

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Miguel Soares Silveira

Criminalização da LGBTfobia à luz do princípio da dignidade da pessoa
humana

Porto Alegre

2018

MIGUEL SOARES SILVEIRA

Criminalização da LGBTfobia à luz do princípio da dignidade da pessoa humana

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS - como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Dra. Vanessa Chiari Gonçalves

Porto Alegre

2018

MIGUEL SOARES SILVEIRA

Criminalização da LGBTfobia à luz do princípio da dignidade da pessoa humana

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS - como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em de junho de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves

Orientadora

Professora Ana Paula Motta Costa

Professor Sami Abder Rahim Jbara El Jundi

AGRADECIMENTO

Não fosse o meu pai, Edir José da Silveira, nada do que eu conquistei até hoje seria possível. Não digo impossível, mas teria um alto grau de dificuldade e de problemas que eu não sei se suportaria sozinho. A ele, sou e serei eternamente grato por tudo o que um dia já me proporcionou. O meu amor pelo meu pai é realmente sem limite e hoje estou honrando tudo o que um dia ele sonhou para mim.

Ao meu namorado, Gustavo Pires, eterna gratidão! Ele é o meu pilar de sustentação e sempre me segurou firme para que eu não caísse e desistisse de minhas metas. Sou fã, admirador e fiel escudeiro. Eu o amo tanto que sequer consigo explicar.

À minha família, aos meus amigos e a todos aqueles que me incentivaram a chegar até aqui: o meu mais sincero MUITO OBRIGADO! Vocês, sem dúvidas, são o meu espelho e o meu maior incentivo. Esta conquista é nossa. Grato!

“Por que é que, culturalmente, nós nos sentimos mais confortáveis vendo dois homens segurando armas do que dando as mãos?” GAINES, Ernest.

“Consideramos justa toda a forma de amor.” SANTOS, Lulu.

RESUMO

O presente trabalho objetiva examinar a possibilidade (e a necessidade) da criminalização da LGBTfobia (discriminação praticada em relação à orientação sexual e identidade de gênero) no ordenamento jurídico brasileiro, como um dos mecanismos capazes de combater à discriminação e à violência da comunidade LGBT. Isso porque as leis são criadas e necessárias na medida em que organizam as relações sociais e garantem o bem-estar dos cidadãos, assegurando (ao menos simbolicamente) que seus direitos sejam respeitados e protegidos. Contudo, ao se analisar a conjuntura da legislação brasileira, percebe-se que há uma lacuna que não abarca e não pune da forma mais eficaz as condutas de caráter LGBTfóbico, pois não há um tipo penal que incida sobre isso diretamente. As pessoas LGBT sofrem, constantemente, discriminações e até mesmo homicídios apenas por não seguirem o padrão da sexualidade e do gênero que imperam em uma sociedade heteronormativa. Para tanto, o que se pretende neste estudo é demonstrar, através de princípios constitucionais, preferencialmente, que todos os indivíduos são iguais e devem ter suas dignidades respeitadas, assim como garante a Constituição Federal Brasileira. É imprescindível, enfim, entender que este presente trabalho não faz (e sequer tenta) uma apologia às sexualidades e as expressões de gênero, até porque se estaria fazendo exatamente contrário àquilo que é uma das ideias principais do estudo: o respeito das diferenças das pessoas.

Palavras-chave: Discriminação. LGBTfobia. Criminalização. Orientação Sexual. Identidade de Gênero. Heterossexismo. Racismo. Crime.

ABSTRACT

The present work is an attempt to criminalize LGBTphobia (leadership practiced in relation to sexual orientation and gender identity), in the Brazilian legal system, as the process of combating violence and violence of the LGBT community, that laws are created and social organizations and guarantee the well-being of citizens, ensuring (at least habit) that their rights are respected and protected. However, when analyzing the Brazilian conjuncture, it is perceived that there is a gap that is not a way to punish the most effective form as one of the most common forms of appropriation. How LGBT people suffered, day after day, discrimination and even homicide, not only through the pattern of sexuality and gender that prevail in a heteronormative society. "For that, what is their rights are worthy, be they of constitutional right, preferably, that all rights are equal and have their respects respected, as well as guarantee the Brazilian Federal Constitution. It is essential, finally, to understand the present work does not (and even does) attempt an apology to sexualities and as expressions of gender, even when it is doing exactly the same thing as one of the main ideas of the study: respect for people's differences.

Keywords: Discrimination. LGBTphobia. Criminalization. Sexual Orientation. Gender Identity. Heterosexism. Racism. Crime.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 BUSCANDO A GÊNESE DO PROBLEMA	14
2.1 Conceituando LGBTfobia e entendendo o que é violência LGBTfóbica ...	14
2.2 Nomenclaturas atinentes ao trabalho	17
2.3 Diretrizes históricas e evoluções do entendimento da lgbtfobia contemporaneamente	20
2.4 Sexualidade, medo e preconceito	25
3 RESISTÊNCIA À LGBTFOBIA E SUA SUPERAÇÃO	29
3.1 Sanção penal de condutas discriminatórias	29
3.2 A homofobia (lato sensu) como racismo	32
3.3 Condutas LGBTfóbicas	38
3.4 Combate à discriminação e a superação da LGBTfobia	39
4 TENTATIVAS LEGISLATIVAS E A REALIDADE PRÁTICA: A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA AINDA É DRIBLADA	44
4.1 Propostas de criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero	44
4.2 PLC 122	44
4.3 PLS 236	47
4.4 Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual	49
4.5 Processo, jurisprudência e entendimento	51
5 CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E SEU CARÁTER ANTIDISCRIMINATÓRIO	54
5.1 Constituição Federal antidiscriminatória e sua força normativa	54
5.2 Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana	55

5.3 Necessidade da criminalização (criminalização da LGBTfobia à luz da dignidade da pessoa humana)	59
6 CONCLUSÃO	64
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67
8 ANEXOS	71

1 INTRODUÇÃO

A situação de caos e de violência no contexto brasileiro contra LGBTs remete à questão iminente de criminalização da LGBTfobia, e esta corrente ganha, cada vez mais, relevância e importância nas discussões sociais e jurídicas em centros de decisões e reflexões. Com o alcance e a disseminação de notícias em alta velocidade e de rápida veiculação, constata-se que ataques discriminatórios contra pessoas cujas orientações sexuais são gays, lésbicas, travestis, transexuais e intersexuais (representados pela sigla LGBT) vêm crescendo assustadoramente no Brasil – principalmente – e se faz mais do que necessário o estudo da criminalização da LGBTfobia no cenário atual.

É importante verificar a situação do Brasil no que tange à realidade e à situação desta minoria social, visto que o preconceito e a discriminação, infelizmente, aumentam e marginalizam cada vez mais membros da comunidade LGBT, acarretando em uma não-proteção jurídica e penal aos cidadãos que compõem tal camada da sociedade. Índices e gráficos mostram que o Brasil é o país com o maior grau de violência e de homicídio contra pessoas LGBTs e com menor aparato de proteção delas, conforme ilustrações abaixo.

Conforme pesquisa do relatório divulgado pelo GGB¹ (Grupo Gay da Bahia) – que coleta informações de notícias, na maioria das vezes, através da mídia –, no ano de 2017 foram registrados 387 homicídios contra membros da comunidade LGBT, o equivalente a um assassinato a cada 19 horas no Brasil. Nunca antes na história se registrou um índice tão alto de violência e de discriminação por conta da orientação sexual e da identidade de gênero, fazendo com que o país seja o número um no ranking 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 LGBTs.”² Segundo o antropólogo Luiz Mott, responsável pelo site *Quem a homofobia matou hoje?*,

“tais números alarmantes são apenas a ponta de um iceberg de violência e sangue, pois não havendo estatísticas

¹ GRUPO GAY DA BAHIA. Pessoas LGBT mortas no Brasil: relatório 2017/2018, p. 1-3. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>>. Acesso em: 16 de abril de 2018.

² LOURO, Guacira Lopes. O corpo estranho. Ensaios sobre sexualidade e teoria queer. Belo Horizonte: Autêntica, 2004. p. 24.

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.”³

Dentre os 387 homicídios cometidos em 2016, constata-se que 194 eram gays (43,6%), 191 (42,9%) trans (travestis e transexuais), 43 lésbicas (9,7%), 5 bissexuais (1,1%), 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. Também, há a constatação de que 31% desses assassinatos foram praticados com arma de fogo, 30,9% com armas brancas, incluindo ainda enforcamento, pauladas, apedrejamento, muitos crimes cometidos com requintes de crueldade: tortura e queima do corpo.⁴

Sendo assim, o presente estudo tem como finalidade analisar a urgência da criminalização de tal repartição social e a necessidade de criação de leis e medidas jurídicas cabíveis para a diminuição da violência e do preconceito a esses indivíduos e, conseqüentemente, maior ênfase e maior aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, trazendo igualdade a todos brasileiros e respeito a quem nele vive. Ou melhor, questionar se realmente a criminalização de condutas motivadas pelo preconceito em relação à orientação sexual ou à identidade de gênero é a estratégia mais eficaz de diminuição da violência contra os mesmos e do referido preconceito. No presente trabalho se pretende verificar, também, se o Direito Penal consegue adquirir algum efeito com a criminalização da LGBTfobia, em comparação com o modelo e o instituto do racismo, já que é considerado tão virtuoso na população brasileira, como é o caso do Projeto de Lei da Câmara (PLC) 122/2006, em que pretendeu equiparar o crime de racismo (discriminação de raça e cor) com a discriminação sexual (orientação sexual e identidade de gênero).

³ GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. Revista Novos Estudos Jurídicos. Itajaí, v. 10, n. 2, p.421.

⁴ GRUPO GAY DA BAHIA. Pessoas LGBT mortas no Brasil: relatório 2017/2018, p. 1-3. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>>. Acesso em: 16 de abril de 2018.

Este trabalho, portanto, será pautado, no primeiro capítulo, pelo estudo do que é a sexualidade e suas derivações, assim como buscar entender as várias nomenclaturas ligadas à sexualidade; discutir e conceituar o que é a LGBTfobia e violência LGBTfóbica, assim como o preconceito (implícito e explícito) e discriminação, trazendo uma cronologia história desses institutos, desde a cultura grega até o contexto contemporâneo. No segundo capítulo busca-se estudar a resistência à LGBTfobia e sua conseqüente superação, por meio da análise das sanções penais de condutas discriminatórias no Brasil (assim como a associação com o instituto do racismo) e, dessa forma, uma tentativa de combate à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. A seguir, faz-se necessário o entendimento e o estudo das tentativas normativas da criminalização da homofobia e da LGBTfobia no cenário brasileiro, ressaltando a importância do Projeto de Lei 122/2006, do Projeto de Lei do Senado 236 e o Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual, delimitando algumas questões sobre a política criminal contemporânea, o que acarreta em uma averiguação de alguns aspectos sobre a produção de normas penais no Brasil. A partir dessa análise e discussão, pretende-se estudar e relatar o que se entende por dignidade da pessoa humana e qual a relação que a aproxima do objeto de estudo (criminalização da LGBTfobia). Intenciona-se entender a força normativa da Constituição e seu caráter antidiscriminatório, para que se faça, então, um correlato com a criminalização da LGBTfobia. Por fim, apresenta-se a questão problemática e principal do presente estudo: haverá realmente uma proteção maior e uma diminuição da violência contra pessoas LGBTs se tal atitude for criminalizada? Dessa forma, faz-se mister que a criminalização da LGBTfobia seja pautada na dignidade da pessoa humana e no respeito de todos os cidadãos perante os outros para um melhor convívio e para que as taxas de mortalidade de pessoas LGBT no país não sejam índices assustadores.

Enfim, não se preza e nem se almeja (até porque seria utopia) esgotar o estudo e o assunto atinente à temática deste trabalho por ser uma discussão social complexa e por não haver, até hoje, uma resposta definida e positivada a respeito de tal tema. O verdadeiro – e mais incrível – intuito que se visa é à reflexão e a problematização da questão da criminalização da LGBTfobia e suas conseqüências, se melhorará ou nem tanto o cenário brasileiro e se protegerá,

de fato, as minorias sexuais que tanto sofrem preconceito e discriminação por serem apenas quem realmente elas são.

2 BUSCANDO A GÊNESE DO PROBLEMA

2.1 Conceituando LGBTfobia e entendendo o que é violência LGBTfóbica

A conceituação e a explicação do que é lgbtfobia não é tarefa muito fácil, já que há diversos e diferentes entendimentos e percepções de sua abrangência e limitações, assim como encontra dificuldade na cultura brasileira para buscar aparato que ensine e conceitue tal termo. Não há um consenso e tampouco uma aceitação plena do conceito de lgbtfobia, mas, ao longo dos tempos, vem sofrendo mudanças e sucessivas ressignificações para que possa, de certo modo, ser mais nítido e esclarecedor àqueles que procurem entender a sexualidade e suas variações.

Em primeira análise, o termo parece se referir a uma psicopatologia por conter em seu nome o sufixo “fobia”, já que é designado para demonstrar uma aversão ou um medo irracional por situações ou objetos. Advém, pioneiramente, do termo “homofobia”, em que foi criado pelo psicoterapeuta norte-americano George Weinberg em 1965.⁵ Neste referido ano ele foi convidado a palestrar sobre a homossexualidade e, como auxílio, convidou uma lésbica para que fizesse parte da palestra também. Foi aí que a problemática surgiu: ele foi incentivado a desfazer o convite da amiga lésbica para palestrar. Ou seja, uma atitude extremamente irônica uma lésbica causar constrangimento ao tentar falar de um assunto sobre sexualidade em um evento voltado justamente para isso. O terapeuta percebeu que havia mais do que preconceito na reação de seus colegas, havia medo também. Daí veio a inspiração dele para criar e usar a palavra homofobia pela primeira vez na história, unificando os radicais gregos “homos” (igual ou semelhante) e “fobia” (medo), para definir os sentimentos negativos em relação aos homossexuais ou à sexualidade.⁶ Embora este termo ainda esteja em constante mudança e evolução, ainda traz traços clínicos e medicalizantes, conforme destaca Rogério Diniz Junqueira, ao tentar explicar o motivo de se usar o termo homofobia:

“Essas emoções, em alguns casos, seriam a tradução do receio (inconsciente e “doentio”) de a própria pessoa homofóbica ser

⁵ DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e direitos LGBTI. São Paulo, SP. Editora: Revista dos Tribunais, 7ª edição revista, atualizada e ampliada. 2017.

⁶ JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas. Revista Bagoas, Natal, v. 1, n. 1, jul/dez. 2007, p. 148.

homossexual (ou de que os outros pensem que ela seja). Assim, seriam indícios (ou “sintomas”) de homofobia o ato de se evitarem homossexuais e situações associáveis ao universo homossexual, bem como a repulsa às relações afetivas e sexuais entre pessoas do mesmo sexo. Essa repulsa, por sua vez, poderia ser traduzida em um ódio generalizado (e, de novo, “patológico”) às pessoas homossexuais ou vistas como homossexuais.”

Como o termo homofobia parecia se tratar apenas da orientação sexual homossexual, criticada por muitos especialistas no assunto, incluindo apenas gays e lésbicas e excluindo travestis, transexuais, intersexuais e qualquer outra orientação sexual ou identidade de gênero, surgiu a necessidade de se criar um novo termo que abrangessem todos os indivíduos, que, posteriormente, se chamaria LGBTfobia. Ou seja, seria um medo ou aversão aos gays, às lésbicas, aos bissexuais, às travestis e aos transexuais, assim como intersexuais e outras formas de sexualidade, identidade de gênero e orientação sexual. A sigla “GLS” (gays, lésbicas e simpatizantes) caiu em desuso. Organizações internacionais como a ONU e a Anistia Internacional adotam a sigla “LGBT” para abarcar todos os indivíduos que saem da linha tradicional do heterossexismo e formam esta minoria sexual.

Contudo, o movimento pela busca de reconhecimento e de direitos começou no dia 28 de junho de 1969, em Stonewall Inn, Greenwich Village, Estados Unidos, quando gays, lésbicas, travestis e drag queens enfrentaram policiais e iniciam uma rebelião que lançaria as bases para o movimento pelos direitos LGBT nos Estados Unidos e no mundo.⁷ O episódio, conhecido como Stonewall Riot (Rebelião de Stonewall), teve duração de seis dias e foi uma resposta às ações arbitrárias da polícia, que rotineiramente promovia batidas e revistas humilhantes em bares gays de Nova Iorque. Este episódio é considerado o marco zero do movimento LGBT contemporâneo.⁸

Dessa forma, até hoje pessoas leigas afirmam que as variações sexuais seriam doenças e/ou anomalias por fugirem do padrão conservador de sociedade, porém há quem afirme, com certeza, que a lgbtfobia seria a própria

⁷Politize. Conheça A História Do Movimento Pelos Direitos LGBT. Disponível em <<http://www.politize.com.br/lgbt-historia-movimento/>>, acesso em 17 de abril de 2018.

⁸ Stonewall: The riots that sparked the gay revolution.

doença, cuja cura estaria na convivência com a diversidade, o respeito e uma educação adequada e mais sensata no Brasil e no mundo.

Da homofobia passou-se a lgbtfobia para ampliar a área de alcance da sigla, conforme sintetiza Marcos Aurélio Máximo: “passou-se da esfera estritamente individual e psicológica para uma dimensão mais social e potencialmente mais politizadora”.⁹ A partir daí começou a se observar a lgbtfobia como restritiva ao exercício de direitos de cidadania, assim como uma violação aos direitos humanos (pois, em 1991, a Anistia Internacional passou a considerar o impedimento, a discriminação das relações homossexuais e a discriminação contra pessoas LGBT como violações de direito humano). E é exatamente neste ponto que tange o problema e a discussão do presente trabalho, a possibilidade da criminalização da lgbtfobia, como será analisada e discutida em capítulo posterior.

“A demanda do movimento LGBT, ainda que como uma demanda criminalizadora, é, no fundo, uma demanda por proteção. Todavia, somos cultural, teórica e comumente adestrados/as a associar a proteção com a intervenção penal, obra dos microssistemas penais que todos nós carregamos dentro de si”.¹⁰

Com o intuito de conhecer melhor o instituto da lgbtfobia, é preciso que se estudem algumas definições e nomenclaturas passíveis de dúvidas ao longo do trabalho, que são teorias e explicações criadas e disseminadas por diversos autores, tendo como base principal o estudo *queer*¹¹, mesmo não havendo um consenso neste campo científico e que é marcado por profundas reflexões e questionamentos. A finalidade, como deduzido enfim, é de rechaçar atitudes e comportamentos (ativos ou omissivos) de discriminações e violências contra membros LGBTs, assim como tentar desconstruir pensamentos e conceitos sociais que cultural e historicamente as legitimam.

⁹ PRADO, Marco Aurélio Máximo (prefácio). In: BORRILLO, Daniel. Homofobia: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010, p. 8.

¹⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos e abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. Revista da ESMESC, v.13, n. 19. Florianópolis: 2006, p. 469.

¹¹ Carvalho, Salo de. *Sobre as possibilidades de uma criminologia queer*. Sistema Penal e Violência: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito, PUCRS. Porto Alegre. Volume 2, p. 151-168, 2012.

2.2 Nomenclaturas atinentes ao trabalho

Para melhor compreensão e verificação do presente estudo, faz-se necessário estudar e explorar algumas nomenclaturas relevantes e que esclarecem conceitos e dúvidas a respeito da sexualidade (orientação sexual e identidade de gênero). Há um receio e um certo preconceito da sociedade de se interessar pelo assunto e buscar aprender sobre, por isso é uma área sombria e de pouca pesquisa. Os conceitos, contudo, são divergentes na doutrina e não se apresentam de forma homogênea, até mesmo porque alguns autores consideram e reconhecem determinadas orientações sexuais e gêneros, enquanto outros não dão tal reconhecimento a elas ou aglutinam duas (até mais) categorias em apenas uma. Com isso, é crucial que se faça uma análise detalhada deste assunto e se chegue, como finalidade, a um ponto comum de partida desta pesquisa.

Abaixo, portanto, as nomenclaturas necessárias para o entendimento e discernimento do objeto de estudo:

- **LGBT:** é a sigla de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros, que consistem em diferentes tipos de orientações sexuais.
- **Homossexual:** refere-se à característica, condição ou qualidade de um ser (humano ou não) que sente atração física, estética e/ou emocional por outro ser do mesmo sexo ou gênero.
- **Heterossexual:** é a orientação sexual caracterizada pela atração sexual e emocional entre pessoas de sexos opostos.
- **Gay:** é uma palavra inglesa utilizada normalmente para se designar o indivíduo, homem ou mulher, homossexual. Comumente e vulgarmente falando, é designado para chamar o homem que tenha orientação sexual homossexual.
- **Lésbica:** é a mulher homossexual; uma mulher que experimenta e se encontra em um amor romântico ou sente atração sexual por outras mulheres.
- **Bissexual:** é a atração sexual por mais de um gênero binário. Contrapõe-se às monossexualidades. Não inclui todos os gêneros não binários, mas apenas os gêneros binários (homem e mulher).

- Travesti: é uma identidade de gênero feminina. A travesti, ainda que invista em hormônios femininos, não sente desconforto com sua genitália e, de maneira geral, não tem a necessidade de fazer a cirurgia de redesignação sexual.
- Transexual: é um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Esse desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal-estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica e de um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado. A orientação sexual de um transexual depende da sua orientação de gênero. Um homem pode sentir-se mulher e ser lésbica ou heterossexual, por exemplo.
- Transgênero: o transgênero se identifica com o transexual, contudo a diferença plausível é que o transexual se submeteu à cirurgia de redesignação sexual, enquanto o transgênero não, embora use hormônios do sexo desejado.
- Intersexual: é um termo utilizado para um grupo de variações congênitas de anatomia sexual ou reprodutiva que não se encaixam perfeitamente nas definições tradicionais de “sexo masculino” ou “sexo feminino”. Por exemplo, uma pessoa pode nascer com uma genitália que aparenta estar entre o que é usualmente considerado um pênis e uma vagina. Ou a pessoa pode ter nascido com um mosaico genético, onde parte das células possui cromossomo XX e outra parte possui cromossomo XY.¹²

O termo “homofobia”, em seu amplo campo de atuação, confunde-se e se relaciona estritamente com o termo “LGBTfobia”, já que o surgimento desse instituto começou apenas com a divulgação de homofobia, sendo, posteriormente, confundido com o termo LGBTfobia para que abarcasse todos os gêneros e sexualidades presentes no grande prisma da diversidade sexual. Atualmente, quando se fala em “homofobia em sentido amplo (lato sensu)”, há de se entender que seu significado, num sentido não técnico, é o mesmo que o de LGBT e traduz um campo de atuação que engloba todos os preconceitos e

¹² DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e direitos LGBTI. São Paulo, SP. Editora: Revista dos Tribunais, 7ª edição revista, atualizada e ampliada. 2017, p. 50.

discriminações por conta das diferenças de sexo/gênero/sexualidade. Notório perceber, contudo, que já existem muitas outras siglas e letras que compõem o termo LGBT, mas este estudo se deterá em usar tal sigla, para que seja de melhor compreensão e observação. Sendo assim, ao se usar o termo homofobia neste estudo, entende-se, subsidiariamente, que o mesmo corresponde e contempla o termo LGBT na sua totalidade de elementos.

“A denominação LGBT aqui usada segue a fórmula aprovada pela I Conferência Nacional LGBT, referindo-se a lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros (travestis, transexuais e transgêneros). Eventualmente assume outras variantes, que invertem a ordem das letras, duplicam o “T” ou acrescentam novas letras que remetem a outras identidades (como o “I” de Intersexual ou “Q” de *Queer*). Ressalta-se, portanto, que essa denominação é aberta e sujeita a contestações, variações e mudanças.” (SIMÕES; FACHINI, 2009, p. 15.).

Referidas nomenclaturas e divisões (na maioria das vezes sem consenso) são extremamente úteis para que se possa demonstrar e compreender a existência de diversas formas de sexualidade, de se relacionar e de se identificar. Contudo, ao se analisar por um outro viés, a rotulação que as pessoas fazem (e recebem) é prescindível e um objetivo almejado em um futuro, porque justamente o que se deseja é que os seres humanos possam se despir de conceitos e limitações para a definição de outros seres. Melhor: as pessoas precisam de respeito acima de tudo e, as rotulando, é uma forma de impor a elas aquilo que talvez não corresponda com a iminente realidade e colocam-nas em grupos marginalizadas apenas pelo rótulo que recebem. Para Goffman¹³, “o estigma é uma identidade deteriorada, devendo portanto ser combatida e evitada, pois é tida como um mal dentro da sociedade”. Assim,

Se analisarmos de forma mais minuciosa, iremos perceber que o estigma é uma forma de controle social, no qual seleciona-se de acordo com os princípios da sociedade o que se é adequado a luz do pensamento da época e o que é tido como anormal. O homem sempre fez a sua seleção natural, buscando sempre justificar as diferenças com as próprias diferenças. Para o direito, o desigual é para ser tratado com desigualdade, ou seja, as leis deverão ser mais benéficas para os mais necessitados, tendo em vista a disparidade de necessidades entre as pessoas além de suas condições. (GOFFMAN, Erving. 1981).

¹³ GOFFMAN, Erving. Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Quarta Edição. Editora LTC. 1981.

É por essa razão que a seletividade e a estigmatização são questões atemporais e que merecem problematização. A história é um importante campo de informação a ser explorado.

2.3 Diretrizes históricas e evoluções do entendimento da lgbtfobia contemporaneamente

A homossexualidade, em seu sentido amplo, correspondendo às pessoas LGBTs em geral, é conhecida desde as origens da humanidade. Ela é tão antiga quanto à heterossexualidade. Podia não ser aceita, mas nunca foi totalmente ignorada. Sua aceitação, tolerância, repúdio e existência, contudo, são próprios de cada civilização existente até hoje. Os costumes e os usos de cada geração e a história que se arrasta desde o princípio da humanidade é que rechaçam as condutas lgbts e restringem essas uniões no mundo contemporâneo.

É preciso, então, fazer uma averiguação de como eram as relações LGBTs no início dos tempos até a atualidade. Assim, na Antiguidade, conforme preconiza Maria Berenice Dias,

“o relacionamento homossexual entre homens tinha presença destacada. A bissexualidade era encarada com naturalidade. Agregava verdadeiro sobrevalor a quem ocupava a posição ativa da relação. Nas duas grandes civilizações antigas – cujo pensamento definiu a cultura ocidental – a homossexualidade sempre foi amplamente aceita. Representava estágio de evolução da sexualidade, das funções definidas para os gêneros e para as classes. Fazia parte do tecido social na Grécia Antiga e era importante também no Império Romano. Com o nome de pederastia¹⁴, a homossexualidade ocupava um lugar na estrutura social como ritual sagrado.”

Na Grécia, a sexualidade LGBT era associada com o cotidiano de deuses, seres com grande valoração naquela época. Várias são as histórias de amores entre os deuses gregos, que se perpetuaram pela mitologia até hoje. Mas ainda não se sabe exatamente o porquê e a importância dessas práticas naqueles tempos, apenas se sabe que eram vangloriadas tais práticas sexuais. A heterossexualidade, em sua vez, era tida mais com o intuito de procriação e não de prazer, diferente da homossexualidade, que era vista como necessidade e

¹⁴ Pederastia: prática sexual entre um homem e um rapaz mais jovem (Dicionário Houaiss).

exercida em lugares sagrados, cultos, sendo, assim, uma forma de satisfazer a libido, um privilégio daqueles que habitavam as maiores classes sociais da era grega.¹⁵

Esparta tinha uma concepção diferente do que o resto da cultura grega. Por ser uma pólis que o principal foco era o avanço militar, o amor entre homens era estimulado no exército, para que a eficiência fosse cada vez maior. A explicação, dada por muitos cientistas, era de que, ao irem para a guerra, os homens lutavam não apenas para sobreviver ou para proteção de sua cidade-estado, mas também lutavam pela vida do seu amado, o que acarretava a um maior empenho do exército para vencer a guerra.

Em Roma, as relações homossexuais eram tidas e vistas como fenômeno natural, tendo mesma hierarquia do que qualquer outro tipo de relação entre os romanos. Contudo, existia um preconceito no que tangia à condição passiva (passividade), pois era associada com a subordinação feminina (em que o machismo já se manifestava) e com impotência política.

Maria Berenice Dias explica uma diferença entre os dois povos:

“os homens gregos cortejavam os meninos de seu interesse, com agrados que visavam persuadi-los a reconhecer sua honra e suas boas intenções; entre os romanos, o amor por meninos livres era proibido, uma vez que a sexualidade desse povo estava intimamente ligada à dominação. Assim, era-lhes permitido apenas o amor por jovens escravos.”

Na Babilônia constam relatos de prostituição homossexual. Na China, em seus remotos tempos, o amor entre homens era concebido mesmo fora do casamento, pois este era um fato social que não precisava estar vinculado ao amor. Mostra-se, portanto, que os contornos das relações lgbs, em diferentes marcos históricos e em diferentes civilizações, é peculiar e diferente. Antes, uma aceitação tida como divina. Hoje, uma repressão por motivos de intolerância e por falta de informações.

A religião, aliada a todos estes fenômenos, tem um papel importante na formação das identidades sexuais, por ser uma das maiores instituições que disseminam preconceito contra a minoria sexual que aqui se estuda.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e direitos LGBTI. São Paulo, SP. Editora: Revista dos Tribunais, 7ª edição revista, atualizada e ampliada. 2017

Certamente, o maior repúdio que existe contra gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transexuais e intersexuais deriva das religiões como um todo.

Em um primeiro momento, as religiões toleravam os atos e relações homossexuais, fazendo parte de cultos religiosos praticados com os homens que eram devotos. Todavia, com o advento e notoriedade do cristianismo, os pensamentos se inverteram. O sexo, nesta religião, é visto como pecado e admitido só no âmbito matrimonial e para fins de procriação.

Entretanto, a sedimentação e a consagração da heterossexualidade ocorreram na Idade Média, pois o matrimônio (casamento) foi transformado em sacramento. Dessa forma, apenas as relações que eram admitidas pela Igreja poderiam ser respeitadas e legítimas, caso apenas das relações heterossexuais, excluídas as relações, então, de cunho LGBT. A partir desta época, no III Concílio de Latrão, de 1179, a homossexualidade tornou-se crime, tendo como consequência, muitas vezes, a pena de morte como instituto de punição.

Atualmente ainda a Igreja Católica considera as relações de mesmo sexo verdadeira perversão, uma aberração da natureza. Verifica-se pelo fato de estar na Bíblia a seguinte passagem: *“com o homem não te deitarás como se fosse mulher, é abominação (Levítico, 18:22)”*, o que caracteriza praticamente a origem da condenação à homossexualidade, ao menos a prática sexual passiva. Como destaca Maria Berenice Dias: *“a Bíblia não traz em seu corpo nenhuma condenação à orientação homossexual. Não se refere à homossexualidade isoladamente considerada, mas apenas reprova condutas nas quais a homossexualidade está envolvida, não sendo o foco da condenação. [...] a suposta crença de que a Bíblia condena a homossexualidade serve de justificativa para o ódio e a crueldade contra gays e lésbicas, conforme lembra o padre católico-romano Daniel A. Helminiak, que, no entanto, é categórico: para mim, a Bíblia não fornece qualquer base real para a condenação da homossexualidade.”*¹⁶

Para Foucault, quando escreveu sobre a “história da sexualidade”, a sociedade, desde o século XVIII, vivia um momento de forte repressão sexual.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e direitos LGBTI. São Paulo, SP. Editora: Revista dos Tribunais, 7ª edição revista, atualizada e ampliada. 2017, p. 57-68.

“Nessa fase, o sexo se reduz à sua função reprodutora e o casal passa a ser o ‘modelo’. O que sobra torna-se ‘amor mal’ – é expulso, negado e reduzido ao silêncio. Mas a sociedade burguesa se vê forçada a permitir algumas coisas. Ela restringe as sexualidades ilegítimas a lugares onde possam dar lucros – que, numa época em que o trabalho é muito explorado, as energias não podem ser dispensadas nos prazeres”¹⁷, o que seria chamado, por ele, de hipótese repressiva. Contudo, ao analisar tais pensamentos, Foucault desconstrói essa ideia e formula uma nova, mostrando que outros fundamentos e ideias devem ser consideradas e não repelidas. A hipótese de Foucault é que há, a partir do séc. XVIII, uma proliferação de discursos sobre sexo. Ele diz que foi o próprio poder que incitou essa proliferação de discursos, através da Igreja, da escola, da família, do consultório médico. Essas instituições não visavam a proibir ou reduzir a prática sexual; visavam ao controle do indivíduo e da população. É sabido que deve-se falar sobre o sexo, mas este ato não poderia ser apenas tolerado, deveria ser gerido e inserido em panoramas gerais para o bem de todos, fazendo-o funcionar não como uma repressão, mas como uma naturalidade. O sexo é regulado por meio de discursos úteis que visam, cada vez mais, a fortalecer e ampliar a potência do Estado. Um exemplo deste regulamento foi o surgimento da população como um problema econômico e também político, observando-se as taxas de natalidade, a idade do casamento, a precocidade e a frequência das relações sexuais, a maneira de torná-las fecundas ou estéreis e assim por diante.¹⁸

Michel Foucault constrói, portanto, uma nova hipótese acerca da sexualidade humana, segundo a qual esta não deve ser concebida como um dado da natureza que o poder tenta reprimir. Deve, sim, ser encarada como produto do encadeamento da estimulação dos corpos, da intensificação dos prazeres, da incitação ao discurso, da formação dos conhecimentos, do reforço dos controles e das resistências. As sexualidades são, assim, socialmente construídas. Assim como a hipótese repressiva, é uma explicação que funciona.

¹⁷ FOUCAULT, M. História da Sexualidade I: a vontade de saber. Trad. M.T. C. Albuquerque e J. A G. Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1977b.

¹⁸ Ibidem 7.

Cada um que aceite a verdade que mais lhe convém. Ou invente novas verdades.¹⁹

Na realidade brasileira, até a Proclamação da República, o cristianismo imperava e era considerada a religião oficial do país, tendo, desta forma, maior aceitação social do que as demais religiões existentes. Por isso a explicação de as relações vistas hoje como diferentes serem tão marginalizadas e reprimidas. Contudo, em 1988, com a nova Constituição Federal, com cunho mais democrático, é consagrado o princípio da laicidade, ao assegurar a liberdade de consciência e de crença. Melhor: o Estado não pode (ou não deveria) ter posicionamento religioso acerca de qualquer assunto pelo fato de não existir uma religião oficial e dominadora. Significa também dizer que as pessoas têm a liberdade de escolher no que acreditar e depositar a sua fé, assim como professar ou não sua crença.

Nos ensinamentos de José Luiz Ragazzi e Sérgio Luiz José Bueno, no livro “homoafetividade e o direito à igualdade, à liberdade, à não discriminação e o respeito à diferença”:

“No Direito Homoafetivo, talvez mais do que qualquer outro movimento jurídico tendente a desatar desigualdades, a luta pela efetivação será difícil, pois o preconceito e a intolerância encontram forte enraizamento de cunho religioso e moral. Ainda que esta máscara não reflita o que de melhor contêm a religião e a moral, inegável que é a veste da maioria.”

O contexto atual da conjuntura do Brasil é totalmente diferenciado daquele que havia em 1821, em que relacionamentos homoeróticos eram considerados crimes. Posteriormente passou a ter conotação de doença e anomalia para rejeitar mais uma vez esse tipo de afetividade. Com o advento de movimentos libertários, tem se chegado cada vez mais a uma maior aceitação dessa nova realidade. Contudo, mais prejudicial que a homossexualidade em si, é o avassalador estigma social de que ainda são alvo gays, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis e intersexos. Hoje, para driblar o preconceito e alcançar o respeito mútuo entre as pessoas, há vários movimentos e revoluções que tentam

¹⁹ Lara Haje, *a história da sexualidade*, <http://www.mortesubitainc.org/magia-sexual/textos-sexuais/foucault-michel-e-a-historia-da-sexualidade>, acessado em 16 de abril de 2018.

(e lutam) ampliar os direitos LGBTs e a dignidade de cada integrante deste movimento e corte social.²⁰

2.4 Sexualidade, medo e preconceito

Quando o assunto é ligado a sexo e/ou sexualidade, há uma aura de silêncio e repugnação. Desperta, por um lado, curiosidade, mas, por outro, inquietações e receios. Maria Berenice Dias relatou: “se de sexo nunca foi possível falar abertamente, o que dizer a respeito do exercício da sexualidade e sua enorme gama de variantes”.

As sexualidades sempre foram vistas e pautadas por normas de cunho heterossexistas, o que é chamado de heteronormatividade ou heterossexismo. É por isso que os comportamentos que desviam desse padrão são considerados e vistos como anormais, ou seja, não aceitáveis. Embora a sexualidade seja um fator complexo e talvez não esgotado atualmente, não se tem total conhecimento de todos os fenômenos que a compõem. A moral já ditou o que deve ser certo e o que deve ser errado, e as relações LGBTs fogem do tradicional e, por isso, são consideradas como um ato errado. Contudo, é de difícil articulação quando o desejo individual de cada pessoa não coincide ou não é o mesmo que a visão da maioria da sociedade. Este conceito do que é normal e daquilo que é anormal advém da tradição da construção da família, formação social e historicamente associada a casamento e filhos, em que se supõe sempre uma relação que seja heterossexual, não homossexual por conta do argumento da reprodução.

Triste, porém realidade, é a consideração, ainda hoje, de que integrantes da comunidade LGBT possuem uma anomalia, como fundamento de posturas conservadoras que, infelizmente, ainda se perpetuam no cenário mundial e, em pequena escala, em “famílias” brasileiras. Maria Berenice Dias, em sua obra “homoafetividade e os direitos LGBTI” preconiza:

“A heterossexualidade aparece, assim, como o padrão para avaliar todas as outras sexualidades. Essa qualidade normativa e o ideal que ela encarna. É constitutiva de uma forma específica de dominação, chamada heterossexismo, que se define como a crença na existência de uma hierarquia de sexualidades, em que a heterossexualidade ocupa a posição superior. Todas as outras formas de sexualidade são consideradas, na melhor das

²⁰ MASIERO, Clara Moura. *O movimento LGBT e a homofobia: novas perspectivas de políticas sociais e criminais*. Editora: Criação Humana. 2014.

hipóteses, incompletas, acidentais e perversas; e, na pior, patológicas, criminosas, imorais e destruidoras da civilização.”

Na Antiguidade, sobre pesada influência cristã, a mentalidade sobre a sexualidade dos homens era totalmente manipulada e distorcida da realidade. A Igreja pregava que o homem e a mulher teriam sido criados um para o outro, para se unirem e procriarem e esta era a única forma de relação sexual permitida. A homossexualidade, por sua vez, era considerada pecado e não aceitável majoritariamente (não por desenvoltura do senso crítico ou instinto, mas por manipulação e autoritarismo da religião, que ditava as regras e punia os hereges), visto que os atos homossexuais eram tidos como contrários à própria natureza. O argumento e a defesa para não se aceitar as relações homossexuais eram as passagens bíblicas que condenavam atos homossexuais, mas, hoje, nenhum cientista e/ou teólogo afirma com veemência que as passagens da Bíblia podem se relacionar com as práticas homossexuais, por ser textos obscuros e sem muita clareza.²¹

No catolicismo, há a sustentação de que a homossexualidade continua um fato da vida inexplicável. Reconhece, todavia, que existe um grande número de pessoas com tendências a este tipo de relação, mas afirma que tais indivíduos deveriam passar por um teste de “provação” e que deveriam viver pelo resto da vida em sistema de castidade.

Não só para a Igreja Católica, mas ainda a homossexualidade é repudiada por outras igrejas também, atribuindo a ela uma ideia de possessão e opressão demoníaca, ou seja: há seres espirituais maléficos que invadem o indivíduo, e que podem, portanto, ser expulsos, deixando o indivíduo em um suposto "estado natural heterossexual”.

Depois de ser vista com pecado, a homossexualidade (ou qualquer outro tipo de sexualidade que desviasse do padrão heterossexista) foi coberta por um âmbito doentio, patológico, por conta das concepções naturalistas e higienistas em praticamente todas as áreas do saber humano, inclusive no Direito. O estudo agora para tentar explicar a homossexualidade principalmente é tema da

²¹ DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e direitos LGBTI. São Paulo, SP. Editora: Revista dos Tribunais, 7ª edição revista, atualizada e ampliada. 2017.

Medicina, tentando buscar explicações científicas para esta condição sexual. Conforme corrobora Moreira (2010)²² nas primeiras décadas do século XIX:

“A visão científica prepondera sobre a religiosa, nessa fase homossexualidade é considerada doença que acomete o indivíduo cuja presença o identifica como homossexual, em contraposição a uma condição normal, tida como saudável, denominada de heterossexualidade.”

Ao longo dos anos, foram desenvolvidas diversas teorias científicas e interpretativas para tentar entender e explicar a sexualidade que fugia dos padrões, até mesmo tentativas para curar tal “doença”. Era tida como “homossexualismo”, com o sufixo “ismo” para designar anomalia ou doença e, apenas em 1999 no Brasil, por conta de um grupo de psicólogos, passou a ser chamada de homossexualidade, deixando de lado a ideia de doença ou desvio.

Desligando-se da mentalidade doentia em que a Medicina tentava disseminar, esta ciência tentou entender desvios sexuais através da genética. Dessa forma, ainda há muita discussão e pesquisas acerca da origem da sexualidade que não seja a heterossexual, seja por questões genéticas, seja por questões sociais ou até mesmo fruto do meio social associado a fatores genéticos.

Posteriormente, a evolução adveio e os costumes de moral e pudor, enfim, mudaram. Já é tolerado, por exemplo, a discussão de assuntos que tratem de orientação sexual e identidade de gênero em âmbitos públicos, escolas, nas relações familiares e na maioria de centros em que há uma comunhão de pessoas. O beijo gay já está estampado nas novelas, a revolução de lésbicas já consta nas redes sociais e a luta de travestis e transexuais já circula na mídia e nas conversas de bares. A sociedade, como um todo, já está ficando mais tolerante e lentamente vem mudando a maneira de encarar as relações LGBTs. Porém, como relatado e exposto anteriormente, o Brasil é o país com o maior índice de violência contra membros desta camada social por conta de discriminação de sexualidade, percebendo-se que ainda se está muito longe do

²² MOREIRA, Eliane Cristina. Os Relacionamentos Homoafetivos e a Cidadania. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. 2ª ed. Disponível em: <<http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/>>.

que é almejado como um meio harmônico de se viver e com o princípio da dignidade da pessoa humana como raiz vital da liberdade individual e coletiva.

Dessa forma, salienta-se o fenômeno complexo e variado que é a lgbtfobia – invisível, cotidiana e compartilhada –,²³ estando muito presente e arraigada na cultura, na qual está intrínseca nas piadas vulgares que ridicularizam, nas representações caricaturiais, insultos e em outros comportamentos e momentos que, muitas vezes, parecem despercebidos pelo agressor e pela sociedade como um todo. Em vários casos, pode assumir a forma de violência brutal (física e psíquica) e, em caso extremo, ao extermínio, como foi o caso da Alemanha Nazista. Fica evidente, portanto, que a lgbtfobia extrapola o limite individual do ser humano e alcança (e restringe) a liberdade do próximo, resultando em danos e prejuízos morais, não apenas individual, mas como um todo, haja vista uma sociedade doentia em julgar as pessoas por sua orientação sexual ou identidade de gênero. Neste diapasão, demonstra Éribon, em seu livro intitulado como “Réflexions sur la question gay”:

“[...] as expressões ‘veado nojento’ (‘sapatão sem vergonha’) estão longe de ser simples palavras lançadas ao vento, mas agressões verbais que deixam marcas na consciência, traumas que se inscrevem na memória e no corpo (de fato, a timidez, o constrangimento e a vergonha são atitudes corporais resultantes da hostilidade do mundo exterior). E uma das consequências da injúria consiste em modelar a relação com os outros e com o mundo; portanto, em modelar a personalidade, subjetividade e o próprio ser de um indivíduo.”

As concepções acerca da homossexualidade, contudo, variam e se desdobram ao longo dos tempos e da evolução humana, o que, portanto, não implica dizer que uma se sobressai sobre a outra por questão de maioria. Uma existe simultaneamente à outra, fato que, aliás, ocorre em detrimento de um debate racional sobre a possibilidade de criminalização da violência lgbtfóbica.

²³ Borrillo, Daniel. Homofobia: história e crítica de um preconceito. BH: autêntica editora, 2010, p. 16.)

3 RESISTÊNCIA À LGBTFOBIA E SUA SUPERAÇÃO

3.1 Sanção penal de condutas discriminatórias

O ordenamento jurídico brasileiro contém uma gama de legislados normativos que criminalizam atos discriminatórios, fazendo-se necessário, portanto, o estudo de quais comportamentos são enquadrados como discriminação pelas leis penais brasileiras. Por outro lado, é importante e essencial para o presente trabalho que se desencubra as razões de resistência à criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero. Seria o preconceito o maior contribuidor para tanto?

Visualiza-se, assim, diplomas normativos que sancionam criminalmente condutas discriminatórias no Brasil, os quais merecem destaque e menção a seguir: 1) a Lei número 7437/85, que inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil, dando nova redação à Lei número 1.390/51 (Lei Afonso Arinos); 2) a Lei número 7.716/89, que define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional; 3) a Lei número 7.853/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social, definindo, neste âmbito, crimes; 4) e a Lei número 9.029/95, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.²⁴

Quanto à lei 7437/85, contudo, trata-se de uma norma constitucional não recepcionada pela ordem jurídica brasileira, visto que punia alguns atos de discriminação racial apenas com contravenções penais, o que diverge com o artigo 5º da Constituição Federal, em que menciona que os crimes de racismo são inafiançáveis e imprescritíveis, sujeitos à pena de reclusão. Todavia, estes crimes estão contidos na Lei 7716/89 e foram abarcados por ela.²⁵

Com relação à lei 7716/89, conhecida popularmente como a “Lei do Racismo”, percebe-se, em seu primeiro artigo, os crimes que serão punidos,

²⁴ DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e direitos LGBTI. São Paulo, SP. Editora: Revista dos Tribunais, 7ª edição revista, atualizada e ampliada. 2017.

²⁵ BRASIL. Planalto, disponível em < <http://www.planalto.gov.br> >. Acesso 24/04/2018.

resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, ou procedência nacional, trazendo descrições de práticas condenáveis até a alínea “s” do referido artigo. A Lei 7853/89, por sua vez, dispõe, em seu artigo 8º (incisos I a VI), os comportamentos que serão tratados como crime e, por isso, sendo criminalizados por questão da integração social de pessoas portadoras de deficiência, instituindo a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas supracitadas.

A par das alterações no teor das Leis 7716/89 e 7853/89, levadas a efeito, respectivamente, pelas Leis 12288/2010 e 11958/2009, o diploma legislativo mais recente que diz com a sanção penal de condutas discriminatórias é a Lei 9029/95, cujo caput do artigo 1º veda a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou sua manutenção por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade.²⁶

Como se pode facilmente observar, portanto, a legislação penal brasileira contemporânea é farta em diplomas que criminalizam atos discriminatórios, coadunando-se ao preceito constitucional de vedação de quaisquer condutas que impliquem discriminação atentatória da dignidade da pessoa humana. Assim, surge o questionamento: por que razões, afinal, a aprovação da criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero encontra tantos obstáculos? É nesse sentido e nesse efeito que se visualiza o preconceito enraizado e implícito que existe na população e se reflete no Legislativo brasileiro.

Com esta análise feita acima, a LGBTfobia, de fato, manifesta-se. É visível a preocupação e a competência que órgãos nacionais e internacionais procurem, a cada geração que passa, criminalizar condutas discriminatórias de todos efeitos, seja por cor, raça, religião, etnia, origem, idade, etc. Os direitos humanos estão protegidos de uma forma rigorosa em tratados e convenções internacionais, com o intuito de ampliar e hastear a bandeira da igualdade entre os seres humanos.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas* (volume 1) e. ed. rev., reform. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

No Brasil, assim como em boa parte do mundo, há um enfrentamento enorme de resistência no que tange a esses assuntos de relevância social. E isso ocorre principalmente pelo fato de a LGBTfobia estar particularmente entranhada não apenas na formação psíquica dos indivíduos, mas na própria base da sociedade contemporânea, trazendo olhares preconceituosos até nos poderes que regem um país. Sendo assim, fica evidente que o preconceito é o maior empecilho para que haja, hoje, leis que criminalizem diretamente condutas atentatórias à dignidade de pessoas que compõem a camada LGBT do povo brasileiro.

A lgbtfobia faz com que a fronteira entre os gêneros e sexos (feminino, masculino/ homem, mulher) seja totalmente impermeável, tendo, a esta maneira, uma divisão completamente limitada e inflexível. A personalidade masculina, que historicamente sempre dominou a feminina, é auxiliada pela lgbtfobia, ao passo que não permite comportamentos adversos àqueles considerados padrões, ou melhor, heterossexuais. Sendo a lgbtfobia como um fundamento da sociedade como um todo, não é estranho notar e presenciar a sua manifestação, até mesmo no Direito Penal. Há de se destacar, com isso, uma passagem de Salo de Carvalho em seu artigo intitulado como “três hipóteses e uma provocação sobre homofobia e ciências criminais: *queer(ing) criminology*”:²⁷

“[...] a cultura ocidental é regida por uma espécie de *ideal de macho ou vontade de masculino* que institui como regra a masculinidade heterossexual e que provoca, como consequência direta, a opressão da mulher e a anulação da masculinidade não-hegemônicas (diversidade sexual). A instrumentalização desta hipermasculinidade no cotidiano ocorre mediante formas conhecidas de violência: violência de gênero e homofobia.”

Chega-se, enfim, à conclusão de que a resistência à criminalização da discriminação por orientação sexual e identidade de gênero está intimamente ligada a concepções historicamente antiquadas de aceitação de intolerância e ignorância, porém ainda (mesmo que de forma mascarada) vigente no âmago das ciências sociais, principalmente, como foco do estudo, nas ciências criminais. Tal obstáculo, porém, é apenas uma partícula de um grande âmbito

²⁷ CARVALHO, Salo de. Três hipóteses e uma provocação sobre homofobia e ciências criminais: *queer(ing) criminology*. In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 238, p. 02-03, set. 2012.

de rejeição e discriminação (tendo a estigmatização como consequência) de uma sociedade doentia e enraizada em involuções, não em evoluções para acompanhar as necessidades humanas. A construção que se tem hoje, contudo, deve ser desconstruída e remanejada de uma forma em que todos os cidadãos sintam-se protegidos e seguros, com respaldo e garantia de sua dignidade plena e não segmentada apenas para aquilo que os legisladores entendem que é o certo, ou seja, aquilo que é padrão.

3.2 A homofobia (lato sensu) como racismo

É visível que a aproximação e o conhecimento de temas associados à lgbtfobia sempre sofreram rechaço social e afastamento de centros políticos e didáticos. A história mostrou (e, a cada dia que passa, ainda mostra) que as condutas discriminatórias decorrem praticamente dos mesmos motivos que acometem a intolerância da segregação social de grupos em virtude de cor, religião, etnia, procedência nacional etc. Daniel Borrillo acrescenta:

“O problema da homofobia supera a questão gay, inscrevendo-se na mesma lógica de intolerância que, em diferentes momentos da História, produziu a exclusão tanto dos escravos e dos judeus quanto dos protestantes; até mesmo os comediantes haviam sido, outrora, excluídos do direito ao casamento. À semelhança do que ocorre em relação à diferença cultural entre nacional e estrangeiro (espécie de eufemismo do racismo), a diferença sexual entre homem e mulher, assim com a diferença das sexualidades entre heterossexual e homossexual, é apresentada como um indicador objetivo do sistema desigual de atribuição e de acesso aos bens culturais, a saber, direitos, capacidades, prerrogativas, alocações, dinheiro, cultura, prestígio etc. E, embora o princípio da igualdade seja formalmente proclamado, é efetivamente em nome das diferenças e ao dissimular precavidamente qualquer intenção discriminatória, que os dominantes entendem reservar um tratamento desfavorável aos dominados. A construção da diferença homossexual é um mecanismo jurídico bem rodado que permite excluir gays e lésbicas do direito comum (universal), inscrevendo-os(as) em um regime de exceção (particular.)”²⁸

É importante adicionar também que no Brasil, como relatado na introdução deste estudo, é o país que ocupa a primeira posição no ranking de violência contra pessoas LGBTs. Com isso, a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) reiterou a necessidade de criminalização de condutas atentatórias à dignidade da pessoa humana, com cunho preconceituoso em relação à orientação sexual e identidade de gênero,

²⁸ BORRILLO, Daniel. Homofobia: história e crítica de um preconceito. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. p. 39.

visto que há uma enorme riqueza de diversidade cultural brasileira que deve ser totalmente contemplada e abrangida por direitos de igualdade.

É neste sentido e neste contexto que a lgbtfobia se equipara ao racismo e, conseqüentemente, deve ser criminalizada. Constata-se que no ordenamento jurídico brasileiro a LGBTfobia, ainda hoje (infelizmente), é motivadora de inúmeros atos de violência, por isso, em algumas circunstâncias, de acordo com o entendimento do juiz, associada e enquadrada no mesmo conceito jurídico e constitucional de racismo, tendo que ter a mesma repulsa que as normas penais vigentes dão ao crime inafiançável e imprescritível de discriminação racial e de cor. É a partir desses argumentos que a criminalização da discriminação por orientação sexual e identidade de gênero faz-se necessária e plenamente constitucional, tendo respaldo no artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, por conta essencialmente de sua força normativa.

O ex- procurador geral da República, Rodrigo Janot, se posicionou no sentido de que a homofobia (ou lgbtfobia) deve ser equiparada ao crime de racismo. De acordo com ele, “a equiparação seria uma das alternativas à falta de lei específica sobre o assunto. Há uma ‘clara ausência’ de norma que legisle sobre a questão e que tal cenário inviabiliza a liberdade de orientação sexual e identidade de gênero.” Ainda, completa: o Congresso Nacional já deveria ter tipificado como crime a homofobia (lato sensu) e, portanto, é importante que o STF se manifeste para que uma norma que criminalize a homofobia seja criada. Ou seja, Rodrigo Janot diz que é possível aplicar a Lei do Racismo a todas as formas de homofobia e transfobia.²⁹ Em 2014, o antigo Procurador Geral da República enviou parecer ao STF considerando a excessiva duração do processo legislativo da proposta de criminalização da homofobia e da transfobia.³⁰ Portanto, afirmou que até haver legislação específica para combater a homofobia (LGBTfobia), a Lei do Racismo deveria ser usada e considerada como crime de racismo os comportamentos que discriminavam os indivíduos por orientação sexual e identidade de gênero. Para o ex procurador-geral,

²⁹ REVISTA FORUM, disponível em < <https://www.revistaforum.com.br/procurador-geral-da-republica-defende-equiparacao-da-homofobia-ao-crime-de-racismo/>>, acesso em maio de 2018.

³⁰ Procuradoria Regional da República. “Para PGR, homofobia pode ser considerada crime de racismo”. Disponível em < <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/para-pgr-homofobia-pode-ser-considerada-crime-de-racismo-ate-haver-legislacao-especifica> >, acesso em abril de 2018.

“a parca legislação penal em vigor não mais dá conta da discriminação e do preconceito referentes à orientação sexual e à identidade de gênero. Ele considera importante que o STF intervenha para acelerar o processo de produção normativa e conferir concretização aos comandos constitucionais de punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e da prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão”.

Conforme seu entendimento, explica que a aplicação da Lei de Racismo também para abarcar a orientação sexual e identidade de gênero está contida na técnica de interpretação conforme a Constituição Federal.

Guilherme de Souza Nucci, sabiamente, esclarece:

“Parece-nos que é racismo, desde que, na esteira da interpretação dada pelo STF, qualquer forma de fobia, dirigida ao ser humano, pode ser manifestação racista. Daí porque inclui-se no contexto da lei 7716/89. Nem se fale em utilização da analogia *in malam partem*. Não se está buscando, em um processo de equiparação por semelhança, considerar o ateu ou o homossexual alguém parecido com o integrante de determinada raça. Ao contrário, está-se negando existir o conceito de raça, válido para definir qualquer agrupamento humano, de forma que o racismo, ou, se for preferível, a discriminação ou o preconceito de raça é somente uma manifestação de pensamento segregacionista, voltando a dividir os seres humanos, conforme qualquer critério leviano e arbitrariamente eleito, em castas, privilegiando umas em detrimento de outras. [...] raça é conceito enigmático e ambíguo, merecedor, pois, de uma interpretação segundo os preceitos da igualdade, apregoada pela Constituição Federal, em função do Estado Democrático de Direito.”³¹

Enfim, de forma resumida, observa-se, portanto, os seguintes aspectos: a Constituição Federal, apenas por si só, não é capaz de concretizar nada, mas através de sua força normativa é capaz de impor tarefas, direitos e deveres, ou seja, estimula à igualdade a todos e a proteção da dignidade da pessoa humana deve prevalecer; a Carta Magna de 1988, também, não aceita, em muitas passagens, discriminações contra o ser humano, acarretando em vários atos discriminatórios já serem criminalizados no Brasil; outro ponto essencialmente fulcral é que a diversidade sexual é inerente à condição humana, mas, desde a Antiguidade, foi marginalizada e estigmatizada como pecado e/ou doença; a violência lgbtfóbica, assim, assume um grande índice no país; a criminalização da lgbtfobia, por consequente, não é barrada (ou melhor, é ampliada) pelos princípios da liberdade de expressão e de crença, tais quais são protegidos como

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

princípios fundamentais da normatividade brasileira; desta forma, verifica-se que o racismo encontra-se mergulhado no âmbito de atuação do Direito Penal, tendo sua zona de intervenção penal constitucionalmente necessária; a partir daí, a lgbtphobia insere-se no conceito jurídico e constitucional de racismo, equivalendo dizer que, sim, deve ser criminalizada e amparada pelas ciências criminais, não havendo, conseqüentemente, uma segregação de discriminações e não havendo também uma hierarquização das mesmas, ora umas merecendo repúdio e outras, tolerância/aceitação. Não adianta proferir afirmações injuriosas contra minorias e ser condenado em muitos casos e em outros não correr risco porque tal atitude não é tipificada como crime. Há claramente uma desigualdade fortemente enraizada na cultura do povo brasileiro que se disseminou (e ainda se dissemina) dia após dia, por questões patriarcais, religiosas, intolerantes e de desigualdade social e econômica.

Por um outro raciocínio, conforme argumenta Paulo Roberto Iotti Vecchiatti em seu artigo intitulado como “Fundamentos em prol da Criminalização da Homofobia e da Transfobia”, há quem argumente que “raça é condição, homossexualidade é comportamento” (SIC) para com isso tentar “justificar” a não-criminalização da homofobia e da transfobia, mas ora, essa afirmação é simplesmente absurda na ideia que professa. Dá a entender que o racismo só mereceria ser criminalizado pela “raça” ser algo independente de “opção” da pessoa, o que é uma visão muito conservadora, que não respeita as liberdades individuais, além de incoerente com a atual Lei de Racismo. Ela é conservadora porque a liberdade garante às pessoas o direito de fazerem o que quiserem desde que não prejudiquem terceiros (este o clássico conteúdo do direito fundamental à liberdade), e a pessoa ser homossexual, bissexual, travesti, transexual não traz prejuízo a ninguém, não se podendo classificar a comunidade LGBT por estereótipos preconceituosos. Logo, se orientação sexual e identidade de gênero decorressem de “opções” das pessoas (e sabemos que não decorrem, já que ninguém “escolhe” ser homossexual, heterossexual, bissexual, travesti ou transexual, simplesmente se descobrindo de uma forma ou de outra), seriam “opções” absolutamente válidas de serem vividas, merecedoras do direito ao igual respeito e consideração (Dworkin) relativamente à heterossexualidade cisgênera e, assim, de igual proteção do Estado contra

opressões a elas intolerantes. É, ainda, uma tese incoerente, porque a atual Lei de Racismo criminaliza a discriminação religiosa, sendo a “religião” dependente pura e simplesmente da “opção” da pessoa, de um ato de vontade dela em aderir a esta ou aquela crença metafísica teísta, donde é contraditório usar aquele argumento contra a criminalização da homofobia e da transfobia dada a criminalização da discriminação religiosa. Logo, fica claro que são os(as) fundamentalistas religiosos que se opõem à criminalização da homofobia e da transfobia aqueles(as) que querem ter privilégios, já que não querem que a proteção que o Estado dá a eles seja estendida às pessoas LGBTs...³²

Dessa forma, a equiparação ao racismo é uma medida legislativa alternativa que tem cunho correto e necessário para a criminalização da LGBTfobia. Primeiramente, porque homofobia e transfobia são espécies do gênero racismo, no conceito de racismo social consagrado pelo Supremo Tribunal Federal. No início dos anos 2000, o STF julgou o HC n.º 82.424/RS³³, no qual considerou constitucional a lei considerar o antissemitismo (discriminação contra judeus) como espécie do gênero racismo. Nem se diga que isso se daria porque tal lei prevê a “discriminação por religião”, porque, se o STF entendesse que não se tratava de racismo, mas de “crime de discriminação [não-racista]”, o crime estaria prescrito. Com efeito, alegou-se no processo que a Constituição “teria pretendido” considerar como racismo apenas a discriminação contra pessoas negras (a negrofobia), não podendo a lei considerar outras hipóteses como racismo (tese do Ministro Moreira Alves, que foi contestada pelo Ministro Jobim, que foi Deputado Constituinte), mas esta argumentação foi rejeitada pelo STF. Toda a argumentação da citada ação de habeas corpus foi no sentido de que o Paciente (a pessoa processada criminalmente) teria cometido mero “crime de discriminação”, não “crime de racismo”, donde o crime estaria prescrito quando do julgamento do STF (e, entendida a discriminação religiosa como espécie do gênero racismo, o crime se

³² VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Fundamentos em prol da Criminalização da Homofobia e da Transfobia. Disponível em < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fundamentos-em-prol-da-criminalizacao-da-homofobia-e-da-transfobia-07072016> >, acesso em maio de 2018.

³³ Jurisprudência. STF. Habeas Corpus nº 82.424, disponível em < http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms >, acesso em maio de 2018.

tornaria imprescritível, pela Constituição afirmar a imprescritibilidade do racismo).

Nesse sentido, afirmou o STF que, como o “Projeto Genoma” desmitificou definitivamente a crença antes difundida de que a humanidade seria formada por “raças humanas biologicamente distintas entre si” (SIC), demonstrando ser a raça humana biologicamente una, para que o racismo não se tornasse “crime impossível” pela unicidade biológica da humanidade, adotou-se o conceito de racismo social, pautado em forte literatura citada no julgamento, que se caracteriza, em síntese, por qualquer ideologia (e, portanto, conduta) que pregue a inferioridade de um grupo social relativamente a outro – por isso considerou-se o antissemitismo espécie do gênero racismo. Ora, nesse conceito de racismo social enquadram-se inequivocamente a homofobia e a transfobia (ou seja, a discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero).³⁴

Afinal, a homofobia decorre do heterossexismo e a transfobia do cissexismo, ideologias que pregam, respectivamente, que a heterossexualidade seria a única sexualidade “digna”/“válida” de ser vivida e que a cisgeneridade (a autoidentificação com o gênero socialmente atribuído ao seu corpo, a pessoas de determinado genital/sexo biológico), seria a única identidade de gênero “aceitável” (“digna”, “válida” etc) na vida em sociedade. Logo, são ideologias *ontologicamente racistas* – daí usar-se o destaque em itálico para se falar equiparação ao racismo, já que homofobia e transfobia são espécies do gênero racismo, enquanto racismo social. Mas, como o Direito Penal exige lei expressa (atividade legislativa) para criminalização de condutas, então esse reconhecimento legislativo expresso é indispensável, a despeito do quanto se acaba de falar.³⁵ Ademais, a equiparação ao racismo é necessária também para que não haja hierarquização de opressões. Ora, se discriminar um(a) negro(a) ou religioso(a) puder “dar cadeia” e discriminar um(a) LGBT não puder, ou ainda se esta segunda forma de opressão gerar mera pena não-criminal, pena não-privativa de liberdade, pena alternativa ou, em suma, pena inferior à das outras

³⁴ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Fundamentos em prol da Criminalização da Homofobia e da Transfobia. Disponível em < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fundamentos-em-prol-da-criminalizacao-da-homofobia-e-da-transfobia-07072016> >, acesso em maio de 2018.

³⁵ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Fundamentos em prol da Criminalização da Homofobia e da Transfobia. Disponível em < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fundamentos-em-prol-da-criminalizacao-da-homofobia-e-da-transfobia-07072016> >, acesso em maio de 2018.

opressões criminalizadas na Lei de Racismo, estar-se-á passando a mensagem de que a opressão negrofóbica, religiosofóbica, etnofóbica e xenofóbica seriam supostamente “mais graves” que as opressões homofóbicas e transfóbicas, o que é absurdo e inaceitável, dado que, embora com peculiaridades, todas são opressões históricas contra grupos vulneráveis.

3.3 Conduas LGBTfóbicas

Grande parte dos crimes que são cometidos frente à população LGBT possuem uma extrema carga de violência, seja ela física ou verbal, assim como há muita crueldade e tortura nesses crimes por motivação do “desvio” sexual da vítima. Aquilo que é tido pelo senso comum da comunidade, ou seja, não se adapta às “normas heterossexistas”, serve de pretexto para uma maior intolerância, exclusão e, assim, uma violência exacerbada.

A LGBTfobia se apresenta perfeitamente quando se põe em risco aquilo que é tido como dominante e dentro dos padrões históricos impostos, ou seja, o masculino e o heterossexual. Fora isso, quando essa regra for ameaçada, há inúmeros comportamentos de discriminação e repressão deste indivíduo que não se encaixa nos padrões heteronormativos. Como bem destacado por Mello Neto e Agnoleti,³⁶ a “discriminação contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT) geralmente se inicia no lar, local onde regularmente busca-se a proteção, o refúgio para os problemas, o acolhimento”. Com base nisso, fica nítido o grande problema em que se insere a pessoa que integra esta minoria sexual, pois vai além de uma não aceitação individual, mas de uma não aceitação coletiva que já se perpassa por muitos e muitos anos.

O sofrimento e a angústia advêm de ações discriminatórias (sejam elas físicas ou morais) e acaba limitando a liberdade de outrem, que tem seu direito violado. Agressões verbais são muito realizadas e se utilizam de termos pejorativos e injuriosos para ofender aquele que possui uma identidade de

³⁶ NETO, José Baptista de Mello; AGNOLETI, Michelle Barbosa. Dignidade Sexual e Diversidade Humana: cidadania e respeito para lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. Disponível em: http://www.redhbrasil.net/documentos/biblioteca_on_line/modulo3/mod_3_3.3.3_dignidadesexual_net.pdf >. Acesso em 01 de dez. 2011.

gênero ou uma orientação sexual diversa do que é tido como certo na conjuntura atual.

“Muitas pessoas não se consideram preconceituosas, mas tratam a homossexualidade como se fosse contagiosa, cria-se uma grande resistência em demonstrar simpatia para com sujeitos homossexuais: a aproximação pode ser interpretada como uma adesão a tal prática ou identidade.” (JUNQUEIRA, 2009 *apud* LOURO).

Não importa o lugar, o LGBT é tratado como uma minoria estigmatizada que causa certo desconforto em outros cidadãos. É inegável a marginalização que está condicionado o integrante LGBT, e isso, por incrível que pareça, apenas por buscar igualdade não apenas legal e social, mas uma igualdade humana também.

3.4 Combate à discriminação e a superação da LGBTfobia

A primeira vez em que se abordou o tema da discriminação por orientação sexual foi em 1995, na Conferência Mundial de Beijing, em um dos foros das Nações Unidas. O Brasil, por sua vez, tomou a iniciativa apenas em 2000, quando participou de uma Conferência Regional das Américas, ocorrida no Chile.

Pelo mundo todo, entre a década de 90, os anos 2000 e a década seguinte, o tema foi pauta de muitas reuniões, conferências e decisões. Após vários debates, enfim, (e a superação dos LGBTs enquanto pecado ou doença) a humanidade tem evoluído no sentido de dar à orientação sexual e à identidade de gênero conotações científicas para que o preconceito diminua gradativamente. Por que escolher ser LGBT e sofrer discriminação todo o dia apenas por existir? Por que escolher viver em uma vida sombria e de receio? Por que ser contra os padrões impostos, se se pode muito bem viver em harmonia com o resto da população? É notável (e até mesmo ridículo) ter de explicar que não é o caso de uma escolha, de uma “opção” sexual, como erroneamente muitos dizem por aí, mas é uma condição inerente ao ser humano.

A partir daí, então, com a ajuda das ciências, o pensamento tem se invertido e caminhado – mesmo que devagar – no sentido de que não há justificativa para agredir, discriminar e até mesmo injuriar pessoas que não seguem o padrão, até porque elas não escolheram esta condição. A tolerância

está evoluindo e o combate à lgbtfobia está crescendo bastante, com a ajuda de políticas públicas, decisões judiciais e centros decisórios que desenvolvem o senso crítico e a busca pela igualdade entre os seres.

Sendo assim, ao examinar o ordenamento jurídico e as condutas adotadas por aqueles que detêm o poder de decisões, principalmente no cenário do Judiciário brasileiro, as controvérsias atinentes à diversidade sexual têm sido bem enfrentadas e discutidas, não apenas aceitas da forma histórica e preconceituosa que foram criadas. Contudo, os legisladores ainda são silentes no que tange a esse tema, visto o motivo principal da confecção do presente trabalho aqui apresentado. Inertes muitas vezes ao ponto de deixarem projetos ser arquivados e não se consolidarem em leis que trariam direitos essenciais aos LGBTs. Há, como efeito de explicação, uma grande influência da religião e do conservadorismo que impera no Congresso Nacional, impedindo a elaboração e aprovação de tais documentos. É certo que existem projetos que tentam proteger esta minoria sexual (como será visto adiante), mas a aprovação é bem pequena perto da necessidade que se instala na vida e nas relações dos que fazem parte de tal.

Os estudos, decisões, ensinamentos e evolução são paulatinamente necessários para um melhor convívio entre os cidadãos. A **criminologia queer**,³⁷ neste sentido, tem-se tornado um instituto de grande avanço e que serve para explicar muitos fenômenos e fatores de orientação sexual e identidade de gênero. É um movimento que tem contribuído à discussão fenomenológica do crime, principalmente os cometidos em função de

³⁷ A Teoria Queer começa a se consolidar por volta dos anos 90, com a publicação do livro “Problemas de Gênero” (Gender Trouble) da Judith Butler. Fruto de uma trajetória que ela já vinha acompanhando desde um seminário, que carregava o nome “queer”, feito nos anos 80, por Teresa de Lauretis. De Lauretis, foi a primeira a pensar em “Tecnologias de Gênero”, aqui entendidas como as técnicas de ser homem ou ser mulher que aprendemos desde cedo. Nos anos 70, as universidades americanas, são tomadas (ainda bem), por movimentos populares, e começam a criar os chamados “Estudos Culturais” como forma de dar conta da compreensão do crescente Movimento Negro – marcadamente os Panteras Negras – e para dar conta de outros movimentos como o “Free Speech” (Liberdade de Expressão), e do movimento feminista – com a criação dos Women Studies. Assim como outros movimentos, como os movimentos gay e lésbicos.

A teoria queer, como diria Paul Preciado, “é uma teoria de empoderamento dos corpos subalternos, e não o empoderamento assimilacionista”. O empoderamento que nos faz fortes em nossas margens e ocupar os espaços com nossos corpos transviados.

“homofobia”, bem como discussões sobre identidade de gênero, orientação sexual e heteronormatividade. Guacira Lopes Louro defende que: “os estudos *queer* atacam uma repronarratividade e uma reproideologia, bases de uma heteronormatividade homofóbica, ao naturalizar a associação entre heterossexualidade e reprodução”.³⁸

“Os avanços dessa teoria, que muito mais se apresenta como uma discussão formada por um corpo de trabalhos acadêmicos têm, ainda que timidamente, mantido esclarecedor o diálogo com ramos das ciências sociais que acabam por levar-lhe às discussões jurídicas, dando nova perspectivas ao entendimento das questões sobre a vivência da sexualidade e do gênero humano, tanto em seu aspectos puramente jurídicos e criminológicos como no seu aspecto político: movimento emancipatório dos processos de exclusão reiterados por uma cultura heteronormativa.” (João Tadeu de Paula Bicalho).

A ausência de um enfoque, nas ciências criminais, de uma criminologia *queer*³⁹ fez com que estudiosos em relação ao gênero e à sexualidade se dispusessem a pesquisar e desenvolver trabalhos sobre. No artigo “Sobre as possibilidades de uma criminologia *queer*”, Salo de Carvalho explica:

“criminologia *queer* poderia ser traduzida, portanto, como criminologia estranha, criminologia excêntrica, criminologia homossexual, criminologia gay ou, simplesmente, criminologia bicha. A manutenção do termo em inglês, com a não-proposição de uma tradução específica, adquire, neste estudo, importantes significados políticos e teóricos. Ao deixar ao leitor a tarefa de atribuir um significado à categoria *queer*, acredito ser possível induzir uma espécie de choque hermenêutico, no qual, conforme a tradução eleita, podem ser percebidos os níveis de preconceito e discriminação presentes em nós mesmos. A intersecção entre as ciências criminais e os estudos *queer* permite, de imediato, identificar dois campos distintos de investigação: primeiro, o campo teórico, decorrente dos impactos que os estudos *queer* produzem nas ciências jurídicas (*queer legal theory*) em geral e, em específico, no direito penal e na criminologia (*queer criminology*); segundo, o campo político, em razão das demandas de garantia de direitos e de reconhecimento da igualdade (formal e material) sustentadas pelos movimentos sociais que representam lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros (movimento LGBTs).”

Ferrell e Sanders, ao apontarem as novas perspectivas teóricas e metodológicas oferecidas pela criminologia cultural, demonstram:

³⁸ LOURO, Guacira Lopes. O corpo estranho. Ensaio sobre sexualidade e teoria *queer*. Belo Horizonte: Autêntica, 2004. p. 24.

³⁹ CARVALHO, Salo de. Três hipóteses e uma provocação sobre homofobia e ciências criminais: *queer(ing) criminology*. In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 238, p. 02-03, set. 2012.

“como é possível a criminologia dialogar com uma vasta gama de orientações distintas para compreender as confluências da cultura na vida contemporânea, como, por exemplo, o interacionismo, o construtivismo, a teoria crítica, o feminismo, os estudos culturais e a teoria pós-moderna. Esta condição plural permite que a criminologia cultural seja compreendida como uma espécie de síntese paradigmática que incorpora e retrabalha perspectivas sociológicas e criminológicas na construção de um novo amálgama teórico” (Ferrell & Sanders, 1995: 303).

Em termos metodológicos, os autores invocam a necessidade de uma imersão etnográfica na cultura e nas experiências cotidianas de forma a aproximar a criminologia da realidade particular dos eventos desviantes.

Enfim, resumindo, os avanços científicos, no campo dos estudos *queer*, na pesquisa, em debates e discussões em grandes centros de influência, assim como na política e nas áreas jurídicas, têm sido eficazes e capazes de questionar a construção social que se tem hoje, apontando os erros e substituindo os pensamentos retrógrados por uma nova construção social. Nos dizeres e saberes da ilustre pensadora contemporânea, Rosa Luxemburgo: “há todo um velho mundo ainda por destruir e todo um novo mundo a construir.”

4 TENTATIVAS LEGISLATIVAS E A REALIDADE PRÁTICA: A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA AINDA É DRIBLADA

4.1 Propostas de criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero

É inegável e indiscutível que a discriminação resultante da LGBTfobia é repudiada pela Constituição e pelo princípio motriz da dignidade da pessoa humana, que ampara todo o ordenamento jurídico brasileiro. Roger Raupp Rios afirma que:

“[...] nunca será demasiado salientar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, categórica e explicitamente, no rol de discriminações constitucionalmente censuradas, a discriminação homofóbica. Esse passo é de suma importância para o desenvolvimento e a consolidação do direito antidiscriminatório brasileiro, pois se trata de enfrentar uma espécie de preconceito que, ainda nos dias de hoje, não só atua concreta e injustamente na vida de indivíduos e de grupos, como teima em se justificar.”⁴⁰

Com esse contexto, faz-se importante explicar e estudar alguns projetos que foram criados com a previsão de criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero, esquematizado nos anexos I e II, no fim deste trabalho. Existem inúmeros projetos que estão em “tramitação” no Congresso para reconhecer direitos à população LGBT, assim como projetos que tentam criminalizar condutas atentatórias à dignidade da pessoa humana, que será ressaltado e analisado a seguir. Há, por outro lado, bastante repulsa e repressão para que os projetos supracitados não sejam aprovados e não fiquem vigentes no ordenamento jurídico. Passa-se, desta forma, a analisar tais projetos:

4.2 Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 122/2006: é o projeto mais conhecido quando se toca na questão da homofobia (LGBTfobia), tanto que é considerado o projeto anti-homofobia. Foi apresentado na Câmara dos Deputados por Iara Bernardi, no dia 07 de agosto de 2001, primeiramente como Projeto de Lei nº 5003/2001. O então projeto de lei 122 propôs uma alteração da Lei 7716/89 (Lei do Racismo) e do § 3º do artigo 140 do atual Código Penal para punir a

⁴⁰ RIOS, Roger Raupp. Direitos sexuais, uniões homossexuais e a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 132-RJ e ADI 4.277). In: RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo (Org.). Homossexualidade e Direitos Sexuais: reflexões a partir da decisão do STF. Porto Alegre: Sulina, 2011. (p. 69-113). p. 102-103.

discriminação ou preconceito de origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, **orientação sexual ou identidade de gênero**. O seu trâmite foi realizado na Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, tendo como relatora a senadora Fátima Cleide, que, em 2009, emitiu parecer favorável à redação contida em tal projeto, qual seja: em oito artigos, definia e punia o crime de homofobia no mercado de trabalho, nas relações de consumo e no serviço público. O Artigo 8º, destaque-se, alterava seis artigos do Código Penal (61, 121, 129, 136, 140 e 286). Em todos os casos, as penalidades para os crimes neles tipificados eram agravadas quando as vítimas fossem homossexuais. A seguir alguns exemplos:⁴¹

PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 122, DE 2006

Define os crimes resultantes de preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero, altera o Código Penal e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei define crimes resultantes de preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

Discriminação no mercado de trabalho

Art. 4º Deixar de contratar ou nomear alguém ou dificultar sua contratação ou nomeação, quando atendidas as qualificações exigidas para o posto de trabalho, motivado por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero:

Discriminação nas relações de consumo

Art. 5º Recusar ou impedir o acesso de alguém a estabelecimento comercial de qualquer natureza ou negar-lhe atendimento, motivado por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero:

Discriminação na prestação de serviço público

Art. 6º Recusar ou impedir o acesso de alguém a repartição pública de qualquer natureza ou negar-lhe a prestação de serviço público motivado por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero:

“Art. 61:

São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

m) motivado por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.”

“Art. 121:

⁴¹ BRASIL. Senado Federal, PLC 122/2006, disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>. Acesso 06/05/2018.

§ 2º

Se o homicídio é cometido:

VI – motivado por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

“Art. 129:

Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

§ 12. Aumenta-se a pena de um terço se a lesão corporal foi motivada por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.”

“Art. 140:

Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero:

Apologia de crime ou criminoso

Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço quando a incitação for motivada por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero”.

O referido projeto, já na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal, tendo como relatora a senadora Marta Suplicy, foi aprovado, já com o número 122/2006, nos termos em que aprovado na Comissão de Assuntos Sociais, apenas com uma subemenda que incluiria o §5º ao artigo 20: “*o disposto no caput deste artigo não se aplica à manifestação pacífica de pensamentos decorrente de ato de fé, fundada na liberdade de consciência e de crença de que trata o inciso VI do art. 5º da Constituição Federal*”. Contudo, mesmo sendo aprovado na Câmara, não foi visto “por bons olhos” pela bancada fundamentalista do Senado Federal, que reprovou e rechaçou o Projeto de Lei por motivos mais do que nítidos de preconceito e intolerância à diversidade sexual, não sendo votado e, por conseguinte, arquivado por decurso de prazo.

Questiona-se, assim: a criminalização das discriminações lgbtfóbicas não foi aprovada apenas por questões preconceituosas? Qual a diferenciação destes atos com os outros atos discriminatórios que atentam contra a dignidade de cada indivíduo? Há uma controvérsia e um abismo gigante que separa o resto da população com os integrantes dessa minoria.

A criminalização da homofobia está em debate há pelo menos 13 anos no Poder Legislativo Federal, sem que tenha havido qualquer sucesso na aprovação de um instrumento legal que tutele penalmente a população LGBT diante da violência LGBTfóbica. Muitas manobras, principalmente da bancada religiosa, estão sendo (e foram feitas) no decorrer destes anos para que se postergassem cada vez as decisões que tratavam de direitos LGBTs.

De forma já esperada, o projeto foi arquivado e acabou não sendo votado no Congresso, pois o regimento determina que todas as propostas tramitando há mais de duas legislaturas seguidas sejam arquivadas. Entretanto, essas proposições ainda podem tramitar por mais uma legislatura, caso seja aprovado em Plenário requerimento de pelo menos 27 senadores. Ao final da terceira legislatura, se não houver decisão, a proposta deve ser arquivada definitivamente, situação em que se encontra o PLC 122/2006. A senadora Ana Rita (PT-ES) sustenta, contudo, a teoria de que “os movimentos sociais não devem se opor ao arquivamento, por considerarem que o projeto acabou estigmatizado com o nome de “PLC 122”, o que poderia atrapalhar o andamento. Segundo Ana Rita, “o caminho é um novo projeto, com outro número e melhorias na redação”.

4.3 Projeto de Lei do Senado (PLS) 236/2012, Anteprojeto de Código Penal: os requerimentos números 756 e 1034 de 2011 foram os precursores para a elaboração do referido anteprojeto de Código Penal, de autoria do senador Pedro Taques. Em outubro de 2011, o Presidente do Senado Federal, José Sarney, instituiu a Comissão Especial de Juristas destinada a elaborar o Anteprojeto de Novo Código Penal. Dentro de sete meses, a Comissão trabalhou na sua elaboração e em junho de 2012 foi entregue e transformado em Projeto de Lei do Senado (PLS 236/2012). Em seu capítulo V, Título XVI, trata do racismo e dos crimes resultantes de preconceito e discriminação, assim dispendo:⁴²

TÍTULO XVI

CRIMES CONTRA OS DIREITOS HUMANOS

Capítulo V

⁴² BRASIL. Senado Federal, PLS 236/2012, disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>. Acesso 06/05/2018.

Do racismo e dos crimes resultantes de preconceito e discriminação

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 20 Constitui efeito da condenação:

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

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

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

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

Como se observa acima, o rol de tipicidade de condutas discriminatórias seria ampliado e abrangeria a orientação sexual e a identidade de gênero, equivalendo-se ao crime de racismo. Todavia, já haviam, em 2012 mesmo, mais de 200 propostas de emendas ao PLS 236, o que significa dizer que a aprovação de um novo Código Penal traria diversos debates dentre todos os setores da sociedade, sendo imprescindível notar que o assunto da diversidade sexual (e todas as outras evoluções sofridas pela humanidade) devem ser debatidas e positivadas da melhor forma a atender a todos os cidadãos, seja eles inclusos na maioria ou na minoria social.

Embora possa sofrer muitas mudanças caso seja aprovado o novo projeto, é de se considerar que a inserção de dispositivos que criminalizam a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero é um avanço e, por si só, irrefutável prova de um paradigma social novo perante às questões atinentes à sexualidade e sua relação com a dignidade humana, trazendo aos operadores do Direito uma nova postura ao tratar do assunto.

4.4 Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual: foi entregue, em novembro de 2017, à Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal, pela Comissão Especial da Diversidade Sexual e Gênero do Conselho Federal da OAB, juntamente com a Aliança Nacional LGBTI, o anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual, avaliado como o projeto mais arrojado apresentado no Brasil no século XXI pelo seu caráter de inclusão, abrangência e por retirar da invisibilidade jurídica pessoas que precisam ter garantido o direito de viver, amar e de ser feliz, seja qual for a sua orientação sexual ou identidade de gênero. Maria Berenice Dias, que atualmente é vice-presidente do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) afirma que

“até hoje no Brasil nenhum Projeto de Lei com esta temática sequer foi levado à votação. O primeiro projeto é de 1995, da então senadora Marta Suplicy, e absolutamente nada aconteceu. Todos os avanços alcançados até então, muito significativos, foram por meio do Poder Judiciário, o que motivou o próprio Executivo a tomar algumas iniciativas públicas, reconhecendo alguns direitos por serem reiteradas as

decisões da Justiça neste país. O vácuo perverso do legislador, em simplesmente se omitir da responsabilidade de assegurar direitos a todos os cidadãos, e inserir dentro da tutela jurídica do Estado todos os segmentos da sociedade, principalmente os mais vulneráveis, é o que dá mais significado para que este projeto seja apresentado com um respaldo social.”⁴³

É um projeto que tenta resguardar todos os direitos legítimos dos cidadãos que compõem a comunidade LGBT, trazendo, em seu Capítulo XVI, os crimes que serão punidos por condutas discriminatórias quanto à orientação sexual e identidade de gênero. Tem, a título de exemplo, em seu art. 100, o “crime de homofobia”, com a seguinte redação: “*praticar condutas discriminatórias ou preconceituosas previstas neste Estatuto em razão da orientação sexual ou identidade de gênero. Pena: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.*”

Toni Reis, Diretor Executivo da organização brasileira LGBTI, professor e ativista alude:

“o público LGBTI só estará realmente incluído em nossa sociedade após a aprovação do Estatuto da Diversidade Sexual. Eu vejo que foram muitos estudos para conseguirmos amadurecer a ideia. A partir de consultas com juristas, ativistas e militantes chegamos a esse conjunto de leis. Nenhum artigo vem para tirar direitos, apenas para contribuir para a cidadania plena dessa comunidade”.

Entretanto, ainda está pendente de votação no Congresso Nacional, mas é bem perceptível a ruptura com o retrógrado pensamento conservador que paira na sociedade brasileira, rompendo uma mentalidade que se arrasta desde a Antiguidade. Segundo a senadora Fátima Bezerra, do Rio Grande do Norte, a proposta “traduz as esperanças, os sonhos e os desejos de uma parcela significativa da população brasileira, que também tem o direito de ser feliz”.

Há, ainda nesta seara, outros projetos que têm como principal objetivo o combate à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, tramitando, mesmo que de forma devagar e silenciosa, no Congresso Nacional:

⁴³ IBDFAM. Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual e Gênero. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6506/Embasado+por+mais+de+100+mil+assinaturas%2C+Anteprojeto+do+Estatuto+da+Diversidade+Sexual+e+de+G%C3%AAneros+ser%C3%A1+entregue+amanh%C3%A3+no+Senado>>. Acesso em 06/05/2018.

1. PL 70/95: propõe a inclusão de um parágrafo ao art. 129 do Código Penal, criando excludente de criminalidade à intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo dos transexuais.
2. PL 2773/2000 e PL 6871/2006: dão nova redação ao artigo 235 do Código Penal Militar que penaliza a prática homossexual, com o nome de pederastia.
3. PL 287/2003: institui o crime de rejeição a doadores de sangue resultante de preconceito por orientação sexual.
4. PL 2383/2003: considera discriminatório impedir que nos planos e seguros privados de assistência à saúde seja incluído como dependente econômico o companheiro do mesmo sexo.
5. PL 40/2015: dispõe sobre a proibição de tratamento discriminatório aos cidadãos doadores de sangue por parte das entidades coletoras.⁴⁴

“Este panorama permite afirmar que a sociedade brasileira é marcada pela discriminação aos desiguais. As minorias são excluídas. Os que fogem ao modelo majoritário acabam sendo rotulados e desprezados. Parece que não se vive em uma sociedade democrática que deve assegurar direitos a todos, principalmente às minorias alvo do preconceito e da discriminação. Todos os que sofrem algum tipo de discriminação encontram o apoio da família; assim o negro, o judeu, o portador de necessidades especiais etc. Mas o LGBT não, a própria família o rejeita. Por isso precisa ser acolhido pela sociedade, tutelado pela lei e protegido pela Justiça.”⁴⁵

Assim, conclui-se que as discriminações não são permitidas e/ou aceitas no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, em se tratando de discriminação contra LGBTs, ainda não há uma vedação normativa materialmente elaborada e votada.

4.5 Processos, jurisprudências e entendimento

Atos discriminatórios e condutas que atentem contra a orientação sexual e identidade de gênero dos cidadãos brasileiros são tidos, muitas vezes, de acordo com a conduta, como crime de injúria (art. 140 CP, é um crime contra a

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e direitos LGBTI. São Paulo, SP. Editora: Revista dos Tribunais, 7ª edição revista, atualizada e ampliada. 2017, p. 100.

⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e direitos LGBTI. São Paulo, SP. Editora: Revista dos Tribunais, 7ª edição revista, atualizada e ampliada. 2017, p. 101.

honra que se caracteriza por ofender a dignidade ou o decoro de alguém)⁴⁶, tendo, assim, uma pena de um a seis meses de detenção. É bem visível que, por não haver tipificação penal da LGBTfobia, o repúdio de tais condutas é considerado de pequeno potencial lesivo, até mesmo por causa da pena que é tipificada no Código Penal. Diferente do crime de racismo, em que a discriminação por questão racial e de cor é tida como um crime à parte do crime de injúria racial, sendo, portanto, considerado como um crime que tem alta lesividade e repúdio na sociedade brasileira, até porque é imprescritível e inafiançável, a LGBTfobia ainda não faz parte dos tipos penais da legislação do Brasil.

Não havendo legalidade e tipicidade no âmbito penal (embora haja o tipo penal de injúria, por exemplo, mas que não contempla com profundidade o problema exposto), tal conduta de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero se reporta à seara civil e, por consolidação da jurisprudência pátria, se encaixa no pedido de dano moral.

Os Tribunais têm concedido indenização por causa de prejuízos imateriais, ou danos morais, às vítimas que sofreram discriminação baseado no art. 3º, IV, CF/88, reforçado pelo art.5º, X. Exemplo:

DANOS MORAIS. HOMOFOBIA. Há prova robusta de que o autor sofreu humilhações e constrangimentos homofóbicos, atentatórios ao artigo 3º, IV, da Constituição Federal. Da omissão das reclamadas, quando era imperativo o exercício do poder diretivo, resulta sua responsabilidade pela contaminação do ambiente de trabalho pelo vírus da aversão à liberdade de orientação sexual e à identidade de gênero, atualmente equiparada aos demais preconceitos já contemplados na Lei nº. 7.716/89, que define o crime de racismo (do qual a homofobia é um subproduto). (TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO: RECORD 1010200807802009 - SP - 01010-2008-078-02-00-9) Relator(a): WILMA NOGUEIRA DE ARAUJO VAZ DA SILVA - Julgamento: 13/04/2010 - Órgão Julgador: 4ª TURMA - Publicação: 23/04/2010.⁴⁷

Como se pode constatar, de acordo com o exemplo acima, foi concedida indenização por danos morais às vítimas de discriminação, mesmo não sendo crime. O fato é que, seja como valor moral ou como objetivo fundamental da República, qualquer forma de preconceito deve ser repudiado, e a

⁴⁶ Código Penal, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso 10/05/2018.

⁴⁷ SOUZA, Phelipe Albuquerque de; [?].Preconceito, Discriminação e Reparação Civil.

criminalização, assim como a indenização, devem ser medidas adotadas no sentido de diminuir o preconceito.

De acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 1º: “todos os homens 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”.⁴⁸ Todos têm o direito de escolha e o da liberdade, dentro dos limites da lei.

A conclusão deste ponto, enfim, é de que há questões negativas e positivas diante deste tema. Positivo porque há uma pacificação do entendimento jurisprudencial, que é garantido à indenização, quando há violação do direito dando causa ao dano moral. Como visto, os juízes concedem indenização às vítimas mesmo que não haja tipificação penal para a LGBTfobia, sendo este o ponto negativo que foi referido acima. Todavia, mesmo os juízes aplicando a indenização civil nos casos concreto, não tem sido suficiente para coibir a prática desta conduta que já deveria ser crime.

⁴⁸ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 10/05/2018.

5 CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E SEU CARÁTER ANTIDISCRIMINATÓRIO

5.1 Constituição Federal antidiscriminatória e sua força normativa

A Constituição Federal do país é a ordem jurídica fundamental e enseja todos os outros documentos legislativos, compondo, assim, o grandioso prisma normativo brasileiro. É a norma que deve ser observada diante de todas as situações sempre, é a norma que traz liberdades e garantias individuais a cada cidadão para que haja uma vida justa, igual (materialmente falando), fraterna e libertária a cada indivíduo que faça parte da nação. Segundo o ilustre jurista austríaco Hans Kelsen, “a Constituição é o fundamento de validade de todas as demais normas que integram o ordenamento jurídico, entendido como um sistema escalonado de normas iluminado pela Carta Magna, situada no cume da pirâmide normativa”.⁴⁹ A partir desse entendimento e dessa concepção, o pensamento constitucional contemporâneo produziu a ideia de força normativa da Constituição, segundo a qual, “embora a Constituição jurídica de um Estado seja historicamente condicionada pela realidade de seu tempo, ela não se reduz a simples expressão das circunstâncias fáticas de uma época: existe, assim, entre a norma e a realidade uma tensão permanente, da qual derivam as possibilidades e os limites do direito constitucional.”⁵⁰

Partindo da premissa de que a Constituição Federal possui caráter/força normativa, cabe então ressaltar que ela possui um cunho totalmente antidiscriminatório, sendo qualquer conduta e ato discriminatórios tidos como inconstitucionais por irem de encontro com o que prevê a Carta de 1988. Em seu preâmbulo, primeiramente, já consta a passagem de que o Estado Democrático de Direito visa “*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*

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 1. Edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 79.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10.

*internacional, com a solução pacífica das controvérsias*⁵¹, mostrando e enaltecendo desde logo que deve haver a construção de uma sociedade melhor e sem discriminações como um fim a ser atingido.

Já em seu primeiro artigo, vê-se que, no inciso III, a dignidade da pessoa humana é tutelada e garantida a toda a sociedade, sendo um dos princípios fundamentais que regem o país como um todo. É um fundamento basilar que rege as relações entre as pessoas e o modo de julgar os conflitos que acontecem no cotidiano. Ingo Sarlet define:

“a dignidade da pessoa humana é 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 com os demais seres humano”.⁵²

Ao adentrar no Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) do Título II da Constituição Federal (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), o famoso e ilustre artigo 5º é nítido e esclarecedor em se tratando de disposições que tragam em seu âmago algum cunho discriminatório, pois rechaça e repele qualquer tipo de preconceito e afins, começando em seu caput que diz que todos são exatamente iguais (seja formal ou materialmente) perante a lei, sem qualquer distinção e diferença no tratamento jurídico. Dessa forma, traz e inclui em seus incisos diversas formas de igualdade e rechaço de atos, condutas, tratamentos e procedimentos discriminatórios, devendo, assim, por interpretação, entender que a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero não deve ser tolerada e/ou aceita, tendo como finalidade a erradicação de condutas que violem direitos e garantias de qualquer cidadão brasileiro.

⁵¹ Planalto, Constituição Federal de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >, acesso em maio de 2018.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

5.2 Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana

Miguel Reale, em sua obra “Filosofia do Direito”, com sabedoria, explica: “os princípios são definidos como verdades ou juízos fundamentais que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção de realidade”.⁵³

“Os princípios jurídicos são amplamente utilizados para exprimir ‘o nada’, associados à retórica. Alguém pode invocar os grandes “princípios do direito” - evitando, contudo, apontá-los - para defender uma idéia hostil; mas, na realidade, esta pessoa procura utilizar o efeito do encantamento de uma “boa roupagem para opiniões discutíveis” (G. RIPERT, op. cit., n. 132).

A partir de tais premissas, verifica-se que os princípios ligados ao ordenamento jurídico brasileiro são considerados fontes primárias de normatividade no constitucionalismo contemporâneo, tendo como alicerces seguimentos sociais, culturais, econômicos, políticos e éticos, objetivando, ao longo das gerações, uma sociedade cada vez mais democrática e justa. “Os princípios constitucionais (tais como, a liberdade, a igualdade, a dignidade da pessoa humana) são o conjunto de normas que espelham a ideologia da constituição, seus postulados básicos e seus fins”. (SIMÃO, 2004).

Por sua vez, o princípio da dignidade da pessoa humana surgiu com a Declaração Universal de Direito do Homem, de 26 de agosto de 1789, que proveio e teve seu alicerce na Revolução Francesa e nas ideias do iluminismo, tendo reconhecimento e adquirindo contornos universais. O seu artigo 1º traz como redação: “todos os seres humanos nascem **livres e iguais em dignidade** e em **direitos**. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de **fraternidade**”⁵⁴. Isto deve-se ao fato de a Grande Guerra Mundial ter trazido diversas consequências (positivas e negativas) e fez com que este princípio fosse arraigado na população para que o ser humano fosse mais respeitado e, também, mais livres nas suas decisões, sem julgamentos ou impeditivos. A dignidade da pessoa humana, portanto, foi incorporada em vários textos constitucionais de muitas nações, trazendo o ser humano como o ponto

⁵³ REALE, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 16ª edição, 1994, p.60.

⁵⁴ Declaração Universal dos Direitos do Homem, disponível em < http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf >, acesso em maio de 2018.

principal de direitos e do Estado como um todo. Neste sentido, Garcia esclarece que:

“No trânsito à modernidade as estruturas do mundo medieval serão progressivamente substituídas por umas novas, ainda que algumas permanecerão até as revoluções liberais do século XVIII. Ao longo do período em questão é quando se formará a chamada pelo professor Peces-Barba, filosofia dos direitos fundamentais como aproximação moderna da dignidade humana, em meio das feições características das mudanças que se influem e se entrelaçam. Estas se dariam resumidamente nos campos da economia, da política e da mudança de mentalidade.”⁵⁵

No Brasil, referido princípio encontra-se como norteador de todo o ordenamento jurídico vigente desde 1988, visto que o legislador constituinte brasileiro o elevou a princípio fundamental e princípio indicador de melhorias nas decisões judiciais. O principal argumento e a principal explicação para isso é que foi concebida a valorização da pessoa humana como sendo razão fundamental para a estrutura de organização do Estado e para o Direito.

Está explícito e muito bem inserido na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, podendo ser considerado como uma cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade: “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”.⁵⁶

Na Magna Carta brasileira, em seu artigo 5º, inciso III, consta a seguinte redação: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Nesse diapasão, esclarece e defende que nenhuma pessoa pode ser objeto de humilhação, ofensa e tampouco vítima de atitudes discriminatórias, como é o caso da lgbtfobia. Em relação a isso, a dignidade pressupõe a autonomia vital de cada cidadão e sua autodeterminação relativamente ao Estado e às outras pessoas.

Percebe-se, assim, que a dignidade de cada indivíduo não é apenas um direito, mas uma qualidade que todos possuem, independentemente de qualquer

⁵⁵ GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais. *Novos Estudos Jurídicos* - v. 10 - n. 2 - p.417- 450 jul/dez. 2005.

⁵⁶ Planalto, Constituição Federal de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >, acesso em maio de 2018.

condição, até mesmo sexual. E não há, portanto, limitações restritas para sua proteção, pois sempre poderá ser ampliada e reconhecida (conforme evolui a moral e os costumes do homem) de formas distintas em cada pessoa, por sua essência e necessidade. Ingo Wolfgang Sarlet bem define a dignidade da pessoa humana (2001, p.60):

“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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos”.

E é exatamente nesse sentido que a lgbtfobia tem conexão com a dignidade da pessoa humana: o membro da comunidade LGBT deve ser respeitado e reconhecido pelo Estado como os heterossexuais são, de forma plena e sem restrição à sua liberdade, seja ela sexual, de ir e vir ou de qualquer liberdade constitucional. O integrante desta minoria sexual tem (ou pelo menos deveria ter) a garantia de proteção contra qualquer violação aos seus direitos e à sua dignidade pessoal.

Enquanto os ataques lgbtfóbicos forem tolerados e ignorados, caindo na maioria das vezes no crime de injúria e tendo uma pena relativamente pequena em comparação com o dano sofrido, a criminalização de tais comportamentos preconceituosos torna-se, a cada dia, mais essencial e fulcral para a proteção e garantia da dignidade de pessoas LGBTs. Ter reconhecido um crime próprio para tais comportamentos significa dar maior visibilidade a tal população e ampliar o âmbito de atuação da dignidade de cada ser humano. Consoante à lei 7716/1989, a discriminação de raça e cor (crime de racismo) é considerada conduta totalmente desprezada pela população e tornou-se um crime imprescritível e inafiançável. Será que a discriminação por conta sexual (lgbtfobia), então, é tida como um comportamento irrelevante e por isso ainda não foi criminalizada, tendo como principal foco o preconceito? A resposta para tal pergunta, portanto, é a pauta e a necessidade deste presente estudo.

5.3 Criminalização da LGBTfobia à luz do princípio da dignidade da pessoa humana

A orientação sexual e a identidade de gênero são condições inerentes a todos os seres humanos, intrínsecos, assim como a cor da pele, sua raça e até mesmo a cor dos olhos. É um fato que está condicionado desde o nascimento e que perpetuará por toda a vida. Sendo assim, é um dos elementos que compõem a chamada dignidade de determinada pessoa, a sua individualidade diversa frente a um cosmos coletivo. É necessário, portanto, respeitar e equilibrar tais dignidades dos cidadãos brasileiros para uma melhor defesa e garantia de direitos a todos, de forma igualitária e plena. Estabelecida pela CF/88, a dignidade da pessoa humana é tida como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que vive o Brasil, sendo, por isso, uma garantia originária da personalidade de cada indivíduo.

Flávia Piovesan destaca:

“A dignidade da pessoa humana, vê-se assim, está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.”⁵⁷

De acordo com esta visão, todos os indivíduos têm à sua disposição e alcance a garantia de proteção à dignidade humana, podendo usufruí-la como dispositivo de efetivar e assegurar seus direitos, de asseverar o respeito às diferenças e à livre manifestação de seus desejos. Não é porque um ser humano quer se relacionar com outro do mesmo sexo, por exemplo, que deva sofrer algum tipo de discriminação.

Num país em que é crime discriminar alguém em razão da cor, da raça, da religião, da etnia e da procedência nacional, porém ainda não criminaliza condutas atentatórias diretamente à orientação sexual e identidade de gênero, é um país onde o conservadorismo e os ideais retrógrados ainda se fazem presentes, mesmo que isso pareça um sarcasmo. É certo que, por exemplo, na lesão corporal e no homicídio há uma agravante que aumenta a pena por motivo

⁵⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 54-55.

de preconceito, embutido no que se entende por motivo torpe, mas não está explícito na legislação penal brasileira, por outro lado, a diferenciação de injúria por orientação sexual ou identidade de gênero, como acontece com a injúria racial e o racismo. Enquanto a injúria racial é tida com o intuito de ofender a dignidade de outrem, chamando de “macaco”, a título de exemplo, o racismo implica conduta discriminatória dirigida a determinado grupo ou coletividade e, geralmente, refere-se a crimes mais amplos, sendo que a lei enquadra uma série de situações como crime de racismo, assim como recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou às escadas de acesso.

Já no caso do presente estudo, em relação à LGBTfobia, a grande maioria dos casos acabam sendo julgados como injúria, mas sem agravante ou algum instituto afim. Se existisse, assim como o feminicídio e o racismo, uma nomeação deste crime no Código Penal, ou seja, nomeação do crime de LGBTfobia, seria uma forma de visibilizar um cenário grave e permanente, pois, novamente é importante ressaltar, a cada 19 horas um LGBT é assassinado no Brasil. E é neste ponto em que se debruça este trabalho, a nomeação de um tipo penal que elenque como crime específico determinadas condutas contra a comunidade LGBT, até mesmo homicídio e lesão corporal que tenham por motivo a sexualidade ou o gênero.

A criminalização da LGBTfobia, portanto, seria a expressão fatal das diversas violências que podem atingir os gays, as lésbicas, os bissexuais, as travestis, as transexuais e os intersexos, em uma sociedade marcada pela desigualdade de poder e por construções históricas, culturais, econômicas, políticas e sociais discriminatórias. A partir dessa nova construção proposta será mais fácil conhecer, simbolizar e punir tais atos discriminatórios. Faz-se necessária, então, a criação de um tipo penal que traduza e exemplifique atitudes e comportamentos que devam ser punidos por questões discriminatórias de orientação sexual e identidade de gênero. Tendo, assim, como o feminicídio, por exemplo, uma tipificação penal, seria mais eficaz o processamento de indivíduos que infringissem tal norma. Dar visibilidade e, conseqüentemente, proteção é o melhor caminho para que os membros LGBTs tenham, no Judiciário, meios efetivos de combate e controle à LGBTfobia e a uma sociedade doentia e

desregulada que não aceita (nem tolera) que as pessoas sejam diferentes e autênticas em seus modos de viver.

Pelo fato de a LGBTfobia ainda não ser positivada como crime, há uma margem de interpretação para que condutas discriminatórias com esse intuito sejam permitidas (talvez não seja essa a palavra correta a se usar, podendo ser substituída por “tolerar”, mas não há um rechaço jurídico frente a tais condutas, o que acaba trazendo à população um ideal de permissividade) e, dessa forma, uma autorização tácita por parte do ordenamento jurídico brasileiro.

Para uma maior garantia da dignidade destes indivíduos (que são muito reprimidos no cotidiano) é de extrema importância (social e jurídica) que se criminalize a LGBTfobia, considerando que o menosprezo e a discriminação são atos de barbárie aos indivíduos que integram tal comunidade. Se, de um lado, os gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transexuais e intersexos sentem-se prejudicados e vêem seus direitos fundamentais sendo desrespeitados, por outro lado, há de se obter uma represália forte com relação às atitudes que restringem tais liberdades e direitos, sendo papel principal do legislador proteger tais pessoas e, conseqüentemente, a liberdade sexual. É dever do Estado regular as situações que causam a exclusão ou mesmo a violência aos cidadãos, como forma de garantir um bem-estar de forma igualitária, preservando as opiniões, formações e diferenças, garantindo que o indivíduo possa ter um mínimo possível para sua existência, pois a dignidade do ser humano é o maior bem que este possui. Para que um Estado seja, de fato, considerado democrático, todas as parcelas da população devem obter respaldo e proteção (assim como garantias plenas) da sua dignidade e de seus direitos, não devendo, portanto, serem discriminadas, desamparadas e tampouco violentadas. Se as mulheres, os negros, os estrangeiros e outras classes da sociedade já recebem proteção jurídica, tendo criminalizado o preconceito por conta de suas condições, por que apenas a classe LGBT ficaria de fora de tal proteção? Sintomas mais do que nítidos de um preconceito velado e enraizado no Congresso brasileiro.

É visto e claramente nítido que a criminalização da LGBTfobia não erradicaria de vez o preconceito presente na sociedade atual, mas garante (ou ao menos deveria) que qualquer discriminação que tenha motivação a orientação sexual e a identidade de gênero seria punida e configuraria como atos

atentatórios à dignidade da pessoa humana, sendo assim punidas penalmente e com o rigor que (desde sempre) deveriam ter, pois uma população que não aprendeu ainda o que é respeitar o próximo e respeitar as diversidades presentes no grande cosmos da vida, não deve sequer ter chances de evoluir em outras searas e instituições.

Outro fundamento que traz à tona a necessidade em prol da criminalização da LGBTfobia que merece destaque para ser analisado é o discurso do “Estado Penal Mínimo”, que defende que a privação de liberdade deve ser imposta apenas nos casos em que há risco social efetivo, que o Estado só deve criar tipos penais e instituir penas efetivamente necessárias à proteção dos bens ou interesses jurídicos relevantes, não devendo tirar a liberdade ou a autonomia das pessoas sem que isto seja indispensável à manutenção da ordem social. Contudo, é imprescindível que se tenha em mente que a ideologia do Estado Penal Mínimo é realmente aceitável, mas de forma coerente e não aleatória. Ou seja, uma postura que respeite a teoria do Direito Penal Mínimo, não uma postura que mais se assemelha a uma espécie de “abolicionismo mal disfarçado de minimalismo”, que não aceita nenhuma criminalização a mais ou nenhuma pena de reclusão a mais, por mais necessária que sejam... Na lição de André Ramos Tavares, em prefácio à obra de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves e ratificando a lição deste, o “Estado Penal” não tem que ser nem “mínimo” (“próximo da abolição penal”) nem “máximo”, devendo-se, ao revés, defender-se um Direito Penal “Proporcional”⁵⁸. Nesse sentido, se o Congresso Nacional em geral ou algum(a) parlamentar em particular se dispuser a reformar todo o sistema penal brasileiro, terá total coerência para a implantação de um sistema penal “não-punitivista”, que tenha como regra a aplicação de penas alternativas e a lógica da “Justiça Restaurativa”⁵⁹ para crimes sem violência física e que não se pautem em discursos de ódio. Contudo, o que é inaceitável

⁵⁸ TAVARES, André Ramos. Prefácio à obra de GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988, Belo Horizonte: Ed. Forum, 2007, p. 15.

⁵⁹ “Trata-se de um processo colaborativo voltado para resolução de um conflito caracterizado como crime, que envolve a participação maior do infrator e da vítima. A mediação vítima-ofensor consiste basicamente em colocá-los em um mesmo ambiente guardado de segurança jurídica e física, com o objetivo de que se busque ali acordo que implique a resolução de outras dimensões do problema que não apenas a punição, como, por exemplo, a reparação de danos emocionais.” Conselho Nacional de Justiça. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona> >, acesso em maio de 2018.

é defender-se um “Estado Penal Mínimo” somente no contexto da criminalização da homofobia e da transfobia, como se vê em determinados discursos, que invocam o “Estado Penal Mínimo” apenas no contexto desta criminalização. Ora, como visto, tal postura gera uma intolerável hierarquização de opressões ao criar uma situação em que a punição de discriminações contra pessoas negras, religiosas, estrangeiras ou de grupos étnicos possa se dar com cadeia e impor-se que a punição criminal da discriminação contra pessoas LGBT só poderia ser punida com “penas alternativas” (ainda que “apenas” para crimes sem violência, pois nestes também cabe a pena de prisão nas hipóteses da atual Lei de Racismo, por se tratar de pena inferior a 4 anos, caso o juiz considere que o caso seja grave o bastante para justificar a privação da liberdade, para simplificar os termos do atual art. 44, III, do Código Penal). Se a ideia é propor um paternalismo estatal, determinando penas que a sociedade punitivista não aceita, então que se o faça para toda a sociedade, não apenas para os crimes contra pessoas LGBTs ou grupos vulneráveis em geral. Que se tenha uma luta contra toda a sociedade em relação ao punitivismo, não apenas contra o grupo social mais fragilizado da atualidade (ou, ao menos, um dos mais fragilizados), a saber, o LGBT. De qualquer forma, a sociedade brasileira é punitivista, descabendo um paternalismo de Estado Penal Mínimo apenas para a criminalização da LGBTfobia ou apenas para os crimes de ódio em geral.

Dessa forma, ao existirem lacunas que não acompanham o andar de uma população, evidencia a necessidade e o desamparo em que vive a comunidade LGBT. É inevitável que se tenha uma medida judicial com a finalidade de proteger e amparar os gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transexuais e intersexos, mostrando a todos que é crime não garantir a dignidade e os direitos do próximo. Portanto, a partir dessas análises, torna-se evidente que o Congresso Nacional Brasileiro se assumiu como LGBTfóbico. O país está em clara situação de omissão inconstitucional na questão da criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero. É preciso, assim, que o Congresso aja para garantir proteção eficiente à população LGBT, o que demanda o uso do Direito Penal neste momento histórico.

6 CONCLUSÃO

Tendo em vista os assustadores índices de violência (em grande maioria a física) contra gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transexuais e intersexos – ilustrados no início deste estudo –, mostra-se indispensável a adoção de alguma medida eficaz para a contenção de tais atitudes agressivas, principalmente (mas não só) pelo Direito Penal. Atualmente, a criminalização da LGBTfobia revela-se como uma das principais estratégias como ferramenta na luta do combate ao preconceito por identidade de gênero e orientação sexual. Talvez outra estratégia (até mesmo mais eficiente) seria remodelar e investir na educação de base primordialmente. Contudo, para um resultado mais prático e célere, a criminalização, hoje, parece ser o meio mais estratégico e inevitável para controlar e proteger a comunidade LGBT.

O presente estudo pretendeu, portanto, analisar a legitimidade e a possível eficácia da criminalização da LGBTfobia à luz do princípio da dignidade da pessoa humana no contexto atual brasileiro, ponderando sobre os benefícios e a garantia da plenitude das garantias fundamentais aos indivíduos pertencentes a esta minoria sexual, em consonância com os direitos fundamentais constitucionais.

Por se pensar na legitimidade de tal criminalização, percebe-se e afora-se que é concebível a nomeação do crime LGBTfóbico na legislação penal vigente, ou seja, é preciso que se diferencie o crime motivado pelo preconceito em relação à orientação sexual e identidade de gênero dos outros crimes em geral, assim como ocorre com o feminicídio, sobretudo dos bens jurídicos que são os de maior relevância da proteção do Estado, como é o caso da vida, da integridade física e, principalmente, da liberdade sexual. Por exemplo, poderiam ser nominados os crimes de “homicídio lgbthomofóbico, lesão corporal lgbthomofóbica e o estupro lgbthomofóbico”, bem como um tipo penal que contemplasse os comportamentos incentivados pelo repúdio e preconceito, por exemplo, “restringir direito de outrem por motivação em relação à orientação sexual e identidade/expressão de gênero”, englobando nesta tipificação qualquer crime que tenha motivação o preconceito sexual, com uma pena digna e equivalente ao crime de racismo.

O efeito decorrente desta sugestão seria o reconhecimento formal do Poder Público do que representa a violência LGBTfóbica no contexto político-jurídico brasileiro. Isto é, o Judiciário (principalmente) atuaria no sentido de que as condutas lgbtfóbicas são tão nocivas quanto as outras tipificadas que também receberiam tutela estatal. Surtiria o efeito, portanto, de que condutas deste cunho não seriam toleradas, tampouco impunes.

Como já referido, só se pode pensar na eficácia da criminalização da LGBTfobia como estratégia da superação do preconceito se a mesma vier acompanhada de outras medidas e políticas públicas, principalmente pedagógicas. Ou seja, se a criminalização for aplicada isoladamente, sem a criação de outras medidas que a complementem, ela se mostrará insuficiente e não eficaz no combate à discriminação das pessoas, tendo em vista que o Direito Penal atua após a ocorrência dos fatos, não na raiz do problema (que seriam as causas do preconceito). Estas teorias, então, deveriam ser teorizadas primordialmente no âmbito da educação brasileira. Dessa forma, mesmo a criminalização ser considerada a melhor estratégia na conjuntura que se encontra o país, sendo a forma mais útil e eficaz no combate à LGBTfobia, torna-se, contudo, indispensável a adoção de outras medidas que tenham por motivação a superação do preconceito, tendo como ideal o pensamento de que todas as manifestações de gênero e sexualidade são iguais e legítimas.

É visivelmente necessário que as leis de um país devem obedecer e respeitar a evolução constante da sociedade, dando respaldo e proteção a todos os cidadãos, cumprindo seus papéis de defesa quando um indivíduo se sentir ameaçado de seus direitos, mesmo que sua sexualidade ou expressão de gênero sejam contrários ao que o padrão majoritário impôs. Toda pessoa tem o direito de se manifestar como qualquer outro. Respeitar as diferenças (embora o correto seria aceitar) é um passo enorme na construção de uma vida mais igualitária, democrática e diversificada.

É certo que ainda há muitos desafios e obstáculos a serem enfrentados e cruzados, mas a resistência e a esperança são as últimas que morrem. Como ilustra e relata muito bem e de forma breve o renomado cientista Albert Einstein: “a menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes

de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo”.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 5.003/2001**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842>>. Acesso em: maio de 2018.

____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: maio de 2018.

____. **Lei n.º 7.716/89. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: maio de 2018.

____. Senado. **Projeto de Lei nº 236/2012**. Anteprojeto de Código Penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: maio de 2018.

____. Senado. **Projeto de Lei n.º 122/2006**. Parecer da relatora Senadora Fátima Cleide. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/69390.pdf>>. Acesso em: maio de 2018.

____. Senado. **Projeto de Lei n.º 122/2006**. Parecer da relatora Senadora Marta Suplicy. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/89821.pdf>>. Acesso em: maio de 2018.

____. **O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual: a Homossexualidade no Direito Brasileiro e Norte-Americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos e abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão**. Revista da ESMESC, v.13, n. 19. Florianópolis: 2006, p. 469.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 1. Edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 79.

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

CARVALHO, Salo de. **Sobre as possibilidades de uma criminologia queer. Sistema Penal e Violência**: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito, PUCRS. Porto Alegre. Volume 2, p. 151-168, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e direitos LGBTI**. São Paulo, SP. Editora: Revista dos Tribunais, 7ª edição revista, atualizada e ampliada. 2017, p. 50.

DIAS, Maria Berenice. **Legislação Brasileira e homofobia**. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.). **Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil**. São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2011.

GARCIA, Marcos Leite. **A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais**. Revista Novos Estudos Jurídicos. Itajaí, v. 10, n. 2, p.421.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Quarta Edição. Editora LTC. 1981.

GRUPO GAY DA BAHIA. **Pessoas LGBT mortas no Brasil: relatório 2017/2018**, p. 1-3. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>>. Acesso em: 16 de abril de 2018.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. **Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas**. Revista Bagoas, Natal, v. 1, n. 1, jul/dez. 2007, p. 148.

KOTLINSKI, Kelly (Org.). **Legislação e jurisprudência LGBTTTT**. Brasília: Letras livres, 2007.

LOURO, Guacira Lopes. **O corpo estranho. Ensaios sobre sexualidade e teoria queer.** Belo Horizonte: Autêntica, 2004. p. 24.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10.

MOREIRA, Eliane Cristina. **Os Relacionamentos Homoafetivos e a Cidadania.** Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. 2ª ed. Disponível em: <<http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/>>.

NETO, José Baptista de Mello; AGNOLETI, Michelle Barbosa. **Dignidade Sexual e Diversidade Humana: cidadania e respeito para lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais.**

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

PRADO, Marco Aurélio Máximo (prefácio). In: BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito.** Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010, p. 8.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. Stonewall: The riots that sparked the gay revolution.

_____. **Homofobia na Perspectiva dos Direitos Humanos e no Contexto dos Estudos sobre Preconceito e Discriminação. Diversidade Sexual na Educação: problematizações sobre a homofobia nas escolas /** Rogério Diniz Junqueira (organizador). – Brasília : Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, UNESCO, 2009. p. 76 Disponível em: <http://www.abglt.org.br/docs/diversidade_sexual_na_educacao.pdf>. Acesso em: maio de 2018.

_____ ; PIOVESAN, Flávia. **A Discriminação por Gênero e Orientação Sexual**. Disponível em: < <http://pt.scribd.com/doc/7276243/A-Discriminacao-Por-Genero-eOrientacao-Sexual>>. Acesso em: maio de 2018.

TAVARES, André Ramos. Prefácio à obra de GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**, Belo Horizonte: Ed. Forum, 2007, p. 15.

WENDT, Valquiria P. Cirolini. **(Não) Criminalização da Homofobia**. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2018.

8 ANEXOS

ANEXO I

PROJETOS DE LEI – CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA				
PROPOSIÇÃO LEGISLATIVA	CASA	AUTOR	ASSUNTO	SITUAÇÃO ATUAL
PL 2138/2015	Câmara	Erika Kokay – PT/DF	Altera a Lei nº 7716, de 5 de janeiro de 1989, para punir a discriminação ou preconceito quanto à identidade de gênero ou orientação sexual.	Apensado ao PL 1959/2011
PL 622/2015	Câmara	Moema Gramacho – PT/BA	Dispõe sobre a proibição do uso de recursos públicos para contratação de artistas que, em suas músicas, desvalorizem, incentivem a violência ou exponham as mulheres a situação de constrangimento, ou contenham manifestações de homofobia, discriminação racial ou apologia ao uso de drogas ilícitas.	Aguardando Parecer do Relator na Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher (CMULHER)
PL 81/ 2007	Câmara	Fátima Bezerra – PT/RN	Institui o Dia Nacional de Combate à Homofobia. A ser comemorado no dia 17 de maio.	Aguardando Deliberação do Recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA)
PL 7052/2006	Câmara	Iara Bernardi – PT/SP	Institui o Dia Nacional de Combate à Homofobia. A ser comemorado no dia 17 de maio.	Arquivado
PL 5003/2001	Câmara	Iara Bernardi – PT/SP	Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas. PL da Homofobia.	Aguardando apreciação pelo Senado Federal
PLC 122/2006	Câmara	Iara Bernardi – PT/SP	Criminalização da homofobia, alterando a Lei 7716/89.	Arquivado
PLS 236/2012	Senado	José Sarney – PMDB/AP	Reforma do Código Penal Brasileiro.	Aguardando apreciação CCJC

ANEXO II**PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 122, DE 2006 (Nº 5.003/2001, Na Câmara dos Deputados)**

Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.849, 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, e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1999, o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, definindo os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

Art. 2º A ementa da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação: “Define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.” (NR)

Art. 3º o caput do art. 1º da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1999, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.” (NR)

Art. 4º A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 4º-A:

“Art. 4º-A Praticar o empregador ou seu preposto atos de dispensa direta ou indireta: Pena: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco)anos.”

Art. 5º Os arts. 5º, 6º e 7º da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1999, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 5º Impedir, recusar ou proibir o ingresso ou a permanência em qualquer ambiente ou estabelecimento público ou privado, aberto ao público: Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.”{NR}

“Art. 6º Recusar, negar, impedir, preterir, prejudicar, retardar ou excluir, em qualquer sistema de seleção educacional, recrutamento ou promoção funcional ou profissional: Pena – reclusão de 3 (três) a 5 (cinco) anos. Parágrafo único. (Revogado) ”(NR)

“Art. 7º Sobretaxar, recusar, preterir ou impedir a hospedagem em hotéis, motéis, pensões ou similares: Pena – reclusão de 3 (três) a 5 (cinco) anos.”
(NR)

Art. 6º A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 7º-A:

“Art. 7º-A Sobretaxar, recusar, preterir ou impedir a locação, a compra, a aquisição, o arrendamento ou o empréstimo de bens móveis ou imóveis de qualquer finalidade: Pena: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.”

Art. 7º A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar acrescida dos seguintes art. 8º-A e 8º-B:

“Art. 8º-A Impedir ou restringir a expressão e a manifestação de afetividade em locais públicos ou privados abertos ao público, em virtude das características previstas no art. 1º desta Lei: Pena: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.”

“Art. 8º-B Proibir a livre expressão e manifestação de afetividade do cidadão homossexual, bissexual ou transgênero, sendo estas expressões e manifestações permitidas aos demais cidadãos ou cidadãs: Pena: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.”

Art. 8º Os arts. 16 e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1999, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 16. Constituem efeito da condenação:

I – a perda do cargo ou função pública, para o servidor público;
II – inabilitação para contratos com órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional; III – proibição de acesso a créditos concedidos pelo Poder Público e suas instituições financeiras ou a programas de incentivo ao desenvolvimento por estes instituídos ou mantidos; IV – vedação de isenções, remissões, anistias ou quaisquer benefícios de natureza tributária; V – multa de até 10.000 (dez mil) UFIR, podendo ser multiplicada em até 10 (dez) vezes em caso de reincidência, levando-se em conta a capacidade financeira do infrator; VI – suspensão do funcionamento dos estabelecimentos por prazo não superior a 3 (três) meses. § 1º Os recursos provenientes das multas estabelecidas por esta Lei serão destinados para campanhas educativas contra a discriminação.

§ 2º Quando o ato ilícito for praticado por contratado, concessionário, permissionário da administração pública, além das responsabilidades individuais, será acrescida a pena de rescisão do instrumento contratual, do convênio ou da permissão.

§ 3º Em qualquer caso, o prazo de inabilitação será de 12 (doze) meses contados da data da aplicação da sanção.

§ 4º As informações cadastrais e as referências invocadas como justificadoras da discriminação serão sempre acessíveis a todos aqueles que se sujeitarem a processo seletivo, no que se refere à sua participação.” (NR)

“Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero:

§ 5º O disposto neste artigo envolve a prática de qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória, de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica.” (NR)

Art. 9º A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 20–A e 20–B:

“Art. 20-A. A prática dos atos discriminatórios a que se refere esta Lei será apurada em processo administrativo e penal, que terá início mediante: I – reclamação do ofendido ou ofendida;

II – ato ou ofício de autoridade competente;

III – comunicado de organizações não governamentais de defesa da cidadania e direitos humanos.”

“Art. 20-B. A interpretação dos dispositivos desta Lei e de todos os instrumentos normativos de proteção dos direitos de igualdade, de oportunidade e de tratamento atenderá ao princípio da mais ampla proteção dos direitos humanos.

§ 1º Nesse intuito, serão observadas, além dos princípios e direitos previstos nesta Lei, todas as disposições decorrentes de tratados ou convenções internacionais das quais o Brasil seja signatário, da legislação interna e das disposições administrativas.

§ 2º Para fins de interpretação e aplicação desta Lei, serão observadas, sempre que mais benéficas em favor da luta antidiscriminatória, as diretrizes traçadas pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos, devidamente reconhecidas pelo Brasil.”

Art. 10. O § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.649, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 140.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.”(NR)

Art. 11. O art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 5º Parágrafo único. Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, orientação sexual e identidade de gênero, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste

caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição Federal.” (NR)

Art. 12. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

PROJETO DE LEI ORIGINAL Nº 5.003-A, DE 2001

Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º qualquer pessoa jurídica que por seus agentes, empregados, dirigentes, propaganda ou qualquer outro meio, promoverem, permitirem ou concorrerem para a discriminação de pessoas em virtude de sua orientação sexual serão aplicadas as sanções previstas nesta Lei, sem prejuízo de outras de natureza civil ou penal.

Art. 2º Para os efeitos desta Lei são atos de discriminação impor às pessoas, de qualquer orientação sexual, e em face desta, as seguintes situações:

- I – constrangimento ou exposição ao ridículo;
- II – proibição de ingresso ou permanência;
- III – atendimento diferenciado ou selecionado;
- IV – preterimento quando da ocupação de instalações em hotéis ou similares, ou a imposição de pagamento de mais de uma unidade;
- V – preterimento em aluguel ou locação de qualquer natureza ou aquisição de imóveis para fins residenciais, comerciais ou de lazer;
- VI – preterimento em exame, seleção ou entrevista para ingresso em emprego;
- VII – preterimento em relação a outros consumidores que se encontrem em idêntica situação; VIII – adoção de atos de coação, ameaça ou violência.

Art. 3º A infração aos preceitos desta Lei sujeitará o infrator às seguintes sanções:

I – inabilitação para contratos com órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional; II – acesso a créditos concedidos pelo Poder Público e suas instituições financeiras, ou a programas de incentivo ao desenvolvimento por estes instituídos ou mantidos; III – isenções, remissões, anistias ou quaisquer benefícios de natureza tributária.

Parágrafo único. Em qualquer caso, o prazo de inabilitação será de doze meses contados da data de aplicação da sanção.

Art. 4º O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de 90 (noventa) dias.

Art. 6º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

Justificação

A sociedade brasileira tem avançado bastante. O direito e a legislação não podem ficar estagnados. E como legisladores, temos o dever de encontrar mecanismos que assegurem os direitos humanos, a dignidade e a cidadania das pessoas, independente da raça, cor, religião, opinião política, sexo ou da orientação sexual.

A orientação sexual é direito personalíssimo, atributo inerente e inegável a pessoa humana. E como direito fundamental, surge o prolongamento dos direitos da personalidade, como direitos imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e igualitária. Não trata-se aqui de defender o que é certo ou errado. Trata-se de respeitar as diferenças e assegurar a todos o direito de cidadania.

Temos como responsabilidade a elaboração leis que levem em conta a diversidade população brasileira. Nossa principal função como parlamentares é assegurar direitos, independente de nossas escolhas ou valores pessoais. Temos que discutir e assegurar direitos humanos sem hierarquizá-los. Homens, mulheres, portadores de deficiência, homossexuais, negros/negras, crianças e adolescente são sujeitos sociais, portanto sujeitos de direitos.

O que estamos propondo é fim da discriminação de pessoas que pagam impostos como todos nós. É a da garantia de que não serão molestados em seus direitos de cidadania. E para que prevaleça o art. 5º da nossa Constituição: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade.”

A presente proposição caminha no sentido de colocar o Brasil num patamar contemporâneo de respeito aos direitos humanos e da cidadania. E é por esta razão que esperamos contar com o apoio das nobres e dos nobres colegas para a aprovação deste projeto de lei. Sala das sessões, 28 de agosto de 2001. – Deputada **Iara Bernardi**, PT/SP.

LEGISLAÇÃO CITADA ANEXADA PELA SECRETARIA-GERAL DA MESA

DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 Código Penal

Injúria

Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003) Pena – reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)

DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943

Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

Art. 5º A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo.

LEI Nº 7.716, DE 5 DE JANEIRO DE 1989

Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15-5-97)

Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada. Pena – reclusão de dois a cinco anos.

Art. 5º Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador. Pena – reclusão de um a três anos.

Art. 6º Recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau. Pena – reclusão de três a cinco anos. Parágrafo único. Se o crime for praticado contra menor de dezoito anos a pena é agravada de 1/3 (um terço).

Art. 7º Impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou qualquer estabelecimento similar. Pena – reclusão de três a cinco anos.

Art. 8º Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público. Pena – reclusão de um a três anos.

Art. 16. Constitui efeito da condenação a perda do cargo ou função pública, para o servidor público, e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a três meses.

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15-5-97) Pena – reclusão de um a três anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15-5-97) Pena – reclusão de dois a cinco anos e multa. § 2º Se qualquer dos crimes previstos no **caput** é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15-5-97) Pena – reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15-5-97)

I – o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo; II – a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.

§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.459, de 15-5-97)

(Às Comissões de Direitos Humanos e Legislação Participativa e de Constituição, Justiça e Cidadania.)