

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

Ildo Luiz Junior Lando

HOMOFOBIA NO DIREITO PENAL:

Um Breve Estudo Sobre a Criminalização da  
Discriminação por Orientação Sexual e por Identidade de Gênero

Porto Alegre

2012

ILDO LUIZ JUNIOR LANDO

HOMOFOBIA NO DIREITO PENAL:

Um Breve Estudo Sobre a Criminalização da

Discriminação por Orientação Sexual e por Identidade de Gênero

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik

Co-orientadora: Prof.<sup>a</sup> Me. Raquel Lima Scalcon

Porto Alegre

2012

ILDO LUIZ JUNIOR LANDO

HOMOFOBIA NO DIREITO PENAL:

Um Breve Estudo Sobre a Criminalização da  
Discriminação por Orientação Sexual e por Identidade de Gênero

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
Departamento de Ciências Penais da Faculdade de  
Direito da Universidade Federal do Rio Grande do  
Sul como requisito parcial para obtenção do grau  
de Bacharel em Direito.

Porto Alegre, 19 dezembro de 2012.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Danilo Knijnik

UFRGS

---

Prof. Dr. Marcus Vinicius de Aguiar Macedo

UFRGS

---

Prof. Dr. Odone Sanguiné

UFRGS

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço à minha família, pelo apoio essencial durante todos os anos de Escola e de Faculdade.

Agradeço, também, ao Prof. Danilo Knijnik e à Prof.<sup>a</sup> Raquel Lima Scalcon, pela preciosa orientação.

*“Quem foi o inventor do cômodo e vil mote habent sua sidera lites, com o qual, sob decoroso manto latino, quer-se dizer substancialmente que a justiça é um jogo que não se deve levar a sério? Com certeza um causídico sem escrúpulos e sem paixão, que queria com isso justificar todas as negligências, adormentar todos os remorsos, evitar todas as fadigas. Mas você, jovem advogado, não se afeiçoe a esse mote de resignação imbele, debilitante como um narcótico; queime o papel em que o encontrar escrito e, quando aceitar uma causa que achar boa, ponha-se ardentemente ao trabalho, com a certeza de que quem tem fé na justiça sempre consegue, a despeito mesmo dos astrólogos, mudar o curso das estrelas”. (Calamandrei)*

## RESUMO

O presente trabalho objetiva examinar a possibilidade de criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero em nosso país. Mediante análise sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro, conclui-se que referida criminalização não é obstaculizada pelos princípios da liberdade de expressão e de crença protegidos pela norma constitucional. Também se concluiu que, estando homofobia contida no conceito jurídico-constitucional, cunhado pelo Supremo Tribunal Federal, de racismo, cuja prática, nos termos expressos da Constituição Federal de 1988, deve ser criminalizada (art. 5º, XLII), a criminalização dos atos de discriminação que resultam de preconceitos quanto às orientações sexuais e às identidades de gênero revela-se adequada, necessária e proporcional à violência perpetrada contra os indivíduos que não se alinham à norma heterossexual, e, nessa medida, é plenamente constitucional.

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

## ABSTRACT

This paper aims to examine the possibility of criminalization of sexual orientation discrimination and gender identity. Through systemic analysis of Brazilian law, we conclude that such criminalization is not hindered by the principles of freedom of expression and belief protected by the constitutional provision. Moreover, since homophobia is contained in the constitutional-legal concept of racism, coined by the Supreme Federal Court, whose practice, by the express terms of the Constitution of 1988, should be criminalized (art. 5, XLII), the criminalization of acts of discrimination that result from prejudice regarding sexual orientations and gender identities is appropriate, necessary and proportional to the violence perpetrated against individuals that do not align to the heterosexual norm, and, as such, is fully constitutional.

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

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>1 DESENCOBRINDO A DISCRIMINAÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>1.1 Discriminação: delineamentos.....</b>	<b>11</b>
1.1.1 Discriminação e preconceito.....	12
1.1.2 Um conceito jurídico-constitucional de discriminação.....	13
1.1.3 Discriminação direta e indireta.....	14
<b>1.2 Sanção penal de condutas discriminatórias.....</b>	<b>15</b>
1.2.1 Condutas discriminatórias criminalizadas no Brasil.....	15
1.2.2 Prólogo da resistência à criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero: a homofobia apresenta-se.....	19
<b>2 DESCONSTRUINDO A HOMOFOBIA.....</b>	<b>26</b>
<b>2.1 Conceito de homofobia.....</b>	<b>26</b>
<b>2.2 As nomenclaturas evanescentes da diversidade sexual.....</b>	<b>27</b>
<b>2.3 Concepções sobre a homossexualidade.....</b>	<b>28</b>
2.3.1 Do pecado à doença.....	30
2.3.2 De critério neutro de diferenciação a construção social.....	33
<b>2.4 Homofobia e heterossexismo .....</b>	<b>35</b>
2.4.1 Ideologias heterossexistas.....	35
2.4.2 Causas da homofobia.....	38
<b>2.5 A superação jurídica da homofobia.....</b>	<b>40</b>
2.5.1 No Direito Civil: extensão do regime jurídico da união estável às uniões entre pessoas do mesmo sexo (ADI n.º 4.277 e ADPF n.º 132).....	42
2.5.2 No Direito Penal: as propostas de criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero.....	46
2.5.2.1 Projeto de Lei da Câmara (PLC) n.º 122/2006.....	47
2.5.2.2 Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 236/2012: Anteprojeto de Código Penal.....	49



<b>3</b>	<b>DESVELANDO A CRIMINALIZAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL E POR IDENTIDADE DE GÊNERO FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....</b>	<b>55</b>
<b>3.1</b>	<b>A força normativa da Constituição.....</b>	<b>55</b>
<b>3.2</b>	<b>O caráter antidiscriminatório da Constituição Federal de 1988.....</b>	<b>58</b>
3.2.1	Liberdade de expressão e vedação aos discursos de ódio.....	62
3.2.2	Liberdade de crença e Estado laico.....	64
<b>3.3</b>	<b>Constituição e Direito Penal.....</b>	<b>65</b>
3.3.1	Níveis de intervenção penal.....	66
3.3.1.1	Criminalizações constitucionalmente proibidas.....	67
3.3.1.2	Criminalizações constitucionalmente possíveis.....	67
3.3.1.3	Criminalizações constitucionalmente necessárias.....	68
<b>3.4</b>	<b>Uma intervenção penal constitucionalmente necessária.....</b>	<b>69</b>
3.4.1	Conceito jurídico-constitucional de racismo: o Caso Ellwanger (HC 82.424-RS).....	69
3.4.2	A homofobia como racismo.....	72
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>76</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>77</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo examinar um tema pungente da sociedade contemporânea: a possibilidade de criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero, popularmente conhecida como “criminalização da homofobia”, à luz da ordem constitucional e sob o prisma da realidade social do Brasil. Para tanto, o estudo que ora se inicia está dividido em três Capítulos: “Desencobrendo a discriminação”, “Desconstruindo a homofobia” e “Desvelando a criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero frente à Constituição Federal”.

No Primeiro Capítulo, serão abordados os conceitos de discriminação e de preconceito, propondo-se um conceito jurídico-constitucional para o primeiro, subsídio indispensável à análise do tema. Também serão elencadas as diversas condutas discriminatórias que atualmente são incriminadas em nosso país, a partir do que já se vislumbrará o forte repúdio que o sistema constitucional brasileiro reserva aos atos de discriminação de seres humanos, começando-se a compreender, de outro lado, os motivos dos obstáculos impostos à criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero.

A seguir, no Segundo Capítulo, proceder-se-á a uma análise das concepções históricas sobre a homossexualidade, como também a uma verdadeira desconstrução do fenômeno da homofobia, fundamento do ódio à diversidade sexual, esclarecendo-se seu conteúdo, suas causas e as ideologias que a embasam. Doutra parte, serão apontadas as ações que, no âmbito do Direito, atuam, de uma forma ou de outra, positivamente para o combate à homofobia, quando, então, serão trazidos à baila os termos das propostas legislativas que visam à criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero.

Por fim, o Terceiro Capítulo deste breve estudo será dedicado ao exame das relações entre a Constituição e o Direito Penal, momento em que será, à vista de todos os argumentos expendidos ao longo dos capítulos anteriores, a criminalização da conduta homofóbica será analisada frente à Constituição e ao conceito atual de racismo cunhado pelo Supremo Tribunal Federal.

## 1 DESENCOBRINDO A DISCRIMINAÇÃO

Na primeira parte deste Capítulo, analisar-se-ão as diferenças entre preconceito e discriminação, propondo-se um conceito jurídico-constitucional para esta última e examinando-se sua forma direta e indireta. Na segunda parte, serão mencionadas as condutas discriminatórias já previstas nas normas penais brasileiras, apresentando-se, em seguida, um prólogo das razões que justificam uma análise mais acurada do fenômeno da homofobia.

### 1.1 Discriminação: delineamentos

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

---

<sup>1</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 24/08/2012.

todas as formas de discriminação. À vista disso, e por situar-se a discriminação no âmbito deste estudo, passamos a seu exame.

### 1.1.1 Discriminação e preconceito

Ainda que frequentemente se observe a utilização dos termos “preconceito” e “discriminação” de forma indistinta, o que pode ser explicado pelo fato de eles estarem efetivamente correlacionados, eles, na verdade, representam fenômenos diversos. Segundo Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, entende-se por preconceito um juízo de valor desprovido de lógica e de racionalidade que lhe sirvam de fundamento – ou seja, não se trata apenas de uma espécie de conceito prévio sobre algo nunca antes visto ou estudado, mas sim de uma compreensão errônea e/ou arbitrária sobre um tema qualquer –, ao passo que a discriminação consubstancia-se no tratamento diferenciado imposto a uma pessoa em razão do preconceito, donde se extrai que a discriminação é a exteriorização do preconceito.<sup>2</sup>

O professor e magistrado Roger Raupp Rios<sup>3</sup> ensina que “as percepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções” configuram o preconceito, sendo a discriminação o termo utilizado para designar a “materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violação de direitos dos indivíduos e dos grupos”. Destaca esse jurista, ainda, que, enquanto o termo “preconceito” é mais utilizado nos estudos acadêmicos (principalmente na Psicologia e nas Ciências Sociais), o termo “discriminação” é comum no vocabulário jurídico.

A partir de uma análise comparativa das definições trazidas pelos dois autores acima mencionados, observa-se, especificamente quanto às apresentadas

---

<sup>2</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **A constitucionalidade da classificação da homofobia como racismo (PLC 122/2006)**. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (p. 511-528). p. 516.

<sup>3</sup> RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 15.

para o termo “preconceito”, que a segunda, a qual circunscreve o fenômeno às relações sociais, está contida na primeira. Essa pequena diferença no que atine ao espectro de situações atingidas pelo preconceito, porém, não traz quaisquer dificuldades à compreensão do tema, na medida em que o essencial a este trabalho é justamente o exame da materialização do preconceito, ou seja, o exame da discriminação.

### 1.1.2 Um conceito jurídico-constitucional de discriminação

Cuidando-se da formulação de um conceito de discriminação, do ponto de vista jurídico, aflora a noção de reprovação jurídica das violações ao princípio da igualdade, atentando-se para os prejuízos sofridos pelos indivíduos a quem se destinam os tratamentos desiguais.<sup>4</sup> Nesse viés, devemos lembrar que duas convenções internacionais devidamente internalizadas pela ordem jurídica brasileira dispõem sobre o tema, sendo possível inferir a conceituação buscada a partir de seus dispositivos, quais sejam, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher.

A primeira destas Convenções, ratificada pelo Brasil em 27-03-1968 e promulgada como Decreto n.º 65.810 em 08-12-1969, dispõe em seu artigo 1º o seguinte<sup>5</sup>:

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

---

<sup>4</sup> No ponto, Roger Raupp Rios afirma que “o termo ‘discriminação’ tem sido amplamente utilizado numa acepção negativa, tanto no direito nacional quanto no direito comunitário e internacional, ao passo que o termo ‘diferenciação’ tem sido empregado para distinções legítimas” (**Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008,19).

<sup>5</sup> BRASIL. **Legislação de direito internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 392.

Já a segunda dessas Convenções – que foi originalmente aprovada com reservas pelo Decreto Legislativo n.º 93, de 14-11-1983, e promulgada pelo Decreto n.º 89.460, de 20-03-1984, tendo, contudo, sido aprovada em sua totalidade, após a retirada das reservas feitas pelo Brasil, pelo Decreto Legislativo n.º 26, de 22-06-1994, e promulgada pelo Decreto Legislativo n.º 4.377, de 13-09-2002, que revogaram expressamente seus antecessores – diz que<sup>6</sup>:

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

Partindo das conceituações trazidas por tais documentos convencionais, que guardam grande relevância no constitucional, Rios formula o seguinte conceito jurídico-constitucional de discriminação, que se nos afigura adequado:

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

### 1.1.3 Discriminação direta e indireta

Tomando-se o conceito acima referido para delimitar o que seja discriminação, cabe ressaltar, ainda, que esta pode manifestar-se direta ou indiretamente. A primeira consubstancia-se em ato intencionalmente discriminatório, explícito ou encoberto, ao passo que a segunda, diversamente, decorre de “medidas, decisões e práticas aparentemente neutras, desprovidas de maior

---

<sup>6</sup> BRASIL. **Legislação de direito internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 466.

<sup>7</sup> RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 20.

justificação, cujos resultados, no entanto, têm impacto diferenciado perante diversos indivíduos ou grupos<sup>8</sup>, dando azo a todo tipo de estereótipo e preconceito.

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

## 1.2 Sanção penal de condutas discriminatórias

O ordenamento jurídico brasileiro conta com uma série de diplomas normativos que criminalizam atos discriminatórios, sendo de relevo a verificação de quais condutas, afinal, são enquadradas como discriminação pelas leis penais. Noutro viés, é essencial começar a desvelar as razões da resistência à incriminação da discriminação por orientação sexual e por identidade gênero.

### 1.2.1 Condutas discriminatórias criminalizadas no Brasil

Atualmente, existem quatro diplomas legais que sancionam criminalmente condutas discriminatórias: 1) a Lei n.º 7.437/85, que inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceito de raça, de cor, de sexo ou de

---

<sup>8</sup> RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 117.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 89.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 117.

estado civil, dando nova redação à Lei nº 1.390/51 (Lei Afonso Arinos); 2) a Lei n.º 7.716/89, que define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional; 3) a Lei n.º 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 n.º 9.029/95, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.

Pois bem, quanto à Lei n.º 7.437/85<sup>11</sup>, entendemos, na esteira da lição de Guilherme de Souza Nucci<sup>12</sup>, tratar-se de diploma não recepcionado pela ordem constitucional inaugurada em 1988. É que referida lei pune atos de discriminação racial com figuras típicas de contravenção penal ou com delitos apenados somente com detenção, o que colide com a previsão do art. 5, XLII, da Constituição da República, segundo o qual a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. Tal não significa dizer, porém, que as condutas discriminatórias previstas na Lei n.º 7.437/85 restaram descriminalizadas, uma vez que estão previstas nos tipos contidos na Lei n.º 7.716/89, considerando-se, para tanto, a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no Caso Ellwanger (HC 82.424-RS), o qual será analisado com detalhes na terceira parte deste trabalho, bastando referir, por ora, que, naquela ocasião, o Pretório Excelso, ao entender que o racismo compreende o antissemitismo, definiu “raça” como um “grupo de pessoas que comunga de ideais ou de comportamentos comuns, ajuntando-se para defendê-los, sem que, necessariamente, constituam um homogêneo conjunto de pessoas fisicamente parecidas.”<sup>13</sup>

Com relação especificamente à literalidade da Lei n.º 7.716/89<sup>14</sup>, popularmente conhecida como “Lei do Racismo”, seu art. 1º define que serão punidos, na forma dessa Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito

---

<sup>11</sup> BRASIL. Lei n.º 7.437/85. **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 nº 1.390, de 3 de julho de 1951 - Lei Afonso Arinos.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7437.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7437.htm)>. Acesso em: 30/08/2012.

<sup>12</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas** (Volume 1) 6. ed. rev., reform. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 189.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 195.

<sup>14</sup> BRASIL. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm)>. Acesso em: 30/08/2012.



de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, assim definidos em sua hodierna redação: a) impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos (art. 3º, *caput*), ou, pela mesmas razões, b) obstar a promoção funcional (art. 3º, parágrafo único); c) negar ou obstar emprego em empresa privada (art. 4º, *caput*); d) deixar de conceder os equipamentos necessários ao empregado em igualdade de condições com os demais trabalhadores, ou e) impedir a ascensão funcional do empregado ou obstar outra forma de benefício profissional, ou f) proporcionar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, especialmente quanto ao salário, por motivo de discriminação de raça ou de cor ou práticas resultantes do preconceito de descendência ou origem nacional ou étnica (art. 4º, § 1º, incisos I, II e III); g) exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências em anúncios ou qualquer outra forma de recrutamento de trabalhadores (art. 4º, § 2º); h) recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador (art. 5º); i) recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau (art. 6º); j) impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou qualquer estabelecimento similar (art. 7º); k) impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público (art. 8º); l) impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos esportivos, casas de diversões, ou clubes sociais abertos ao público (art. 9º); m) impedir o acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleireiros, barbearias, termas ou casas de massagem ou estabelecimento com as mesmas finalidades (art. 10); n) impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos mesmos (art. 11); o) impedir o acesso ou uso de transportes públicos, como aviões, navios, barcas, barcos, ônibus, trens, metrô ou qualquer outro meio de transporte concedido (art. 12); p) impedir ou obstar o acesso de alguém ao serviço em qualquer ramo das Forças Armadas (art. 13); q) impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social (art. 14); r) praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (art. 20); s) fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas,

ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo (art. 20, § 1º).

Já a Lei n.º 7.853/89<sup>15</sup>, que trata da integração social de pessoas portadoras de deficiência e institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, dispõe, em seu art. 8º (incisos I a VI), que as seguintes condutas constituem crimes: a) recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta; b) obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência; c) negar, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho; d) recusar, retardar ou dificultar internação ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial, quando possível, à pessoa portadora de deficiência; e) deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida na ação civil pública a que alude a Lei nº 7.853/89; f) recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil objeto da Lei nº 7.853/89, quando requisitados pelo Ministério Público.

A par das mais alterações no teor das Leis nº 7.716/89 e nº 7.853/89, levadas a efeito, respectivamente, pelas Leis n.º 12.288/2010<sup>16</sup> e n.º 11.958/2009<sup>17</sup>, o diploma legislativo mais recente que diz com a sanção penal de condutas discriminatórias é a Lei nº 9.029/95<sup>18</sup>, cujo art. 1º, *caput*, veda a adoção de qualquer

<sup>15</sup>BRASIL. Lei n.º 7.853/89. **Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm)>. Acesso em: 30/08/2012.

<sup>16</sup>BRASIL. Lei n.º 12.288/2010. **Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis n.ºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm). Acesso em: 30/08/2012.

<sup>17</sup>BRASIL. Lei n.º 11.958/2009. **Altera as Leis n.ºs 7.853, de 24 de outubro de 1989, e 10.683, de 28 de maio de 2003; dispõe sobre a transformação da Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República em Ministério da Pesca e Aquicultura; cria cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS e Gratificações de Representação da Presidência da República; e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11958.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11958.htm)>. Acesso em: 30/08/2012.

<sup>18</sup>BRASIL. Lei n.º 9.029/95. **Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9029.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM)>. Acesso em: 30/08/2012.

prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, criminalizando as seguintes práticas discriminatórias (art. 2º, incisos I e II): a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez, bem como a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem indução ou instigamento à esterilização genética e a promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

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?

### 1.2.2 Prólogo da resistência à criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero: a homofobia apresenta-se

Consoante restou fartamente demonstrado até então, a ordem constitucional brasileira, em consonância com os diversos tratados internacionais que versam sobre a proteção de direitos humanos dos quais o país é signatário, repudia fortemente qualquer forma de discriminação do ser humano. Tanto é assim que o Direito Penal, que visa à proteção dos bens jurídicos mais caros à sociedade, criminaliza diversas condutas discriminatórias, seja por raça, cor, etnia, religião, origem, sexo, estado civil, idade, situação familiar ou deficiência.

A criminalização de atos que impliquem discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero, no entanto, enfrenta grande resistência no Brasil e, de uma maneira geral, em todo o mundo. E isso ocorre principalmente pelo fato de a homofobia estar particularmente entranhada não apenas na formação psíquica dos indivíduos, mas na própria base da sociedade.

De fato, contrariamente ao que se poderia pensar em um primeiro momento, a homofobia, como se verá detalhadamente no Segundo Capítulo deste estudo, não se resume ao temor psicológico irracional que uma pessoa sente ao deparar-se com um indivíduo cuja conduta é vista como heterodiscordante. Em outras palavras, a homofobia não está para o homossexual e/ou transgênero como a claustrofobia simplesmente está para lugares fechados: a homofobia, presente tanto naqueles que a externam por meio de atos discriminatórios quanto nas vítimas, que podem interiorizá-la a ponto de tirarem suas vidas, não se limita a uma característica de uma personalidade homofóbica.

Mais do que isso, a homofobia subsidia a formação da personalidade masculina, que historicamente dominou a feminilidade, e guarda a fronteira impermeável que divide os sexos (homem/mulher), os gêneros (masculino/feminino) e as orientações sexuais (homossexual/heterossexual). Sendo a homofobia um singular fundamento da sociedade tal qual como esta se tem compreendido tradicionalmente, não é estranho observar-se sua manifestação, mesmo que de forma aparentemente inadvertida, nas próprias ciências criminais.

Nesse contexto, mostram-se oportunas as observações feitas por Salo de Carvalho no artigo intitulado “*Três hipóteses e uma provocação sobre homofobia e ciências criminais: queer(ing) criminology*”.<sup>19</sup> Inicialmente, Carvalho aponta que a cultura ocidental se edifica no paradigma da hipermasculinidade violenta, ao afirmar que:

[...] a cultura ocidental é regida por uma espécie de *ideal do 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 das masculinidades não-hegemônicas (diversidade sexual). A instrumentalização desta hipermasculinidade no cotidiano ocorre

---

<sup>19</sup> 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.

mediante formas conhecidas de violência: violência de gênero e homofobia.<sup>20</sup>

A seguir, acolhendo a tese de Junqueira, para quem “a homofobia pode encontrar em certas representações, crenças e práticas ‘científicas’ uma forma laica e não religiosa de se atualizar, de se fortalecer e de se disseminar”<sup>21</sup>, afirma que a homofobia configura o paradigma científico moderno e identifica três níveis de manifestação da violência homofóbica:

[...] o primeiro, da *violência simbólica* (cultura homofóbica), a partir da construção social de *discursos* de inferiorização da diversidade; o segundo, da *violência das instituições* (homofobia de Estado), com a *criminalização* e a *patologização* das identidades não-heterossexuais; o terceiro, da *violência interpessoal* (homofobia individual), no qual a tentativa de anulação da diversidade se concretiza em *atos* de violência real.

No plano da violência simbólica, os discursos científicos acabam se entrelaçando com as teorias do cotidiano (*everyday theories*) e formando uma espécie de senso comum (teórico) homofóbico que consolida de forma violenta a heteronormatividade. Não por outra razão, um olhar relativamente cuidadoso permite perceber como a homossexualidade foi historicamente posta à margem e em oposição aos padrões normativos da cultura. Neste aspecto, é possível perceber nas ciências modernas um *continuum* daquela *forma mentis* inquisitorial que designava a homossexualidade como um pecado. [...]

No que tange às formas científicas de patologização da diversidade sexual, importante lembrar que, apenas em 1990, a Organização Mundial da Saúde (OMS) excluiu a homossexualidade do catálogo das doenças mentais (Classificação Internacional de Doenças – CID) – o homossexualismo era considerado um desvio ou transtorno sexual análogo à bestialidade, à pedofilia, ao transvestismo, ao exibicionismo, ao transexualismo, à frigidez, à impotência, ao fetichismo, ao masoquismo e ao sadismo (CID-09, códigos 302). Ademais, a Associação Americana de Psiquiatria, na quinta edição (2012) do *Manual diagnóstico e estatístico dos transtornos mentais (DSM)*, mantém a tipificação da transexualidade como *transtorno de identidade de gênero*.<sup>22</sup>

Especificamente no âmbito da Criminologia e do Direito Penal, Carvalho aponta que, nas palavras de Groombridge, “enquanto os sexólogos procuravam classificar o homem invertido como diferente do homem normal, os criminólogos definiam o delinquente como anormal”<sup>23</sup>. Assim, no bojo de um modelo ortodoxo de ciências criminais, envolto em referências moralizadoras e normalizadoras, que

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> JUNQUEIRA, R. D. **Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas**. *Revista Bagoas*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, 2007, apud CARVALHO, 2012.

<sup>22</sup> CARVALHO, *op. cit.*

<sup>23</sup> GROOMBRIDGE, N. **Perverse criminologies: the closet of Doctor Lombroso**. *Social & Legal Studies*, n. 8, v. 4, 1999, apud CARVALHO, 2012.

estabelece o comportamento criminoso e a perversão sexual como anormalidades correlatas, a homofobia configura o estatuto científico das ciências criminais, pois

se compete à criminologia identificar a patologia, o Direito Penal e a Psiquiatria desenvolverão técnicas de correção do desvio. Não é demasiado lembrar que o modelo positivista de ciências criminais interpreta o crime e o delinquente como restos bárbaros que devem ser controlados, regenerados ou extintos a partir da técnica científica. Às ciências criminais é atribuído o papel de anular este último vestígio do bárbaro no humano. O criminoso, portanto, representa a negação do homem civilizado, o crime exterioriza valores opostos aos da cultura. Ocorre que estes procedimentos “científicos” que implicam identificar, analisar, intervir e anular (ou recondicionar) os *anormais* – dentre eles os homossexuais, denominados pelos primeiros sexologistas como *invertidos* –, estão ancorados epistemologicamente na lógica heterossexista. Por esta razão, é possível sustentar que a constituição científica das ciências criminais é homofóbica, assim como inúmeras outras ciências correlatas que operam a patologização da diversidade sexual (v.g. Psiquiatria).

Se a patologia é fixada e congelada como a identidade do anormal, se o desvio é interpretado como uma propriedade do sujeito (essencialização), a divergência de gênero e o comportamento sexual desviante constituem-se como características de uma personalidade perigosa que deve ser controlada, pois não apenas não se ajusta, como resiste ao padrão de normalidade (heteronormatividade).

Neste contexto, a homofobia se insere como um dispositivo prático (político) e teórico (científico) de defesa da heteronormatividade, instaurando hierarquizações e desigualdade radicais que se concretizam em atos e em discursos de violência (simbólica, institucional e interpessoal).<sup>24</sup>

Dessa forma, para a ortodoxia criminológica, que buscava “a explicação para a criminalidade na ‘diversidade’ ou anomalia dos autores de comportamentos criminalizados”<sup>25</sup>, a criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero – mesmo que esta, vale lembrar desde já, proteja também a heterossexualidade, como orientação sexual que é, bem assim os indivíduos cisgêneros, e não apenas os transgêneros – seria um contrassenso, já que o Direito Penal estaria tutelando a conduta anômala e perversa de pessoas doentes com propensão à delinquência.

Vista sob o prisma dos velhos cânones criminológicos positivistas de Lombroso, Ferri e Garofalo, a diversidade sexual ainda carrega intensa carga de negatividade e estigmatização. Nesse sentido, verifica-se, por exemplo, que ainda

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011. p. 39.

hoje subsistem obras sobre ciências criminais que tratam a homossexualidade como uma perversão que inclina o indivíduo à criminalidade: em sua atualizada, revista e ampliada quarta edição, um manual de criminologia publicado em 2012, situa o “homossexualismo” no assombroso rol dos “desajustados sociais”, ao lado das “prostitutas por profissão”, dos “egressos das prisões”, dos “egressos dos manicômios judiciários e dos “liberados dos internatos para infratores”, delineando-o em termos impactantes (grifos acrescentados):

**O homossexualismo é a perversão sexual que leva pessoas a sentirem atração por pessoas do mesmo sexo.** Assim, sempre que o indivíduo, em vez de sentir inclinação genital pelo sexo oposto, procura pessoas do próprio sexo, há homossexualismo. O vocábulo homossexual foi criado pelo médico húngaro Karl M. Bechaert.

Para Ovídio, o berço do homossexualismo foi a Tércia. A perversão já existia entre as classes altas da Grécia e Roma antigas. Consta que personalidades como Alexandre, o Grande, Verlaine e Goethe, por exemplo, foram homossexuais.

Existe o homossexualismo masculino (de homem para homem) e o feminino (de mulher para mulher). **Considerando que o homossexualismo feminino muitas vezes é transitório, abordar-se-á, aqui, somente o homossexualismo masculino, também denominado uranismo ou pederastia, que vem a ser a cópula anal com o indivíduo do mesmo sexo.**

O homossexualismo masculino pode ser ativo ou passivo, malgrado a distinção não seja obrigatória, visto que a prática igualmente pode ser alternada (o perverso, ao mesmo tempo, pode ser passivo e ativo). Alguns pederastas não culminam sua perversão com o coito anal, limitando-se ao perineal e à masturbação recíproca.

**Às vezes o invertido sexual é reconhecido pela delicadeza das formas, nádegas roliças, seios quase femininos (ginecomastia), exiguidade de pelos, voz aguda, atrofia do órgão genital, tendência à adiposidade etc. Mas isso não é regra rígida, pois tais sinais sintomáticos podem faltar no homossexual e existirem em homens sexualmente normais. Certos trejeitos e gestos efeminados, contudo, são típicos dos pederastas. Tem-se polemizado muito se a homossexualidade deve classificar-se como anomalia mental. Especialistas da Associação Psiquiátrica Americana entendem que a perversão deve ser compreendida como anomalia mental. Difícil afirmar, porém, se o homossexualismo é, ou não, desarranjo da mente. Seja como for, não padece dúvida de que o homossexualismo é consequência, ou sintoma, de alguma desordem psíquica (deficiência mental, epilepsia, esquizofrenia, personalidade psicopática etc.), de perturbação endócrina (hipogenitalismo, hipergenitalismo, hipertinismo etc.), de desvio na progressão da sexualidade (involução da libido, por exemplo) ou de causas sociais (promiscuidade nos presídios e nos internatos, educação viciosa, desregramento moral na convivência privada etc.).**

Via de regra, os homossexuais masculinos são impotentes para contatos com o sexo oposto, sua ejaculação é precoce, tem propensão para a depressão e guardam íntima ou exteriorizada ojeriza das mulheres. Haverlock Ellis assegura que “apesar de possível, dificilmente os homossexuais se curam por completo quando recorrem a métodos terapêuticos”. Informa, ainda Haverlock, que 60% dos invertidos sexuais não desejam livrar-se da perversão.

Em seu livro *Despostim na legality* (sic), R. Kinsey conclui que “os homossexuais não são perigosos ou criminosos e que não prejudicam a

**sociedade, simplesmente não se ajustam a ela”. Contrariando de certo modo Kinsey, de ponderar que o perigo social da conduta homossexual aparece principalmente naquelas situações em que o invertido adulto seduz ou força crianças ou adolescentes a com eles manterem relações sexuais, hipóteses configuradoras dos crimes de corrupção de menores e de atentado violento ao pudor.**

**Não é tão incomum, outrossim, que os homossexuais sejam viciados em drogas ou participem de sua traficância. Todavia, o perigo maior, efetivamente, está no aliciamento de menores para a satisfação da perversão erótica do homossexual, disso sendo marcante exemplo os recentes e reiterados escândalos promovidos pelo cantor americano Michael Jackson.**

**Em menor escala, os homossexuais aparecem nos registros policiais como autores de furtos, roubos e homicídios, estes últimos muitas vezes de cunho passional, pois o invertido sexual nutre saliente e perigoso ciúme por seu companheiro de mancebia.**

Exceção feita a vários países islâmicos, o homossexualismo, por si só, não é criminalizado.

Na Grécia antiga o homossexualismo era tido como uma forma normal de sexualidade. Em Roma, apesar de criticado, não era reprimido. Co o advento do cristianismo, a pederastia passou a ser combatida. Durante a Idade Média, os homossexuais era rotulados de pagãos e hereges. Na Renascença, embora reprimido legalmente, o homossexualismo era às vezes tolerado. No entanto, as épocas de repressão e tolerância se alternaram no decorrer da história. Na Inglaterra, por edito de 1539, Henrique VIII transformou o homossexualismo em pecado sujeito a pena de morte. Em 1631, o conde de Castelhaven, por prática de pederastia, foi executado no cadafalso de Tower Hill. Ainda na Inglaterra, tão somente em 1828 é que os trabalhos forçados substituíram o machado do carrasco para os pederastas. Nas décadas de 1820 e 1830, foram processados por homossexualismo o escritor Oscar Wilde, o conde de Roden e o marquês de Londonderry, isso na Inglaterra. Na Alemanha, a lei criminal que punia o homossexualismo foi abolida em 1969 e na Áustria em 1971. Na Holanda as práticas homossexuais são autorizadas desde o século XIX.

Atualmente, a inversão sexual é consentida na Suécia, Inglaterra, Suíça, França, Bélgica, Dinamarca etc. Nos Estados Unidos, a legislação sobre a pederastia varia de uma para outra unidade federativa. No Brasil, o homossexualismo, isoladamente, não é tido como crime.

**Ao contrário do que afirmam os seguidores de André Baudrie (sic), fundador da revista homossexual francesa *Arcadie*, é inquestionável que a prática do homossexual, até por ser fator de neuroses e de sérios transtornos de personalidade, pode contribuir para a eclosão de certas tipificações antissociais (prática de ato obsceno, corrupção de menores, atentado violento ao pudor, uso ou tráfico de drogas, furtos, apropriações indébitas, roubos, homicídios geralmente passionais etc.).** Paralelamente, o homossexualismo fomenta com regularidade as estatísticas da vitimologia, pois os homossexuais, pelos locais que frequentam e pelo feitio dos parceiros que aliciam, comumente são vítimas de lesões corporais, extorsão, roubo, homicídio e latrocínio, sendo conhecido na cidade de São Paulo, no Brasil, o artifício epitetado de “Boa Noite Cinderela”, pelo qual o homossexual, após sub-repticiamente dopado com algum sonífero por seu eventual parceiro, por ele é roubado e até mesmo assassinado. Sobejamente conhecidos, ainda na cidade de São Paulo, na década de 1980, os bárbaros latrocínios que vitimaram aproximadamente 20 gays e que foram creditados, pela polícia, ao “garoto de programa” Fortunato Botton Neto.

Sintetizando, faz-se irrespondível que os desajustados sociais (exceção feita geralmente aos homossexuais e de certo modo às prostitutas, nem sempre germinadas por privações socioeconômicas) são



produtos quase que exclusivos de países ferretoados por total incompetência governamental.<sup>26</sup>

Chegamos, pois, à conclusão parcial de que a renitência à criminalização da discriminação por orientação sexual e identidade de gênero deriva de concepções antiquadas, porém vigentes no seio das ciências criminais. Tal resistência, contudo, é apenas uma partícula contida em um grande mosaico de rejeição e de estigmatização construído ao longo de dois milênios que encontra seu divisor de águas neste início de século XXI.

---

<sup>26</sup> FERNANDES, Newton. FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 675-677.

## 2 DESCONSTRUINDO A HOMOFOBIA

### 2.1. Conceito de homofobia

Tencionando encontrar subsídios à indagação sobre a necessidade, ou mesmo para a desnecessidade, de criminalização dos atos de discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero, figura-se essencial expor de forma analítica o que hodiernamente se entende por “homofobia”<sup>27</sup>.

Com esse desiderato, merece destaque, por sua completude, o conceito formulado pelo professor de Direito da Universidade de Paris X – Nanterre Daniel Borrillo, na obra “Homofobia: história e crítica de um preconceito”, a qual, embora recente (originalmente publicada na França sob o título “*L’Homophobie*”, em 2000), tornou-se um clássico da literatura dedicada aos estudos da antidiscriminação. Assevera o jurista argentino radicado na França que

A homofobia pode ser definida como a hostilidade geral, psicológica e social contra aquelas e aqueles que, supostamente, sentem desejo ou têm práticas sexuais com indivíduos de seu próprio sexo. Forma específica do sexismo, a homofobia rejeita, igualmente, todos aqueles que não se conformam com o papel preterdeterminado para seu sexo biológico. Construção ideológica que consiste na promoção constante de uma forma de sexualidade (hétero) em detrimento de outra (homo), a homofobia organiza uma hierarquização das sexualidades e, dessa postura, extrai consequências políticas.<sup>28</sup>

Consequência de tal definição é o reconhecimento de que a homofobia não é dirigida tão somente a homossexuais (gays e lésbicas), como pode parecer em um primeiro momento, na medida em que abrange bissexuais, transgêneros, travestis e transexuais, ou seja, todos os subgrupos componentes da população que se identifica sob a sigla LGBTT (lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, travestis e transexuais).

---

<sup>27</sup> Expressão cunhada por K.T. Smith em artigo publicado no ano de 1971, em que analisava as características da personalidade homofóbica e definida, um ano mais tarde, pelo psicólogo George Weinberg, como o “receio de estar como um homossexual em um espaço fechado e, relativamente aos próprios homossexuais, o ódio por si mesmo” (BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. p.21).

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 34.

## 2.2 As nomenclaturas evanescentes da diversidade sexual

Na lição de Enézio de Deus Silva Júnior<sup>29</sup>, (1) **homossexuais**, sejam masculinos (gays) ou femininos (lésbicas) são pessoas que têm atração emocional, sexual e afetiva por pessoas do mesmo sexo biológico, tendo a homossexualidade como orientação sexual; (2) **bissexuais**, sejam homens ou mulheres, são pessoas que se atraem emocional, sexual e/ou afetivamente por ambos o sexos, mesmo que em níveis diversos, quer ao mesmo tempo, quer alternando, em fases distintas da vida, a variação do desejo por um e por outro sexo; (3) **transgêneros** (independentemente da orientação sexual) são indivíduos que, em sua forma particular de estar e/ou de agir, ultrapassam as fronteiras de gênero esperadas ou construídas culturalmente para um ou outro sexo; são homens, mulheres ou mesmo pessoas que não preferem se identificar biologicamente por nenhuma expressão, que mesclam, nas suas formas plurais de feminilidade e masculinidade, traços, comportamentos e vivências que extrapolam as questões de gênero como corriqueiramente tratadas (a expressão pode, por isso, englobar travestis, transexuais, “drag queens”, “drag kings” cross-dressers, transformistas e outros); (4) **travestis** (independentemente da orientação sexual) são pessoas que, via de regra, aceitam, sob ângulo psicológico, o sexo biológico de seu nascimento (a própria genitália, pois na maior parte dos casos não perseguem redesignação genital), e que, ao longo de seu desenvolvimento psíquico e social, constroem um imaginário próprio, cuja identificação de gênero se volta mais para o sexo oposto; (5) **transexuais** (independente da orientação sexual) são pessoas que geralmente desde a infância sentem que sua psique está desconectada de seu sexo biológico, pois, psicologicamente, identificam-se de modo oposto ao esperado de seu corpo, do ponto de vista de gênero inclusive, buscando, sob pena de uma vida de sofrimentos, adequação (cirúrgica) de seu corpo a seu sexo psicológico.

---

<sup>29</sup> SILVA JÚNIOR. Enézio de Deus. **Diversidade sexual e suas nomenclaturas**. (p. 97-115). In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 98-100.

A **orientação sexual** é definida em relação ao outro, é a forma como a sexualidade é vivida, ao passo que a **identidade de gênero**, que não depende exclusivamente do sexo biológico, diz respeito a como o indivíduo entende a si mesmo:

De um conceito surgido inicialmente entre as estudiosas feministas (*gender*), para recusar o determinismo biológico na diferenciação entre os sexos – que justificava desigualdades incabíveis entre homens e mulheres – , a noção de gênero, com o dinamismo científico, passou a ser compreendida para além dos papéis ou padrões socioculturais indicadores do masculino e do feminino, que, por muito tempo, foram-lhe atribuídos numa lógica rígida. Ampliaram-se as concepções sobre orientação sexual, identidades e papéis de gênero, a fim de entendê-lo (o gênero) como categoria relacional-contextual mais ampla, que contempla os conflitos ou desafios na formação e nas escolhas das pessoas dentro das vastas possibilidades ante a plasticidade de seus corpos, tudo isso conectado com outros sistemas de modo complexo. [...] Enquanto a identidade de gênero se identifica com as relações histórico-sociais dos sujeitos, que se reconhecem como masculinos ou femininos [...] a identidade sexual liga-se à maneira como os indivíduos sentem e experimentam a sua orientação sexual, ou seja, os seus desejos sexuais das mais variadas formas e segundo a construção cultural e singular de cada vivência [...].<sup>30</sup>

Referidas divisões e nomenclaturas têm sido úteis para o fim de demonstrar a existência de uma diversidade de sexualidades e de identidades que ultrapassa a norma heterossexual. Adjetivamo-nas de evanescentes, porém, porque justamente o que se deseja é que, um dia, nossa sociedade possa ter a felicidade de prescindir da rotulação de indivíduos, por qualquer razão que seja, já que todas as pessoas merecem respeito pelo simples fato de serem humanas.

### 2.3 Concepções sobre a homossexualidade

Embora se possa considerar relativamente comum a concepção segundo a qual a homossexualidade simplesmente como uma forma de expressão da sexualidade humana não passa de uma concepção recentemente formulada por aqueles teoricamente por ela beneficiados, fato é que já a mitologia grega – fonte

---

<sup>30</sup> SILVA JÚNIOR. Enézio de Deus. **Diversidade sexual e suas nomenclaturas**. (p. 97-115). In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 110.

inesgotável de arquétipos legada pela tradição imemorial do berço da civilização Ocidental – faz menção ao relacionamento entre pessoas do mesmo sexo. Através do mito de Jacinto, origem lendária da flor que leva tal nome, Gustav Schwab (1792-1850), pastor luterano e poeta ligado ao círculo tardo-romântico da Suábia, na Alemanha, conta-nos que

Jacinto era o mais jovem dos filhos do rei lacônio, Amiclas. Febo Apolo viu o belo jovem e apaixonou-se por ele. Queria levá-lo consigo para o Olimpo, para tê-lo sempre perto de si. Apolo deixava freqüentemente a sagrada Delfos para estar junto de seu amado na cidade de Eurotas, perto de Esparta. Esquecia-se do arco e da lira para brincar com Jacinto, galgando as colinas do Taígeto. Uma vez, enquanto o sol do meio-dia lançava seus raios verticais sobre a terra, os dois se despiram, massagearam os corpos com óleo e começaram a praticar o lançamento de disco. Apolo foi quem primeiro tomou nas mãos o pesado disco. Balançou-o poderosamente no braço e lançou-o com tanta força para o alto que o disco rompeu uma nuvem no céu. Demorou muito para que voltasse a cair sobre a terra. Ansiosamente, o garoto quis imitar seu mestre e correu em direção ao disco, querendo agarrá-lo. Mas o disco ricocheteou no chão duro e atingiu o rosto do rapaz com toda a força. Pálido, Apolo aproximou-se dele e agarrou-o nos braços. Queria reanimar os membros mortos; limpou o sangue da terrível ferida e cobriu-a com ervas medicinais. Mas tudo em vão. A cabeça do pobre rapaz caiu, pálida, sobre o peito deus. Ele o chamou com as palavras mais doces, cobrindo-lhe as faces com lágrimas amargas. Ah! Por que ele era um deus, não podendo morrer por ele, ou então com ele! Por fim, exclamou: - Não, não, você não morrerá totalmente! Minhas canções falarão de você, e em nome de flor você anunciará a minha dor. Então, do sangue que escorria, tingindo de vermelho a relva, brotou uma flor com um brilho triste como a púrpura de Tiro; como os lírios, brotam várias flores de cada ramo e cada uma mostra em suas pétalas o lamento do deus através das letras AI AI. E na Lacônia todos os anos, à chegada do verão, era celebrada em honra a Jacinto e ao seu deus uma grande festa na qual se rememorava com tristeza o amado deus, tão precocemente falecido.<sup>31</sup>

Ainda que tétrico, o mito – que, assim como os sonhos e os processos analíticos, não guardam importância em si mesmos, mas sim na versão construída de um fato<sup>32</sup> – constitui interessante ponto de partida para o tracejado das concepções acerca da homossexualidade que segue. No ponto, cabe destacar que o exame a seguir realizado refere-se precipuamente à orientação sexual porque as questões atinentes à identidade de gênero são relativamente recentes; ademais, como se verá, trata-se de um esforço histórico que se dirige principalmente à homossexualidade masculina, já que às mulheres se reservava o mesmo tratamento dispensado aos objetos.

<sup>31</sup> SCHWAB, GUSTAV. **As Mais Belas Histórias da Antigüidade Clássica**. Trad. Luís Krausz. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994. P. 104-105.

<sup>32</sup> SALLES, Carlos Alberto Corrêa. MELO; Jussara Maria de Fátima. **Estudos sobre a homossexualidade: debates junguianos**. São Paulo: Vetor, 2011. p. 14.

De acordo com as correntes científicas preponderantes acerca da orientação sexual humana, a homossexualidade caracteriza-se pela atração ou predominância de desejos por pessoas do mesmo sexo biológico.<sup>33</sup> Nesse contexto, consoante a atual Psicologia, a homossexualidade, a bissexualidade e a heterossexualidade não constituem simples opções sexuais, mas sim as possíveis orientações afetivas humanas, apresentando-se como uma movimentação dos desejos e sentimentos, devendo, por isso mesmo, ser constitucionalmente tuteladas.<sup>34</sup>

As concepções acerca da homossexualidade, porém, variaram intensamente ao longo do tempo<sup>35</sup>, o que, contudo, não implica que uma e outra não existam simultaneamente, fato que, aliás, ocorre em detrimento de um debate racional sobre a possibilidade de criminalização da violência homofóbica.

### 2.3.1 Do pecado à doença

A concepção da homossexualidade como pecado estrutura-se em um contexto no qual todas as manifestações sexuais extraconjugais, bem como as práticas sexuais não reprodutivas – mesmo dentro do matrimônio – são moralmente condenáveis. Dessa feita, a prática de atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo (e não propriamente da “homossexualidade”, já que inexistentes, nos idos em que foi

---

<sup>33</sup> SILVA JÚNIOR. Enézio de Deus. **Diversidade sexual e suas nomenclaturas**. (p. 97-115). In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 100.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>35</sup> Conforme lembra condensadamente Carlos Alberto Corrêa Salles, “O conceito ocidental que considera normais apenas as pessoas heterossexuais, casadas, monogâmicas e com filhos, fez inúmeras vítimas nos últimos séculos. Muitos homens foram condenados por sodomia pelo Tribunal da Inquisição. E mulheres solitárias, sem amparo familiar, eram queimadas como bruxas. Durante a Reforma Religiosa persistiram as punições. Henrique VIII sentenciou homossexuais à morte, prática que esteve em vigor na Inglaterra até o século XVIII, quando foi substituída pela prisão. Um dos condenados à prisão por sodomia foi Oscar Wilde. Nos Estados Unidos, a pena de morte para os sodomitas foi abolida no início do século XIX por Thomas Jefferson que, por “questões humanitárias”, substituiu-a pela castração. Os nazistas, movidos pelo ideal da eugenia, de obter o que chamavam de um aprimoramento da raça ariana, condenavam os homossexuais aos campos de concentração junto com os ciganos e os judeus, onde seriam eliminados. No domínio da Psiquiatria e da Medicina, o termo homossexualismo só foi abolido da classificação das “doenças” em 1973. Contudo, muitas teorias psicológicas ainda consideram o homossexualismo (sic) um “desvio”, ou algo patológico, apesar de a história e a etologia nos mostrarem sua presença em todas as culturas e em um grande número de espécies animais” (SALLES, Carlos Alberto Corrêa. MELO; Jussara Maria de Fátima. **Estudos sobre a homossexualidade: debates junquianos**. São Paulo: Vetor, 2011. p. 17).

escrito o Antigo Testamento, as categorias homossexual/heterossexual) é tida como reprovável do ponto de vista moral e, sob viés religioso, é considerada como um pecado.<sup>36</sup>

De acordo com o jurista Roger Raupp Rios, o fundamento de tal juízo condenatório tem suas raízes no contexto histórico ocidental e na interpretação prevalente da doutrina cristã, tradição que preconiza o ascetismo dos atos humanos objetivando a reconciliação com o Criador, à imagem e semelhança de quem a humanidade foi criada, porém corrompida pelo pecado original.<sup>37</sup>

Considerando que os textos da Bíblia são a pedra angular da concepção pecaminosa da homossexualidade, cumpre esclarecer, a título de curiosidade, que a interpretação das passagens bíblicas que mencionam a prática de atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo são objeto de intenso debate entre os próprios religiosos. Exemplo paradigmático das divergências hermenêuticas abissais que envolvem a temática em exame, mesmo em um contexto apenas religioso, é a exegese de Daniel A. Helminiak, psicoterapeuta, educador do Instituto Pastoral de Pittsburg, nos Estados Unidos da América, e sacerdote católico romano, para quem a “Bíblia não assume diretamente nenhuma posição definida sobre a moralidade dos atos homogenitais enquanto tais, e nem sobre a moralidade do relacionamento entre gays e lésbicas.”<sup>38</sup> De fato, segundo este autor:

A abordagem literal da Bíblia afirma não interpretá-la mas simplesmente ler aquilo que ela obviamente diz. As palavras da Bíblia nas traduções modernas são consideradas segundo o significado que têm para o leitor hoje. Com base nessa premissa, afirma-se que a Bíblia condene a homossexualidade em diversas passagens.

Mas uma abordagem histórico-crítica lê a Bíblia em seu contexto histórico e cultural original. Esta abordagem considera o significado da Bíblia, determinando da melhor forma possível, tal como era segundo as intenções de seus autores humanos em sua própria época e à sua própria maneira. Compreendida em seus próprios termos, a Bíblia não trata de nossas

<sup>36</sup> RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 32.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 34. Continua Rios: “No universo judaico-cristão, a fonte primeira de condenação à homossexualidade é a Bíblia, cuja invocação de algumas passagens tem sido interpretada como condenatória dessas práticas. No Antigo Testamento são mencionados trechos do Livro do Levítico (Cap. 18, 22 e 20, 13), do Gênesis (Cap. 19, relativo à destruição de Sodoma e Gomorra), do Deuteronômio (Cap. 23, 18-19) e dos Reis (Livro I, Cap. 13, 23-24; 15, 12-13; Livro II, Cap. 23, 5-7). No Novo Testamento, passagens das Cartas de São Paulo (Romanos, Cap. 1, 26-32; 1 Coríntios, Cap. 6, 9-10; 1 Timóteo, Cap. 1, 9-10.” (*Ibidem*, p. 34).

<sup>38</sup> HELMINIAK, Daniel A. **O que a Bíblia realmente diz sobre a homossexualidade**. Trad. Eduardo Teixeira Nunes. São Paulo: Summus, 1998. p. 124.

questões atuais sobre a ética sexual. A Bíblia não condena o sexo gay tal como ele é compreendido hoje.

[...] Se as pessoas ainda quiserem saber com certeza se o sexo entre gays ou lésbicas em si é bom ou ruim, se os atos homogenitais enquanto tais são certos ou errados, eles terão de buscar a resposta em algum outro lugar. Sim, porque o simples fato é que a Bíblia nunca aborda essa questão. E mais: a Bíblia parece deliberadamente não estar preocupada com esse assunto.<sup>39</sup>

Durante a Idade Média, a homossexualidade permaneceu hostilizada, sendo inclusive considerada heresia, e, por esse motivo, perseguida pela Inquisição. O pensamento religioso imprimiu aos atos homossexuais a característica de extrema gravidade, se comparados com outros atos sexuais fora do casamento, sendo aqueles considerados como crime punível com a morte na fogueira pelas Ordenações Filipinas, vigentes no Brasil até 1830.<sup>40</sup>

Já no fim do século XIX, quando reinavam as concepções naturalistas e higienistas em praticamente todas as áreas do saber humano, inclusive no Direito – e nas Ciências Criminais –, a homossexualidade passou a ser considerada uma condição patológica desviante da sexualidade considerada normal e saudável. No contexto dos atos estranhos à heterossexualidade, procedeu-se, em tese, ao abandono da perspectiva condenatória dos atos homossexuais, passando-se à classificação dos indivíduos segundo o binômio homossexual/heterossexual, vindo, então, à luz os termos “homossexual” e “heterossexual”, cunhados, respectivamente, por Karoly Maria Benkert e James G. Kiernan.<sup>41</sup>

Consequência inescapável da inclusão da homossexualidade na medicina das perversões foi a busca das origens dessa “condição”, bem assim de possíveis formas de tratá-la, ou mesmo extingui-la. Em se tratando da busca pelas causas, destaca-se a teoria da degeneração, segundo a qual a homossexualidade seria resultado de uma degeneração na formação pré-natal do sujeito: do conflito entre os elementos masculino e feminino resultaria um descompasso, uma inconsistência,

<sup>39</sup> HELMINIAK, Daniel A. **O que a Bíblia realmente diz sobre a homossexualidade.** Trad. Eduardo Teixeira Nunes. São Paulo: Summus, 1998. p. 123-125

<sup>40</sup> RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 39. Conforme excerto do Título XIII do Quinto Livro das Ordenações Filipinas, citado por Roger Raupp Rios, “*Toda pessoa, de qualquer qualidade que seja, que pecado de sodomia por qualquer maneira cometer, seja queimado e feito por fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória, e todos os seus bens sejam confiscados para a Coroa de nossos Reinos, posto que tenha descendentes; e pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão inabilitados e infames, assim como os daqueles que cometem o crime de Lesa Majestade.*” (*Ibidem*, p 37).

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 38.



entre o sexo anatômico e o instinto sexual, do que, em última instância, resultou na aplicação do raciocínio criminológico da inadequação social dos criminosos aos homossexuais, originando políticas estatais de castração e confinamento, de forma a evitar sua procriação. No âmbito dos “tratamentos”, registra-se o recondicionamento das preferências sexuais por meio de estímulos adversos associados ao comportamento sexual anômalo, dos quais é exemplo a aplicação de choques elétricos.<sup>42</sup>

Atualmente, a homossexualidade não é mais considerada patológica, tendo sido excluída pela Associação Americana de Psiquiatria do “*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*” (DSM), no ano de 1973, e da Classificação Internacional de Doenças (CID-10) pela Organização Mundial da Saúde, em 1990.<sup>43</sup> Além disso, vale lembrar que, no ano de 2012, Associação Americana de Psiquiatria removeu da última versão do DSM o termo “transtorno de identidade de gênero”, historicamente utilizado pelos profissionais da área de saúde mental para diagnosticar indivíduos transgêneros, passando a empregar o termo “disforia de gênero” para descrever o sofrimento emocional causado pela incongruência entre gênero sentido e o gênero socialmente assinado à pessoa.<sup>44</sup> Por outro lado, malgrado há décadas a concepção da diversidade sexual como perversão não sustente qualquer validade científica, é certo que o debate jurídico sobre a aplicação do princípio isonômico relativamente à orientação sexual não prescinde desta rápida análise da abordagem clínica da homossexualidade.

### 2.3.2 De critério neutro de diferenciação a construção social

A efervescência social, intelectual, política e econômica do breve século XX testemunhou o redimensionamento das concepções até então existentes acerca da

<sup>42</sup> RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 43.

<sup>43</sup> SADOCK, Benjamin James. KAPLAN, Harold. **Compêndio de Psiquiatria - Ciência do Comportamento e Psiquiatria Clínica**. 9. ed. São Paulo: Artmed, 2007. p. 740-746.

<sup>44</sup> HEFFERNAN, Dani. APA removes "gender identity disorder" from updated mental health guide. **San Diego Gay and Lesbian News**. (03/12/2012) Disponível em: <<http://sdgln.com/health/2012/12/03/apa-removes-gender-identity-disorder-updated-mental-health-guide#.UL3yxJVpJBc.facebook>>. Acesso em: 03/12/12.

homossexualidade e o enfraquecimento dos preconceitos a ela relacionados, donde “resultou a desconsideração da orientação sexual enquanto critério capaz de legitimar tratamentos desiguais, em raciocínio extremamente importante para a concretização do princípio jurídico da igualdade”<sup>45</sup>.

Dentre os fatores advindos da ascensão do capitalismo industrial e do surgimento das grandes cidades, determinantes para essa concepção da homossexualidade como um critério neutro de diferenciação, Roger Raupp Rios<sup>46</sup> destaca 1) a formação de “comunidades homossexuais”, 2) a organização de movimentos sociais lutando pelo reconhecimento dos direitos de homossexuais, 3) a influência do movimento feminista na estrutura social urbana, 4) a crise do modelo familiar que ditava a moralidade; 5) as manifestações pela liberdade nos anos de 1960, e 5) a revisão de conceitos médicos e psicológicos que classificavam a homossexualidade como uma patologia.

Sedimentando uma paradigmática mudança nas visões acerca da diversidade, sobreditas transformações experimentadas ao longo do século XX finalmente possibilitaram o entendimento de que a homossexualidade é uma construção social baseada na ideia da existência de uma ordem entre os sexos num dado contexto histórico e cultural. Em outras palavras, tal significa dizer que

[...] a identificação de alguém ou a qualificação de seus atos sob uma ou outra orientação sexual só tem sentido na medida em que, num certo contexto histórico cultural, houver a institucionalização de papéis e de práticas próprias para cada um dos sexos, onde a atração pelo sexo oposto ou pelo mesmo sexo seja considerada um elemento relevante, capaz inclusive de impor diferenças de tratamento entre os indivíduos. Nesta perspectiva, relativiza-se a condição homo ou heterossexual como critério de distinção, tanto que em outras culturas tal característica pode ser irrelevante ou assumir conotações diversas.

[...] a concepção da homossexualidade como construção social advoga, em última instância, a abolição das categorias heterossexual/homossexual na identificação dos sujeitos, caminho considerado apropriado para a superação da exclusão e discriminação dos indivíduos em função de suas experiências sexuais.<sup>47</sup>

Dessa forma, a crença na existência de uma ordem sexual – isto é, a crença no heterossexismo – é fundamento da homofobia, pois implica tanto a subordinação

---

<sup>45</sup> RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 54.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 55 e p. 60.

do feminino ao masculino quanto a hierarquização das sexualidades. A evocação constante da superioridade biológica e moral dos comportamentos heterossexuais insere-se em um contexto de construção da “normalidade sexual.”<sup>48</sup>

## 2.4 Homofobia e heterossexismo

### 2.4.1 Ideologias heterossexistas

Nascedouro das concepções históricas acerca da homossexualidade, as ideologias heterossexistas basicamente salvaguardam a heterossexualidade monogâmica, matrimonial e prolífica como padrão para aferir a anormalidade das demais sexualidades, consideradas inferiores, desviantes e de, alguma forma, incompletas. Nesse contexto, passamos a pontuar as características das principais correntes ideológicas justificadoras da inferiorização de indivíduos que fogem ao parâmetro heteronormativo vigente, nos termos propostos por Daniel Borrillo.<sup>49</sup>

Estofo ideológico da concepção da homossexualidade como doença, a **homofobia clínica** resulta da medicalização do pecado da sodomia, centrando-se na busca das causas da homossexualidade, conduta que por si só já é homofóbica e, embora não possua qualquer justificção científica, perdura até hoje. Da mesma forma que a teoria contemporânea do darwinismo social justificou o racismo e o colonialismo, defendendo a ideia de uma hierarquia entre as “raças” humanas determinada pela biologia, as teorias clínicas da sexualidade situaram os homossexuais numa posição marginal na hierarquia sanitária das sexualidades e dos sexos. No âmbito das investigações psicológicas das causas da homossexualidade, é paradigmática a explicação freudiana segundo a qual esta constitui um acidente de percurso na evolução sexual.<sup>50</sup> Contudo, as teorizações baseadas em desvios biológicos e/ou psíquicos foram desmentidas no próprio

---

<sup>48</sup> BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2010, p. 30.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 63 et seq.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 69.

âmbito das disciplinas biomédicas, tendo a Associação Americana de Psiquiatria excluído a homossexualidade do catálogo de doenças mentais no ano de 1973, decisão mais tarde confirmada pela Organização Mundial da Saúde, conforme já se afirmou.<sup>51</sup>

Em outra vertente, a **homofobia antropológica**, malgrado não se baseie na hierarquia das sexualidades e até mesmo condene o discurso que reenvia determinadas práticas sexuais às margens da civilização, considera que a homossexualidade deve ser tolerada e reconhecida, desde que não elimine a dicotomia masculino/feminino, considerada dado universal e pedra angular do regime das sexualidades, cuja diferenciação consubstancia elemento indispensável para a estruturação do indivíduo e para a continuidade da civilização. No entanto,

devemos nos precaver não da homossexualidade, mas da homofobia. Longe de se preocupar da preservação da diferença dos sexos, os países que haviam estabelecido a igualdade dos direitos em favor de gays e lésbicas são, também, aqueles que garantiram [...] a igualdade das mulheres. Em compensação o discurso que enfatiza a divergência sexual encontra-se na origem da legitimação das desigualdades. Do mesmo modo que a diferença das raças ou a das classes, a distinção dos sexos permitiu organizar uma distribuição desigual dos papéis sociais. A organização da sociedade em função unicamente de dois sexos e o fato de ver “naturalmente”, em cada indivíduo, um homem ou uma mulher, constitui o suporte “objetivo”, “evidente” e “anistórico” da atribuição do status e dos papéis em função unicamente do critério sexual. O “consenso cognitivo” da diferença entre os sexos oposto aos homossexuais a fim de limitar a amplitude de suas reivindicações é semelhante ao que serviu para tornar natural e normal, na ordem social, a subordinação das mulheres. Contrariamente a essa “evidência antropológica”, a diferença entre os sexos não constitui um atributo dos indivíduos, mas uma informação construída e concretizada sempre na relação com os outros. [...] De tal modo que a reação antropológica à igualdade de direitos em favor de gays e lésbicas contribui para a reprodução da ordem social das sexualidades, permitindo que, uma vez mais, seja legitimada a inferiorização dos homossexuais e dos casais do mesmo sexo.<sup>52</sup>

Já a **homofobia liberal** reserva a expressão da homossexualidade, considerada uma opção, à vida privada e à intimidade. Vale frisar que é tida como forma de discriminação porque, conquanto, em tese, defenda a tolerância, veda o reconhecimento de direitos iguais perante a sociedade e a manifestação pública da conduta heterodiscordante: “o pudor e a discrição devem orientar os atos

<sup>51</sup> SADOCK, Benjamin James. KAPLAN, Harold. **Compêndio de Psiquiatria - Ciência do Comportamento e Psiquiatria Clínica**. 9. ed. São Paulo: Artmed, 2007. p. 740-746.

<sup>52</sup> BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. p. 75-76.

homossexuais, sempre taciturnos, ao passo que a heterossexualidade exhibe-se livremente, sem necessidade de qualquer justificativa.”<sup>53</sup>

As práticas homossexuais e suas manifestações são de natureza privada e permitidas com a condição de permanecerem circunscritas a esse espaço. Em compensação, ao assumirem a forma heterossexual, as mesmas condutas tornam-se expressão do amor e se desenvolvem livremente no espaço público: os heterossexuais beijam-se e dançam juntos na rua, mostram publicamente as fotos dos/as parceiros/as, declaram em público amor eterno e nunca fazem o *coming-out* heterossexual, já que o espaço público lhes pertence. Mas, quando um gay ou uma lésbica têm a ousadia de empreender uma dessas manifestações, eles/as são imediatamente considerados/as militantes ou provocadores/as.<sup>54</sup>

Suficientemente claro, pois, que a intimidade preconizada pela ideologia liberal engendra a ideia de algo de nefasto e de sórdido na homossexualidade, que deve ser dissimulada e restrita à vida particular e obscura daqueles que incautamente a elegeram para suas vidas.

Gestada no interior da formulação das doutrinas comunistas e com ápice na época em que Stálin ascendeu ao poder, a **homofobia burocrática** resulta da decadência das sociedades capitalistas, sendo a homossexualidade tratada como um fenômeno político decorrente da decomposição moral da burguesia.<sup>55</sup> Ironicamente, na mesma época em que a União Soviética promulgou legislação que punia a prática de atos homossexuais, ainda que consentidos, tida como indutora do fascismo, o Terceiro Reich instalava um plano de extermínio de homossexuais, equiparando-os aos comunistas.<sup>56</sup>

A ideologia homofóbica encontrou seu ápice na Alemanha Nazista: por desafiam a pureza e a reprodução da raça ariana, a mestiçagem e a homossexualidade assumiram o papel de principais causas do declínio biológico.<sup>57</sup> Nesse contexto, os homossexuais, vitimados pela **homofobia nazista**, foram inicialmente submetidos a tratamentos terapêuticos, dentre os quais a cópula obrigatória com prostitutas, porém, como não se reabilitavam, os invertidos foram

<sup>53</sup> BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. p. 77.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 83.

submetidos à castração.<sup>58</sup> A par disso, sob a autoridade do art. 175 do Código Penal Imperial Alemão, que previa prisão até mesmo para a simples suspeita de homossexualidade, gays e lésbicas foram encarcerados ou enviados aos campos de concentração:

Se existe a estimativa de que 15.000 homossexuais tenham sido vítimas desses campos, [...], parece razoável considerar que, no mínimo, 500.000 homossexuais tenham sido mortos nas prisões, nas execuções sumárias, por suicídio ou por ocasião de tratamentos. [...]

As pessoas que traziam o triângulo cor-de-rosa nos campos de concentração nunca chegaram a ser reconhecidas como vítimas do nazismo e, por conseguinte, não receberam qualquer indenização: a base legal de sua perseguição - o art. 175 do Código Penal Imperial Alemão – subsistiu até 1969.

A possibilidade oferecida às vítimas, no final da Segunda Guerra Mundial, de solicitar uma espécie de asilo a governo dos EUA foi expressamente recusada aos homossexuais em razão de sua “doença.”

Essa razões explicam o silêncio a que as vítimas haviam sido submetidas.<sup>59</sup>

#### 2.4.2 Causas da homofobia

Cotejando a evolução das concepções sobre o que seja a homossexualidade com a explicitação das construções ideológicas heterossexistas, a cuja exposição procedemos à guisa de breve esboço histórico sobre o tema ora tratado, vem à luz a hostilidade contra os indivíduos cuja sexualidade refoge aos parâmetros de uma normalidade socialmente construída. Porém, contorna-se um novo questionamento, concernente às verdadeiras origens desse processo de marginalização social, às raízes mesmas da homofobia; em outras palavras, incumbe-nos perguntar donde derivariam, afinal, tantas concepções e ideologias que, conquanto até mesmo contraditórias entre si – como visto acima, enquanto os nazistas consideravam os homossexuais essencialmente comunistas, os socialistas viam a diversidade sexual como corolário da decadência burguesa –, têm explicado e validado uma forma de discriminação que pode ser tão sutil quanto violenta.

Pois bem, a causa principal radica no fato de a homofobia consubstanciar-se em elemento constitutivo da identidade masculina, que, na lógica sexual binária,

<sup>58</sup> BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. p. 83.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 86.

forma-se por antagonismo: homem é oposto de mulher, homossexual é oposto de heterossexual.<sup>60</sup> À vista disso, e considerando-se que, em nossa sociedade, os valores masculinos são, mesmo que por vezes irrefletidamente, tidos como hierarquicamente superiores aos femininos, “o cúmulo da falta de virilidade consiste em assemelhar-se à feminilidade.”<sup>61</sup>

Outra causa da homofobia reside na crença de que a feminilidade e a masculinidade são categoriais universais, distintas, imutáveis, naturais e presentes, exclusiva e respectivamente, no sexo feminino e masculino, e que a cada uma dessas categoriais correspondem determinados papéis na sociedade.<sup>62</sup> Logicamente enfraquecida ante a emancipação feminina, essa concepção assume ares antiquados numa época em que, embora exista misoginia, a presença das mulheres é *tida como normal* – salienta-se, aqui, como o conteúdo da “normalidade” é preenchido de formas diversas ao longo do tempo – em praticamente todas as profissões e também na vida pública. No ponto, vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal já foi presidido por uma mulher, o mesmo ocorrendo, hoje, com relação à Presidência da República.

Resta claro, portanto, que o papel dos indivíduos no âmbito da comunidade é socialmente construído, não sendo fruto de um silogismo cuja premissa maior estaria baseada no sexo biológico, e a premissa menor compor-se-ia das funções que pretensamente estão a este naturalmente atreladas. Na verdade, “a distinção entre os sexos constitui um mecanismo político de ação e reprodução social que permite a legitimação tácita das desigualdades”<sup>63</sup>, estendendo-se à questão da diversidade sexual na medida em que “a defesa da ordem sexual baseada na

<sup>60</sup> BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. p. 88.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 88. Continua Borrillo: “Segundo o processo de socialização masculina, a aprendizagem desse papel [masculino] efetua-se em função da oposição constante à feminilidade. [...] A carência mais grave do maquinismo destinado a fabricar a virilidade é a produção de um veado (pédé). Ser homem significa ser rude (e até mesmo grosseiro), competitivo, bagunceiro; ser homem significa menosprezar as mulheres e detestar os homossexuais. O caráter mais evidente da masculinidade permanece a heterossexualidade: ‘Após a dissociação da mãe (não sou seu neném) e a dissociação radicam em relação ao sexo feminino (não sou uma moça), o rapaz deve provar (a si mesmo) que não é homossexual, portanto, que evita desejar outros homens ou ser desejado por estes [...]. Fortalecer a homofobia é, portanto, um mecanismo essencial do caráter masculino, porque ela permite recalcar o medo enrustido do desejo homossexual. Para um homem heterossexual, confrontar-se com um homem efeminado desperta a angústia em relação às características femininas de sua própria personalidade; tanto mais que esta teve de construir-se em oposição à sensibilidade, à passividade, à vulnerabilidade e à ternura, enquanto atributos do ‘sexo frágil’.” (*Ibidem*, p. 89).

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 90-82.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 92.

diferença entre os sexos (macho/fêmea) pressupõe, igualmente, a manutenção da diferença de sexualidades (homossexual/heterossexual)”.<sup>64</sup>

Noutro giro, a visão difusa segundo a qual a homossexualidade, tida como exclusivamente orientada para a realização egoística do indivíduo, é o paroxismo da decomposição moral de uma sociedade em que reina o individualismo – corporificado pela legalização da contracepção e do aborto e pela banalização da vida sexual promíscua – também é apontada como uma das causas da homofobia.<sup>65</sup> Contudo, para além de um moralismo simplista, está, em realidade, o temor do próprio fim da civilização e da espécie humana, crença que, porém, mais parece um conto de horror mal acabado quando analisada diante de alguns fatos públicos e notórios: solteiros heterossexuais não são obrigados a casar e/ou reproduzir; indivíduos heterossexuais estéreis, ou que simplesmente não desejam ter filhos, não são compulsoriamente levados à busca de uma “cura” para cumprir o objetivo da reprodução, tampouco são proibidos de casar ao argumento de que não podem reproduzir-se; a relação entre pessoas do mesmo sexo, embora exista desde que a História passou a ser registrada, não impediu o povoamento da Terra, que, ao contrário, está superpopulosa, como amplamente se sabe.<sup>66</sup>

## 2.5 A superação jurídica da homofobia

Examinando-se o hodierno ordenamento jurídico nacional, verifica-se que, na prática, as controvérsias atinentes à diversidade sexual têm sido enfrentadas preponderantemente pelo Poder Judiciário, já que os legisladores quedam-se silentes, sequer levando à votação propostas que as contemplem. Nessa toada, os juízes têm paulatinamente exarado decisões que reconhecem as relações entre pessoas do mesmo sexo, atribuindo-lhes seus respectivos efeitos, e que acolhem demandas relativas a questões de identidade de gênero (v.g. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 395.904: possibilidade de percepção de pensão por

---

<sup>64</sup>BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. p. 93.

<sup>65</sup>*Ibidem*, p. 94.

<sup>66</sup>*Ibidem*, p. 95-96.



morte do companheiro homoafetivo; Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Agravo de Instrumento n.º 2000401044140: possibilidade de inscrição de companheiro homoafetivo em plano de saúde privado; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n.º 70013801592: possibilidade de adoção de criança por casal formado por duas pessoas do mesmo sexo; Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível n.º 200500101910: possibilidade de mudança de prenome do indivíduo transexual)<sup>67</sup>.

Por outro lado, conforme registra Maria Berenice Dias<sup>68</sup>, existem diversas proposições legislativas ligadas ao combate à homofobia, como a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n.º 66/2003, que confere nova redação aos artigos 3º e 7º da Constituição da República, incluindo dentre os objetivos do Estado a promoção do bem de todos, sem preconceitos de orientação sexual, bem assim vários Projetos de Lei, dos quais são exemplo os seguintes: n.º 2.383/2003, que considera discriminatório impedir que nos planos e seguros privados de assistência à saúde seja incluído o companheiro do mesmo sexo como dependente econômico; n.º 6.297/2005, que altera a Lei de Benefícios da Previdência Social para incluir na situação jurídica de dependente, para fins previdenciários, o companheiro homossexual do segurado do Instituto Nacional do Seguro Social e do servidor público da União (no ponto, ressalta-se que, em razão de antecipação de tutela concedida em ação civil pública, o INSS editou a Instrução Normativa n.º 25/2000, que prevê tal inclusão); n.º 6.655/2006, que possibilita a substituição do prenome de pessoa transexual; n.º 2.976/2008, que permite aos travestis utilizarem o nome social ao lado do nome e prenome oficial; n.º 3.099/2000, que dispõe sobre a obrigatoriedade da disciplina “Orientação Sexual” nos currículos de 5ª e 6ª séries do ensino fundamental; e o de n.º 4.373/2008, que dispõe sobre a proibição de tratamento discriminatório aos doadores de sangue por parte das entidades coletoras.

Diante desse quadro, cabe ressaltar que, dentre os precedentes judiciais, é de especial relevo, fazendo jus a exame individualizado, a decisão do Supremo

---

<sup>67</sup> KOTLINSKI, Kelly (Org.). **Legislação e jurisprudência LGBTTT**. Brasília: Letras livres, 2007. p. 113-145, 175, 235-254, 263-268.

<sup>68</sup> 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. p. 163-174.

Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.277, ao passo que, relativamente às proposições legislativas, merecem análise mais minuciosa o Projeto de Lei da Câmara (PLC) n.º 122/2006 e o Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 236/2012. A primeira porque estendeu o regime jurídico da união estável às uniões entre pessoas do mesmo sexo, com eficácia *erga omnes*, e os segundos por justamente consubstanciarem as propostas de criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero, objeto precípua desta monografia.

2.5.1 No Direito Civil: extensão do regime jurídico da união estável às uniões entre pessoas do mesmo sexo (ADI n.º 4.277 e ADPF n.º 132)

Em maio de 2011, por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.277, conhecida a ADPF como ADI, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, julgou procedente ambas as ações, conferindo ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para excluir deste dispositivo qualquer significado passível de impedir o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família, segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. O acórdão respectivo<sup>69</sup>, cuja ementa ora se colaciona, é deveras elucidativo das razões adotadas pela Suprema Corte de nossa República para exarar tal entendimento (grifos acrescidos):

*1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE*

<sup>69</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 4277. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4277&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10/11/2012.

OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. **O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.** 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. **Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.** Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. **Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural.** Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO

CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. **A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.**

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. **Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.** (ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212)

De inestimável valor para a consolidação da democracia e dos direitos fundamentais, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal afirma direitos básicos, que devem ser a todos reconhecidos, como “a liberdade sexual, a proibição

de discriminação sexual, a privacidade, a intimidade, o respeito à dignidade da pessoa humana, a diversidade e o pluralismo”<sup>70</sup>. O julgado, desse modo, repercute para além do âmbito familiar, conduzindo à superação das “posturas que tentam justificar discriminações no trabalho, na educação, na saúde e nas mais diversas relações sociais”<sup>71</sup>. De qualquer modo, vale ressaltar que a extensão do regime jurídico da união estável entre pessoas do mesmo sexo é especialmente paradigmática porque o Direito Civil é o ramo jurídico mais influenciado pela religião. Nesse sentido, José Reinaldo de Lima Lopes ressalta as observações de Pontes de Miranda, para quem “as considerações religiosas nas codificações têm o efeito evidente de fazer recuar, ou, pelo menos, fixar no momento A, em que se escreveu a lei, o pensamento legislativo. Mas raramente se limita a conservar, procura puxar para o passado”<sup>72</sup>. Lima Lopes destaca que, para o autor do Tratado de Direito Privado, o Direito Civil e sua codificação são os casos mais exemplares dessa força que puxa para o passado, na qual repousa não o espírito da moral, mas o da religião, a qual, para Pontes de Miranda, foi, no Brasil, tanto o catolicismo quanto o positivismo.

Assim, no direito de família nosso direito civil precisou de 60 anos depois do Código de 1917 para permitir o divórcio. Precisou de quase 50 anos para eliminar as formas mais grosseiras de dissimetrias (desigualdades) entre a mulher e o marido e assim por diante. Não há como não dar razão a Pontes de Miranda: o direito civil brasileiro é mesmo um reduto de moralismo religioso de variada origem, combinado com um forte apelo à tradição. Raramente se vê, entre nós – digo raramente porque por certo haverá exceções – um direito civil como o de Calabresi, Rodotà e outros, em que os institutos das relações privadas tenham sido submetidos a uma crítica social e jurídica consistente, e tenham resultado em novos conceitos e novas abordagens conceituais rigorosas e consistentes. E o caso levado ao Supremo Tribunal Federal pela ADI exigiu que o direito civil fosse submetido ao crivo da democracia e da justiça.<sup>73</sup>

Por outro lado, em uma perspectiva histórica - a qual, em se tratando de conquistas de direitos por parte de minorias, não pode ser olvidada -, vale registrar

<sup>70</sup> RIOS, Roger Raupp. **Direitos sexuais, uniões homossexuais e a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF n.º 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

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>72</sup> PONTES DE MIRANDA. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 5-6. *Apud* LOPES, 2011.

<sup>73</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **Comentando a decisão do STF**. 59-68. 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. 60-61

que uniões (fáticas) entre pessoas do mesmo sexo não constituem um fenômeno recente, embora talvez assim possam denotar as manifestações contrárias a seu reconhecimento jurídico.

Nesse viés, o poeta francês Marc-André Raffalovich (1864 – 1934), que escreveu extensivamente sobre o que hoje se entende por homossexualidade e por homossexuais – para ele, respectivamente *unisexualité* (“unissexualidade”) e *uranistes* (“uranistas”), subdivididos estes últimos entre ultraviris, viris, efeminados e passivos<sup>74</sup> –, e cujos estudos, na maioria datados do século XIX, são de grande valor para os historiadores da sexualidade, publicou no ano de 1907, nos Documentos de Medicina Legal dos Arquivos de Antropologia Criminal da França, artigo intitulado *Des mariages entre hommes*<sup>75</sup> (“Casamentos entre homens”), no qual historia que, em 1578, aproximadamente onze homens católicos, espanhóis e portugueses, foram condenados à fogueira por terem formado uma espécie de confraria na qual, utilizando-se das cerimônias do casamento religioso, uniam-se e passavam a viver juntos como casais. Também relata Raffalovich “o grande caso de 1730”, ocorrido na Holanda, em que mais de duzentos homens protestantes foram perseguidos por terem celebrado entre si “casamentos com todos os ritos de estilo” (noventa e um foram exilados; cinco foram condenados à prisão; cinquenta e sete foram decapitados, queimados, estrangulados ou afogados; três morreram na prisão; noventa e três provavelmente foram banidos, não se sabendo ao certo o que lhes aconteceu afinal).

### 2.5.2 No Direito Penal: as propostas de criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero

Considerando-se que breve digressão histórica contida no parágrafo acima está inserta na evolução traçada ao longo deste Segundo Capítulo, reitera-se a

<sup>74</sup> RAFFALOVICH. Marc-André. **Uranisme et unisexualité: études sur différentes manifestations de l'instinct sexuel**. Paris: A. Maloine, 1896. p. 06.

<sup>75</sup> RAFFALOVICH. Marc-André. **Des mariages entre hommes**. In: Archives de l'Anthropologie Criminelle, 1907. Disponível em: [http://criminocorpus.cnrs.fr/ebibliotheque/ice/ice\\_page\\_detail.php?lang=fr&type=img&bdd=crimrpus&table=criminocorpus\\_aac&bookId=22&typeofbookDes=revue&pageOrder=267&facsimile=off&search=no&nav=0](http://criminocorpus.cnrs.fr/ebibliotheque/ice/ice_page_detail.php?lang=fr&type=img&bdd=crimrpus&table=criminocorpus_aac&bookId=22&typeofbookDes=revue&pageOrder=267&facsimile=off&search=no&nav=0)>. Acesso em: 09/09/2012.

importância do aresto que reconheceu a possibilidade jurídica de união estável entre pessoas do mesmo sexo transcende a conquista de direitos civis. Mediante tal decisão, o Pretório Excelso, igualmente reconhece que a discriminação resultante de homofobia é repudiada pela Constituição, conforme lembra Roger Raupp Rios, que, ao analisar a decisão proferida na ADI n.º 4.277 e na ADPF n.º 132, afirma que<sup>76</sup>:

[...] 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.

Nesse contexto, passamos a explicitar o conteúdo do Projeto de Lei da Câmara (PLC) n.º 122/2006 e do Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 236/2012 (Anteprojeto do Novo Código Penal), cujos textos contêm previsões que criminalizam a discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero.

#### 2.5.2.1 Projeto de Lei da Câmara (PLC) n.º 122/2006

Originalmente apresentado à Câmara dos Deputados por Iara Bernardi em 07-08-2001 como Projeto de Lei n.º 5.003/2001<sup>77</sup>, o atual Projeto de Lei da Câmara (PLC) n.º 122/2006 - que propõe alteração da Lei nº 7.716/89, e do § 3º do art. 140 do atual Código Penal para punir a discriminação ou preconceito de origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero - tramitou na Comissão de Assuntos Sociais do Senado

<sup>76</sup> RIOS, Roger Raupp. **Direitos sexuais, uniões homossexuais e a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF n.º 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.

<sup>77</sup> BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei n.º 5.003/2001. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842>>. Acesso em: 15/11/2012.

Federal sob a relatoria da Senadora Fátima Cleide, que em 2009 emitiu parecer favorável ao seguinte texto<sup>78</sup>:

Art. 1º 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, origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.” (NR)

Art. 2º A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar com as seguintes alterações:

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

*“Art. 8º Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares ou locais semelhantes abertos ao público.*

*Pena: reclusão de um a três anos.*

*Parágrafo único: Incide nas mesmas penas aquele que impedir ou restringir a expressão e a manifestação de afetividade em locais públicos ou privados abertos ao público de pessoas com as características previstas no art. 1º desta Lei, sendo estas expressões e manifestações permitida às demais pessoas.”* (NR)

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

*Pena: reclusão de um a três anos e multa.”* (NR)

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

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

*.....”* (NR)

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Já na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal, a nova relatora, Senadora Marta Suplicy, votou pela aprovação do PLC n.º 122/2006 nos termos em que aprovado na Comissão de Assuntos Sociais,

<sup>78</sup> BRASIL. **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: 15/11/2012.



apresentando, porém, subemenda que inclui um quinto parágrafo ao art. 20 (considerada a redação acima), nos seguintes termos<sup>79</sup>:

*§ 5º O disposto no caput deste artigo não se aplica à manifestação pacífica de pensamento decorrente de atos de fé, fundada na liberdade de consciência e de crença de que trata o inciso VI do art. 5º da Constituição Federal. (NR)*

#### 2.5.2.2 Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 236/2012: Anteprojeto de Código Penal

O texto atual<sup>80</sup> do Anteprojeto de Novo Código Penal, apresentado ao Senado em 27-06-2012 pela Comissão de Juristas criada pelo Requerimento n.º 756, de 2011, do Senador Pedro Taques, aditado pelo de n.º 1.034, de 2011, do Senador José Sarney, e enviado, como Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 236/2012, à Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal em 09-07-2012<sup>81</sup>, trata do racismo e dos crimes resultantes de preconceito e discriminação no Capítulo V do Título XVI, que, em substituição à Lei n.º 7.716/89, assim dispõe<sup>82</sup> (grifos acrescidos):

#### **TÍTULO XVI**

#### **CRIMES CONTRA OS DIREITOS HUMANOS**

[...]

#### **Capítulo V**

#### **Do racismo e dos crimes resultantes de preconceito e discriminação**

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

<sup>79</sup> BRASIL. **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: 15/11/2012.

<sup>80</sup> BRASIL. **Senado**. Projeto de Lei n.º 236/2012. Anteprojeto de Código Penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 20/11/2012.

<sup>81</sup> Conforme demonstra a tramitação na página oficial do Senado Federal do Brasil, disponível em: [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=106404](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404)>. Acesso em 20/11/2012.

<sup>82</sup> BRASIL. **Senado**. Projeto de Lei n.º 236/2012. Anteprojeto de Código Penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. P.182-184. Acesso em: 20/11/2012.

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 justificação razoável;

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

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

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

VI – impedir o acesso ou recusar:

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

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

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

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

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

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

§ 2º Constitui efeito da condenação:

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

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

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

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

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

Conforme se observa, o texto do PLS n.º 236/2012 propõe a ampliação do rol de adequação típica atinente às motivações das condutas que implicam manifestações de intolerância, incluindo a discriminação por, *ipsis litteris*, “identidade

ou orientação sexual”. Importante ressaltar que, na Exposição de Motivos do Anteprojeto, a Comissão de Juristas assim se manifestou sobre o Capítulo V (grifos acrescidos):

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

[...]

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

[...]

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

Analisando-se detalhadamente o teor do Anteprojeto tal qual apresentado ao Senado Federal, percebe-se que a rejeição à discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero não se restringe ao Capítulo V do Título XVI. Ao revés, os atos de violência praticados em razão da identidade de gênero ou da orientação sexual da vítima são alvo de especial repúdio, perpassando o texto do PLS n.º 236/2012, pois, além de configurar o núcleo do tipo dos crimes de terrorismo, genocídio e tortura, tais atos constituem agravante genérica, qualificam o crime de homicídio e majoraram a pena dos crimes de lesão corporal.

Com efeito, logo no Título IV (“Da individualização das penas”) da Parte Geral, a alínea “n” do inciso III do art. 77 dispõe ser circunstância agravante, quando não constituir, qualificar ou aumentar especialmente a pena do crime, o fato de ter o agente cometido o crime em razão de preconceito de raça, cor, etnia, orientação sexual e identidade de gênero, deficiência, condição de vulnerabilidade social, religião, procedência regional ou nacional.

Já a Parte Especial do Anteprojeto de Código Penal contém as seguintes previsões: **a)** constituirá homicídio qualificado matar alguém por preconceito de raça, cor, etnia, orientação sexual e identidade de gênero, deficiência, condição de vulnerabilidade social, religião, procedência regional ou nacional, ou por outro motivo torpe; ou em contexto de violência doméstica ou familiar, em situação de especial reprovabilidade ou perversidade do agente (art. 121, § 1º, I); **b)** a pena de todas as figuras de lesões corporais (art. 129, §§ 1 a 4º) serão aumentadas de um terço até dois terços quando o crime tiver sido cometido por preconceito de raça, cor, etnia, identidade ou orientação sexual, condição de vulnerabilidade social, religião, procedência regional ou nacional ou em contexto de violência doméstica ou familiar (art. 129, § 7º, II); **c)** causar terror na população mediante as condutas descritas nos parágrafos do art. 239<sup>83</sup> quando forem motivadas por preconceito de raça, cor, etnia, religião, nacionalidade, sexo, identidade ou orientação sexual, ou por razões políticas, ideológicas, filosóficas ou religiosas constituirá crime de terrorismo (art. 239, III); **d)** praticar as condutas descritas nos incisos do art. 459<sup>84</sup> com o propósito

---

<sup>83</sup> Segundo o texto atual do Anteprojeto (p. 108-109), as condutas que configuram terrorismo (art. 239) são as seguintes: “§ 1º Sequestrar ou manter alguém em cárcere privado; § 2º Usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa; § 3º Incendiar, depredar, saquear, explodir ou invadir qualquer bem público ou privado; § 4º Interferir, sabotar ou danificar sistemas de informática e bancos de dados; ou § 5º Sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com grave ameaça ou violência a pessoas, do controle, total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meios de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia e instalações militares.” (BRASIL. **Senado**. Projeto de Lei nº 236/2012. Anteprojeto de Código Penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 20/11/2012

<sup>84</sup> Segundo o texto atual do Anteprojeto, as condutas que configuram genocídio (art. 459) são as seguintes: “I – matar alguém; II – ofender a integridade física ou mental de alguém; III – realizar qualquer ato com o fim de impedir ou dificultar um ou mais nascimentos, no seio de determinado grupo; IV – submeter alguém a condição de vida desumana ou precária; ou V – transferir, compulsoriamente, criança ou adolescente do grupo ao qual pertence para outro. [...] Parágrafo único. Na mesma pena incide quem incita publicamente a prática do genocídio.” (Ibidem, p. 176).

de destruir, total ou parcialmente, um grupo, em razão de sua nacionalidade, idade, idioma, origem étnica, racial, nativa ou social, deficiência, identidade de gênero ou orientação sexual, opinião política ou religiosa constituirá crime de genocídio (art. 459, *caput*); **e**) constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, ou após ter-lhe reduzido a capacidade de resistência, causando-lhe sofrimento físico ou mental por motivo de discriminação ou preconceito de gênero, raça, cor, etnia, identidade ou orientação sexual, religião, procedência nacional ou regional, ou por outro motivo assemelhado constituirá crime de tortura (art. 468, I, alínea 'c').

Cabe registrar que, conforme noticiou o Senado Federal<sup>85</sup>, na data de 29-10-2012 já haviam sido apresentadas mais de 200 (duzentas) emendas ao PLS n.º 236/2012, indicativo de que a efetiva aprovação de um novo Código Penal será precedida de amplos debates entre os mais variados setores da sociedade, dos quais certamente decorrerão diversas alterações, que, vale lembrar, podem até mesmo resultar na modificação substancial da nova codificação. De qualquer sorte, é primordial para este trabalho demonstrar em que termos a questão da diversidade sexual está sendo debatida.

Nesse passo, merece destaque a emenda apresentada pela Senadora Lídice da Mata<sup>86</sup>, que propõe sensíveis alterações na redação do Capítulo V do Título XVI do Anteprojeto, em nosso entender benéficas, principalmente porque trazem à codificação um conceito de discriminação consonante com os termos contidos na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher<sup>87</sup> e por serem mais analíticas em relação às

<sup>85</sup> BRANDÃO, Gorette. Projeto do Código Penal recebe mais de 200 emendas. **Portal de Notícias do Senado Federal**. (29/10/2012). Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/10/29/projeto-do-codigo-penal-recebe-mais-de-200-emendas>>. Acesso em: 25/11/2012.

<sup>86</sup> BRASIL. **Senado**. nº 236/2012. Anteprojeto de Código Penal. Emenda da Senadora Lídice da Mata apresentada em 06 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=116293&tp=1>>. Acesso em: 25/11/2012.

<sup>87</sup> A emenda propõe a seguinte redação para o art. 472 do Anteprojeto: “*Para os fins deste capítulo, constitui discriminação ou outra forma de preconceito, qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência, motivada por preconceito de pertença ou de não pertença, real ou suposta, a uma raça, cor, etnia, religião, gênero, sexo, orientação ou identidade de gênero, procedência regional ou nacional. Parágrafo único. A eventual ocorrência de outro motivo não exclui o crime.*”

diferenças entre discriminação por motivo de sexo, em razão de orientação sexual e por identidade de gênero<sup>88</sup>.

Conquanto seja prudente reiterar que certamente o texto que afinal vigorará como o novo Código Penal Brasileiro será diverso daquele apresentado ao Senado Federal pela Comissão de Juristas, o fato de estar havendo discussão sobre a real possibilidade de inserção de dispositivos que criminalizem a discriminação por identidade de gênero e por orientação sexual no bojo da codificação criminal é, por si só, irrefutável prova de uma paradigmática mudança de postura da sociedade, na qual se incluem os operadores do Direito, ante as questões atinentes à sexualidade e sua relação com a dignidade humana.

---

<sup>88</sup> Este é teor do art. 473 com a redação proposta pela referida emenda: “Para os efeitos do artigo anterior, considerar-se-á o seguinte: “§ 1º *Constituem discriminação por motivo de sexo as distinções, exclusões, restrições ou preferências relacionadas a referências biológica, morfológica, genética ou qualquer outro critério distintivo que importe nas designações sexuais relativas a homens e mulheres;* § 2º *Constituem discriminação por motivo de orientação sexual as distinções, exclusões, restrições ou preferências relacionadas à identidade, comportamento, preferência, conduta, ou qualquer outro critério distintivo, que importe na atribuição da heterossexualidade, homossexualidade ou bissexualidade;* § 3º *Constituem discriminação por motivo de identidade de gênero as distinções, exclusões, restrições ou preferências relacionadas a identidade, comportamento, preferência, conduta, ou qualquer outro critério distintivo, que importe na atribuição da condição de travesti, transexual, intersexual ou ter, em virtude da mudança de gênero resultante de operação de redesignação sexual, qualquer outro gênero identidade que não a identidade de gênero padrão masculino ou feminino.*”

### 3 DESVELANDO A CRIMINALIZAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL E POR IDENTIDADE DE GÊNERO FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

#### 3.1 A força normativa da Constituição

No âmbito dos estudos acerca da natureza das Constituições, existe uma teoria, elaborada por Ferdinand Lassale ainda no século XIX como contraponto às doutrinas liberais, segundo a qual a real Constituição não se confunde com o documento escrito que carrega tal denominação: a verdadeira Constituição de um país residiria única e exclusivamente nos fatores reais e efetivos de poder na respectiva sociedade, ao passo que a Constituição escrita (jurídica) deveria adaptar-se a estes fatores materiais de poder, ou a sociedade, através de seu poder inorgânico, levantar-se-ia para “demonstrar que é mais forte, deslocando os pilares em que repousa a Constituição.”<sup>89</sup>

Segundo este *sociologismo constitucional*, portanto, a Constituição, mera “folha de papel”, limitar-se-ia a transformar os fatores reais de poder em instituições jurídicas, em Direito.<sup>90</sup>

Refletindo sobre tais proposições, é possível dizer que, hodiernamente, em que pese seu valor histórico para o constitucionalismo, até mesmo os juristas mais céticos, ainda que eventualmente contrariando seu íntimo desejo, não conseguem sustentá-las argumentativamente, pois a paulatina assunção de caráter normativo pelas Constituições é inegável, ao menos em se tratando dos sistemas jurídicos ocidentais, nos quais não se insere – ou não deve se inserir – apenas como um instrumento que formaliza o *status quo*, tampouco mera cartilha de sugestão de boas maneiras.

---

<sup>89</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 190.

<sup>90</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 78.

Com isso não se está dizendo que a norma constitucional tem existência autônoma em face da realidade. De fato, é igualmente insuficiente entendê-la como uma estrutura formal, dissociada das outras ciências, da política e da própria realidade, como se poderia concluir, por exemplo, a partir da teoria pura de Hans Kelsen, ilustre jurista austríaco de cujos escritos, porém, extrai-se a noção essencial de que 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.<sup>91</sup>

As concepções acima mencionadas são fundamentais à compreensão do que seja a norma constitucional. O pensamento constitucional contemporâneo, de certa forma, expressa uma síntese dialética de tais formulações, sendo possível afirmar que o amálgama de elementos de uma e de outra produziu a noção da **Constituição normativa**, 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.”<sup>92</sup>

A Constituição, portanto, é a ordem jurídica fundamental, material e aberta de determinada comunidade.<sup>93</sup> Este é, sinteticamente, o conceito elaborado por Konrad Hesse – jurista que compôs o Tribunal Constitucional da Alemanha – e que entendemos mais adequado no âmbito de um Estado Democrático de Direito, caso da República Federativa do Brasil (art. 1º, *caput*, da Constituição Federal). E assim o é porque dele se extrai a força normativa da Constituição.

Quanto à conceituação proposta por Hesse, Inocêncio Mártires Coelho destaca que, em rigor, ela consubstancia-se mais em síntese do que em teoria original, porém reconhece ser uma das mais prestigiosas da atualidade. Explica o autor brasileiro que

[...] como deixam entrever os *Escritos* do próprio Konrad Hesse, se nos conscientizarmos de que não existe sequer uma opinião dominante sobre o

<sup>91</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 79.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>93</sup> 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.



conceito e a peculiaridade da Constituição – natureza, estrutura, sentido e funções da Lei Fundamental –, mas, ainda assim, pretendermos realizar algum trabalho profícuo nessa direção, mesmo que não seja original, podemos fazê-lo apenas operando as teorias conhecidas e extraindo delas a iluminação para determinado aspecto ou dimensão do compreender constitucional.

Se assim agirmos, acabaremos realizando tarefa útil e formulando um conceito *shintetizador*, tal como, afinal, foi conseguido por esse importante constitucionalista alemão.

Para tanto, partiu Konrad Hesse do reconhecimento de que, a par da inexistência daquela opinião dominante sobre, digamos, a *essência* da Constituição, o que antes se via era uma utilização acrítica de conceitos hauridos de teorias de outras épocas, manifestamente incapazes de dar consistência, teórica e prática, para uma doutrina da Constituição *temporalmente adequada*, para uma doutrina constitucional que reflita o modo como as leis fundamentais são vivenciadas nos dias atuais.

Dessa tomada de posição, resultou uma análise na qual esse importante jurista contemporâneo levou em conta os aspectos ou dimensões ressaltados pelas doutrinas constitucionais precedentes [...] para, afinal, formular o seu conceito de Constituição.<sup>94</sup>

Desse modo, se, de um lado, a pretensão de eficácia da norma constitucional não pode ser separada das condições históricas de sua realização, com estas não se confunde, mas se associa como elemento autônomo, sendo equivalente dizer que a Constituição é, simultaneamente, um *ser* e um *dever-ser*. Segundo aponta Hesse (grifos acrescidos),

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

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

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

<sup>94</sup> 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.

só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).<sup>95</sup>

Fixada a premissa de que a Constituição contém força normativa, cabe-nos, então, perquirir o que a Carta de 1988 dispõe sobre a questão da discriminação, cuja elucidação, primordialmente no contexto constitucional, é essencial a este trabalho.

### 3.2 O caráter antidiscriminatório da Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988<sup>96</sup>, já em seu preâmbulo, dispõe que os representantes do povo brasileiro reuniram-se em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. O Estado instituído pela nova Carta Política deve, logo, proporcionar a construção e salvaguarda de uma sociedade fraterna, plural e livre de preconceitos, que tem a igualdade como um de seus valores regentes.

Embora seja certo que o preâmbulo constitucional não integra o texto constitucional propriamente dito e, por conseguinte, não contém normas constitucionais de valor jurídico autônomo – donde se conclui que não pode prevalecer contra o texto expresso da Carta, tampouco servir como parâmetro para o controle de constitucionalidade –, ele não é juridicamente irrelevante, na medida em que sua observância figura como elemento de interpretação e de integração dos diversos artigos que lhe seguem. Com efeito, o preâmbulo, verdadeira certidão de origem e legitimidade do novo texto constitucional, é uma proclamação de princípios

---

<sup>95</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 15-19.

<sup>96</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 15/11/2012.

que demonstra a ruptura com a ordem anterior e a alvorada de um novo Estado, consubstanciando-se, por isso mesmo, em uma das linhas mestras da hermenêutica constitucional.<sup>97</sup>

Adentrando o texto constitucional, vemos que já em seu **art. 1º, inciso III**, a Constituição Federal estabelece que a *dignidade da pessoa humana*, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Considerando-se a posição de destaque assumida pelo princípio da dignidade da pessoa humana, vale dizer que a discussão acerca de seu conteúdo é tão importante quanto controversa, revelando-se necessária uma breve digressão sobre o tema.

Analogamente ao que ocorre relativamente ao conceito de Constituição, Ingo Wolfgang Sarlet aponta a dificuldade de se obter uma definição consensual, precisa e universalmente válida do que seja a dignidade da pessoa humana, a não ser a circunstância de que se trata da própria “condição humana [...] do ser humano e de que desta condição e de seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídico-constitucional decorre um complexo de posições jurídicas fundamentais.”<sup>98</sup> Segue o autor sustentando que, apesar de a delimitação do conteúdo da dignidade da pessoa humana constituir uma árdua tarefa<sup>99</sup> – e, em parte, por isso mesmo –, é possível afirmar que os desdobramentos da dignidade da pessoa humana no âmbito jurídico-normativo evidenciam ser inviável aceitar-se a afirmação de que “o conceito de dignidade da pessoa humana é algo como um cânone perdido e vazio, que se presta a todo e qualquer tipo de abusos e interpretações equivocadas”<sup>100</sup>, na medida

<sup>97</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 20-21.

<sup>98</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 163.

<sup>99</sup> A título de exemplo, trazemos à baila a definição apresentada por Alexandre de Moraes, para quem a dignidade da pessoa humana “*concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consistente e responsável da própria vida e traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo o estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.*” (MORAES, *op. cit.* p. 22).

<sup>100</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.163.

em que, neste campo, não se pode dizer e aceitar qualquer coisa, já que tanto a interpretação segundo a qual existe apenas uma resposta correta quanto aquela pautada pela noção de melhor resposta possível vedam o voluntarismo hermenêutico arbitrário.

Na lição de Barroso<sup>101</sup>, a dignidade da pessoa humana é valor e princípio que subjaz ao mandamento religioso do respeito ao próximo – todas as pessoas são iguais e dever ser tratadas de modo igualmente digno –, ao passo que, na Filosofia, consubstancia ideia que informa o imperativo categórico kantiano, do qual se originam proposições éticas que superam o utilitarismo, sobressaindo a noção de que “cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de outras metas individuais”<sup>102</sup>: as coisas têm um preço, e a pessoas têm dignidade.

O eminente constitucionalista aponta, no entanto, que a transposição do princípio da dignidade da pessoa humana dos domínios da religião e da ética para o campo jurídico não tem sido uma tarefa fácil (grifos acrescidos):

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

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

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu

---

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 250-54.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 250.

conteúdo. Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para a tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça.<sup>103</sup>

Delineados, portanto, os contornos do que se entende por dignidade da pessoa humana, retornamos à análise do texto constitucional.

Logo após salvaguardar a dignidade da pessoa humana, e ainda âmbito dos “Princípios Fundamentais”, a República Brasileira elege como um de seus objetivos fundamentais a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (**art. 3º, IV**). Em seguida, no **art. 4º**, elenca os princípios regentes das relações internacionais mantidas pelo país<sup>104</sup>, inserindo em seu rol, dentre outros, a prevalência dos direitos humanos (**inciso II**) e o repúdio ao terrorismo e ao racismo (**inciso VII**).

Abrindo o Capítulo I (“Dos Direitos E Deveres Individuais e Coletivos”) do Título II da Constituição (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), o **art. 5º** é prolífico em se tratando de disposições conectadas à antidiscriminação, começando pelo seu **caput**, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo, ainda, garantida aos brasileiros e aos estrangeiros

<sup>103</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 251-253.

<sup>104</sup> Interessante observar, no ponto, que Valério de Oliveira Mazzuoli nos recorda que “[...] o Brasil é parte dos mais importantes tratados de proteção dos direitos humanos do sistema global e do sistema regional interamericano, como, por exemplo: a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Protocolo Facultativo Relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1999), a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), e, ainda, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990), a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (1994), a Convenção Interamericana sobre o Tráfico Internacional de Menores (1994), a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Pessoas Portadoras de Deficiência (1999) etc. De qualquer forma, estar integrado normativamente ao movimento internacional de tutela dos direitos humanos não significa automaticamente que esses direitos estejam sendo satisfatoriamente respeitados no nosso território ou que o Brasil já tenha alcançado níveis mínimos de tutela desses direitos. [...] O ‘dever ser’ (em síntese) ainda está muito distante do ‘ser’ (a normatividade ainda necessita se converter em efetividade).” (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 90-91).

residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, seguido pelos seguintes incisos: **I** - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição; **III** - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; **VI** - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; **VIII** - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; **X** - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; **XIII** - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; **XLI** - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; e **XLII** - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

### 3.2.1 Liberdade de expressão e vedação aos discursos de ódio

A ordem constitucional brasileira expressamente salvaguarda a liberdade de expressão, conforme observa dos artigos 5º, IV e IX, e 220, *caput*, da Carta Política, liberdade esta que “enquanto direito fundamental, tem, sobretudo, um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura”<sup>105</sup>, inscrevendo-se, ao lado de outras liberdades públicas, na origem do constitucionalismo.<sup>106</sup> Garantidas pela liberdade de expressão estão opiniões, convicções, comentários, avaliações e julgamentos sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo ou não tema de

---

<sup>105</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 404.

<sup>106</sup> CARRION, Eduardo Machado Kroeff. **Apontamentos de Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997. p. 16.

interesse público, tendo ou não valor e importância, desde que não colidentes com outros direitos fundamentais e valores constitucionalmente estabelecidos.<sup>107</sup>

A liberdade de expressão, pois, é relativa, não podendo ser invocada, ao que importa e este estudo, como obstáculo à criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero porque não tutela os discursos de ódio, que têm o efeito de inibir fortemente a participação de grupos discriminados em diversas áreas de vida social. De fato, conforme anota Gilmar Ferreira Mendes, a “contumaz desqualificação que o discurso de ódio provoca tende a reduzir a autoridade dessas vítimas nas discussões de que participam, ferindo a finalidade democrática que inspira a liberdade de expressão”.<sup>108</sup>

Também o jurista neozelandês Jeremy Waldron entende que o discurso de ódio não deve encobrir-se sob o manto da liberdade de expressão, pois mina o bem comum, tornando a tarefa de sustentá-lo muito mais difícil. Segundo leciona o professor de Direito e Filosofia, o discurso de ódio não apenas insufla a discriminação e a violência, mas também reacende os pesadelos das sociedades do passado, criando uma atmosfera de ameaça à paz social, como uma espécie de veneno que, palavra por palavra, lentamente se acumula ao ponto de, finalmente, tornar-se difícil para as pessoas, mesmo as bem-intencionadas, cumprir seu papel na manutenção do bem comum.<sup>109</sup> A publicação de discursos de ódio é calculada para minar a dignidade de membros pertencentes a minorias vulneráveis – dignidade esta entendida como seu pertencimento a uma sociedade que os protege e respeita, dispensando-lhes o mesmo tratamento que confere a todos os demais indivíduos nos atos da vida cotidiana: “*Their dignity is something they can rely on – in the best case implicitly and without fuss, as they live their lives, go about their business, and raise their families*”<sup>110</sup> –, manchando suas reputações perante si mesmos e os outros, mediante associações de características como etnia, raça ou

<sup>107</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 403.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 413.

<sup>109</sup> WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 04.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 05. Em tradução livre: “Sua dignidade é algo em que podem confiar –implicitamente e sem confusão na melhor das hipóteses, enquanto vivem suas vidas, cuidam de seus negócios e criam suas famílias”.

religião a condutas ou atributos que os tornariam indignos de serem tratados como membros da sociedade em pé de igualdade com os demais indivíduos.

### 3.2.2 Liberdades de crença e Estado laico

Tampouco a liberdade de crença, inscrita no art. 5º, VI, da Constituição da República, impede seja considerada criminosa a discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero. A uma, porque tal liberdade não garante apenas a crença (seja ela guiada qualquer religião), senão igualmente a liberdade de em nada crer, donde decorre que o Direito não está sujeito a uma moral religiosa (seja qual for a religião), mas sim a uma moral crítica. A duas, porque a República Federativa do Brasil é um Estado laico, compreendida a laicidade como “o regime social de convivência no qual as instâncias políticas se veem legitimadas pela soberania popular e não mais por instituições religiosas”.<sup>111</sup>

Nesse contexto, Roberto Arriada Lorea destaca que as liberdades laicas igualmente decorrem do art. 5º, VI, da Carta Política, o qual, *in verbis*, dispõe ser “*inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias*”, bem como que não se pode confundir a garantia da liberdade religiosa (dever do Estado) com a valoração do conteúdo das religiões:

As liberdades laicas (art. 5º, VI, da CF), enquanto garantias fundamentais, consistem em uma limitação à atuação administrativa, legislativa e judicial do Estado Democrático de Direito. É dizer, o princípio da liberdade religiosa contém uma importante dimensão negativa, em que pese essa noção não recebe a necessária visibilidade no cenário jurídico brasileiro.

Dentre outros reflexos [...] limito-me a destacar, como decorrentes das liberdades laicas, o direito à imunidade à coação estatal e o direito de não revelar a própria convicção religiosa. Para uma melhor compreensão dessa postura devida ao Estado laico, é preciso ter em mente que o Estado não pode ficar neutro frente ao exercício da liberdade religiosa.

Ele deve tomar partido, assegurando a sua promoção, posto que se trata de um princípio basilar das democracias modernas. Contudo, não é correto afirmar que o Estado tenha interesse em promover a religião em si mesma.<sup>112</sup>

<sup>111</sup> LOREA, Roberto Arriada. **Intolerância religiosa e casamento gay**. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (p. 36-44). p. 37.

<sup>112</sup> *Idem*. **A influência religiosa no enfrentamento jurídico de questões ligadas à cidadania sexual: análise de um acórdão do Tribunal de Justiça do RS**. In: RIOS, Roger Raupp (Org.). **Em**



Contudo, a existência de manifestações no sentido de que a criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero tem o potencial de violar a liberdade de crença não surpreende. É que, como amplamente já referido, a homossexualidade, quando manifesta, era considerada por toda a sociedade – quando ainda não existia a noção de laicidade – um grave pecado, categoria da qual nunca logrou sair, caso se considerem os postulados oficiais das grandes religiões monoteístas ocidentais, que não toleram a diversidade sexual.

Ironicamente, o direito de cada professor o que entende por sua verdadeira fé, precursor histórico da norma inculpada no inciso IV do art. 5º da Constituição Federal, surgiu justamente da ideia de *tolerância* religiosa advinda da quebra de unidade da cristandade.<sup>113</sup> Aliás, quanto à tolerância, destacamos as considerações trazidas por Moacir Camargo Baggio:

[...] a tolerância [deve] ser um conceito e, ao mesmo tempo um instrumento que, justamente, por reconhecer a condição de autonomia e de dignidade do “outro” (como meu semelhante), sirva para impedir a “exclusão” desse outro com base apenas na pura realidade constatada de sua “diferença”. Logo, seja porque há divergência de crença ou de ideias entre os indivíduos, seja porque há indivíduos ou grupos de indivíduos que são “diferentes” de outros (da maioria), por questões de raça, gênero etc., não se justifica sua exclusão só por isso; toma-se como correta e devida, pois, a postura, a partir do acolhimento dessa noção, de estar desautorizada a sua desconsideração, ou a tentativa de sua extrusão explícita ou implícita do grupo social, a partir da iniciativa de quem quer que seja.

[...] esse esboço [...] dá base inicial suficiente para que se compreenda que o que se quer é acolher uma *ideia do igual direito de conviver*, reservando uma dignidade e uma relevância devida a todos os integrantes da sociedade, indistintamente, só porque o são como seres humanos.<sup>114</sup>

### 3.3 Constituição e Direito Penal

A Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto de Código Penal (PLS n.º 236/2012), ao expor os motivos que determinaram a inserção

---

**defesa dos direitos sexuais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. (p. 169-195). p. 190-191.

<sup>113</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 383.

<sup>114</sup> BAGGIO, Moacir Camargo. **Da tolerância (direito e conflito sob o signo da tolerância: por uma jurisdição constitucional comprometida com a fraternidade).** São Paulo: LTr, 2010. p. 68.

do art. 474<sup>115</sup> no Capítulo V do Título XVII, manifestou-se no sentido de que tal dispositivo amplia a proteção do indivíduo contra os crimes resultantes de preconceito e discriminação e confere concretude ao *mandado constitucional de criminalização* constante do art. 5º, XLII, da Constituição Federal<sup>116</sup>, deixando-nos entrever uma noção própria das relações entre a Carta Magna e o Direito Penal, quais quais compõem o núcleo do objeto ora analisado e que podem ser desdobradas em três níveis de intervenção penal

### 3.3.1 Níveis de intervenção penal

É de salientar-se, especificamente no que toca aos mandados constitucionais de criminalização, que o jurista Alberto Jorge Correia de Barros Lima os define como “uma imposição constitucional de conteúdo que tanto restringe os processos de descriminalização como determina criminalizações e/ou recrudescem o tratamento penal”<sup>117</sup>. Indo mais além, pode-se afirmar que entre a Constituição e o Direito Penal existe uma relação axiológico-normativa, desdobrada em três níveis<sup>118</sup> – intervenção penal constitucionalmente proibida, intervenção penal constitucionalmente possível e intervenção penal constitucionalmente necessária (ou mandamentos constitucionais de tutela penal) –, valendo desde logo registrar que, para Luciano Feldens, cujas ideias embasam o sintético exame a que procederemos nos subitens deste tópico, a Constituição funciona como:

- (i) *limite material* do Direito Penal, erigindo barreiras ao processo criminalizador (limite normativo superior); (ii) *fonte valorativa* do Direito Penal, funcionando como legítimo paradigma na escolha de bens jurídicos suscetíveis de proteção jurídico-penal (fundamento axiológico); (iii)

<sup>115</sup> “Os crimes previstos neste Capítulo são imprescritíveis, inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia”. BRASIL. **Senado**. Projeto de Lei nº 236/2012. Anteprojeto de Código Penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 20/11/2012.

<sup>116</sup> “A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de prisão, nos termos da lei” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 20/11/2012).

<sup>117</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 142.

<sup>118</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 65.

*fundamento normativo* do Direito Penal, apontando zonas de obrigatória intervenção do legislador penal.<sup>119</sup>

### 3.3.1.1 Criminalizações constitucionalmente proibidas

Atuando como limite material ao Direito Penal, a Constituição traça limites ao à criminalização, emitindo um metafórico “sinal vermelho” ao legislador, vedando-lhe a invasão a espaços de liberdade constitucionalmente garantidos, a subversão da ordem valorativa constitucional, ou, ainda, que criminalize condutas destituídas de relevância social.<sup>120</sup> Nesse viés, não se pode, por exemplo, transformar em delito protestos e reivindicações (já que albergados pela liberdade de expressão e de manifestação, as quais são constitucionalmente garantidas), tampouco criminalizar condutas protetivas de interesses repudiados pela Constituição, como seria o caso da criminalização da homossexualidade (conflito com o princípio da igualdade), ou então que não implicam ofensa a qualquer bem jurídico.<sup>121</sup>

### 3.3.1.2 Criminalizações constitucionalmente possíveis

Orientando o processo de escolha das objetividades jurídicas penalmente tuteladas, a Constituição atua como fonte valorativa do Direito Penal, transmitindo, agora, um “sinal amarelo” ao legislador penal e “permitindo-lhe que prossiga, com as necessárias cautelas inerentes à atividade criminalizadora, na diagramação dos tipos penais à proteção de determinados bens jurídicos”<sup>122</sup> Conquanto exista controvérsia sobre se a Carta Política deve ser considerada como parâmetro exclusivo para a criminalização de condutas<sup>123</sup>, ao nosso estudo sobreleva enfatizar que, enquanto materialização de um consenso valorativo prévio à legislação em

---

<sup>119</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 65.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 69-72.

geral, não há como negar que “a Constituição assume [...] uma especial relevância, funcionando como parâmetro de referência dos fatos sujeitáveis à pena”.<sup>124</sup>

### 3.3.1.3 Criminalizações constitucionalmente necessárias

Consubstanciando a intervenção penal constitucionalmente necessária, os mandados constitucionais de criminalização são as normas da Constituição que explicitamente determinam a necessidade de tutela penal. Trata-se de normas que, a um só tempo, legitimam a atividade do legislado penal e exigem sua intervenção, emitindo “um ‘sinal verde’ ao legislador, o qual, diante da normatividade da disposição constitucional que o veicula, não poderá recusar-lhe passagem. Trata-se, pois, de uma zona de obrigatória intervenção do legislador penal”.<sup>125</sup>

Nesse diapasão, Gilmar Ferreira Mendes destaca que a Constituição Federal de 1988 adotou um dos maiores catálogos de mandados constitucionais de tutela penal de que se tem notícia<sup>126</sup>, destacando os seguintes dispositivos: os incisos XLI (“*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”), XLII (“*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*”), XLIII (“*a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem*”) e XLIV (“*constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático*”), todos do art. 5º; o inciso X do art. 7º (“*São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa*”); o § 3º do art. 225 (“*As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções*

<sup>124</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 68.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 63.

*penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*"); e o § 4º do art. 227 (*"A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente"*).<sup>127</sup>

### 3.4 Uma intervenção penal constitucionalmente necessária

#### 3.4.1 Conceito jurídico-constitucional de racismo: o Caso Ellwanger (HC 82.424-RS)

Ao concluir o julgamento do Habeas Corpus 82.424-RS, conhecido como "Caso Ellwanger"<sup>128</sup>, em setembro de 2003, o Supremo Tribunal Federal manteve a condenação de um editor de livros que continham ideias antissemitas, originalmente imposta pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob o fundamento de que a cláusula constitucional de imprescritibilidade dos crimes resultantes de racismo é aplicável ao antissemitismo.

Isso porque, naquela ocasião, a Excelsa Corte, além de afirmar que a liberdade de expressão está sujeita a limites morais e jurídicos, definiu que o "racismo" a que alude o inciso XLII do art. 5º da Carta Política não pode ser interpretado sob prisma científico – pois a Ciência já demonstrou que todos os humanos são essencialmente iguais –, mas sim em um contexto político-social de estigma e discriminação, conforme se observa do acórdão resultante desse histórico julgamento, que, à vista de seus esclarecedores termos, colacionamos integralmente (grifos acrescidos):

*HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação*

<sup>127</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 628-629.

<sup>128</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **A constitucionalidade da classificação da homofobia como racismo (PLC 122/2006)**. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (p. 511-528). p. 511.

do princípio da prescribibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescribibilidade. Inconsistência da premissa. **3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.** **4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.** **5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéicas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País.** **6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo.** **7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescribibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.** **8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.** **9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo.** **10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam.** **11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso.** **12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que**

*configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada. (HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524)<sup>129</sup>*

Lógica extração do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, o termo “raça”, no estágio atual do conhecimento humano, deve ser compreendido como “um grupo de pessoas que comunga ideias ou comportamentos comuns, ajuntando-se para defendê-los, sem que, necessariamente, constituam um homogêneo conjunto de pessoas fisicamente parecidas”<sup>130</sup>. Desse modo, de acordo com Guilherme de Souza Nucci, “a busca da exclusão de outros grupos sociais homogêneos, exteriormente identificados por qualquer razão”<sup>131</sup> constitui racismo, donde se extrai conseqüências determinantes no que respeita à criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero.

<sup>129</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 82424. HC 82424, Relator: Min. Moreira Alves, Relator p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 17 set. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=82424&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 03/10/2012

<sup>130</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas** (Volume 1) 6. ed. rev., reform. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 194.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 195.

### 3.4.2 A homofobia como racismo

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

O problema da homofobia supera a questão gay, inscrevendo-se na mesma lógica de intolerância que, em diferentes momentos da História, produziu a exclusão tanto dos escravos e dos judeus quanto dos protestantes; até mesmo os comediantes haviam sido, outrora, excluídos do direito ao casamento.

À semelhança do que ocorre em relação à diferença cultural entre nacional e estrangeiro (espécie de eufemismo do racismo), a diferença sexual entre homem e mulher, assim como a diferença das sexualidades entre heterossexual e homossexual, é apresentada como um indicador objetivo do sistema desigual de atribuição e de acesso aos bens culturais, a saber, direitos, capacidades, prerrogativas, alocações, dinheiro, cultura, prestígio etc. E, embora o princípio da igualdade seja formalmente proclamado, é efetivamente em nome das diferenças e ao dissimular precavidamente qualquer intenção discriminatória, que os dominantes entendem reservar um tratamento desfavorável aos dominados. A construção da diferença homossexual é um mecanismo jurídico bem rodado que permite excluir gays e lésbicas do direito comum (universal), inscrevendo-os(as) em um regime de exceção (particular).<sup>132</sup>

É imprescindível ressaltar o Relatório Sobre Violência Homofóbica no Brasil do ano de 2011 – primeiro documento que trouxe dados sistematizados sobre violência homofóbica na história do país<sup>133</sup> –, elaborado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República:

De janeiro a dezembro de 2011, foram denunciadas 6.809 violações de direitos humanos contra LGBTs, envolvendo 1.713 vítimas e 2.275 suspeitos. Tais números trazem algumas revelações importantes: a primeira

<sup>132</sup> BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. p. 39.

<sup>133</sup> BRASIL. **Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano de 2011**. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Disponível em: < <http://portal.sdh.gov.br/brasilsem/relatorio-sobre-violencia-homofobica-no-brasil-o-ano-de-2011/Relatorio%20LGBT%20COMPLETO.pdf>>. Acesso em: 28/11/2012. p. 06.



diz respeito ao padrão de sobreposição de violências cometidas contra essa população. Os dados revelam uma média de 3,97 violações sofridas por cada uma das vítimas, o que parece indicar como a homofobia se faz presente no desejo de destruição (física, moral ou psicológica) não apenas da pessoa específica das vítimas, mas também do que elas representam - ou seja, da existência de pessoas LGBT em geral. Assim, são bastante recorrentes, por exemplo, os casos em que não apenas o indivíduo sofre violência física, com socos e pontapés, mas também violência psicológica, por meio de humilhações e injúrias.

Outro aspecto trazido pelas estatísticas é o maior número de suspeitos em relação ao de vítimas. A diferença é de 32,8%, o que sugere o caráter de violências cometidas por mais de um agressor ao mesmo tempo: grupos de pessoas que se reúnem para espancar homossexuais são um exemplo comum deste tipo de crime.

Tal cenário se torna ainda mais preocupante ao se levar em conta a subnotificação de dados relacionados a violências em geral, e a este tipo de violência em particular, de maneira semelhante ao que acontece com violências contra mulheres.<sup>134</sup>

Além de se valer dos dados oficiais, oriundos tão somente das violações denunciadas ao poder público federal acima descritas, o Relatório também aponta diversos casos de violência noticiados pela mídia:

Em 2011, foram noticiadas nos principais jornais brasileiros 478 violações contra a população LGBT, envolvendo 478 vítimas e 652 suspeitos, o que aponta o caráter de crime de autoria coletiva de boa parte das LGBTfobias noticiadas. Entre as violações encontram-se 278 homicídios. Note-se também a sobreposição de violências notificadas, o que deixa entrever um desejo de destruição, por parte do agressor, não apenas da vítima como sujeito, mas daquilo que ela representa.

Vale apontar que a Internet vem democratizando o acesso e a produção de informação: nesse sentido, mais crimes chegam ao conhecimento público, há mais jornais impressos e mais meios de divulgação de notícias (como portais de notícias, sites, blogs e redes sociais). Mesmo assim, o total de violências que viram notícia é bem menor do que o total de violações que ocorrem cotidianamente no Brasil. Conforme será analisado a seguir, a maioria das notícias trata de violências físicas, especialmente homicídios. Entre estes, apenas os mais violentos, ou que envolvem pessoas com prestígio político ou econômico, ganham as manchetes por mais tempo. É também importante lembrar que somente estão aqui contabilizadas notícias em que a orientação sexual ou identidade de gênero da vítima foram explicitadas como não sendo percebidas como heterossexuais. Assim, as estruturas heteronormativas da sociedade brasileira ditam que se presuma a heterossexualidade da vítima a não ser que haja evidência em contrário, o que invisibiliza uma enorme gama de vítimas de crimes de caráter homofóbico.<sup>135</sup>

<sup>134</sup> BRASIL. **Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano de 2011**. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Disponível em: < <http://portal.sdh.gov.br/brasilsem/relatorio-sobre-violencia-homofobica-no-brasil-o-ano-de-2011/Relatorio%20LGBT%20COMPLETO.pdf>>.

Acesso em: 28/11/2012. p. 17-18.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 53.

Após análise das informações colhidas, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República propôs uma série de iniciativas, dentre as quais de destaca a recomendação de que “a homofobia seja criminalizada nos mesmos termos em que foi criminalizado o racismo”.<sup>136</sup> Nessa esteira, também merece destaque a posição adotada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), que, em seminário realizado no Senado Federal em maio de 2012 – quando foi apresentado um vídeo do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em defesa dos direitos da comunidade LGBTT –, manifestou-se pela necessidade de criminalização da homofobia, exaltando a riqueza da diversidade cultural brasileira.<sup>137</sup>

Considerando-se tais dados no contexto de todos os argumentos até então articulados, constata-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, a homofobia, ainda hoje motivadora de inúmeros atos de violência, enquadra-se no conceito jurídico-constitucional de racismo, merecendo, portanto, o mesmo repúdio que as normas penais reservam a este último. Nesse toada, a criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero é constitucionalmente necessária, à vista do mandado constitucional de criminalização contido no inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal. Aqui novamente trazemos a lição de Nucci (grifos acrescidos):

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

<sup>136</sup> BRASIL. **Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano de 2011.** Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Disponível em: < <http://portal.sdh.gov.br/brasilsem/relatorio-sobre-violencia-homofobica-no-brasil-o-ano-de-2011/Relatorio%20LGBT%20COMPLETO.pdf>>. Acesso em: 28/11/2012. p. 118.

<sup>137</sup> UNESCO defende criminalização da homofobia em seminário no Senado Federal. **Portal de Notícias da ONU do Brasil.** (16/05/2012). Disponível em: <http://www.onu.org.br/unesco-defende-criminalizacao-da-homofobia-em-seminario-no-senado-federal/>>. Acesso em 19/08/2012.

como manifestações de racismo, logo crime imprescritível, foi interpretação constitucionalmente válida. **Logo, ser ateu, homossexual, pobre, entre outros fatores, também pode ser elemento de valoração razoável para evidenciar a busca de um grupo hegemônico qualquer de extirpar da convivência social indivíduos indesejáveis. Não se pode considerar racismo atacar judeus, unicamente por conta de lamentáveis fatos históricos, mas, sobretudo, porque são seres humanos e raça é conceito enigmático e ambíguo, merecedor, pois, de uma interpretação segundo os preceitos da igualdade, apregoadas pela Constituição Federal, em função do Estado Democrático de Direito.**<sup>138</sup>

Em estilo de síntese, tem-se, portanto, que: 1) a Constituição, embora não possa por si só realizar nada, pode impor tarefas, de cuja realização advém sua força normativa, ou seja, a Carta Política não é apenas um pedaço de papel; 2) a Constituição Federal de 1988, em várias passagens, repudia a discriminação do ser humano, o que explica o fato de várias condutas discriminatórias já estarem criminalizadas no Brasil; 3) a diversidade sexual, historicamente estigmatizada, é inerente à condição humana; 4) a violência homofóbica é intensa em nosso país; 5) a criminalização da conduta homofóbica não é obstaculizada pelos princípios da liberdade de expressão e de crença protegidos pela norma constitucional; 6) a prática de racismo situa-se na zona de intervenção penal constitucionalmente necessária; 7) a homofobia está contida no conceito jurídico-constitucional de racismo. A tais fatos e fundamentos aliamos a oportuna reflexão de Daniel Borrillo:

Atualmente, é inimaginável proferir, sem risco, afirmações injuriosas contra outras minorias – tal como ocorre em relação aos homossexuais –, entre outros motivos, porque tal atitude é punida por lei. Essa ausência de proteção jurídica contra o ódio homofóbico posiciona os gays em uma situação particularmente vulnerável, tanto mais grave quanto a homossexualidade usufrui do triste privilégio de ter sido combatida, durante os últimos dois séculos, simultaneamente, enquanto pecado, crime e doença: mesmo escapando à Igreja, ela acabava caindo sob o jugo da lei laica ou sob a influência da clínica médica. Essa crueldade deixou marcas profundas na consciência dos gays e lésbicas, a tal ponto que eles(as) integram, frequentemente, a violência cotidiana – de que eles(as) são as primeiras vítimas, como se fosse algo normal e, de algum modo, inevitável.<sup>139</sup>

<sup>138</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas** (Volume 1) 6. ed. rev., reform. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 195.

<sup>139</sup> BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. p. 41.

## CONCLUSÃO

A Constituição, embora não possa por si só realizar nada, pode impor tarefas, de cuja realização advém sua força normativa, ou seja, a Carta Política não é apenas um pedaço de papel. Nesse contexto, merece destaque o fato de que Constituição Federal de 1988, em várias passagens, repudia a discriminação do ser humano, o que explica a existência de diversos diplomas legislativos penais que sancionam atos discriminatórios.

Atualmente se sabe que a diversidade sexual, historicamente estigmatizada, é inerente à condição humana, porém mesmo assim a violência homofóbica é intensa em nosso país, conforme demonstram os dados oficiais sobre esse tipo de brutalidade, colhidos no ano de 2011 pela primeira vez. Sob outro viés, este trabalho demonstrou que a criminalização da conduta homofóbica não é obstaculizada pelos princípios da liberdade de expressão e de crença protegidos pela norma constitucional.

Em realidade, estando homofobia contida no conceito jurídico-constitucional de racismo vigente em nosso ordenamento jurídico, cuja prática, nos termos expressos da Constituição Federal de 1988, deve ser criminalizada (art. 5º, XLII), o legislador penal deve obrigatoriamente criminalizar os atos de discriminação que resultam de preconceitos quanto às orientações sexuais e às identidades de gênero.

Em suma, desencoberta a discriminação e desconstruída a homofobia, a criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero, revela-se, pois, adequada, necessária e proporcional à violência perpetrada contra os indivíduos que não se alinham à norma heterossexual, e, nessa medida, é plenamente constitucional.

## REFERÊNCIAS

BAGGIO, Moacir Camargo. **Da tolerância (direito e conflito sob o signo da tolerância: por uma jurisdição constitucional comprometida com a fraternidade)**. São Paulo: LTr, 2010.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

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

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

BRANDÃO, Gorette. Projeto do Código Penal recebe mais de 200 emendas. **Portal de Notícias do Senado Federal**. (29/10/2012) Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/10/29/projeto-do-codigo-penal-recebe-mais-de-200-emendas>>. Acesso em: 25/11/2012.

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

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 24/08/2012

\_\_\_\_\_. Lei n.º 7.437/85. **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 nº 1.390, de 3 de julho de 1951 - Lei Afonso Arinos**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7437.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7437.htm)>. Acesso em: 30/08/2012.

\_\_\_\_\_. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm)>. Acesso em: 30/08/2012.

BRASIL. Lei n.º 7.853/89. **Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm)>. Acesso em: 30/08/2012.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 9.029/95. **Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9029.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM)>. Acesso em: 30/08/2012.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 11.958/2009. **Altera as Leis n.ºs 7.853, de 24 de outubro de 1989, e 10.683, de 28 de maio de 2003; dispõe sobre a transformação da Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República em Ministério da Pesca e Aquicultura; cria cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS e Gratificações de Representação da Presidência da República; e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11958.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11958.htm)>. Acesso em: 30/08/2012.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 12.288/2010. **Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis n.ºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm). Acesso em: 30/08/2012.

\_\_\_\_\_. **Câmara dos Deputados.** Projeto de Lei n.º 5.003/2001. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842>>. Acesso em: 15/11/2012

\_\_\_\_\_. **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: 15/11/2012

\_\_\_\_\_. **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: 15/11/2012.

\_\_\_\_\_. **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: 20/11/2012

\_\_\_\_\_. **Senado.** nº 236/2012. Anteprojeto de Código Penal. Emenda da Senadora Lídice da Mata apresentada em 06 nov. 2012 Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=116293&tp=1>>. Acesso em: 25/11/2012

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** ADI 4277. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4277&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10/11/2012.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. HC 82424. HC 82424, Relator: Min. Moreira Alves, Relator p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 17 set. 2003. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=82424&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 03/10/2012

\_\_\_\_\_. **Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano de 2011**. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Disponível em:  
<<http://portal.sdh.gov.br/brasilsem/relatorio-sobre-violencia-homofobica-no-brasil-o-ano-de-2011/Relatorio%20LGBT%20COMPLETO.pdf>>. Acesso em: 28/11/2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRION, Eduardo Machado Kroeff. **Apontamentos de Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

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.

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. (p. 163-174).

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

FERNANDES, Newton. FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

HEFFERNAN, Dani. APA removes "gender identity disorder" from updated mental health guide. **San Diego Gay and Lesbian News**. (03/12/2012) Disponível em: <<http://sdgln.com/health/2012/12/03/apa-removes-gender-identity-disorder-updated-mental-health-guide#.UL3yxJVpJBc.facebook>>. Acesso em: 03/12/12.

HELMINIAK, Daniel A. **O que a Bíblia realmente diz sobre a homossexualidade**. Trad. Eduardo Teixeira Nunes. São Paulo: Summus, 1998.

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

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

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Comentando a decisão do STF**. 59-68. *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).

LOREA, Roberto Arriada. **Intolerância religiosa e casamento gay**. *In*: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (p. 36-44).

\_\_\_\_\_. **A influência religiosa no enfrentamento jurídico de questões ligadas à cidadania sexual: análise de um acórdão do Tribunal de Justiça do RS**. *In*: RIOS, Roger Raupp (Org.). **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. (p. 169-195).

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

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

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

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.

RAFFALOVICH, Marc-André. **Uranisme et unisexualité: études sur différentes manifestations de l'instinct sexuel**. Paris: A. Maloine, 1896.

\_\_\_\_\_. **Des mariages entre hommes**. *In*: Archives de l'Anthropologie Criminelle, 1907. Disponível em:

[http://criminocorpus.cnrs.fr/ebibliotheque/ice/ice\\_page\\_detail.php?lang=fr&type=img&bdd=crimrpus&table=criminocorpus\\_aac&bookId=22&typeofbookDes=revue&pageOrder=267&facsimile=off&search=no&nav=0](http://criminocorpus.cnrs.fr/ebibliotheque/ice/ice_page_detail.php?lang=fr&type=img&bdd=crimrpus&table=criminocorpus_aac&bookId=22&typeofbookDes=revue&pageOrder=267&facsimile=off&search=no&nav=0)>. Acesso em: 09/09/2012.

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

\_\_\_\_\_. **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.

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



\_\_\_\_\_. **Direitos sexuais, uniões homossexuais e a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF n.º 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).

SADOCK, Benjamin James. KAPLAN, Harold. **Compêndio de Psiquiatria - Ciência do Comportamento e Psiquiatria Clínica**. 9. ed. São Paulo: Artmed, 2007.

SALLES, Carlos Alberto Corrêa. MELO; Jussara Maria de Fátima. **Estudos sobre a homossexualidade: debates junguianos**. São Paulo: Vetor, 2011.

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

SCHWAB, GUSTAV. **As Mais Belas Histórias da Antigüidade Clássica**. Trad. Luís Krausz. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994.

SILVA JÚNIOR. Enézio de Deus. **Diversidade sexual e suas nomenclaturas**. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (p. 97-115).

UNESCO defende criminalização da homofobia em seminário no Senado Federal. **Portal de Notícias da ONU do Brasil**. (16/05/2012). Disponível em: <http://www.onu.org.br/unesco-defende-criminalizacao-da-homofobia-em-seminario-no-senado-federal/>>. Acesso em 19/08/2012.

VECCHIATTI. Paulo Roberto Iotti. **A constitucionalidade da classificação da homofobia como racismo (PLC 122/2006)**. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (p. 511-528).

WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.