os demais direitos: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988).

Do mesmo modo, em observância ao Estado Democrático de Direito, bem como aos primados internacionais de direitos humanos, há toda uma doutrina de proteção constitucional para as pessoas no que tange a garantia deste princípio; ou seja, há uma doutrina que resguarda a dignidade da pessoa humana independentemente de critérios distintivos, tais como: cor, sexo, origem, idade e quaisquer outras formas de discriminação, posto que, tal garantia é direito fundamental do ser humano e, também, valor inerente a sua personalidade.

Como bem elucida Dias (2013, p. 65), a dignidade da pessoa humana:

É o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se consegue elencar de antemão. Talvez possa ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções. O princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios. É um macro princípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos. No dizer de Daniel Sarmiento, representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade.

A partir do momento em que a dignidade da pessoa humana foi elevada a fundamento da ordem jurídica constitucional, houve expressa opção do legislador

constituente em direcionar todas as condutas do Estado, bem como da sociedade em prol de ações que venham a disseminar comportamentos em conformidade com o que preza o ordenamento jurídico vigente. Segundo Dias (2013), esse fenômeno ocasionou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de maneira a posicionar a pessoa humana como núcleo principal de proteção de toda a ordem jurídica. Em outras palavras, a valorização da pessoa humana foi concebida como sendo o motivo fundamental para a edificação dos alicerces do Estado e para o Direito, fazendo com que, o princípio da dignidade da pessoa humana seja visto como uma cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade.

Sendo, pois, um princípio fundamental da Constituição Federal, Sarlet (2001, p. 60) traz uma importante conceituação do que seria a dignidade da pessoa humana. Para ele,

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos (sic).

Ou seja, na lição deste autor, a dignidade da pessoa humana seria um princípio basilar para toda e qualquer conduta por parte do Estado, de modo que, este direcione suas ações calcadas, principalmente, na valorização da pessoa humana, no respeito para com o próximo e, inclusive, implique sua atuação de modo a salvaguardar os direitos fundamentais dos indivíduos contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano. Logo, para o mencionado autor, preservar a dignidade da pessoa humana como elemento intrínseco e intuitivo de todas as pessoas torna-se um valor a ser perseguido pelo Estado e, concomitantemente, pela própria sociedade, de forma a garantir a todos os indivíduos condições mínimas para o exercício de seus anseios e projetos de vida (SARLET, 2001).

No mesmo sentido, é o entendimento do constitucionalista Luís Roberto Barroso (2009, p. 275-276):

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 nuclear dos direitos fundamentais, para a tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça.

Desse modo, tal como assevera Barcellos (2002, p.146): “O princípio da dignidade da pessoa humana há de ser o vetor interpretativo geral, pelo qual o interprete e o legislador deverá orientar-se em seu ofício (grifo nosso)”.

Ademais, como mandamento fundamental que é sua abrangência deve-se estender a todos os demais direitos, desde aqueles tidos como fundamentais, até mesmo aos direitos individuais e coletivos, consubstanciados na Carta Magna; como tal, deve-se valer de sua posição de destaque para disseminar uma cultura de respeito e assegurar a todas as pessoas o direito à vida, à integridade física, à liberdade sexual, à liberdade física e emocional, à imagem, ao nome e as demais liberdades públicas, independentemente de quaisquer condições.

Logo, do excerto colacionado pelos autores supracitados, a dignidade da pessoa humana seria a justificativa ou, ainda, o motivo maior, pelo qual toda e qualquer atitude que ameace ou coloque em xeque direitos fundamentais das pessoas LGBTs seja rechaçada, tal como ressalta Lehfeld e Mendonça (2015, p. 154):

[...] confirmando a extrema importância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana para assegurar a acessibilidade das garantias e direitos fundamentais e afastar a ameaça à marginalização social e jurídica dos grupos sociais suscetíveis à vulnerabilidade ou os taxados de minoria.

Tratando de maneira exemplar sobre o assunto, Lima Júnior e Fermentão (2012, p. 330) trazem um importante posicionamento com vistas a ratificar o caráter intrínseco e peculiar da dignidade da pessoa humana pelo simples fato de “ser” humano, ainda que ausente de positivação do direito para o seu reconhecimento. Segundo estes autores:

A dignidade humana pode e deve ser reconhecida e protegida pelo ordenamento jurídico, devendo lembrar que a dignidade, por ser inerente ao ser humano, não existe apenas onde é reconhecida pelo direito e na medida em que este a reconhece, já que constitui dado prévio, independentemente da positivação do Direito. Isso significa dizer que, independente de o Direito positivado lei que protege a dignidade da pessoa humana, esta pessoa, pelo simples fato de pertencer à natureza humana, já possui direito à dignidade.

Nessa senda, por ser a dignidade inerente à própria condição humana não existem razões que venham a justificar a violência homofóbica e, conseqüentemente, o crescente número de violações aos direitos fundamentais da comunidade LGBT, posto que, ainda que esta dignidade não fosse positivada ou que o Estado tenha permanecido omissivo perante tal problemática – no sentido de criminalizar os atos de homofobia, no primeiro caso, essa dignidade ainda existiria e, no segundo caso, a omissão do Estado, neste aspecto, representa um verdadeiro empecilho para a promoção da dignidade, o que, por ora, não significa que ela não existe, pois é inerente ao ser.

Sob esse prisma, infere-se, então, que o princípio da dignidade da pessoa humana prescreve a sociedade e ao Estado o dever de consolidar às máximas percorridas pelo texto constitucional, de modo que, sejam atribuídos a eles, em conjunto, o dever de respeitar e promover as condições necessárias para que se possibilite, de fato, uma vida com dignidade, calcada no respeito, na proteção e na valorização da pessoa humana.

Exige-se do Estado e da sociedade, portanto, uma dupla atuação: primeiro, o dever de abstenção no tocante a medidas que venham a alimentar e a reproduzir o problema; e, segundo, o dever de gerir a atuação estatal em prol de condutas positivas que viabilizem a proteção da pessoa humana em seu sentido mais literal, ou seja, no sentido de que ela possa viver em harmonia com os diversos setores e grupos sociais, recebendo tratamento condizente com sua condição humana, possuindo direitos e deveres iguais e sendo respeitada pelos seus semelhantes e pelo próprio Estado, visto que, como alicerce de toda ordem jurídica constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana norteia toda a atuação estatal e, concomitantemente, a solidez de outros tantos princípios.

Vale salientar neste ponto, as palavras de Barroso (2011, p. 124):

[...] é de se consignar que um Estado democrático de direito deve não apenas assegurar ao indivíduo o seu direito de escolha entre várias

alternativas possíveis, como, igualmente, deve propiciar condições objetivas para que estas escolhas possam se concretizar. As pessoas devem ter o direito de desenvolver a sua personalidade e as instituições políticas e jurídicas devem promover esse desenvolvimento, e não dificultá-lo.

Assim, quando o referido autor diz “propiciar as condições para que essas escolhas possam se concretizar” (BARROSO, 2011, p. 124), ele está se referindo, justamente, aos instrumentos que o Estado possui para percorrer os objetivos traçados pela Carta Magna em prol da liberdade e da dignidade da pessoa humana, enfrentando os desafios na busca pela igualdade material entre as pessoas e elaborando ferramentas que venham a repelir quaisquer condutas que atentem contra a harmonia e a paz em sociedade, estando incluídas aqui, as violações aos direitos fundamentais das pessoas LGBTs, que permanecem, ainda, sob o manto da omissão legislativa quanto à sua criminalização.

3.1 A proteção constitucional contra qualquer tipo de preconceito ou discriminação

Com o suporte trazido pelos conceitos sobre a dignidade da pessoa humana, forma-se o terreno fértil para se conhecer qual o posicionamento dado pelos demais dispositivos da Constituição Federal de 1988 para que os atos de homofobia venham a serem objetos da tutela penal e, conseqüentemente, criminalizados.

A Constituição Federativa de 1988, já em seu preâmbulo, preconizou que os representantes do povo 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 (BRASIL, 1988). Neste sentido, a Carta Magna, como instrumento político de formação do novo Estado, incumbiu a este o dever de garantia aos valores fundamentais, para a constituição de uma sociedade fraterna e sem preconceitos, tendo na igualdade o fator propulsor para todas as relações.

Seguindo esta linha de proteção, a Carta Magna de 1988 em seu art. 3º, inciso I, estabeleceu como um dos objetivos fundamentais do ordenamento jurídico vigente a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, agregando, ainda, em

seu texto legal (inciso III) a importância em se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Por sua vez, no art. 4º desta Carta houve expressa menção do legislador constituinte em afirmar que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (inciso II), elencando, também, neste rol, o repúdio ao terrorismo e ao racismo (inciso VII), como princípios basilares nas relações mantidas pelo país (BRASIL, 1988).

A partir desses dispositivos iniciais fica a nítida a preocupação, em primeiro plano, por parte do Estado Brasileiro, em traçar, ao menos em linhas gerais, premissas básicas a serem observadas para o desenvolvimento do convívio em sociedade, de maneira pacífica e harmônica, bem como estabelecer diretrizes de cunho antidiscriminatório contra qualquer ato que venha a atentar contra a prevalência dos direitos humanos.

Adentrando, ainda mais, o texto constitucional, o Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) do Título II da Carta Magna, intitulado – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, traz logo no artigo inicial desta sessão, à máxima de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (BRASIL, 1988). Ou seja, o art. 5º da Constituição Federal enuncia uma gama de direitos e garantias fundamentais elevando a proteção da pessoa humana como objeto principal de todo o Direito e como atributo peculiar para a promoção dos direitos da personalidade.

Deste modo, o art. 5º (CF/88), como um dos mais importantes preceitos em sede de direitos e garantias fundamentais, é fértil em se tratando de cláusulas ligadas à antidiscriminação; para se ter ideia do quanto tais direitos recebem proteção especial e qual o papel ocupado por estes para a consolidação da ordem jurídica brasileira, basta verificar o seu caput, o qual assevera que todas as pessoas “são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (BRASIL, 1988). Seguindo a mesma lógica antidiscriminatória são os seus incisos, que assim dispõem:

- I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
- III – ninguém será submetido à 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 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 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;
- XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (BRASIL, 1988).

Diante desses dispositivos legais, a Constituição Federal de 1988 consubstancia-se, portanto, como uma carta garantista de direitos, posto que, é com base nela, que o Estado passa a tutelar determinadas situações jurídicas e a fazer valer todo o conteúdo principiológico protegido em sede constitucional.

Neste sentido, embora a Constituição não traga expressamente que as discriminações por orientação sexual e identidade de gênero constituem atitudes que devem ser banidas pelo Estado, tal como as discriminações pela cor da pele, raça, origem, entre outras (que recebem tratamento diferenciado e, inclusive, dispendo de legislação própria), isso não significa dizer que tais condutas não merecem tutela estatal e permaneçam invisíveis perante a chancela do Estado, uma vez que, como carta garantista que é deve ser observada de maneira sempre abrangente promovendo o bem comum, tal como assevera Ferreira (2016).

Ademais, ao fazer uso da expressão genérica “e quaisquer outras formas de discriminação”, verifica-se que há, pelo menos em nível constitucional, uma preocupação em se coibir, inclusive, as agressões não contempladas de forma explícita, tais como aquelas pertinentes à orientação sexual, bem como as relacionadas à identidade de gênero, uma vez que, nos termos do § 2º, do art. 5º da Carta Magna, “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988),

sendo, então, premissa básica de todo ordenamento salvaguardar a dignidade da pessoa humana como sustentáculo de todo o direito.

Do mesmo modo, Silva e Bornia (2009, p. 40-41) assim aduzem:

A não-discriminação por orientação sexual, como direito fundamental, não se encontra de forma explícita na Carta Magna de 1988, isto é, não está expressamente prevista no Texto Constitucional; porém isto não constitui obstáculo ao seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois a Lei Maior não foi exaustiva na enumeração dos direitos fundamentais (FERREIRA FILHO, 2005), abrindo a prerrogativa de reconhecimento de direitos individuais implícitos através de interpretação das normas da Constituição. Os preconceitos de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero vieram proibidos e repudiados por determinados valores, princípios e direitos fundamentais consagrados, protegidos pela Lei Ápice e reconhecidos pela sociedade brasileira. Entre eles encontram-se princípios elementares da democracia como igualdade, dignidade da pessoa humana e não-tratamento desumano ou degradante (sic).

À vista disso, torna-se imperiosa a inclusão de todos os indivíduos sob a ótica da tutela jurídica de maneira igualitária, tendo em vista que as pessoas LGBTs em nada se diferenciam quando equiparados aos heterossexuais; logo, são sujeitos de direitos, dotados de capacidades, anseios, objetivos e, inclusive, nada justificaria tal onda de preconceitos e discriminações pelo simples fato de uma pessoa amar outra de igual sexo, orientação sexual ou identidade de gênero ou, ainda, de manter relações afetivo-sexuais diversa da heterossexual. Sob esse enfoque, elucida Dias (2009, p. 46):

Como todos os segmentos alvo de discriminação, as relações homossexuais sujeitam-se à deficiência de normatização jurídica, sendo deixadas à margem da sociedade. Em virtude do preconceito, tenta-se excluir a homossexualidade do mundo do direito. Mas imperativa é, sua inclusão no rol dos direitos humanos fundamentais, como expressão de um direito subjetivo que se insere em todas as suas categorias, pois, ao mesmo tempo é direito individual, social e difuso.

Segundo aduz Lehfeld e Mendonça (2015, p. 155):

O grupo social pautado na homoafetividade, de alguma forma, possui peculiaridades que o coloca em condições de desigualdade jurídica e social e, conseqüente discriminação e preconceito. Os fatores são diversos, porém, a premissa da igualdade é apenas uma: todos são iguais perante a lei. A partir dessa premissa, a igualdade impera sobre a moral e bons costumes fazendo valer toda proteção constitucional e digna do ser humano, independente de raça, idade, opção sexual, crença, deficiência ou qualquer outro fator que tendesse a marginalizar um integrante da sociedade.

Sendo assim, conforme a compreensão desses autores, à comunidade LGBT posiciona-se sob uma margem de desigualdade jurídica e social, uma vez que, embora a Constituição pregue que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, consagrando o princípio da igualdade como norte para a atuação do Estado, as discriminações por orientação sexual e identidade de gênero permanecem, ainda, invisíveis aos olhos do legislador, que resiste em não criminalizá-las.

3.2 O Princípio da Igualdade e a Declaração Universal dos Direitos Humanos

Nas palavras de Dias (2013, p. 67):

Falar em igualdade sempre lembra a célebre frase de Rui Barbosa: tratar a iguais com desigualdade ou a desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante desigualdade. É imprescindível que a lei em si considere todos igualmente, ressalvadas as desigualdades que devem ser sopesadas para prevalecer à igualdade material. É necessária a igualdade na própria lei, ou seja, não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos. O sistema jurídico assegura tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos no âmbito social. A ideia central é garantir a igualdade, o que interessa particularmente ao direito, pois está ligada à ideia de justiça.

Com expressa previsão constitucional no supracitado art. 5º da CF/88, o direito à igualdade é concebido como o pilar de sustentação da democracia; ao lado da dignidade da pessoa humana, o Estado brasileiro os elegeu como verdadeiros primados a serem observados na elaboração das leis e, inclusive, no próprio preâmbulo do texto constitucional reforçou a necessidade de construção de uma sociedade livre de preconceitos, tendo na igualdade, o substrato necessário para o desenvolvimento das relações jurídicas e sociais.

Neste sentido, conforme preleciona Alexandre de Moraes (2011, p. 3):

O *legislador*, no exercício de sua função constitucional de edição normativa não poderá afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Assim, normas que criem diferenciações abusivas, arbitrárias, sem qualquer finalidade lícita, serão incompatíveis com a Constituição Federal. O *interprete-autoridade pública* não poderá aplicar leis e atos normais aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Ressalta-se que, em especial o poder judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária as normas jurídicas. No tocante ao *particular*, não poderá pautar-se por condutas discriminatórias,

preconceituosas ou racistas, sob pena de responsabilidade civil e penal, nos termos da legislação em vigor.

Em outras palavras, para o autor, o princípio da igualdade representa a máxima de que toda e qualquer situação de flagrante desigualdade deve ser vista aos olhos do legislador como não acolhida, visto que, o que a Lei Maior evidencia em seus dispositivos e, em especial no art. 5º e incisos, é que, na verdade, não se pode aceitar justificativas que tenham por escopo qualquer atitude que venha a discriminar ou diferenciar o tratamento dado as pessoas, com fundamento em discriminações arbitrárias, sejam elas concernentes a raça, a cor, a origem, como também a orientação sexual e a identidade de gênero – estas, objeto de discussão do presente estudo (MORAES, 2011).

Moraes (2003, p. 65) acrescenta, ainda, que:

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.

Logo, interpretando os dizeres do autor, fica nítido que dar tratamento diferenciado as discriminações por raça, cor, origem (tipificando-as com lei específica e as reconhecendo como crime) diversamente do direcionado as discriminações por orientação sexual e identidade de gênero, configura flagrante desigualdade, violando, portanto, o princípio da igualdade e, conseqüentemente, todo o conjunto de valores apregoados pela Lei Maior. Além do mais, por tal diferenciação acaba-se alimentando e reproduzindo, ainda mais, as desigualdades, fazendo com que o grupo LGBT se torne objeto de vulnerabilidade jurídica e social e, por conseguinte, alvo de maiores violações.

A respeito disso, Santos (2003, p. 56) tece com propriedade as seguintes palavras:

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.

Portanto, partindo-se da moldagem constitucional dada ao princípio da igualdade, não se pode admitir que a homofobia, ainda hoje, seja tolerada, uma vez que, como ensinamento básico deste princípio, tal como asseverados no caput do art. 5º e incisos, bem como no art. 3º, IV, da CF/88, está o dever de tratar a todos de maneira igualitária, sem distinções de qualquer natureza, não se aceitando, pois, quaisquer formas de discriminações, inclusive aquelas baseadas na orientação sexual e na identidade de gênero.

Corroborando com o que foi exposto, Ferreira (2016) esclarece que, embora que de maneira ampla ou, em outros casos, de maneira mais individualizada, em linhas gerais, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos têm caminhado no mesmo direcionamento dado pela Constituição, fixando a ideia do direito a não discriminação, independente de qualquer critério ou natureza e, também, ao gozo livre e ininterrupto de tais preceitos, visto que, tais direitos são universais, indivisíveis e interdependentes e recebem tratamento especial perante a Lei Maior.

Seguindo esta linha de proteção, o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) estabelece logo nas suas premissas iniciais à máxima de que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (ONU, 1948).

De modo a fortalecer o ideal de igualdade, o art. 2º desta Declaração caminha no mesmo sentido, dispondo que:

Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição (ONU, 1948).

Assim, partindo-se do ideal perseguido por estes dois diplomas, observa-se que tanto a Constituição Federal de 1988 como a Declaração Universal dos Direitos Humanos guardam absoluta harmonia entre si, proclamando os valores da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade, como os elementos necessários para a construção de uma sociedade pautada na tolerância e no respeito com os seus semelhantes.

Logo, por serem as discriminações por orientação sexual e identidade de gênero condutas tão graves quantos as discriminações por questões de raça, cor, origem, entre outras (consideradas crimes sob a tutela penal), aquelas devem ser vistas pelo legislador constituinte como uma verdadeira afronta aos dispositivos e princípios constitucionais, merecendo, portanto, por parte deste, o mesmo tratamento dado a estas no que tange a sua criminalização.

Ante o exposto, ao se analisar, minuciosamente, o que reza a Carta Maior no tocante a esta problemática, pode-se compreender, com inteligência, que a homofobia sob o manto da Lei Maior é uma conduta altamente desregrada e que não pode ser aceita pelo Estado Democrático de Direito, já que, como princípio estruturador dos direitos e liberdades fundamentais, o princípio da igualdade veda, expressamente, quaisquer tipos de discriminações.

3.3 O direito à sexualidade e o compromisso do Estado na defesa da liberdade sexual

É justamente pelo preconceito, pelo medo de ser rejeitado/a, de ser agredido/a, de sofrer discriminações ou, ainda, de perder a própria vida, que grande parte das pessoas LGBTs não assume sua orientação sexual e/ou identidade de gênero perante a sociedade e, em outros casos, nem muito menos perante sua família. Por não encontrar nestas o solo fértil para o exercício pleno e livre de sua sexualidade, na maioria dos casos, os sujeitos da diversidade sexual passam a ter vida dupla, assumindo nos ambientes públicos e privados uma “identidade velada” que não condiz com os seus desejos, ânsias e com sua própria identidade. A respeito disso, Gomes, Kurashige e Reis (2014, p. 145) assim dispõem:

As pessoas que vivenciam relações afetivo-sexuais com indivíduos do mesmo sexo são coagidas a assumir nos espaços públicos e nos espaços privados “uma identidade discreta”, e dessa forma são obrigadas a levar uma “vida dupla”: para alguns revelam “seu segredo”, para outros escondem. E em alguns casos, não se aceitam, negando para si a sua orientação sexual. O que nos cabe indagar é: quais as consequências para milhares de mulheres e homens homossexuais que ocultam uma dimensão tão relevante da existência humana que é a expressão do afeto e do amor [...].

A partir desta indagação, depreende-se, na visão dos autores, que o direito à sexualidade e a liberdade sexual se posicionam como verdadeiros atributos da personalidade; logo, por ser o afeto e o amor dimensões tão importantes da existência humana, qualquer tentativa de limitação ou restrição ao seu exercício acaba ocasionando serias consequências, tal como preleciona Dias (2014, p. 120):

Indispensável reconhecer que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito de exercer livremente sua sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual. A sexualidade é um elemento da própria natureza humana, seja individual, seja genericamente considerada. Sem liberdade sexual, sem direito ao livre exercício da sexualidade, sem opção sexual livre, o próprio gênero humano não consegue alcançar a felicidade.

Assim, interpretando-se as palavras desta autora, não há como o ser humano alcançar a felicidade se ele não tem, previamente, sua liberdade sexual protegida. Como atributo peculiar da condição humana, o direito à sexualidade deve ser exercido de maneira plena, de modo a propiciar a todas as pessoas as condições mínimas para se atingir seus projetos de felicidade.

Com o escopo de identificar a dimensão ocupada pelo direito à sexualidade, Miguel (2016, p. 6) traz uma importante citação neste sentido. Segundo o autor:

Pode-se compreender o direito à sexualidade como um direito de primeira, segunda e terceira gerações. De primeira, quando associado à liberdade, uma vez que predispõe o direito à liberdade sexual ou ao livre exercício da orientação sexual; de segunda, quando associado à igualdade, visto vez que o preconceito e a discriminação dirigidas aos sujeitos homossexuais e bissexuais os/as levam a um contexto de grupo abjeto, ou seja, a uma condição de hipossuficiência social e jurídica, logo precisando de proteção e amparo do Estado; de terceira, por estar conexo à solidariedade, revelada por meio da possibilidade de se manifestar como qualquer outro sujeito, preservando a dignidade da pessoa humana.

Logo, nos dizeres do autor, o direito à sexualidade se constitui como um direito fundamental de todas as pessoas, ocupando, portanto, em sede de categorização, mais de uma dimensão, pois ao mesmo tempo é direito de primeira, segunda e terceira geração (MIGUEL, 2016).

Sendo assim, é mister admitir que a efetivação desses direitos no que tange ao contexto da sexualidade, da livre orientação sexual e da identidade gênero representam muito mais do que a manifestação de uma prática afetiva-sexual, uma

vez que, o próprio texto constitucional é permeado por valores e princípios que direcionam proteção especial para salvaguardar direitos fundamentais. Sendo, então, à sexualidade ou a própria liberdade sexual objetos jurídicos a receberem total proteção por parte do Estado, não se pode admitir que qualquer predisposição sexual seja estigmatizada, subjugada e, inclusive, relacionada a qualquer tipo de comportamento patológico ou anormal e, muito menos, objeto de discriminação. Nessa esteira, ensina Louro (2004, p. 87-88):

Aqueles e aquelas que transgridem as fronteiras de gênero ou de sexualidade, que as atravessam ou que, de algum modo, embaralham e confundem os sinais considerados 'próprios' de cada um desses territórios são marcados como sujeitos diferentes e desviantes. Tal como atravessadores ilegais de territórios, como migrantes clandestinos que escapam do lugar onde deveriam permanecer, esses sujeitos são tratados como infratores e devem sofrer penalidades. Acabam por ser punidos, de alguma forma, ou, na melhor das hipóteses, tornam-se alvo de correção. Possivelmente experimentarão o desprezo ou a subordinação. Provavelmente serão rotulados (e isolados) como 'minorias'. Talvez sejam suportados, desde que encontrem seus guetos e permaneçam circulando nesses espaços restritos. Já que não se ajustaram e desobedeceram às normas que regulam os gêneros e as sexualidades, são considerados transgressores e, então, desvalorizados e desacreditados. Uma série de estratégias e técnicas poderá ser acionada para recuperá-los: buscar curá-los, por serem doentes, ou salva-los, por estarem em pecado; reeducando-os nos serviços especializados, por padecerem de 'desordem' psicológica ou por pertencerem a famílias 'desestruturadas', reabilitando-os em espaços que os mantenham a salvo das 'más companhias'.

Desse modo, é forçoso reconhecer que as relações homoafetivas ou, ainda, os próprios sujeitos da diversidade sexual, na maioria das vezes, buscam amparo nos guetos como forma de encontrar apoio e poder exercer sua sexualidade sem serem objeto de discriminação. Em outros casos, a sociedade até tolera que tais práticas afetiva-sexuais existam, porém, tendem a exigirem delas restrições no tocante à expressão do afeto, do carinho e do amor, como se gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais não tivessem o direito de exercerem sua sexualidade de maneira livre ou, ainda, de constituírem uma relação afetiva em público, tal como os indivíduos heterossexuais.

Nesse panorama, Dias (2014, p. 121) corrobora o exposto de que a sexualidade é um atributo da personalidade, de modo que, o seu exercício de maneira livre se torna imprescindível para que o indivíduo possa vivenciar um estado de equilíbrio consigo mesmo e com as demais pessoas:

A sexualidade integra a personalidade humana. Seu desenvolvimento depende da satisfação de necessidades básicas tais como desejo de contato, intimidade, expressão emocional, prazer, carinho e amor. Ela é construída através da interação do indivíduo como estrutura social. O total desenvolvimento da sexualidade é essencial para o bem estar individual, interpessoal e social.

Nesse mesmo sentido, Gomes, Kurashige e Reis (2014, p. 145-146) assim dispõem:

É importante compreender que a prática afetivo-sexual possui duas dimensões que se determinam reciprocamente e não podem ser compreendidas de forma dissociada. Trata-se da dimensão privada e pública, ou de outro modo, pessoal e coletiva. As práticas afetivo-sexuais em si possuem uma dimensão essencialmente privada. Cada indivíduo na sua singularidade é quem escolhe como vai expressar, sentir, orientar e responder seus desejos e necessidades sexuais. E são estes indivíduos concretos, historicamente determinados, que vivenciam a experiência e os (dis) sabores da sua prática afetivo-sexual. No entanto, a prática afetivo-sexual supõe também a garantia de uma dimensão pública, coletiva com bases históricas e, em dizendo respeito ao ser humano, interpela pela garantia de sua objetivação sem interdição de suas múltiplas expressões eróticas, quer sejam homossexuais, heterossexuais ou bissexuais. Mais ainda, a orientação sexual assume caráter público no sentido de que não há justificativas, senão de cunho moralista e conservador, que incorporem legitimidade quando cerceiam direitos considerados fundamentais.

Na visão destes autores, então, sendo a sexualidade humana um importante aspecto para a formação da personalidade do indivíduo, qualquer ensaio que tenha por escopo impedir ou restringir a existência de práticas afetivo-sexuais diversas da heterossexual, se constitui como verdadeira violação dos direitos humanos (GOMES; KURASHIGE; REIS, 2014).

Assim, como forma de garantir o direito à sexualidade sem quaisquer entraves, é possível, pois, enxergar na Lei Maior, vários dispositivos que embora não disponham, diretamente, acerca dos sujeitos da diversidade sexual, ainda assim, trazem uma gama de direitos que a eles/as podem ser aplicados (como por exemplo, a inviolabilidade de consciência e de crença – art. 5º, VI, CF/88), uma vez que, os indivíduos LGBTs em nada se diferenciam quando comparados aos heterossexuais, sendo, portanto, tal como estes detentores de direitos e obrigações como quaisquer outros. Nesse contexto, conforme coaduna Miguel (2016), proibir a prática de terceiros que tenham por intuito fazer alguém abdicar de sua essência, de ser quem verdadeiramente é, segundo o que sente e acredita, é possibilitar aos sujeitos da diversidade sexual os meios necessários para que sua individualidade

seja respeitada e, conseqüentemente, para que o direito à sexualidade seja plenamente exercido.

Ao agir desta forma, o Estado ratificaria o seu compromisso com os direitos fundamentais e, concomitantemente, com a própria liberdade sexual, tal como leciona Dias (2013, p. 207):

O compromisso do Estado para com o cidadão sustenta-se no primado da igualdade e da liberdade, estampado já no seu preâmbulo. Ao conceder proteção a todos, veda a discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade e assegura 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. Mais. Ao elencar os direitos e as garantias fundamentais, proclama (CF 5.º): todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Esses valores implicam dotar os princípios da liberdade e da igualdade de potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas.

Partindo desta lógica, na concepção de Freire e Cardinali (2012), a criminalização da homofobia seria, portanto, um posicionamento de que o Estado não pode se permanecer inerte frente aos problemas que circundam a sociedade, ainda mais, quando tais direitos são, incessantemente, alvo de violações, requerendo por parte deste um posicionamento com vistas ao seu combate. Isto posto, Freire e Cardinali (2012, p. 50-51) assim asseveram:

a criminalização da homofobia seria uma declaração da ordem jurídica de que a discriminação em função da orientação sexual e da identidade de gênero não pode ser tolerada e que a liberdade sexual constitui bem jurídico essencial. A mudança, como se vê, não é meramente técnico-legislativa, mas representa a legitimação de uma série de demandas dos movimentos homossexuais [...]. A positivação dos direitos gays numa lei criminalizadora da discriminação de cunho homofóbico oficializaria o compromisso do Estado e da ordem jurídica brasileira na defesa da liberdade sexual.

Ou seja, a positivação dos direitos LGBT em uma lei criminalizadora no tocante a homofobia, reforçaria o afinco do Estado na busca pela promoção dos direitos fundamentais e, por conseguinte, dos objetivos e valores principiológicos consagrados na Carta Magna, fazendo desta o comando máximo para que toda e qualquer conduta desregrada, que venha a atentar contra bens jurídicos relevantes, seja punida pelo Estado.

Portanto, diante de toda a proteção constitucional dada as pessoas, criminalizar a homofobia mostra-se como uma ação de grande importância não

apenas para os sujeitos LGBTs, mas também para toda a sociedade, visto que, ao se excluir sujeitos da tutela jurídica pelos simples apego a uma moral conservadora e patriarcal, destoa-se a principal função do direito, qual seja: acompanhar as mudanças sociais e o surgimento de novos fatos, grupos e práticas, bem como tutelá-los em prol de um Estado Democrático de Direito.

4 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL E AS DISCRIMINAÇÕES POR ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO

4.1 O Direito Penal Brasileiro e a proteção dos bens jurídicos

O Estado Brasileiro, ao assumir a posição de garantidor do ordenamento jurídico, traz para si não só a tarefa de primar pela ordem jurídica e constitucional, mas também assume a obrigação de assegurar a todas as pessoas uma vida digna, desprovida de qualquer tratamento desumano. Ciente de sua função perante a sociedade civil, a partir do momento em que há alguma violação a tais direitos, de modo a afrontar bens jurídicos importantes, entra em cena o Estado através do Direito Penal.

Seguindo este raciocínio, Freire e Cardinali (2012, p. 49) tecem seus comentários:

A criminalização de determinadas condutas importa uma escolha política de valoração hierarquizada de bens jurídicos, tendo em vista que a ordem normativa dispõe de uma ampla gama de mecanismos de contenção e punição, de comportamentos entendidos pelo Direito como socialmente perniciosos, sendo o Direito Penal apenas um dentre estes. O Direito Penal se configura, de acordo com a dogmática jurídica, como o meio de tutela mais gravoso e, por isso mesmo, residual, devendo ser implementado apenas quando os outros falham ou quando o bem a ser protegido possui especial valor axiológico. Dito de outra forma, a tutela penal de determinado bem jurídico implica o reconhecimento de sua especial importância e de sua fundamentalidade.

Nesse lume, tal como apregoadado pela doutrina juspenalista, o Direito Penal seria a *ultima ratio* de que o Estado detém para salvaguardar direitos e bens

jurídicos de caráter relevante, devendo-se o Estado, portanto, utilizar-se de outros meios possíveis para a solução dos problemas e só, subsidiariamente, o Direito Penal, quando tais meios mostram-se ineficazes para o enfrentamento de uma determinada demanda ou, ainda, quando esta demanda, por si só, configura-se como um bem jurídico importante a receber proteção especial da tutela penal.

Nessa linha de pensamento, Greco (2014) deixa claro que a finalidade principal do Direito Penal radica na proteção dos bens jurídicos mais importantes e indispensáveis para a sobrevivência da própria sociedade, bem como para o convívio harmonioso entre as pessoas que a compõe. Segundo o referido autor, “com o direito penal objetiva-se tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito” (GRECO, 2014, p. 2).

Nesse mesmo sentido, são as palavras de Prado (1999, p. 47), expondo, de maneira simples e concisa, que “o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade”.

Diante destas explanações, para que haja a seleção dos bens jurídicos penalmente relevantes, a Constituição Federal de 1988 desponta-se como o principal documento para toda e qualquer atividade legislativa, principalmente, no que diz respeito à tipificação de condutas, posto que, é com base em seus fundamentos, em seus objetivos, bem como em seus princípios, que o legislador constituinte deve direcionar toda a atuação legiferante, de modo a selecionar os bens que necessitam de proteção estatal e elaborando leis que venham a salvaguardá-los, tal como se posiciona Capez (2011, p. 24): “o tipo incriminador deverá obrigatoriamente selecionar, dentre todos os comportamentos humanos, somente aqueles que realmente possuem real lesividade social”.

É justamente sobre o valor atribuído a Constituição, para efeito de atuação legislativa, que Greco (2014, p. 4-5) tece suas palavras:

Sendo a finalidade do Direito Penal a proteção dos bens essenciais ao convívio em sociedade, deverá o legislador fazer a sua seleção. Embora esse critério de escolha de bens fundamentais não seja completamente seguro, pois que nele há forte conotação subjetiva, natural da pessoa humana encarregada de levar a efeito tal seleção, podemos afirmar que a primeira fonte de pesquisa encontra-se na Constituição. Os valores abrigados pela Constituição, tais como a liberdade, a segurança, o bem-

estar social, a igualdade e a justiça, são de tal grandeza que o Direito Penal não poderá virar-lhes a costas, servindo a lei Maior de norte ao legislador na seleção de bens tidos como fundamentais. A Constituição exerce [...] duplo papel. Se de um lado orienta o legislador, elegendo valores considerados indispensáveis à manutenção da sociedade, por outro, segundo a concepção garantista do Direito Penal, impede que esse mesmo legislador, com uma suposta finalidade protetiva de bens, proíba ou imponha determinados comportamentos, violadores de direitos fundamentais atribuídos a toda pessoa humana, também consagrados pela Constituição.

Ou seja, segundo o mencionado autor, quando se fala em selecionar bens jurídicos a serem objetos da tutela penal, há uma certa liberdade por parte do legislador constituinte em se definir o que é, ou não, importante, para fins de proteção (GRECO, 2014). Sob esse prisma, em muitos casos, os legisladores deixam de atribuir a determinados bens jurídicos o valor que eles merecem, justamente pelo fato de que essa escolha depende, na maioria das vezes, de um conjunto de aspectos subjetivos (visão de mundo, a moral com que fora criado, a religião que faz parte, entre outros aspectos) daquele que está legislando. Contudo, por ser a criminalização da homofobia um assunto que atrai divergentes opiniões, causando, na maioria das vezes, forte resistência por parte da sociedade e até mesmo dos próprios legisladores, a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas LGBTs mostram-se desprotegidas, não recebendo, portanto, o tratamento que deveriam no que tange a sua feição como bens jurídicos penalmente relevantes.

Acontece que, mesmo com tamanha subjetividade em relação à escolha de tais bens, bem como do conservadorismo presente nas Casas do Congresso Nacional, o Direito Penal não pode se manter inerte frente aos comandos constitucionais, ainda mais, quando tais comandos requerem por parte dos legisladores medidas que venham a solucionar ou a criminalizar condutas em prol de um Estado Democrático de Direito. A respeito disso, corrobora André Copetti (2000, p. 137-138):

É nos meandros da Constituição Federal, documento onde estão plasmados os princípios fundamentais de nosso Estado, que deve transitar o legislador penal para definir legislativamente os delitos, se não quer violar a coerência de todo o sistema político-jurídico, pois é inconcebível compreender-se o direito penal, manifestação estatal mais violenta e repressora do Estado, distanciado dos pressupostos éticos, sociais, econômicos e políticos constituintes de nossa sociedade.

Nesse contexto, infere-se, portanto, que a Constituição Federal ao estabelecer a vedação contra quaisquer tipos de discriminações (art. 3º, IV, CF/88) incluiu também, ainda que de forma implícita, as discriminações por orientação sexual e identidade de gênero.

Em que pese o comando constitucional direcionar esse entendimento contra tais discriminações, não há no Direito Penal qualquer lei que venha a criminalizar a homofobia no Brasil. Por outro lado, as discriminações por questões de raça, cor, origem, possuem regulamentação jurídica própria, sendo que, apenas as discriminações relacionadas àqueles aspectos, ainda, permanecem invisíveis aos olhos do legislador constituinte. Só para constar, a Constituição Federal equipara o racismo ao terrorismo (art. 4º, VIII, CF/88), demonstrando a real importância em se punir tais práticas.

Do mesmo modo, ao estabelecer a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, cor, raça, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, CF/88), como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a Lei Maior, traçou, de maneira clara e objetiva, o papel a ser desempenhado pelo Estado no tocante aos comandos constitucionais.

Sob esse prisma, conforme o entendimento de Bonfim (2016) pode-se dizer que o poder punitivo estatal é concretizado, a partir do momento em que os fins traçados pela Carta Magna são suficientemente atingidos. Logo, nas palavras da autora, a Constituição é, para a criminalização e para o Direito Penal, sua base e seu limite, disciplinando a atuação do legislador constituinte para sua efetiva realização.

Sendo assim, conclui-se, portanto, que por ser a sexualidade e a liberdade sexual bens jurídicos de extrema importância em sede constitucional, estas, constituem, também, objetos jurídicos penalmente relevantes a serem protegidos sob a ótica do direito penal, uma vez que, tal como o tratamento direcionado as discriminações relacionadas ao racismo, às discriminações por orientação sexual e identidade de gênero são tão legítimas quanto aquelas, merecendo, portanto, tratamento igualitário no que tange a sua criminalização.

Para finalizar este ponto, cabe trazer à baila, ainda, as palavras da mencionada autora:

Vislumbra-se que a sexualidade é sim um bem jurídico que deve ser tutelado por nosso ordenamento, haja vista vir consubstanciado nos princípios da livre orientação sexual, do respeito à intimidade, da privacidade, da autodeterminação e do reconhecimento da personalidade de acordo com a identidade de gênero, bem como em norma expressa da Constituição, como supracitado, permitindo concluir que a proteção da pessoa e sua dignidade é dever do Estado, garantindo-lhes uma vida livre de preconceito e pautada em bem estar, devendo toda conduta que viole esta disposição ser criminalizada por estes fundamentos (BONFIM, 2016, p. 6-7).

Desse modo, ciente de que a sexualidade e a liberdade sexual constituem, pois, bens jurídicos relevantes sob a ótica constitucional-penal, faz-se necessário, portanto, analisar quais os mecanismos penais que tendem a buscar a criminalização da homofobia e, sobretudo, o modo pelo qual tais mecanismos se posicionam no que tange ao enfrentamento do atual panorama da violência homofóbica no Brasil.

4.2 Uma análise dos aparatos penais em prol da criminalização da homofobia

Apesar de que nos últimos anos tenha se observado uma crescente emancipação de direitos civis em prol da comunidade LGBT, tais como: o direito ao casamento civil, a constituição de uma família, a adoção, a guarda, ao nome, entre outros direitos, nota-se, de modo contrário, que pouco foi feito no que tange aos números da violência e das discriminações direcionadas a tal comunidade.

A respeito disso, Freire e Cardinali (2012, p. 51) assim dispõem:

A recente decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro em matéria de união estável representou o fim de uma jurisprudência vacilante e a ratificação da conformidade da família homoafetiva com o sistema constitucional brasileiro. Todavia, a questão homossexual ainda é tutelada quase exclusivamente pelo Poder Judiciário, sendo tratada com acanhamento pelo Legislativo, legitimado para a criação de novos tipos penais. Tal omissão, longe de ser neutra, é um reflexo do preconceito que permeia nossa sociedade e se faz sentir com vigor no Legislativo (grifo nosso).

Com efeito, embora haja essa grande omissão por parte do Poder Legislativo em assegurar proteção a esse grupo minoritário, houve no Congresso Nacional uma forte discussão em torno da criminalização da homofobia. Com o Projeto de Lei da Câmara Nº 122/2006, de autoria da Deputada Federal Iara Bernardi, passou-se a debater nas duas Casas do Congresso Nacional a possibilidade jurídica de tipificar a

homofobia como crime, levando-se em consideração a atual Lei 7.716/89 (conhecida popularmente como Lei do Racismo) que criminaliza as discriminações e demais atos de violências, quando estes tem por base aspectos ligados a raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Neste sentido, tal como entende Ramos (2015), a tipificação penal da homofobia como crime não se pressupõe a criar um novo tipo penal chamado homofobia e lhe cominar uma pena fixa, uma vez que, a homofobia pode estar presente em diversos tipos penais que já existem. Deste modo, nos dizeres do autor, em geral, os projetos de lei que tornam a homofobia crime alteram um ou mais dispositivos penais de modo a adicionar-lhes, seja como elementar, causa de aumento de pena ou qualificadora, a motivação por preconceito de orientação sexual e identidade de gênero.

Assim, é com suporte na Lei do Racismo, portanto, que se passa a expor quais os objetivos delineados com a propositura do mencionado projeto de lei, bem como, a compreender como a Lei do Racismo possui abordagem mais que suficiente para o enquadramento, também, das condutas homofóbicas.

4.2.1 A Lei nº 7.716/89 (Lei do Racismo)

A Carta Magna de 1988, ao asseverar em seu art. 5º, incisos XLI e XLII que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei” (BRASIL, 1988), delineou, de maneira clara e pontual, a exigência de regulamentação jurídica para a repreensão de suas condutas criminosas. A partir desta anunciação, o comando constitucional expresso ganhou materialidade por meio da Lei 7.716, de 05 de janeiro de 1989 (Lei do Racismo), que veio a criminalizar quaisquer práticas que tenham por objetivo discriminar as pessoas em função de preconceitos de raça ou de cor, aspectos estes que se expandiram, quando o legislador constituinte, no ano de 1997, adicionou a literatura do seu art. 1º outras categorias como forma de proteger, também, além daquelas, a etnia, a religião, bem como a procedência nacional (BRASIL, 1989).

Além desse acréscimo, adicionou-se também ao parágrafo terceiro do art. 140 do Código Penal, a representação do que se convencionou em chamar de injúria qualificada. Do mesmo modo aconteceu com a promulgação da Lei nº 10.741/03, em

que, outras categorias vieram a compor o respectivo parágrafo, tais como “pessoa idosa” ou “portadora de deficiência”, passando a serem consagradas também como elementares do tipo penal a receberem proteção.

Diante do explicitado, embora aquele tenha elegido um leque de categorias a serem objetos jurídicos da proteção penal – como bens jurídicos penalmente relevantes, ainda hoje, a proteção direcionada à orientação sexual e a identidade de gênero encontram-se a mercê da atuação do Estado.

Sob esse enfoque, é o entendimento dos autores Freire e Cardinali (2012, p. 52). Para eles:

Muito em função do art. 5º, XLI e XLII, o qual determina expressamente a criminalização do racismo, o legislador brasileiro tem entendido que o Direito Penal é o mecanismo natural de contenção das práticas discriminatórias. A Lei 7.716/89, a chamada Lei do Racismo, que inicialmente apenas concretizava tal mandamento constitucional, acabou por se tornar a base jurídica da criminalização de qualquer forma de discriminação fundada em preconceito, como da que ocorre em função de procedência nacional e por religião. A criminalização da homofobia apenas seguiria esta tendência. Tal entendimento levou o ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Marco Aurélio de Mello (2007), a eloquentemente questionar “Se a discriminação racial e a de gênero já são crimes, por que não a homofobia?”.

Fato é, que esse questionamento levantado pelo respectivo Ministro, ainda hoje, mostra-se sem respostas, uma vez que, não existem razões ou justificativas plausíveis que consigam expressar, de maneira clara e razoável, o porquê de não direcionar a homofobia a mesma punição em relação a outros tipos de discriminações. Por trás dessa resistência infundada de tornar a homofobia crime, se escondem verdadeiras forças políticas e religiosas que insistem em não reconhecer a homofobia como um grave problema social, passível de repreensão por parte do Estado.

É justamente nessa linha de raciocínio que se acentua o PLC nº 122/06 - de autoria da Deputada Federal Iara Bernardi, pois se existe uma lei que pune quaisquer discriminações ou preconceito de raça, cor, entre outros aspectos, por que não disciplinar também à homofobia a mesma regulamentação? É através desse questionamento, que Freire e Cardinali (2012, p. 52), ainda, aduzem:

[...] a inclusão da homofobia na Lei do Racismo, contrariamente a ser incoerente, visa à sistematização do Direito Penal Antidiscriminatório em diploma legislativo único, de forma que a lei estaria punindo não apenas a

homofobia, mas também o sexismo, a discriminação religiosa, a xenofobia etc. com as mesmas penas previstas para os casos de racismo. Esta equiparação entre as penas busca a efetivação do princípio da proporcionalidade, segundo o qual o *quantum* punitivo de determinado delito deve guardar relação com sua danosidade, de forma que delitos de semelhante danosidade social devem possuir penas semelhantes. Com isto, procura-se demonstrar que o Estado brasileiro, além de não tolerar nenhum tipo de discriminação, não faz distinção entre estas.

Nesse contexto, na visão dos autores, o mencionado projeto alteraria alguns dispositivos da Lei do Racismo, bem como do atual Código Penal, de modo a reunir nesses mecanismos penais toda uma legislação de caráter antidiscriminatório, dando a homofobia um tratamento igualitário no que tange a sua criminalização, tal como apregoado pela Lei Maior.

Diante dessas ponderações, passa-se a expor de maneira mais aprofundada em que consiste tal projeto de lei, bem como a atual fase em que o mesmo se encontra.

4.2.2 O Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006

Foi com o Projeto de Lei 5003/2001, de autoria da Deputada Federal Iara Bernardi (coligada ao Partido dos Trabalhadores – PT/SP), que se discutiu pela primeira vez a criminalização da homofobia no Congresso Nacional. Este projeto, logo em seu corpo inicial, visava alterar a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dando 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 (BRASIL, 2006).

Ao obter aprovação na Câmara dos Deputados, no ano de 2006, o referido projeto passou a figurar, de modo substitutivo, como PLC nº 122/2006 no Senado Federal, após emenda realizada pelo parecer da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH). Por meio desta modificação, frisou-se como ementa do referido projeto de lei “alterar a Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989, e o § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para definir e punir os crimes de ódio e intolerância resultantes de discriminação ou preconceito (BRASIL, 2006, p. 8)”. Com natureza mais abrangente, fixou-se,

portanto, como objetivo principal incluir as discriminações ou o preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero na esfera de alcance da Lei 7.716/89, esta, atualmente responsável pela punição das condutas discriminatórias resultantes do preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Nessa esteira, tal como mencionado acima, o referido projeto coloca em pauta a discussão sobre os aspectos referentes à criminalização da homofobia, especificando de maneira clara o rito de apuração dos atos de discriminação, bem como prevendo modificações no Código Penal Brasileiro, de modo a acrescentar-lhe uma qualificadora para o tipo penal da injúria e algumas mudanças na legislação trabalhista (CLT).

Sendo, pois, seu objetivo fundamental criminalizar as discriminações e o preconceito por motivações de sexo, gênero, orientação sexual e identidade de gênero, o PLC nº 122/06 (substitutivo) prevê, logo em seu art. 1º, que a ementa da Lei 7.716/89 passaria a vigorar da seguinte maneira: “Define os crimes de ódio e intolerância resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero (BRASIL, 2006, p. 8)”.

A partir desta alteração, percebe-se que a mudança seria apenas no sentido de acrescentar tais termos com vistas a enquadrá-los sob o manto legal, ampliando, assim, consideravelmente, seu leque de proteção, já que, não existe preconceito ou discriminação que seja considerado menos grave ou de menor valor ofensivo aos direitos fundamentais do ser humano, se tais condutas são, um tanto quanto, lesivas.

Por seu turno, conforme as alterações advindas do projeto substitutivo, os arts. 1º, 3º, 4º, 8º e 20 da Lei do Racismo, passariam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes de ódio e intolerância resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, gênero, sexo, orientação sexual, identidade de gênero ou condição de pessoa idosa ou com deficiência. (NR)”

“Art. 3º.....

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, gênero, sexo, orientação sexual, identidade de gênero ou condição de pessoa idosa ou com deficiência, obstar a promoção funcional.

.....” (NR)

“Art. 4º.....

§ 1º Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, gênero, sexo, orientação sexual, identidade de gênero ou condição de pessoa idosa ou com deficiência:

.....(NR)”

“Art. 8º Impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos comerciais ou locais abertos ao público.

Parágrafo único: Incide na mesma pena quem impedir ou restringir a manifestação de afetividade de qualquer pessoa em local público ou privado aberto ao público, resguardado o respeito devido aos espaços religiosos.
(NR)”

“Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou o preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, gênero, sexo, orientação sexual, identidade de gênero ou condição de pessoa idosa ou com deficiência:

.....(NR)
(BRASIL, 2006, p. 8-9).”

A partir da literatura do art. 1º, já se pode vislumbrar o papel desempenhado por este projeto de lei para a vida das pessoas LGBTs, posto que, a partir do momento em que estes dispositivos passariam a reconhecer a homofobia/transfobia como crime, gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais, possuiriam um mecanismo estatal idôneo para repelir quaisquer tipos de condutas contra seus direitos fundamentais.

Com efeito, os dispositivos acima colacionados trariam um diferencial para a vida destes indivíduos, uma vez que, atualmente, como não existe lei no Brasil que tipifique a homofobia como crime, a violência, a discriminação e o preconceito, em quase todas as situações não recebe a punição que deveria ou, ainda, permanece impune.

Destarte, de acordo com a previsão destes artigos - caso viessem a serem aprovados, as pessoas LGBTs teriam uma lei anti-homofobia para fazerem valer os seus direitos, de modo que, toda e qualquer restrição ou exclusão ao exercício de direitos fundamentais por estes indivíduos, tais como: o direito de andar livremente sem ser alvo de chacotas e discriminações, o direito de exercer sua afetividade em lugares públicos ou privados abertos ao público, resguardado o respeito aos espaços religiosos (texto acrescentado com alterações da emenda da CDH), de ter

acesso e atendimento a serviços em condições de igualdade com as demais pessoas, o direito de concorrer com igualdade para o preenchimento de vagas de emprego e/ou promoção funcional, possuiria a sua respectiva previsão como objeto de repressão penal.

Segundo Freire e Cardinali (2012, p. 54):

Uma das maiores inovações jurídicas do projeto é a proposta de acrescentar um parágrafo único ao art. 8º da lei para criminalizar o impedimento ou a restrição de manifestações de afeto entre indivíduos do mesmo sexo, com a ressalva de que tais expressões devem ser também permitidas aos demais, destacando a importância da sexualidade e da afetividade enquanto componentes da própria dignidade humana.

Ao prever tal comando, a legislação penal estaria caminhando no mesmo sentido percorrido pelo Direito Civil (Direito de Família) no que tange ao reconhecimento da afetividade, posto que, a partir do momento em que o conceito de família deixou de estar atrelado a fatores sanguíneos/biológicos e o casamento deixou de ter fins apenas de reprodução humana, o afeto passou a ser o elemento primordial para a constituição de todo e qualquer agrupamento familiar, recebendo, portanto, neste âmbito, especial proteção por parte do Estado (art. 226, CF/88). Nesse diapasão, alude Pena Júnior (2008, p.1):

Tentando acompanhar de perto as mudanças de comportamento da sociedade no mundo globalizado, o Direito de Família no Brasil vai se transformando, tendo à frente o afeto, a solidariedade e a dignidade, como norteadores de um novo ordenamento ético-jurídico. [...] a família, 'a mais antiga de todas as sociedades e a única natural', conforme Rousseau, deixou de ser necessariamente um centro econômico e de procriação, constituindo-se no espaço apropriado para o desenvolvimento da própria pessoa, pelo companheirismo, liberdade, solidariedade, amor e afeto, onde todos são sujeitos de direito, cada um ocupando o seu lugar de forma igualitária na estrutura familiar, na procura incessante pela felicidade.

Por ser o afeto, pois, o elemento axiológico de qualquer entidade familiar, todos os tipos de famílias e afetividades passam a receber especial proteção por parte do Estado, inclusive, sendo o afeto um valor a ser perseguido pelos demais ramos do Direito a lhe garantir proteção. Nesse sentido, pondera Dias (2007, p. 39-40):

O alargamento das relações interpessoais acabou deitando reflexos na conformação da família, que não possui mais um significado singular. A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer da conjugalidade, quer da parentalidade.

O pluralismo das relações familiares – outro vértice da nova ordem jurídica – ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família.

[...] dita flexibilização conceitual vem permitindo que os relacionamentos, antes clandestinos e marginalizados, adquiram visibilidade, o que acaba conduzindo a sociedade à aceitação de todas as formas que as pessoas encontram para buscar a felicidade.

É justamente para buscar a felicidade, que o mencionado art. 8º, parágrafo único, do Projeto Substitutivo, viria a garantir as pessoas LGBTs o direito de vivenciarem sua afetividade em público, posto que, em grande escala, quando casais homoafetivos ou transexuais externam suas relações para além do ambiente privado, na maioria das vezes, são vítimas de preconceitos, discriminações, chegando até mesmo a sofrerem violência por externalizarem o afeto de maneira livre, tal como as relações heterossexuais.

Dando continuidade à análise do referido projeto de lei, em seu art. 3º pode-se antever, também, o intuito de se alterar o crime de injúria (art. 140 do Código Penal) para acrescentar-lhe as expressões “gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero” com vistas à criminalização da homofobia:

Art. 3º. O § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 140. Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem, gênero, sexo, orientação sexual, identidade de gênero ou condição de pessoa idosa ou com deficiência (BRASIL, 2006).

Contudo, a modificação principal no que tange ao projeto originário, no Senado Federal, foi à eliminação da parte que previa alterações no art. 140 do CPB, este referente ao crime de injúria. No projeto antecedente, previa-se, pois, pena de detenção de um a seis meses, ou multa para a injúria em razão do acréscimo de tais termos.

Após emenda realizada pela CDH, o novo texto do PLC 122/06 passou a prever apenas a possibilidade de alterar a Lei 7.716/89 (Lei do Racismo), sem

provocar quaisquer alterações no Código Penal. O argumento apontado para tal remoção frisou suas bases sobre a reserva da lei penal apenas em último caso, ou seja, na máxima do Direito Penal como a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, bem como no princípio da indivisibilidade dos direitos humanos.

Todavia, é de grande conhecimento por parte da sociedade que para aprovação de alguns projetos de lei no Congresso Nacional, grupos religiosos e/ou conservadores presentes em seu quadro tendem a condicionar tal aprovação a algumas mudanças em sua redação, para só, então, votarem favoravelmente. Neste prisma, sobre o projeto substitutivo, o Relator Paulo Paim (2013) tece seus comentários:

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.

De forma diversa aos argumentos sustentados pelo Relator Paulo Paim, pode-se dizer, então, que as alterações restritas apenas a Lei 7.716/89 representa um forte sentimento de negar a homofobia o mesmo caráter repressivo dado à prática do racismo, uma vez que, se a injúria consiste, exatamente, em utilizar palavras depreciativas referentes à raça, cor, religião ou procedência nacional, com o escopo de ofender a honra subjetiva da vítima, o acréscimo das expressões sexo, gênero, orientação sexual e identidade de gênero apenas aumentaria o leque de categorias a serem protegidas por este tipo penal. Ora, se tais termos são categorias tão legítimas quanto as anteriores, não subsistem razões para que o tipo penal da injúria racial não os abarcasse, ficando claro, portanto, apenas o paliativo em não

reconhecer a homofobia, enquanto prática perniciosa a receber proteção também no Código Penal.

Diante de toda a reflexão em torno desses dispositivos, constata-se que o escopo principal do Projeto de Lei nº 122/06 não é a criação de um novo crime ou legislação específica que criminalize a homofobia, mas sim a inclusão das práticas homofóbicas também sob o manto de repressão da Lei do Racismo, bem como do Código Penal, uma vez que, a comunidade LGBT em condições de igualdade com as pessoas heterossexuais também são portadores de direitos fundamentais na ordem jurídica e, como tal, devem ter seus direitos amplamente protegidos, longe de qualquer marginalização, atitude desumanizante ou comportamento arbitrário.

Acontece que, mesmo com um texto brilhante, dotado de garantias em prol da comunidade LGBT, o projeto de Lei nº 122/06 fora recentemente arquivado, não por questões de decisão de mérito, até porque, o referido projeto sempre veio tramitando a passos lentos devido a grande massa conservadora que permeia o Congresso Nacional, mas sim, porque os projetos que tramitam sem aprovação por mais de duas legislaturas consecutivas (08 – oito anos) são automaticamente condenados para o arquivo, sendo esta a principal razão para o seu arquivamento.

Seria oportuno levantar a premissa, neste ponto, de que por trás dessa demora em analisar o referido projeto de lei, estaria o verdadeiro desejo do grande contingente responsável pela sua análise, posto que, de qualquer maneira, a mora legislativa ocasionaria o seu arquivamento em decorrência da regra acima citada.

Seja por questões sociais, políticas, ideológicas ou, ainda, por questões pessoais, o PLC nº 122/06 fora arquivado sem qualquer posicionamento dos responsáveis pelo seu destino, isso demonstra, claramente, o quanto a homofobia tem sido um problema não apenas difícil de lidar, mas também que atrai para sua discussão uma série de outros tantos respaldos - desde o conservadorismo daqueles que estão a frente do poder legislativo, até mesmo dos anseios da massa que, possivelmente, se descontentariam com uma decisão de mérito acerca de sua criminalização. Fato é, que para o referido projeto voltar a ser discutido no âmbito do Congresso Nacional, torna-se imprescindível o pedido de reapresentação do texto de pelo menos um terço da Casa do Senado Federal, ou seja, 27 Senadores pra que o mesmo volte a tramitar.

Com efeito, diante da viabilidade de discussão, a criminalização da homofobia – com a aprovação do Projeto de Lei nº 122/06, é medida não apenas necessária para o enfrentamento da violência e das discriminações por orientação sexual e identidade de gênero, mas também, é plenamente possível frente o atual panorama em que estão sobrepostos os interesses e direitos da minoria LGBT, principalmente, quando este contexto demonstra um grave quadro de violações a direitos fundamentais e princípios constitucionais consagrados pelo ordenamento jurídico.

Ademais, atentando-se ao fato de que a criminalização da homofobia não consiste, necessariamente, em criar um tipo penal específico e lhe cominar uma pena fixa, visto que, a homofobia pode estar presente em vários tipos penais, tal como asseverado por Ramos (2015), pode-se vislumbrar a presença de outros projetos de lei que buscam também a sua criminalização, como exemplo: o PLS 31/10, o PLS 457/11(ambos apensados à reforma do Código Penal) e o PLS 236/12, este, mais conhecido popularmente como Anteprojeto do Novo Código Penal, o qual se passa a expor.

4.2.3 O Anteprojeto do Novo Código Penal (PLS nº 236/2012)

Produzido por uma comissão de juristas responsáveis por sua elaboração e tendo como presidência o Ministro Gilson Dipp, o Projeto de Lei do Senado nº 236/12, de autoria do Senador José Sarney (PMDB-AP), tem como objetivo principal a reformulação do Código Penal Brasileiro, de modo a torna-lo uma legislação unificada, incluindo no seu texto legal várias leis penais extravagantes, bem como adequando a legislação penal já existente, aos novos fatos sociais ocorridos em sociedade. Dentre as diversas mudanças pretendidas com a aprovação deste projeto, inclui-se a questão da criminalização da homofobia.

Apresentado no Senado Federal em 2012 e, atualmente, em tramitação, o referido projeto parte do intento de reformular o Código Penal, reduzindo, drasticamente, os 1757 tipos penais a um número bastante reduzido quando comparados ao seu total, chegando-se a cerca de 500 tipos penais e excluindo-se alguns crimes que não possuem mais relevância frente a tais mudanças. Com a redação do mencionado projeto, visa-se acrescentar a alguns crimes as expressões

discriminação por “identidade ou orientação sexual” com vistas a ampliar, consideravelmente, a previsão de condutas que importem manifestação de intolerância e que possuam conotação homofóbica.

Sob esse enfoque, são as disposições contidas no referido projeto de lei (primeira parte):

Cada crime previsto na parte especial do Código Penal atual ou na legislação extravagante foi submetido, portanto, a um triplo escrutínio: i) se permanece necessário e atual; ii) se há figuras assemelhadas previstas noutra sede normativa; iii) se as penas indicadas são adequadas à gravidade relativa do delito. Esta tarefa resultou em forte descriminalização de condutas, em regra por serem consideradas desnecessárias para a sociedade brasileira atual, insuscetíveis de tratamento penal ou incompatíveis com a Constituição Brasileira de 1988.

[...]

Foi aprovada pela Comissão a seguinte diretriz, constante do Plano de Trabalho: “Fazer a Parte Especial o centro do sistema penal, reduzindo o peso da legislação especial extravagante”. Isso significa que a Comissão de Reforma trabalhou para tornar o Código Penal o centro do ordenamento jurídico-penal. Esse modelo otimiza o controle sobre a expansão desordenada do direito penal, assim como facilita o conhecimento do universo penal em vigor, tanto para seus operadores como para a sociedade como um todo. Nesse sentido, consagra-se a reserva de código: ou seja, que as normas em matéria de crimes e penas devem ser objeto de modificação ou integração do texto do Código Penal (BRASIL, 2012, p. 5-6).

Nesse contexto, em síntese, de acordo com os encarregados por sua elaboração, o anteprojeto do novo código penal viria a substituir as diretrizes da Lei do Racismo (Lei 7.716/89). Logo no seu capítulo V, intitulado “dos crimes resultantes de preconceito e discriminação”, se estenderia o leque de adequações típicas referentes às condutas que exprimem manifestação de intolerância, com o intuito de englobar, também, aquelas concernentes ao gênero, à orientação sexual, a identidade de gênero, a religião, a procedência nacional e, inclusive, acrescentando, também, o vetor analógico como previsão para outros tipos de discriminações. Sob esse prisma, torna-se clarividente, que o objetivo principal de tal inserção seria repelir quaisquer formas de discriminações de seres humanos, uma vez que, ao elevar a dignidade da pessoa humana como comando fundamental deste ordenamento, frisou-se a necessidade de se proteger aquela contra quaisquer tipos de violações. Do mesmo modo, o texto da Lei do Racismo se limitaria, apenas, a reprimir as condutas decorrentes da discriminação por conotações raciais, tais como a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional.

Sendo assim, pode-se dizer que o PLS nº 236/12 viria a dar aplicabilidade à norma constitucional prevista no art. 3º, IV, da Constituição Federal de 1988, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988). É justamente nesse sentido que se pronunciam os membros da comissão responsáveis por sua elaboração:

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 (BRASIL, 2012, p. 446).

Seguindo essa lógica de alterar o Código Penal com vistas à dinamicidade da vida, Ramos (2015, p. 6-7), atualmente, autor e analista judiciário do STF, sintetiza e tece seus comentários sobre as principais mudanças ocasionadas caso tal projeto de lei viesse a ser aprovado:

Inicialmente, na Parte Geral, a motivação por preconceito de orientação sexual e identidade se torna uma agravante genérica. Em relação ao crime de homicídio, o preconceito de orientação sexual e identidade de gênero é equiparado a motivo torpe, que torna o homicídio qualificado. No crime de lesão corporal dolosa, leve ou grave, o preconceito de identidade ou orientação sexual é causa de aumento de pena. Nos crimes contra a honra, apenas para o crime de injúria, excluído a injúria real, a utilização de elementos referentes em identidade ou opção sexual torna o crime de injúria qualificada, a exemplo do que ocorre hoje com a utilização de elementos racistas. A criação do tipo penal do crime de terrorismo, que ainda não existe no Direito Penal brasileiro, também faz referência à homofobia, com a referência do elemento subjetivo de motivação por preconceito de sexo, identidade ou orientação sexual. O crime de genocídio também é tipificado no PLS 236/12 e prevê entre as finalidades da conduta a destruição, parcial ou total, de um grupo, em razão de sua identidade de gênero ou orientação sexual. A tipificação do crime de tortura também inclui a motivação por discriminação ou preconceito de identidade ou orientação sexual. Nos crimes de racismo e resultantes de preconceito e discriminação, a discriminação ou preconceito de identidade e orientação sexual também

está elencado entre os possíveis elementos subjetivos dos tipos penais. Dentre as condutas penalizadas está a prática, indução ou incitação de discriminação ou preconceito de identidade e orientação sexual.

Verifica-se, portanto, com as palavras deste autor, que a repreensão das condutas por motivação homofóbica não se reduzem apenas e, tão somente, ao Capítulo V, do supracitado projeto, uma vez que, em diversos dispositivos penais há a preocupação de se adequar o texto legal para abarcar também as discriminações por orientação sexual e identidade de gênero na tentativa de se combater a homofobia, seja acrescentando uma agravante genérica, uma causa de aumento de pena ou, ainda, uma qualificadora por tais motivações (RAMOS, 2015).

Nesse sentido, Ramos (2015, p. 8) acrescenta, ainda, mais alguns comentários:

Verifica-se ao analisar o texto inicial do Anteprojeto de Código Penal que o PLS 236/12 foi categórico no combate à homofobia, demonstrando sem sombra de dúvidas a importância da criminalização das condutas motivadas por preconceito e discriminação por identidade e orientação sexual, nos crimes de homicídio, lesão corporal, injúria, terrorismo, genocídio, tortura e crimes resultantes de preconceito e discriminação. Até hoje, o PLS 236/12 foi o projeto de lei que tratou a criminalização de forma mais efetiva e abrangente, mais inclusive do que o PLC 122/06, que tem o apelido de criminalizar a homofobia. Entretanto, durante a tramitação do projeto na Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal, em dezembro de 2013, foi aprovado um Substitutivo que excluiu do texto qualquer menção ao preconceito ou discriminação por identidade ou orientação sexual. Atualmente, o texto do PLS 236/12 não faz qualquer referência à criminalização da homofobia.

Ou seja, mesmo com uma redação rica de proteção para com a comunidade LGBT, punindo-se, por conseguinte, a homofobia, o PLS nº 236/12 veio sofrendo alterações ao longo de sua tramitação e, atualmente, não faz qualquer menção à criminalização da homofobia. Fatos como este deixam claro, que por mais que se elaborem projetos que visem a tipificar a homofobia como crime, ao longo de sua tramitação tais ideias vão perdendo respaldo nas Casas Legislativas, seja pelas alterações advindas das Comissões responsáveis pela análise do seu texto legal ou, ainda, pelos próprios legisladores, que dificultam a aprovação de qualquer aparato legal que venha a resguardar direitos a esse grupo minoritário e socialmente excluído.

Desse modo, resta nítido, que por mais que se tenham ideias com vistas à criminalização da homofobia, elas não recebem o tratamento que deveriam, pois, em

grande parte, tais projetos tendem a permanecer no Congresso Nacional sem nenhum posicionamento dos parlamentares e, quando o recebem, uma grande parcela de suas Casas se mostra contrária a sua aprovação, deixando-os como objeto de segundo plano. A exemplo disso tem-se o que aconteceu com o Projeto de Lei nº 122/06 - que fora recentemente arquivado, e as alterações ocorridas no anteprojeto do Novo Código Penal, estas, com vistas a retirada das expressões “orientação sexual” e “identidade de gênero”, consoante requerimento feito pelo Deputado Vital do Rêgo (PMDB-PB), que recebeu apoio do Senador Magno Malta (PR-ES).

Cumprido ressaltar, contudo, que tais parlamentares argumentaram o pleito, sob a justificativa de que tais termos não estariam solidificados no decorrer da história legislativa, fato este, totalmente controverso, uma vez que, basta verificar algumas legislações orgânicas municipais e algumas leis estaduais (a exemplo da Lei nº 7.309/2003 e do Decreto nº 27.604/2016, na Paraíba), com caráter antidiscriminatório, para se perceber, notadamente, que tais expressões já são bastante conhecidas em sede legislativa; até mesmo em alguns países, já se aprovaram leis punindo as discriminações por orientação sexual e a identidade de gênero, o que denota que tal justificativa não possui qualquer embasamento sustentável.

Portanto, fica difícil acreditar nestas palavras quando a realidade se mostra um tanto quanto diferente; por trás de “infundadas” justificativas se esconde o verdadeiro receio de disciplinar à homofobia qualquer tratamento igualitário quanto a sua criminalização, até porque, se fosse caso de obscuridade quanto ao significado e o sentido de tais termos para uma posterior aprovação, tal caso seria resolvido com uma simples proposta de esclarecimento sobre esses assuntos. Mas acontece que é muito mais fácil fechar os olhos para uma realidade pungente, do que abrir mão para o novo, para os problemas que, de fato, assolam a sociedade e que necessitam da tutela estatal.

4.3 A criminalização da homofobia como forma de resistência e visibilidade para a promoção dos direitos fundamentais das pessoas LGBTs.

Frente a esse contexto de luta, de anseios sociais, de pressão do movimento LGBT pelo reconhecimento de direitos, das discussões em torno dos projetos de lei que visam à criminalização da homofobia, dos regressos legislativos quanto as suas alterações, do contexto de violações em face desse grupo minoritário, fica nítido o quanto a criminalização da homofobia é medida mais que necessária para o combate de tais condutas. Primeiro, porque apesar de toda a discussão em torno desses tópicos, grande parte da sociedade se mostra contrária à aprovação de qualquer tipo de projeto que venha a salvaguardar direitos a esta comunidade. Segundo, porque está mesma sociedade que se auto afirma contra a garantia de direitos homoafetivos/transexuais, é a mesma que dissemina a ideia de que tais projetos viriam apenas a garantir privilégios as pessoas LGBTs, esquecendo-se, portanto, que tal como as discriminações por questões de raça, cor, idade e procedência nacional, gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais sofrem, diariamente, preconceitos e discriminações, pelo simples fato de possuírem uma orientação sexual ou uma identidade de gênero, diferentes do padrão socialmente estabelecido.

Sob esse prisma, corroboram Freire e Cardinali (2012, p. 55-56):

A criminalização das condutas discriminatórias motivadas pela homofobia, seja por meio da inclusão destas na Lei do Racismo, seja por meio de diploma legislativo específico, sofre várias críticas de diversos grupos. Dentre estas, uma das mais persistentes é a de que importaria criação de “direitos especiais” ou “privilégios”, isto é, num estatuto jurídico mais benéfico aos homossexuais do que o que tutela o resto da sociedade. Esta crítica, entretanto, ignora o exposto mandamento constitucional para a busca da igualdade substancial, o qual exorta o ordenamento jurídico a proteger as minorias em situações de desigualdade fática, por meio da chamada discriminação positiva e, sendo necessário, da tutela penal (Rios, 2006). A sociedade é composta por grupos oprimidos e privilegiados, e o legislador e o juiz não podem ser cegos a estas circunstâncias no processo de criação do direito.

Assim, convém ressaltar que outros grupos sociais estigmatizados em função de sua raça, de gênero, credo, idade, deficiências etc. recebem tutela jurídica notadamente mais benéfica e preferencial, a qual visa garantir a compensação de sua desigualdade fática. Apenas à guisa de exemplo, poder-se-ia citar as disposições do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) e o art. 37, VIII da Constituição, que garante a reserva de vagas para pessoas com deficiência física nos empregos e cargos públicos.

Segundo estes autores, portanto, com a criminalização da homofobia não se estaria criando “direitos especiais” ou “privilégios” para com as pessoas LGBTs, mas apenas, estaria se direcionando tratamento igualitário a um grupo minoritário que,

desde muito tempo, vem sendo alvo de crescentes violações e vulnerabilidade social. Dessa forma, tal como a Lei do Racismo que protege as pessoas contra preconceitos e discriminações por questões raciais, o acréscimo das expressões orientação sexual e identidade de gênero sob a ótica desta Lei e de alguns dispositivos do Código Penal, apenas direcionaria tratamento isonômico para tal grupo, posto que, conforme ficou demonstrado no presente estudo, as pessoas LGBTs carecem de proteção penal quando se tem seus direitos fundamentais plenamente atingidos.

A respeito disso, se faz importante citar, ainda, as palavras de Freire e Cardinali (2012, p. 56-57):

Esse processo de especificação dos sujeitos de direito, entendido em suas idiossincrasias e particularidades, em oposição ao tradicional sujeito abstrato, resultou na consolidação de um arcabouço normativo nacional e internacional de proteção especial de indivíduos pertencentes a grupos minoritários ou socialmente estigmatizados.

Destarte, a crítica de que a criminalização importaria em “privilégios” desarrazoados concedidos às minorias sexuais não é procedente, na medida em que um tratamento jurídico especial é justificado em face da realidade fática e esta tutela especial que se pretende não seria novidade ou exclusividade no direito brasileiro, uma vez que já gozada por outros grupos que sofrem preconceito social.

De modo complementar, acrescenta Bonfim (2016), que caso seja outro o entendimento dos parlamentares e da sociedade, deve se conceber, pelo menos, que a homofobia e seus desdobramentos se enquadram no conceito de discriminações atentatórias aos direitos fundamentais, haja vista que, oprime pessoas homossexuais e transexuais no uso e gozo de seus direitos mais básicos, desde a livre orientação sexual, a livre identidade de gênero (art. 5º, § 2º, da CF/88), até mesmo a tolerância e à segurança (art. 5º, caput), através de ameaças, ofensas, discriminações, como também mediante assassinatos e chacinas.

Assim, é justamente em decorrência dos comandos contidos no art. 5º, XLII e XLI, da CF/88 (que tratam da criminalização do racismo e das discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, nesta ordem), que se impõe a obrigação constitucional da criminalização da homofobia, através de leis que punam, especificadamente, tais tipos de condutas.

Foi com base nessa obrigação constitucional, bem como na deficiência de proteção aos sujeitos LGBTs por parte do Estado Brasileiro, que a Associação

Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais impetrou no STF o Mandado de Injunção 4.733 em face do Congresso Nacional, com o escopo de declarar a omissão inconstitucional deste órgão na tipificação de tais condutas. Tal mandado teve como finalidade principal - consoante trecho retirado dos autos do processo:

[...] 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 (BRASIL, 2013).

Do mesmo modo, tendo por norte as mesmas razões, fora proposta também a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, tendo como polo ativo o Partido Popular Socialista. Pode-se dizer, então, que tanto o Mandado de Injunção 4.733, quanto a ADO 26 foram apresentados, originariamente, com os mesmos pedidos, tendo como objetivo principal declarar a inconstitucionalidade da mora legislativa e, conseqüentemente, fixando um prazo razoável para que o Poder Legiferante viesse a supri-la.

Desta forma, o STF passaria a ter função legislativa atípica com o intuito de elaborar a norma geral e abstrata em comento e, por seu turno, se fixaria as regras atinentes à responsabilidade objetiva do Estado no que diz respeito à indenização das vítimas da homofobia até o momento em que não houvesse qualquer regra penal acerca de sua criminalização.

Logo, enquanto não houvesse qualquer previsão legal criminal, qualquer prática que viesse a causar danos a outrem em razão da homofobia seria um ato ilícito passível de indenização, nos termos da atual legislação (art. 37, § 6º, da CF/88).

Diante dessa reflexão, compreende-se, pois, que o Estado, possui o dever legal de criminalizar toda e qualquer conduta discriminatória que tenha por intuito os aspectos da orientação sexual e da identidade de gênero, uma vez que, tal como apregoadado pelo texto constitucional da Lei Maior, não se pode admitir quaisquer práticas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais (Art. 5º, XLI, da CF/88).

Outra crítica bastante comum é em relação à liberdade de consciência. Para muitas pessoas, com a aprovação da criminalização da homofobia, a liberdade de

consciência e de expressão estaria comprometida, ao passo que, para a compreensão dessas, toda e qualquer opinião contrária à aceitação de tais práticas seriam entendidas como discriminação, ideia esta totalmente equivocada.

Acontece que não é bem assim, pois não existem direitos absolutos quando se tratam de direitos fundamentais. Do mesmo modo, não se pode punir o que está no íntimo da consciência de cada pessoa, pois, se assim o fosse, estar-se-ia dando privilégios a determinados direitos em detrimento de outros.

Na realidade, tais direitos devem conviver em harmonia sendo mitigados em determinadas situações, de modo que, não existe uma liberdade de expressão ilimitada em que se possibilite ao sujeito o direito de utilizá-la como fundamento para a prática de discursos de ódio, incitando, por conseguinte, as discriminações, sejam elas relacionadas à raça, a cor, ao sexo, a procedência nacional ou, inclusive, a orientação sexual e a identidade de gênero. Assim, a partir do momento em que o sujeito utiliza-se de sua liberdade de expressão para praticar, induzir ou incitar práticas discriminatórias (art. 20, da Lei 7.716/89), ele estaria cometendo o crime de racismo e, nesse caso, não haveria espaço que o assegurasse desse direito, justamente, pelo fato, de que este não é absoluto.

Essa mesma ideia se aplica a liberdade religiosa, por ser também um direito fundamental de bastante complexidade. Alicerçada sobre a liberdade de pensamento, a liberdade religiosa dá a cada povo a oportunidade de professarem suas próprias crenças, com vistas à construção de uma sociedade plural, democrática e do próprio reconhecimento da diversidade de religiões existente no país. Por ser um direito de foro íntimo, que atrai pra si uma série de outros tantos valores, sejam eles culturais, econômicos, políticos, este direito se assemelha a um cordão umbilical com a liberdade pensamento, (incluindo-se aqui a liberdade ideológica, de reunião, entre outras).

Nesta linha de raciocínio, a liberdade de expressão e a liberdade religiosa se posicionam como verdadeiras garantias constitucionais para a exteriorização do livre pensamento. No entanto, por serem liberdades relacionadas a um foro íntimo, não se pode admitir que tais direitos sejam utilizados de maneira desarrazoada, com intuito de direcionar tratamento de inferioridade ou discriminatório para com os outros, sejam eles indivíduos, grupos ou comunidades, posto que, esses, como seres humanos que são, possuem também seu direito à livre orientação sexual e

identidade de gênero e, ainda mais, a dignidade da pessoa humana que lhe é inerente.

Tratando sobre o assunto, Freire e Cardinali (2012, p. 57) tecem, ainda, seus comentários:

Um dos setores que mais apresentam críticas ao projeto de lei é o religioso-cristão, uma vez que o seu discurso costuma ser marcado pela condenação à prática da homossexualidade. Assim, teme-se que a aprovação de um projeto deste tipo importe em lesão ao direito de liberdade de expressão ou de liberdade de culto. Ocorre que tais direitos, como todos, não podem ser encarados de forma absoluta, devendo ser relativizados em face de outras garantias e valores albergados pela ordem jurídica.

Não existe um direito à liberdade de discriminação, seja no discurso laico, seja no proferido do púlpito. O discurso de ódio é, por certo, avesso à Constituição Cidadã, fazendo-se mister combatê-lo. Os que hoje tacham o PLC122/2006 de “mordaza gay” e a criminalização da homofobia de instituição de uma “ditadura gayzista” remetem a discursos já não socialmente aceitáveis que pretendiam legítimo e lícito, por exemplo, diminuir pessoas em função de sua cor, defendendo o direito de ser racista, como se tal teratologia existisse. O uso do direito penal, ademais, como mecanismo constitucional e legítimo para combater a discriminação, já foi atestado pelo Supremo Tribunal Federal e a homofobia tão somente se inclui neste cenário mais amplo de proteção das minorias e dos grupos oprimidos.

Sendo assim, diante de toda a conversação realizada com os autores, tais como: Freire e Cardinali, Dias e Ramos, criminalizar a homofobia representa muito mais do que prever penalmente suas manifestações e cominar-lhes uma pena; representa o anseio de um grupo minoritário que durante anos veio galgando, ainda que em passos lentos, na busca pelo reconhecimento de direitos; representa o resultado de uma luta travada sobre duras penas pelo movimento LGBT; representa o sentimento de milhares de pessoas que foram assassinadas, sofreram e sofrem discriminação, pelo simples fato de amar outra pessoa de igual sexo ou de ter uma identidade de gênero diversa; representa, ainda, o fim de uma legislação vacilante que resiste em não tratar de maneira igualitária as pessoas LGBTs pelo simples apego a uma moral conservadora e ultrapassada.

São por essas e outras razões, que tipificar a homofobia como crime é um verdadeiro ato de resistência contra todo um cenário de exclusão, marginalização e cerceamento de direitos. É um verdadeiro ato contra as ideologias que tendem a banalizar o afeto e o reconhecimento de tantos outros direitos fundamentais pertencentes a esses indivíduos. É o reconhecimento de que gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais também são sujeitos de direitos, dotados de

desejos, sentimentos e projetos de vida; e como tal, devem ter seus direitos fundamentais plenamente protegidos em observância a todas as balizas constitucionais que guarnecem a dignidade da pessoa humana.

Com efeito, diante de todos os aparatos legais e doutrinários discutidos ao longo deste trabalho, a criminalização da homofobia mostra-se não apenas necessária para o enfrentamento da violência e das discriminações por orientação sexual e identidade de gênero, mas também, se faz de suma importância para que se dissemine no Brasil uma cultura de respeito, promoção e visibilidade para com os direitos fundamentais das pessoas LGBTs, pois, tal como assevera Dias (2011, p. 164): “A ausência de lei, que leva à exclusão do sistema jurídico, é a forma mais perversa de condenação à invisibilidade”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de toda a literatura pesquisada, bem como da reflexão acerca da criminalização da homofobia, percebeu-se que, durante muito tempo, os assuntos relacionados à homoafetividade sempre estiveram envoltos em uma margem de silêncio. Por ser vista como pecado em um dado momento da história, como doença/patologia em outro ou, ainda, como uma conduta dotada de anormalidade, as práticas homossexuais vieram existindo sob o manto da invisibilidade e do preconceito social; fato é, que ainda hoje, uma grande parcela da sociedade se acha no direito de discriminar e violentar os indivíduos LGBTs, pelo simples fato destes vivenciarem novas formas de afeto e papéis de gênero, bem como buscarem espaço no seio social para sua exteriorização.

Por se acharem no direito de discriminar as pessoas em razão da orientação sexual e da identidade de gênero, o cenário de violações contra os direitos fundamentais desta comunidade se mostra cada vez mais alarmante e diversificado, demonstrando que, a homofobia é um grave problema social e que não pode perceber invisível aos olhos do legislador constituinte quanto à sua criminalização, requerendo deste, por conseguinte, medidas institucionais para o seu enfrentamento.

Nessa esteira, é de suma importância levar a questão da homofobia ao campo jurídico, visto que, a Constituição Federal de 1988, verdadeira carta garantista de direitos, consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos de República Federativa do Brasil. Como tal, não se pode aceitar que práticas tão desregradas quanto à homofobia permaneçam impunes frente aos postulados que guarnecem a pessoa humana contra quaisquer tipos de discriminações ou tratamento degradante (art. 3º, IV e art. 5º, III, ambos da CF/88).

Partindo-se desta lógica, o presente trabalho, deixa claro, que por não possuir um mecanismo penal que criminalize a homofobia - em conformidade com os comandos da Lei Maior (CF/88), na maioria dos casos, a homofobia acaba recebendo tratamento diverso quanto a sua punição, representando, portanto, um verdadeiro empecilho para a promoção dos direitos fundamentais das pessoas LGBTs.

Do mesmo modo, com os dispositivos da Lei Maior, comprovou-se, mais que suficiente, que o direito à sexualidade e à liberdade sexual, constituem bens jurídicos relevantes a receberem proteção especial por parte do Direito Penal, uma vez que, as discriminações por orientação sexual e identidade de gênero são praticas homofóbicas tão lesivas quanto aquelas ligadas aos aspectos raciais (raça, cor, procedência nacional), e como tal, devem receber tratamento condizente para o desestímulo de seus cometimentos.

É neste prisma, portanto, que se defende a inserção das discriminações por orientação sexual e identidade de gênero sob o manto da Lei 7.716/89 (Lei do Racismo), tal como objetivado pelo PLC nº 122/06, uma vez que, tal legislação mostra-se plenamente compatível para a repreensão de tais práticas, prezando, justamente, pela proteção de condutas antidiscriminatórias. Neste mesmo sentido, era o Anteprojeto do Novo Código Penal (PLS nº 236/12), que antes mesmo de sofrer emendas, possuía em seus dispositivos a preocupação em adequar os tipos penais, de maneira a acrescentar, também, tais discriminações, seja como agravante, causa de aumento de pena ou, ainda, como circunstâncias que qualificam o crime. Contudo, tal proteção foi aniquilada ao se alterar o referido anteprojeto, não possuindo este mais qualquer menção em relação a tais tipos de discriminações.

Logo, em que pese a Lei Maior não possuir o condão de realizar seus comandos por si próprios, em decorrência de sua força normativa, a mesma impõe tarefas a serem realizadas pelos demais ramos do Direito; assim é o que acontece com o Direito Penal, que já criminalizou diversas condutas de cunho discriminatório no Brasil, mas que, ainda, permanece em mora quanto à criminalização da homofobia, demonstrando que, por trás dessa resistência se esconde um verdadeiro jogo de interesses políticos e religiosos que tendem a rechaçar o reconhecimento de quaisquer direitos em prol de uma minoria, demasiadamente, estigmatizada. Assim, a discussão e a aprovação de projetos no Congresso Nacional mostram-se, nestes casos, propositavelmente, tolhidas pela inércia do Poder Legislativo ao eximir-se da atividade típica que lhe cabe; e, em outros casos, quando legislam, demonstram claramente os seus objetivos, de refrear medidas quando estas dizem respeito ao público LGBT.

Portanto, à luz da análise dos aparatos legais, dos princípios constitucionais e do Direito Penal como a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, a criminalização da homofobia traduz-se juridicamente possível, não apenas para que se dissemine no Brasil uma cultura de respeito em prol dessa minoria, mas também, para que se reafirme o comprometimento do Estado na defesa da liberdade sexual, fazendo, pois, da criminalização da homofobia, um verdadeiro instrumento de resistência e visibilidade, para o reconhecimento e promoção de outros tantos direitos.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Mariana. **Homofobia mata uma pessoa a cada 25 horas; Norte tem maior índice.** O Globo, 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/homofobia-mata-uma-pessoa-cada-25-horas-norte-tem-maior-indice-20819002>>. Acesso em: 22 out. 2017.

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.

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

BONFIM, Verônica Martins Prado. **Homofobia: uma análise da proposta de criminalização no Brasil.** Bauru, 2016. Disponível em: <<http://www.cursojunguiano.com.br/custom/531/uploads/HOMOFOBIA.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

BORILLO, Daniel. A homofobia. In: LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Débora (Orgs.). **Homofobia e educação: um desafio ao silêncio.** Brasília: Letras Livres; Ed. UnB, 2009.

_____. **Homofobia: história e crítica de um preconceito.** Belo Horizonte - MG: Editora Autêntica, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. Lei 7.716, de 05 de janeiro de 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.** Brasília: Senado Federal, 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 30 nov. 2017.

_____. Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006. **Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis**

do Trabalho – CLT) para definir os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. Brasília: Senado Federal, 2006. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/opiniaopublica/pdf/PLC122.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

_____. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Anteprojeto de Código Penal. **Altera dispositivos do Código Penal e dá outras providências.** Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

_____. **Relatório sobre violência homofóbica no Brasil:** ano de 2012. Secretária de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH-PR). Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>>. Acesso em 08 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção: 4.733 DF**, Relator: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 23/10/2013, Data de publicação: DJe-213 DIVULG 25/10/2013 PUBLIC 28/10/2013.

_____. Substitutivo do Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006. **Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, e o § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para definir e punir os crimes de ódio e intolerância resultantes de discriminação ou preconceito.** Brasília: Senado Federal, 2006. Disponível em: <legis.senado.gov.br/sdleg-getter/.../aa9940a9-6c74-41be-9b2c-d95b25814974>. Acesso em: 30 nov. 2017.

BRITO, Meyre. **Violência contra gays é alarmante no Brasil.** Uol Notícias, 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/deutschewelle/2017/05/17/violencia-contra-gays-e-alarmante-no-brasil.htm>>. Acesso em: 22 out. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

COSTA, Felipe Franklin Anacleto de; PINHO NETO, Júlio Afonso Sá de. As organizações e o público LGBT: perspectivas de atuação para o profissional das relações públicas. **Revista Internacional de Relaciones Públicas**, v. 5, n.9, p. 131-152, jun, 2015.

DIAS, Maria Berenice. Alimentos: salário versus IGP-M. **Revista da Ajuris**, ano XXXIV, n. 106, p. 175, jun, 2007.

_____. Família Homoafetiva. **Revista Bagoas – Estudos Gays: gêneros e sexualidades**, v. 2, n. 03, p. 39-63, 2009.

_____. **Homoafetividade e os Direitos LGBTI**. 6. ed. reformulada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Legislação brasileira e homofobia**. Última Instância, São Paulo: 29 jun. 2011. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/artigos/52055/legislacao+brasileira+e+homofobia.shtml>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. rev., atual e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **União Homossexual: O Preconceito e a Justiça**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DINIS, Nilson Fernandes. Homofobia e educação: quando a omissão também é signo de violência. **Educar em revista**. n. 39, p. 39-50, jan, 2011.

FERREIRA, Francisco Diógenes Freire. Viado bom é viado vivo: pela criminalização da homofobia em respeito aos direitos fundamentais. In: XII CONAGES. XII Colóquio Nacional Representações de Gênero e Sexualidade, jun, 2016, Campina Grande. **Anais eletrônicos**. Campina Grande: Ed. Realize, 2016. Disponível em: <http://www.editorarealize.com.br/revistas/conages/trabalhos/TRABALHO_EV053_MD1_SA8_ID1327_02052016230405.pdf>. Acesso em: 14 out. 2017.

FOUCAULT, Michel. (1973). La société punitive. In : Michel Foucault. **Dits et écrits I**, 1954 - 1975. Paris, Gallimard. (p.1325 -1338).

FREIRE, Lucas; CARDINALI, Daniel. O ódio atrás das grades: da construção social da discriminação por orientação sexual à criminalização da homofobia. **Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latino Americana (Rio J.)**, n. 12, p. 37-63, dez, 2012.

GOMES, Ana Maria; KURASHIGE, Keith Diego; REIS, Aparecido Francisco dos. Violência e homofobia: um estudo sobre o preconceito e a agressão contra a população LGBT em Mato Grosso do Sul. **Revista Bagoas – Estudos Gays: gêneros e sexualidades**, v. 8, n. 11, p. 143-156, jul/dez, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GROSSI, Miriam Pillar. **Identidade de Gênero e Sexualidade**. Antropologia em Primeira Mão, n. 24, PPGAS/UFSC, Florianópolis, p.1-14, 1998 (revisado em 2010).

HEILBORN, Maria Luiza. **Dois é par: Gênero e identidade sexual em contexto igualitário/ [organização e apresentação]**. Rio de Janeiro: Editora Garamond, 2004.

KOEHLER, Sonia Maria Ferreira. Homofobia, cultura e violências: A desinformação social. **Revista Journal – Interações**, v. 9, n. 26, p. 129-151, 2013.

LEHFELD, Lucas De Souza; MENDONÇA, Marina Ribeiro Guimarães. Direito Homoafetivo: a tutela constitucional dos direitos humanos sob o princípio da afetividade. **Revista Gênero, Sexualidade e Direito**, v. 2. n. 1. p. 146-168. Jan/Dez, 2015.

LEITE, Joaquina Lacerda. **A conjugalidade homossexual no Brasil: múltiplas visões**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011.

LIMA JÚNIOR, Paulo Gomes de; FERMENTÃO; Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. A eficácia do direito à dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**, v. 12, n. 1, p. 313-340, jan/jun, 2012.

LOURO, Guacira Lopes. Gênero e sexualidade: pedagogias contemporâneas. **Revista Pro-Posições**, v. 19, n. 2, p. 17-23, maio/ago, 2008.

_____. **Um corpo estranho: Ensaio sobre a sexualidade e a teoria *queer***. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

MIGUEL, Luis Alberto Marques. A marginalização de bissexualidade dentro do movimento LGBT: aceitação e visibilidade. In: XII CONAGES. XII Colóquio Nacional Representações de Gênero e Sexualidade, jun, 2016, Campina Grande. **Anais eletrônicos**. Campina Grande: Ed. Realize, 2016. Disponível em: <https://editorarealize.com.br/revistas/conages/trabalhos/TRABALHO_EV053_MD1_SA4_ID893_23052016015552.pdf>. Acesso em: 14 out. 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários do art.1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil.** Doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direito constitucional.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOTT, Luiz; MICHELS, Eduardo; PAULINHO. **Relatório de 2016: assassinatos de LGBT no Brasil.** GGB- Grupo Gay da Bahia. Salvador, 2016. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/01/relatc3b3rio-2016-ps.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2017.

MOOT, Luiz. **Toda agressão contra LGBT é crime homofóbico.** Quem a homotransfobia matou hoje? 2013. Disponível em: <<https://homofobiamata.wordpress.com/quem-somos-3/o-que-e-homofobia/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

NASCIMENTO, Márcio Alessandro Neman do. Homofobia e homofobia interiorizada: produções subjetivas de controle heteronormativo? **Athenea digital: revista de pensamento e investigación social**, n. 17, p. 227-239, mar, 2010.

NUNAN, Adriana. Influência do Preconceito Internalizado na Conjugalidade Homossexual Masculina. In: Grossi, Miriam; Uziel, Anna Paula & Mello, Luiz (Orgs.). **Conjugalidades, Parentalidades e Identidades Lésbicas, Gays e Travestis.** Rio de Janeiro: Garamond, 2007. p. 153-168.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/direitoshumanos.htm>>. Acesso em: 03 out. 2017.

PAIM, Paulo Renato. **Relatório do Senador Paulo Paim sobre PLC 122.** 2013. Disponível em: <<http://www.senadorpaim.com.br/noticias/noticia/3999>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

PENA JÚNIOR, Moacir César. **Direito das Pessoas e das Famílias: Doutrina e Jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2008.

POCAHY, Fernando. Um mundo de injúrias e outras violações. Reflexões sobre a violência heterossexista e homofóbica a partir da Experiência do CRDH rompa o silêncio. In: POCAHY, Fernando (Org.). **Rompendo o silêncio: Homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea.** Porto Alegre: Nuances, 2007. p. 10-26.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

RAMOS, Leandro Ferreira. **A criminalização da homofobia: uma pauta atual.** Brasília: Boletim Conteúdo Jurídico, 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-criminalizacao-da-homofobia-uma-pauta-atual,53486.html>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. **Direito e Democracia: Revista do Centro de Ciências Jurídicas / Universidade Literana do Brasil – ULBRA**, vol. 2, n. 2, p. 383-408, jul, 2001.

_____. Conceito de Homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. In: POCAHY, Fernando (Org.). **Rompendo o silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea.** Políticas, Teoria e atuação. Porto Alegre: Nuances, 2007. p. 37-48.

_____. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 20.

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. p. 56.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHULMAN, Sarah. Homofobia familiar: uma experiência em busca de reconhecimento. **Revista Bagoas**, v. 4, n.05, p. 67-78, 2010.

SCOTT, Joan W. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Revista Educação & Realidade**. Porto Alegre, vol. 20, n. 2, jul./dez. 1995. p. 71-99.

SILVA, Renata; BORNIA, Josiane Pilau. Homofobia: Discriminação por orientação sexual e a legislação penal brasileira. **Revista Cesumar - Ciências Humanas e Sociais Aplicadas**, Maringá-PR, v. 14, n. 1, p. 35-53, jan./jun. 2009.

SPILLER, Raphael. **A cada 28 horas, um homossexual morre de forma violenta no Brasil.** G1, Fantástico, 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2016/06/cada-28-horas-um-homossexual-morre-de-forma-violenta-no-brasil.html>>. Acesso em: 23 out. 2017.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. A constitucionalidade da classificação da homofobia como Racismo (PLC122/2006). In: DIAS, Maria Berenice (Org.).

Diversidade sexual e direito homoafetivo. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 511-528.

WYLLYS, Jean. **TEMPO BOM, TEMPO RUIM – Identidades políticas e afetos.** 1. ed. São Paulo: Paralela, 2014.