

GREICE REDLICH DE SOUZA

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA:
Possibilidade de utilização legítima da função simbólica do Direito Penal

Trabalho de Conclusão de
Curso apresentado à Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do
Sul como requisito parcial para a obtenção
do grau de bacharela em Ciências Jurídicas
e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik
Co-orientadora: Prof.^a M.^a Carla
Marrone Alimena

Porto Alegre
2012

GREICE REDLICH DE SOUZA

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA:

Possibilidade de utilização legítima da função simbólica do Direito Penal

Trabalho de Conclusão como
requisito parcial para a obtenção do grau de
bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais
de Curso na Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Danilo Knijnik (Orientador)

Prof. Dr. Odone Sanguiné

Prof. Dr. Marcus Vinicius Aguiar Macedo

Conceito:

Porto Alegre, 19 de dezembro de 2012

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a minha mãe, por ser a pessoa que sempre me ofereceu apoio incondicional. Minha formatura deve-se em muito ao fato de ela ter sempre acreditado em mim e financiado meus sonhos. Entretanto o maior legado que minha mãe me deixou foi os ensinamentos de amor e de estima ao próximo e com certeza foram estes os ideais que guiaram este trabalho. É graças a esta pessoa incrível que emana carinho a todos que dela se aproximam que nutro ainda esperanças de um mundo melhor. Ela tem, durante toda a minha vida, cultivado em mim ideais de retidão de caráter e respeito a todos de igual forma e estes são os princípios norteadores não só deste trabalho, mas da minha atuação profissional.

Também gostaria de expressar minha gratidão aos meus familiares que residem comigo os quais sempre torceram por mim, que me distraíram nos momentos de tensão, fazendo-me gargalhar mesmo quando as coisas não estavam indo tão bem. Meu muito obrigada a minha dinda Ana, seu marido Jaime, minha vó e a paixãozinha de minha vida Laura, minha afilhada.

Da mesma forma, estendo meus agradecimentos a meus amigos, tanto os que se juntaram a minha história durante a faculdade quanto aos de longa data. Minha vida é mais feliz por ter vocês nela. Desculpa a ausência nesse último semestre e na época de provas no decorrer da faculdade, foi tudo por uma boa causa.

Por último, mas não menos importante a minha co-orientadora Carla Alimena, preciso dizer que, se este trabalho tem hoje tais feições, isso se deve ao seu grande apoio e brilhantes indicações bibliográficas. Foi a Carla que concretizou a idéia, inicialmente tão abstrata, que eu tinha do que poderia ser redigido neste TCC. Sem falar no auxílio imensurável que foi poder utilizar os dados de sua pesquisa para o Mestrado da UFRGS. Carla, muito obrigada!

EPIGRAFE

Desconfiai do mais trivial, na aparência singelo.

E examinai, sobretudo, o que parece habitual.

Suplicamos expressamente: não aceiteis o que é de hábito como coisa natural, pois em tempo de desordem sangrenta, de confusão organizada, de arbitrariedade consciente, de humanidade desumanizada, nada deve parecer natural nada deve parecer impossível de mudar. (BRECHT, Bertold)

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar possível função simbólica da criminalização de atitudes homofóbicas. Primeiramente são apresentados conceitos basilares quanto às questões de fundo da problemática, como a definição de gênero, orientação sexual e homofobia. Após, procura-se explicar o referencial teórico, qual seja, as idéias do sociólogo Pierre Bourdieu sobre campo e poder simbólico. Tendo sido consolidadas as concepções norteadoras desta monografia, far-se-á considerações acerca do potencial simbólico do Direito em especial no âmbito Penal, visando demonstrar em quais situações pode ser legítima tal utilização. Após o exame desses pontos, parte-se para um exemplo prático de Legislação Penal Simbólica efetiva, qual seja, a Lei Maria da Penha, relacionando seus reflexos tanto entre a população comum quanto no Campo Jurídico. Por último, traz-se a tona o processo político de criação de lei tipificadora da homofobia, com a análise dos discursos que disputam espaço para se afirmarem nessa questão.

Palavras-chave: homofobia, direito penal simbólico, Pierre Bourdieu, criminalização, Lei Maria da Penha, campo jurídico, gênero, orientação sexual, PLC 122/2006.

ABSTRACT

This paper aims to examine possible symbolic function of criminalization of homophobic attitudes. First are presented basic concepts about the substantive issues of the problem, as the definition of gender, sexual orientation and homophobia. After, we seek to explain the theoretical ground, namely, Pierre Bourdieu's ideas about field and symbolic power. Consolidated the concepts which guiding this monograph, we will defend the symbolic potential of law, in particular, Penal Law, showing situations in which such use may be legitimate. After examination of these points, we will present a practical example of Penal Legislation Symbolic effective, the Maria da Penha Law, relating its reflexes in the ordinary population and in the Legal Field. Finally, we'll present the political process of creating law about homophobic crimes, analyzing vying speeches which fight to assert themselves on the issue.

Key-words: homophobia, symbolic penal law, Pierre Bourdieu, criminalization, Maria da Penha Law, juridical field, gender, sexual orientation, PLC 122/2006.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. SEXO, GÊNERO E SEXUALIDADE:.....	11
3. HOMOFOBIA	17
3.1 HOMOFOBIA INDIVIDUAL	19
3.2 HOMOFOBIA CULTURAL	21
4. O VALOR DE FAZER PARTE DO CAMPO JURÍDICO	27
4.1 BOURDIEU E A IDÉIA DE CAMPO.....	27
4.1.1 <i>O Campo Jurídico e a importância de inserção em seu âmbito</i>	<i>31</i>
4.2 DIREITO PENAL SIMBÓLICO	35
4.3 COMO O GÊNERO ADENTRA O CAMPO DO DIREITO: LEI MARIA DA PENHA	41
4.4 GRUPOS DE PRESSÃO E ENTRADA NO CAMPO JURÍDICO DAS PAUTAS LGBT	53
5. CONCLUSÃO	65

1. INTRODUÇÃO

Praticamente todos os textos jurídicos que se propõe a refletir sobre o tema criminalização da homofobia, partem para o debate da constitucionalidade de especificação penal deste tipo de conduta discriminatória; os princípios constitucionais são, então, aporte teórico tanto para a defesa quanto para a rejeição do projeto de lei. Entretanto o cerne da questão não reside na constitucionalidade de tal criminalização, não que o fato de as leis serem constitucionais seja irrelevante, mas quando se trata da utilização de um braço tão violento do Estado, como o Direito Penal, há diversos outros debates que devem ser realizados pelos juristas.

Diante da atual crise de legitimidade do Direito Penal, as funções tradicionais deste, como prevenção geral e especial, são intensamente questionadas e desconstituídas a ponto de que hoje se tornou difícil defender a criminalização tendo como fundamentos tais paradigmas. Neste norte, cumpre perquirir qual outra função compete ao Direito Penal que ainda legitime sua utilização.

O Direito não é um instrumento neutro de estabelecimento de uma ordem, ele reflete a correlação de forças dentro da sociedade, representando, de certa forma, sua conjuntura de dominação. Ou seja, o Sistema Jurídico tem inerente a sua natureza um potencial simbólico de inclusão e exclusão de determinadas demandas na proteção do aparato estatal.

Nesta perspectiva insere-se a função simbólica do Direito Penal. O que foi marcado pela via legislativa com o rótulo “crime” traz à população em geral a percepção de que perpetrar tais atitudes é um mal, não só a pessoa atingida diretamente, vítima, mas também uma afronta à sociedade como um todo. Sob tal ponto de vista, a criminalização de uma conduta lança luz sobre problemas, até então escondidos sob o status de vicissitudes particulares, transmutando-os em dilemas sociais; conferindo, assim, visibilidade a tais conflitos.

As opressões de gênero e sexualidade foram, por muito tempo na história da humanidade, negligenciadas a ponto de chegarem praticamente à invisibilidade, até que os movimentos feministas rasgaram o véu que escondia as violências cotidianas que visavam manter as relações de dominação do masculino sobre o feminino. Com tal reviravolta social, diversos conceitos fundamentais dentro da sociedade patriarcal foram postos em xeque.

Nesse contexto, foi também revelado o poder social que objetiva o estabelecimento de um padrão de heterossexualidade compulsória, isto é, a segregação sob rótulos de anormalidade daqueles que não se encaixavam no arquétipo de homem e mulher. Tais modelos de exclusão, por mais que venham sendo, há décadas, denunciados, continuam muito presentes na sociedade atual; havendo, pois, reflexos até hoje em nossos costumes sob a forma de homofobia individual e cultural que são, muitas vezes, consubstanciadas em violência física.

Portanto, tendo em vista este painel de subjugação da população homossexual, mostra-se importante que o Estado, através de seu Direito Penal, pontue que são inaceitáveis tais condutas preconceituosas. Através do Sistema de Justiça Criminal, mostra-se que as opressões de gênero e sexualidade são, sim, questões de relevância.

Quanto à sistemática adotada pelo presente trabalho para desenvolver o raciocínio relativo à necessidade e efetividade de inclusão da população LGBT no espaço jurídico através da via penal, o trabalho iniciará com conceituações preliminares que servirão como aporte para a compreensão das raízes da homofobia, bem como, posteriormente, a própria conceituação da homofobia e sua divisão em individual e cultural.

Passando tais considerações propedêuticas, adentro as teorizações de Pierre Bourdieu sobre o poder simbólico do Direito, bem como sua aplicação ao ramo Penal. A fim de corroborar a teoria lançada, apresentarei um dos grandes exemplos de efeitos simbólicos reais de Legislação Criminal, a Lei 11.340/2006, vulgo Lei Maria da Penha.

Ela, por tratar fundamentalmente de questões muito similares às discutidas na criminalização da homofobia, encaixa-se como o exemplo perfeito do potencial simbólico que pode advir de uma legislação protetiva. Busca-se demonstrar que a Lei Maria da Penha teve significativa repercussão não só na população em geral, mas também abriu a campo jurídico aos debates relativos às questões de gênero e sexualidade, expondo tanto pesquisas de opinião, quanto jurisprudências.

Por fim, tendo em conta os conceitos de Bourdieu de que o Direito espelha uma certa correlação de forças, apresentarei os interesses em jogo nas disputas políticas em torno da criminalização da homofobia, mostrando os discursos que buscam se afirmar dentro do nosso Poder Legislativo. Nessa linha objetivo demonstrar as dificuldades enfrentadas pela população LGBT em conquistar direitos

pela via Legislativa e apontar que boa parte das conquistas dos homossexuais estão se dando pelo Poder Executivo e Judiciário, demonstrando que o descaso Legislativo não tem nada de aleatório, mas é simbolicamente excludente.

2. SEXO, GÊNERO E SEXUALIDADE:

Primeiramente, faz-se mister a apresentação de determinados conceitos, a fim de obter uma compreensão mais profunda da problemática apresentada. Conceitos como gênero, sexo e orientação sexual são informações fundamentais para bem se compreender as personagens integrantes dos conflitos políticos neste trabalho desenhados.

Com a frase “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher” Simone de Beauvoir abalou estruturas culturais, anteriormente, muito claras à nossa sociedade¹, o tornar-se mulher, antes tido como natural, foi questionado expondo que por detrás do que é aceito como características biológicas, há uma enorme gama de preconceitos e opressões, ou seja, o “tornar-se mulher” não é inerente ao corpo feminino, mas, principalmente, uma construção cultural. Posteriormente, Michel Foucault discorre mais profundamente sobre o que condiciona o “tornar-se mulher”, analisando a sexualidade enquanto construção histórica através de estruturas de Poder:

Dizendo poder, não quero significar “o poder”, como um conjunto de instituições e aparelhos que garantem a sujeição dos cidadãos num determinado estado. Também não entendo poder como um modo de sujeição que, por oposição à violência, tenha a forma de regra. Enfim, não entendo o poder como um sistema geral de dominação exercida por um elemento ou grupo sobre o outro e cujos efeitos, por derivações sucessivas, atravessem o corpo social inteiro. A análise em termos de poder não deve postular, como dados iniciais, a soberania do Estado, a forma de lei ou a unidade global de uma dominação; estas são apenas e, antes de mais nada, suas formas terminais. Parece-me que se deve compreender o poder, primeiro, como a multiplicidade de correlações de forças imanentes ao domínio onde se exercem e constitutivas da sua organização; o jogo que, através de lutas e afrontamentos incessantes as transforma, reforça, inverte; os apoios que tais correlações de força encontram umas nas outras, formando cadeias ou sistemas ou ao contrário, as defasagens e contradições que as isolam entre si; enfim, as estratégias em que se originam e cujo esboço geral ou cristalização institucional toma corpo nos aparelhos estatais, na formulação da lei, nas hegemonias sociais. (FOUCAULT, 2009, p. 88)

¹ LOURO, Guacira Lopes. Gênero e sexualidade: pedagogias contemporâneas. **Pró-posições**, São Paulo, v. 19, n. 2, 2008. p. 17

Em sua análise, Foucault defende que as sexualidades são historicamente edificadas por estruturas de poder, questiona a hipótese repressiva, fundamentando a idéia de controle da sexualidade, não em sua repressão, mas na delimitação de seus contornos². O autor põe em xeque a concepção de sexualidade com uma questão pessoal, teorizando-a como um tema social, político e cultural; criticando, assim, a idéia de sua naturalização calcada em fundamentos biológicos.

Tendo como premissas tais hipóteses, hoje se desenvolve uma pluralidade de definições para conceitos anteriormente sequer levantados. Primeiramente, com Beauvoir, começa-se a desenhar o entendimento de gênero que até hoje é alvo de controvérsia.

Gênero refere-se à divisão social de práticas comportamentais ligada à identidade de um sexo, a qual provém de concepção anterior do que é o masculino e o feminino³. É importante se ressaltar que o significado de gênero não é uno e imutável que, como conceito político e cultural que é, foi sendo analisado e reconstruído ao longo da história. Nas palavras de Donna Haraway:

Num sentido crítico, político, o conceito de gênero foi articulado e progressivamente contestado e teorizado no contexto dos movimentos de mulheres feministas do pós-guerra. [...] Apesar de importantes diferenças, todos os significados modernos de gênero se enraízam na observação de Simone de Beauvoir de que “não se nasce mulher” e nas condições sociais do pós-guerra que possibilitaram a construção das mulheres como um coletivo histórico, sujeito-em-processo. Gênero é um conceito desenvolvido para contestar a naturalização da diferença sexual em múltiplas arenas de luta. A teoria e a prática feminista em torno de gênero buscam explicar e transformar sistemas históricos de diferença sexual nos quais “homens” e “mulheres” são socialmente constituídos e posicionados em relações de hierarquia e antagonismo. (HARAWAY, 2004, p. 211)

² De fato, trata-se, antes, da própria produção da sexualidade. Não se deve concebê-la como uma espécie de dado da natureza que o poder é tentado a pôr em xeque, ou como um domínio obscuro que o saber tentaria, pouco a pouco, desvelar. A sexualidade é o nome que se pode dar a um dispositivo histórico: não há uma realidade subterrânea que se apreende com dificuldade, mas à grande rede da superfície em que a estimulação dos corpos, a intensificação dos prazeres, a incitação ao discurso, a formação dos conhecimentos, o reforço dos controles e das resistências, encadeiam-se uns aos outros, segundo algumas grandes estratégias de saber e poder. (FOUCAULT, 2009. p. 100)

³ BEASLEY, Chris. **Gender & Sexuality: Critical Theories, Critical Thinkers**, London. Sage Publications. 2006. p. 11

Ou seja, a concepção de gênero é relativa à atribuição de significado a um corpo.⁴ A princípio o corpo era visto somente como um sinal diferenciador, depois ele passou a justificar as distinções comportamentais de homens e mulheres. As características físicas passaram a ser tomadas como a fonte ou a origem das distinções e não apenas como um sinal, marca ou manifestação das diferenças entre masculino e feminino. Dentro de tal acepção, liga-se o corpo da mulher à características psicológicas de feminilidade e o corpo masculino ao estereótipo de macho.⁵

A partir de tais definições, concebeu-se que o gênero é algo culturalmente constituído e o sexo é natural. Sexo aí entendido como o dado biológico, marcado pelas características físicas as quais distinguem o ser humano enquanto homem e mulher.

Entretanto, inclusive esta naturalidade do sexo foi questionada, incitando-se a uma superação da lógica binária que percebe a humanidade dentro de dois modelos o de macho e de fêmea, ou seja, ela defende que a interpretação de corpos apenas como masculinos e femininos é uma forma de reforçar um ideal de heterossexualidade compulsória, um exemplo claro da desnecessidade desse binarismo corporal são os travestis que não se enquadram perfeitamente em nenhum desses padrões, subvertendo expressamente esta ordem estabelecida. A filósofa Judith Butler teorizou sobre tal idéia da diferença gênero e sexo. Butler defendia que a própria identificação de um sexo a um corpo era cultural e como tal não poderia ser analisada a parte do discurso histórico e cultural, assim como o gênero, de certa forma fundindo esses dois conceitos:

Beauvoir diz claramente que a gente “se torna” mulher, mas sempre sob uma compulsão cultural a fazê-lo. E tal compulsão claramente não vem do “sexo”. Não há nada em sua explicação que garanta que o “ser” que se torna mulher seja necessariamente fêmea. Se, como afirma ela, “o corpo é uma situação”, não há como recorrer a um corpo que já não tenha sido sempre interpretado por meio de significados culturais; conseqüentemente, o sexo não poderia qualificar-se como uma facticidade anatômica pré-discursiva. Sem dúvida, será sempre apresentado, por definição, como tendo sido gênero desde o começo.

[..] Nos limites desses termos, “o corpo” aparece como um meio passivo sobre o qual se inscrevem significados culturais, ou

⁴ LOURO, Guacira Lopes. Gênero e sexualidade e educação: das afinidades políticas. **Educação em Revista**, Belo Horizonte, n. 46, 2007. p. 207

⁵ Ibidem, p. 208

então como instrumento pelo qual uma vontade de apropriação ou interpretação determina o significado cultural por si mesmo. Em ambos os casos, o corpo é representado como mero instrumento ou meio com o qual um conjunto de significados culturais é apenas externamente relacionado. Mas o “corpo” é em si mesmo uma construção, assim como é a miríade de “corpos” que constitui o domínio dos sujeitos com marcas de gênero. Não se pode dizer que os corpos tenham uma experiência significável anterior à marca de seu gênero; [...] (BUTLER, 2008, p. 27)

Tendo em conta que o corpo também é uma construção, põe-se em xeque a idéia de que existe um corpo a parte da cultura. A atribuição de significado ao corpo se dá dentro de um contexto histórico e através de seus valores, ou seja, há uma certa pré-concepção que acaba por produzir, incentivar certos efeitos. Butler defende que, antes da idéia de gênero, o corpo já é socialmente interpretado e há idéias sobre ele pré-construídas, ou seja, o corpo não é só um dado biológico, pesa sobre ele também uma construção social. Assim como os conceitos de gênero, anteriormente discutido, a hipótese de Butler não é unanimemente aceita, mas é importante, pois leva a questionar outro vínculo considerado natural a idéia de gênero e desejo sexual.

A filósofa estadunidense defende que em nossa sociedade há uma ordem que liga necessariamente os conceitos de corpo, gênero e sexualidade, ou seja, quando nasce uma criança e percebe-se que é homem (detentor de órgão sexual masculino), já há uma pré-concepção de que terá atração sexual por meninas. A interpretação desse corpo é social, não só a construção de seu modo de agir, a idéia de tornar-se mulher é, a princípio, ligada ao corpo identificado à mulher. Butler defende que essa interpretação deste corpo como feminino, já é uma construção social e histórica, ou seja, há uma expectativa a qual acaba por conformar uma realidade⁶. Concluindo que o papel dessa interpretação binária de corpos, dividindo o ser humano em dos conceitos bem delimitados de homem e mulher seria o de legitimar a ordem heterossexual, visando assegurar a permanência de dois sexos fixos, mantendo a ordem heterossexual compulsória.

Entretanto todo poder traz consigo um contrapoder, a resistência é inerente a natureza das tentativas de controle⁷, então, apesar da busca por delimitar e controlar

⁶ BECKER, Simone; TONELI, Maria Juracy Filgueiras. A violência normativa e os processos de subjetivação: contribuições para o debate a partir de Judith Butler. In: **Fazendo Gênero 9: Diásporas, Diversidade, Deslocamentos**, Florianópolis: UFSC. 2010.p. 4

⁷ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: A Vontade de Saber**. 19. ed. Rio de Janeiro : Graal, 2009. p. 91

a sexualidade, esta se expressa de diversas formas. Além da heterossexualidade, que é a atração sexual por pessoa do sexo oposto, há diversas manifestações de orientação sexual⁸, como a homossexualidade a qual pode ser entendida como atração erótica por indivíduos do mesmo sexo⁹, há também a bissexualidade, a qual se caracteriza por atração por ambos os sexos¹⁰, entre outras.

É importante não se confundir orientação sexual com identidade de gênero, qual seja:

“A expressão orientação sexual diz respeito especificamente ao sexo pelo qual o indivíduo se sente atraído sexual e emocionalmente.

[...]

Já o termo identidade de gênero se relaciona com o gênero (masculino ou feminino) com o qual um indivíduo se identifica.”
(SANTOS, 2010, p. 236 e 237)

Quanto à identidade de gênero também há diversas formas de subverter os padrões de masculino e feminino, como as pessoas travestis, transexuais e transgêneros:

travestis são pessoas que se identificam com as imagens e estilos diferentes do esperado socialmente para seu sexo biológico e que desejam e se apropriam de indumentárias e adereços dessas estéticas, realizando com frequência a transformação de seus corpos por meio da ingestão de hormônios e/ou da aplicação de silicone industrial, assim como pelas cirurgias de correção estética e de implante de próteses, o que lhes permitem se situar dentro de uma condição agradável de bem estar bio-psico-social. Travesti é um conceito muito utilizado por personagens políticas no Brasil, e, concordando com Marcos Benedetti (2000), portanto, há um feminino genuinamente travesti, sendo raríssimos os casos do uso desse termo no masculino (“os” travestis) por personagens políticos que tenham sexo biológico feminino e configuram suas existências em estéticas e performatividades masculinas. Contudo, ainda que de modo ínfimo, há ocorrências dentro do próprio movimento LGBTTT de pessoas de sexo feminino que reivindicam essa posição de travestilidade, conforme presenciamos junto à plateia do I Seminário Nacional Saúde da População LGBTT e a construção do SUS, organizado pelo Ministério da Saúde, em agosto de 2007.

⁸ SANTOS, Elder Cerqueira. Percepção de Usuários Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros, Transexuais e Travestis do Sistema Único de Saúde. In: **Revista Interamericana de Psicologia**, vol. 44, nº 2, 2010p. 236

⁹ BORGES, Israel. A possibilidade da regulamentação das uniões entre pessoas do mesmo sexo com base na Constituição Federal de 1988. In: **Revista Jurídica da Unisul**, Tubarão, SC, v. 4, nº8, p118.

¹⁰ SANTOS, *op cit*, p. 237

transexuais são pessoas que não se identificam com seus genitais biológicos (e suas atribuições sócio-culturais), podendo, às vezes, utilizarem a cirurgia de transgenitalização para construir suas expressões de gêneros em consonância com seu bem estar bio-psico-social e político, podendo ser FtM (femme to male – mulher a homem) ou MtF (male to femme – homem a mulher);

costumava-se considerar anteriormente que os(as) transgêneros eram apenas aqueles(as) que mudavam momentaneamente suas performances de gênero com finalidades artísticas, lúdicas ou eróticas (transformistas, drag queens, drag kings, crossdressers , e outros). Atualmente, podemos definir transgêneros como pessoas que, temporariamente ou não, constroem suas estéticas e expressões de gêneros contrárias ao que é socialmente estabelecido para os nascidos com seus sexos biológicos, e que não se encaixam nas definições políticas estabelecidas para as expressões “transexuais”, “travestis”, “homem”, “mulher” ou mesmo “lésbica”, “gay” e “bissexual”, categorias que traduzem mais a questão da orientação sexual do desejo que da identidade de gênero. (PERES; TOLEDO, 2011, p. 265)

Assim, as identidades trans são aquelas nas quais há discrepância entre o dado biológico do corpo e a identidade de gênero. Tais pessoas são, via de regra, vistas como transgressões ao ideal binário homem e mulher, portanto desafiam essencialmente as bases da sociedade heteronormativa¹¹, sendo, por isso, vítimas recorrentes da violência homofóbica.

¹¹ SILVA, Joseli Maria. A Cidade dos Corpos Transgressores da Heteronormatividade. In: **Revista Geo UERJ**. Rio de Janeiro. Ano 10 – nº 18 – Vol. 1, 2008. p. 3

3. HOMOFOBIA

Tendo em mente os conceitos anteriormente dispostos de sexualidade como construção cultural e histórica, passo a analisar o significado do termo homofobia. Como já exposto anteriormente, em nossa sociedade, a homossexualidade é vista como expressão sexual desviante, secundária que subverte a ordem, o que causa reações contrárias, as quais materializam a homofobia.

Mas afinal o que é homofobia? As teorias não são uníssonas em tal definição e têm desenvolvido diferentes percepções e perspectivas sobre o tema, muitas vezes faltando convergência nas opiniões. Quanto a origem do termo homofobia, este foi cunhado pelo psicólogo Kenneth Smith, entretanto tornou-se notório com George Weinberg e, desde então, vem sendo intimamente ligado à linguagem patologizante que o deu origem¹², mas não pode a ela ser subsumida. É preciso se problematizar este viés de doença que tal percepção traz, pois o que é assinalado com a etiqueta de “verdade médica/científica” tem um grande poder fomentador de discussões e formador de opiniões, para análise das afirmações deste discurso é imprescindível que se considere que, assim como todas as formas de conhecimento, o saber médico não é aparte da cultura, sendo assim, traz consigo padrões, éticos religiosos e morais¹³. Tendo esta crítica em mente, é preciso desenvolver-se um conceito de homofobia que não limite-se a esta perspectiva.

A homofobia nada mais é do que uma das facetas discriminatórias e preconceituosas¹⁴ de nossa sociedade, assim como o anti-semitismo, racismo, e sexismo. Como preconceito entende-se as percepções negativas que se tem contra uma pessoa ou um grupo, já discriminação é a manifestação de tal preconceito nas relações sociais. A discriminação subdivide-se em outras duas categorias a direta que são as ações intencionais ou conscientes de inferiorização de certas pessoas, assim como a indireta a qual se oculta em atitudes pretensamente neutras, mas

¹² MAYA, Acyr Correa Leite. Homossexualidade: Saber e Homofobia. Tese de Doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Teoria Psicanalítica da UFRJ. Rio de Janeiro, 2008. p. 12

¹³ JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Homofobia: Limites e Possibilidades de um Conceito em Meio a Disputas. In: **Revista Bagoas**, Belo Horizonte, v. 01, n. 01, 2007. p. 5

¹⁴ RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008. p. 15

discriminatórias¹⁵. Embora possa ser igualada pela violência e grau de segregação que opera na sociedade a outras formas de discriminação a homofobia tem suas peculiaridades. Ao investigar o tema Roger, Raupp Rios discorre o que segue:

As definições valem-se, basicamente, de duas dimensões, veiculadas de modo isolado ou combinado, conforme a respectiva compreensão. Enquanto umas salientam a dinâmica subjetiva desencadeadora da homofobia (medo aversão e ódio, resultando em desprezo pelos homossexuais), outras sublinham as raízes sociais, culturais e políticas desta manifestação discriminatória, dada a institucionalização da heterossexualidade como norma, com o conseqüente vilipêndio de outras manifestações da sexualidade humana.

Neste último sentido, como será explicado adiante, o termo “heterossexismo” é apontado como mais adequado, disputando a preferência com o termo “homofobia”, para designar a discriminação experimentada por homossexuais e por todos aqueles que desafiam a heterossexualidade como parâmetro de normalidade em nossas sociedades.¹⁶ (RIOS, 2008, p. 21)

Ou seja, o conceito de homofobia pode ser analisado sob dois pontos de vista o individual e o cultural. Apesar de estas perspectivas não serem as únicas são as mais recorrentes e por isso as que serão melhor analisadas adiante neste trabalho.

Antes se faz mister analisar a quem se volta a discriminação homofóbica. No presente trabalho a palavra homofobia será entendida como o preconceito que se dirige a todas e todos aqueles sujeitos que “não se enquadram nos modelos hegemônicos de masculinidades e feminilidades”.¹⁷ Com tal concepção, abrange-se também a discriminação contra “travestis, transexuais, bissexuais, mulheres heterossexuais com forte personalidade, homens heterossexuais delicados ou que

¹⁵ Um exemplo prático deste tipo de discriminação são as brincadeiras de criança as quais demonstram de forma camuflada e aparentemente inocente que ser homossexual é um problema vide ponto 3.2 deste trabalho

¹⁶ RIOS, Roger Raupp. O Conceito de Homofobia na Perspectiva dos Direitos Humanos e no Contexto dos Estudos sobre Preconceito e Discriminação in RIOS, Roger Raupp (org.), **Em Defesa dos Direitos Sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 118

¹⁷ FERNANDES, F. B. M.; GROSSI, M. P.; PEDRO, J. M. **A Homofobia como uma Categoria Teórica no Brasil (2008)**: notas preliminares sobre a produção de trabalhos de conclusão de curso, dissertações e teses a partir de pesquisa na plataforma. 2009. Seminário Corpo Gênero Sexualidade realizado na FURG nos dias 06 a 08 de maio de 2009. Disponível em: http://www.academia.edu/192360/A_HOMOFOBIA_COMO_UMA_CATEGORIA_TEORICA_NO_BRA_SIL_2008_NOTAS_PRELIMINARES SOBRE A PRODUCAO DE TRABALHOS DE CONCLUSAO DE CURSO DISSERTACOES E TESES A PARTIR DE PESQUISA NA PLATAFORMA LATTES <http://lattes.cnpq.br> > Acesso em: 22 de agosto de 2012.

manifestam grande sensibilidade”¹⁸ Apesar das teorizações que separam estas discriminações em homofobia e transfobia, para fins deste trabalho, o conceito de homofobia abarcará o de transfobia, qual seja:

A transfobia pode significar formas específicas de exclusão e violência contra as pessoas que constroem suas expressões sexual e de gênero diferente da norma “macho, então masculino, então homem”; e “fêmea, então feminina, então mulher”, junto à pressuposição e conseqüente discriminação dessas pessoas por assumirem ou serem suspeitas de assumir uma orientação sexual diferente da heterossexual. (PERES; TOLEDO, 2011, p. 271 e 272)

Tais definições estarão inclusas na definição de homofobia no presente trabalho, pois proveniente dos mesmos mecanismos discriminatórios, quais sejam, os campos de “disputas nas quais se definem socialmente o masculino (e as masculinidades), o feminino (e a feminilidades), como também o neutro, o ambíguo, o fronteiro ou o semovente”.¹⁹

3.1 Homofobia Individual

Com esta conotação a homofobia é intimamente ligada à visão patológica, portanto à etimologia do termo. O vocábulo homofobia é a junção de duas palavras latinas “homo”, a qual significa igual, bem como homem; e fobia, que pode ser traduzida como medo, desgosto, repulsa. Ou seja, o termo pode ser entendido como medo do mesmo ou medo dos outros homens, um temor da homossexualidade ou de a ela ser ligado de alguma forma, bem como a aversão às pessoas que tem o comportamento sexual tido como desviante do padrão heterossexual²⁰.

Dentro deste viés de análise psicológica, considera-se que esta aversão pelo homossexual pode ser ter duas perspectivas principais. A primeira de ‘Teoria do

¹⁸ PERES, William Siqueira; TOLEDO, Lívia Gonsalves, Dissidências Existenciais de Gênero: resistências e enfrentamentos ao biopoder. In: **Revista de Psicologia Política**, vol. 11, nº 22, 2011. p. 272

¹⁹ JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Homofobia: Limites e Possibilidades de um Conceito em Meio a Disputas. In: **Revista Bagoas**, Belo Horizonte, v. 01, n. 01, 2007.p. 7

²⁰ SMIGAY, Karin Ellen Von. Sexismo, homofobia e outras expressões correlatas de violência: desafios para a psicologia política. In: **Psicologia em Revista**, Belo Horizontre, v. 8, n. 11, 2002. p. 34

bode expiatório²¹, que é explicada como “Diante da frustração, os indivíduos procuram identificar culpados e causadores da situação que lhes causa mal-estar, donde a eleição de certos indivíduos e grupo para este lugar.”²² Ou seja, em uma cultura que condene a violência certos instintos devem ser ocultados o que causa desconforto, a fim de manifestar tais impulsos é preciso projetá-los para fora de si, voltando-se contra um determinado grupo ou a determinada pessoa. Em nossa sociedade na qual a homossexualidade é tida como desvio, subvertendo padrões fortemente edificados como naturais ou corretos dentro do indivíduo, os sujeitos sentem-se legitimados a expressarem sua violência nessas pessoas desviantes, servindo então tais sujeitos como “bode expiatório”.²³

A segunda chamada ‘Teoria projecionista’ a qual entende que a aversão ao homossexual na verdade é uma manifestação de um desejo reprimido que é exteriorizado através de amostras de violência.²⁴ Os motores psíquicos para tais fobias são relacionados por George Weinberg:

Weinberg enumera as motivações psicológicas da homofobia: 1) a religiosa (os homossexuais são considerados pecadores por perseguirem o prazer sexual), 2) o medo de ser homossexual (o combate da homossexualidade é a expressão de um desejo recalcado, de acordo com o mecanismo de defesa nomeado por Freud de formação reativa), 3) a inveja reprimida (o homossexual representa uma ameaça para o atributo da masculinidade heterossexual), 4) ameaça dos valores compartilhados pela maioria, e, por último, 5) temor da morte (a ausência de filhos desnuda a mortalidade). (MAYA, 2008, p. 12)

O viés individual é o de expressão explícita de violência, é nele que a homofobia assume contornos de violência real, ou seja, discriminação direta.

Não existem estatísticas oficiais sobre crimes de ódio no Brasil, os dados que temos são principalmente de associações não governamentais de defesa da população homossexual que têm como fonte revistas jornais, buscando pelo menos a criação de algum levantamento sobre homofobia. Como é o caso do Grupo Gay da

²¹ O termo refere-se a um ritual hebraico no qual um bode era deixado ao relento como símbolo de redenção dos pecados do povo de Israel.

²² RIOS, Roger Raupp. O Conceito de Homofobia na Perspectiva dos Direitos Humanos e no Contexto dos Estudos sobre Preconceito e Discriminação in RIOS, Roger Raupp (org.), **Em Defesa dos Direitos Sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 114.

²³ GIROLA, Roberto Guido. Violência e Saúde: uma perspectiva psicanalítica. In: **Revista Bioética**, Brasília, vol. 12, nº 2, 2004. p. 101

²⁴ RIOS, *op cit.* p. 119

Bahia que anualmente divulga estatísticas, os últimos dados de 2011, relatam 282 casos de discriminação por orientação sexual, os relatos são de insultos, ameaças e até agressões físicas. São Paulo é o estado que mais tem registros deste tipo de violação aos direitos humanos, mas, segundo o relatório do grupo, o Brasil como um todo tem seus casos, sendo considerado o país número um no ranking mundial de assassinatos homofóbicos. Importante ressaltar o dados foram coletados a partir de informações da imprensa, ou seja, provavelmente representam apenas uma pequena parte dos crimes efetivamente praticados²⁵.

3.2 Homofobia Cultural

Sob esta perspectiva homofobia é vista como um processo cultural que exterioriza a heteronormatividade da sociedade, ou seja, o ódio aos homossexuais e suas conseqüências²⁶. A sexualidade considerada “normal” em nosso meio é a heterossexual, o que constitui um padrão heteronormativo de mundo, ou seja, há uma cultura que busca condicionar determinados comportamentos que visam a heterossexualidade, como já foi dito anteriormente, Foucault afirma que há uma estrutura social que amolda a sexualidade, objetivando a manutenção da heterossexualidade como padrão. A partir deste ponto de vista as outras orientações sexuais são vistas como anormais, desviantes, problemáticas, sendo, na melhor das hipóteses, entendidas como “diferentes”²⁷, por isso muitas vezes a homofobia cultural, também é chamada de heterossexismo.

Desde crianças a idéia de um ideal heterossexual de casamento e filhos nos é ensinada, para tanto os meninos são estimulados a demonstrar continuamente sua masculinidade e virilidade. No desenvolver da adolescência, os homens são incentivados a não ter gesto de afetos com seus iguais, inclusive na relação entre pai e filho. Beijos e abraços prolongados e afetuosos, mesmo que entre parentes

²⁵GRUPO GAY DA BAHIA. **Sul e Sudeste lideram ranking de homofobia no Brasil, aponta relatório.** Disponível em: <http://www.ggb.org.br/sul%20e%20sudeste%20lideram%20ranking%20de%20homofobia%20no%20Brasil%202012%20GGB.html> Acesso em: 03 de setembro de 2012.

²⁶ SILVA, R.; BORNIA, J. P. Homofobia: a discriminação por orientação sexual e a legislação penal brasileira. In: **Revista Cesumar**, v. 14, n. 1, jan/jun. 2009. p. 39

²⁷ WELZER-LANG, Daniel. A Construção do Masculino: Dominação das Mulheres e Homofobia. In: **Estudos Feministas**, Florianópolis, n. 02, v. 01, 2001. P. 460

são limitados, pois demonstram afeminamento, ou seja, homossexualidade segundo as percepções corriqueiras.²⁸

Como foi dito no parágrafo anterior a homossexualidade masculina é entendida como “afeminar-se”, aproximar-se ao ser mulher, com uma correspondência obrigatória à identidade de gênero. O tornar-se homem crescido tem identificação com distanciar-se do mundo feminino, pueril. Nessa perspectiva a identidade masculina é construída, a todo momento, com a negação do que a sociedade considera como feminino.²⁹ Há certa pressão social para que os meninos demonstrem continuamente sua distância da homossexualidade. Cria-se um medo no homem de demonstrar que sua masculinidade é insuficiente³⁰. Nas palavras de Kimmel:

Esa pesadilla, de la cual nunca parecemos despertar, es que esos otros hombres verán esa sensación de inadecuación, verán que ante nuestros propios ojos no somos lo que fingimos ser. Lo que llamamos masculinidad es a menudo una valla que nos protege de ser descubiertos como un fraude, un conjunto exagerado de actividades que impide a los demás ver dentro de nosotros, y un esfuerzo frenético para mantener a raya aquellos miedos que están dentro de nosotros. Nuestro verdadero temor ‘no es miedo de las mujeres sino de ser avergonzados o humillados delante de otros hombres, o de ser dominados por hombres más fuertes’.³¹ (LEVERENZ, *apud* Kimmel, 1997, p. 210)

Ser mulher é visto como ser inferior, isso é um pensamento ensinado aos homens desde cedo. Roberto Damatta (1997) relata como tais concepção de superioridade masculina e a obrigatoriedade de afastar-se da homossexualidade são transmitidas em forma de uma brincadeira chamada “Tem pente aí?” na qual os amigos apalpavam os traseiros uns dos outros de forma grosseira a procura de

²⁸ MAYA, Acyr Correa Leite. Homossexualidade: Saber e Homofobia. Tese de Doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Teoria Psicanalítica da UFRJ. Rio de Janeiro, 2008. p. 13

²⁹ WELZER-LANG, Daniel. A Construção do Masculino: Dominação das Mulheres e Homofobia. In: **Estudos Feministas**, Florianópolis, n. 02, v. 01, 2001. P. 465

³⁰ HEREK, Gregory M. Beyond “Homophobia”: Thinking About Sexual Prejudice and Stigma in the Twenty-First Century. In: *Journal of NSRC*, San Francisco, vol. 1, n. 2, 2004. p. 9

³¹ Esse pesadelo do qual nunca parecemos despertar, é que esses outros homens verão essa sensação de inadequação, verão que ante nossos próprios olhos não somos o que fingimos ser. O que chamamos de masculinidade é freqüentemente uma cerca que nos protege de ser descobertos como uma fraude, um conjunto exagerado de atividades que impedem os outros de ver dentro de nós, e um esforço frenético para manter dentro dos limites aqueles medos que estão dentro de nós. Nosso verdadeiro temor ‘não é medo das mulheres se não de ser envergonhado ou humilhado diante de outros homens, ou de ser dominados por homens mais fortes’ **Tradução nossa**

penete nos bolsos. As reações a tal abuso deviam ser controladas, a fim de não ser identificado como homossexual passivo, o que seria uma das piores máculas ao ideal de masculinidade, mostrando como ser homem estava intimamente ligado a “uma eterna vigilância das emoções, dos gestos e do próprio corpo”. Relata posteriormente através da análise das formas simbólicas de construção da masculinidade, como a exaltação do falo como símbolo de virilidade, coragem e violência³², durante sua adolescência, são um ensinamento de aversão à homossexualidade:

Diante de todos esses valores e práticas que acentuavam explicitamente o lado positivo e superior da masculinidade, não causa estranheza que uma das maiores contradições naquela sociedade era o homem que resolvia abandonar o seu “aparato masculino” tornando-se assexuado ou, pior que isso, “virando veadado”. Pois se os homens eram intrínseca e naturalmente superiores, o homossexualismo (que, para nós, só existia entre os homens, sendo verdadeiramente impensável entre as mulheres) ou o celibato era vistos como uma traição ao gênero. [...] Ademais, “virar mulher” era tornar-se um inferior e ficar satisfeito de ser uma reles imitação. (DAMATTA, 1997, p.40)

Como se pode perceber a leitura do texto citado, a homossexualidade é normalmente concebida como masculina, pois está ligada à imagem do homem que se feminiliza, fragiliza, torna-se um inferior, o que romperia o ideal másculo que se espera do varão. Por isso a proximidade da mulher com o mundo homossexual é melhor aceita socialmente³³, porém é importante ressaltar que a homofobia não se manifesta exclusivamente em relação aos homens, a homossexualidade feminina sofre os mesmos preconceitos da masculina, pois esta desafia da mesma forma os ideário de gênero e família.

Dentro dessa sociedade machista a mulher encaixa-se em um ideal de mãe, sendo assim, a mulher que se relaciona com outra e, a princípio, abre mão da maternidade e constituição de uma família tradicional é considerada tão desviante quanto os homens que não correspondem ao ideal de masculinidade. Ela é vista

³² “O pênis era um ator social a ser permanentemente testado, experimentado e consumido. Como órgão central explícito da masculinidade, como traço distintivo da condição de ‘homem’, o falo (muito mais do que o escroto) era um elemento permanente da consciência.” (DAMATTA, 1997, p. 39)

³³ MAYA, Acyr Correa Leite. Homossexualidade: Saber e Homofobia. Tese de Doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Teoria Psicanalítica da UFRJ. Rio de Janeiro, 2008. p. 13

como uma mulher com problemas, algumas vezes inclusive insinuando-se que tal mulher só seria lésbica por rancor em relação aos homens com quem se relacionou, ou porque não tenha se relacionado com um “homem de verdade”, sofrendo a experiência lésbica uma espécie de invisibilização, já que a homossexualidade masculina é tão em voga a feminina é tratada como secundária, praticamente inexistente:

A via da heterossexualidade compulsória, por meio da qual a experiência lésbica é percebida através de uma escala que parte do desviante ao odioso ou a ser simplesmente apresentada como invisível, poderia ser ilustrada a partir de muitos textos, além dos dois precedentes. A suposição de Rossi, segundo a qual as mulheres seriam dirigidas de modo “inato” para os homens, e aquela feita por Lessing, de que a lésbica está simplesmente apresentando sua amargura diante dos homens, não seriam, de modo algum suas exclusivamente. Essas ideias são amplamente reconhecidas e correntes na literatura e nas ciências sociais. (RICH, 2010, p. 21 e 22)

O machismo tem como pilares a negação da sexualidade feminina e a idéia de dependência da mulher em relação ao homem, já que ela é frágil, as relações lésbicas destroem tais conceitos. A idéia de que a mulher possa ser feliz independentemente e sentir prazer fora da relação com um homem e do casamento, subvertem, questionam a idéia machista de que a mulher precisa do homem para protegê-la e satisfazê-la.

Uma vez que a heterossexualidade é tida como expressão de sexualidade “normal”, a sociedade tende a reforçar tal comportamento em um sistema de recompensa ao normatizado e repulsa aos abjetos, um exemplo desse modo de agir é relatado por Willian Siqueira Peres:

Lilith, uma travesti negra, pobre, candombleira, portadora do vírus HIV, aos 42 anos nos fala de um episódio ocorrido ainda em sua infância, quando cursava a quarta série primária. Lilith ainda não era travesti e se portava como menino, mas devido aos seus traços femininos sempre era molestada e agredida pelos outros meninos que a humilhavam constantemente. Um dia, após o sinal de retorno do recreio, Lilith dirigiu-se ao banheiro (deixava para ir por último, para evitar molestações) e foi atacada por nove meninos que a obrigaram a fazer sexo oral e anal com todo o grupo.

Após a experiência da “curra”, ficou algum tempo caída no chão, chorando, até ser encontrada pela servente da escola, que a levou até a diretoria, onde fez a queixa e a denúncia dos meninos que a haviam violentado. Após a denúncia, a diretora chamou os

meninos envolvidos e constatou que entre eles estavam seu filho e um sobrinho que, em prantos, negava a participação no episódio. Após alguns dias, a diretora da escola convocou Lilith e seus familiares para promulgar a sua expulsão por “atentado violento ao pudor”. (PERES, 2009, p. 246)

A travesti Lilith da história narrado foi vítima de imensa violência, porém a instituição escolar não a protegeu, muito pelo contrário, ela foi punida com a expulsão. As instituições da nossa sociedade amparam também tais idéias excludentes, Salo de Carvalho inclusive classifica este como um terceiro nível de homofobia, a institucional, em suas palavras:

a violência homofóbica institucional (Estado homofóbico), que se traduz, por um lado, na construção, interpretação e aplicação sexista (misógina e homofóbica) da lei penal e, por outro, na construção de práticas sexistas violentas nas e através das agências punitivas (p. ex., agências policial, carcerária, manicomial) (CARVALHO, 2012, p. 19)

Uma das expressões mais combatidas desta homofobia institucional foi a patologização da homossexualidade, sendo que só em 1990 que a homossexualidade deixou de ser catalogada como doença pela Organização Mundial de Saúde, antes disso a homossexualidade era vista como um “mal a ser tratado”³⁴. Tal discurso médico legitima o preconceito desta sociedade que vê as expressões de sexualidade e identidade de gênero fora dos padrões heterossexuais como anormais, ligando-os a doença, corroborando com argumentos laicos as concepções religiosas.³⁵ A transexualidade continua a ser diagnosticada como distúrbio psicológico, sendo por isso oferecido como tratamento a tal distúrbio pelo Sistema Único de Saúde a cirurgia de mudança de sexo.³⁶

Quanto à prática das agências policiais, o Grupo Gay da Bahia relata que muitos dos homossexuais agredidos sequer registram a boletim de ocorrência ou realizam exame de corpo de delito nos Institutos Médicos Legais, por temor de sofrer hostilidades homofóbicas nestes ambientes. Segundo seu levantamento, inclusive,

³⁴ BARBERO, Graciela Haydée. A despatologização da orientação sexual: O papel da Resolução 01/99 e o enfrentamento da homofobia no psicologia e diversidade sexual. In: **Psicologia e Diversidade Sexual**, São Paulo: CRPSP, 2011. p.60

³⁵ CARVALHO, Salo. Três **Hipóteses e uma Provocação sobre Homofobia e Ciências Ciminais**: Queer(ing) Criminology. In: Boletim IBCCRIM, Ano 20, n°. 238, 2012. p. 2.

³⁶ PERES, Wiliam Siqueira; TOLEDO, Lívia Gonsalves. Travestis, transexuais e transgêneros: novas imagens e expressões da subjetividade In: **Psicologia e Diversidade Sexual**, São Paulo: CRPSP, 2011. p. 79

as manifestações de discriminação mais recorrentes provém justamente dos órgãos e instituições governamentais.³⁷

Em estudo sobre a percepção de tratamento dos homossexuais pelo Sistema único de Saúde se obteve resultado semelhante. A pesquisa revelou que muitos dos entrevistados se sentiam discriminados, havendo relatos de deboche quanto à orientação sexual dos pacientes. Igualmente foi identificada certa invisibilização das questões de gênero e sexualidade na prática médica, sendo aplicado um atendimento padrão sem respeitar as peculiaridades da população LGBT. Um exemplo apresentado no texto é a orientação igual de prevenção a AIDS dada às mulheres, sem respeitar as particularidades da população lésbica.³⁸

Assim como o discurso científico que patologiza, o discurso jurídico que exclui ou que criminaliza determinadas condutas também demonstra certa homofobia das instituições, as minúcias deste tipo de homofobia serão melhor apresentadas mais adiante neste trabalho.

³⁷GRUPO GAY DA BAHIA. **Sul e Sudeste lideram ranking de homofobia no Brasil, aponta relatório.** Disponível em: <http://www.ggb.org.br/sul%20e%20sudeste%20lideram%20ranking%20de%20homofobia%20no%20Brasil%202012%20GGB.html>> Acessado em: 03 de setembro de 2012.

³⁸ SANTOS, Elder Cerqueira. Percepção de Usuários Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros, Transexuais e Travestis do Sistema Único de Saúde. In: **Revista Interamericana de Psicología**, vol. 44, n° 2, 2010. p. 241

4. O VALOR DE FAZER PARTE DO CAMPO JURÍDICO

Como reação à tamanha desigualdade de tratamento em nossa sociedade, os grupos de militância LGBT têm tentado adentrar no campo do Jurídico, a fim de adquirir direitos há tempos reconhecidos aos heterossexuais, assim como a criminalização das condutas discriminatórias perpetradas contra eles. Tendo em vista que boa parte das condutas de violência já estão positivadas como crime, é importante se refletir o porquê se deveriam ser particularizadas, por meio da legislação, a discriminação dos homossexuais. Ou seja, qual a importância desta parcela da população poder ser reconhecida formalmente pelo Direito como merecedora de proteção especial.

Primeiramente serão analisadas as idéias de Pierre Bourdieu sobre o Campo Jurídico, bem como o poder simbólico específico do âmbito penal. Em seguida relatarei um exemplo de reconhecimento de um problema social através de legislação protetiva específica, qual seja a criação da Lei Maria da Penha que trouxe visibilidade ao problema da violência doméstica contra a mulher. Tal inserção teve papel simbólico importante no combate da discriminação contra a mulher no contexto familiar. Finalizo com a análise das forças em jogo no processo de criminalização da homofobia com o relato dos discursos que disputam espaço nessa questão.

4.1 Bourdieu e a Idéia de Campo

Pierre Bourdieu, sociólogo francês, desenvolveu sua linha de argumentação em cima das análises de dominação, para além das forças físicas, mas também a simbólica, construída com fundamento na autoridade. Sua tese se desenvolveu, tendo como base alguns conceitos essenciais como campo, *habitus* e capital.

O sociólogo entendia que o meio social era composto por campos, ou seja, espaços específicos com lógica própria, nos quais as pessoas se relacionam. Dentro deste campo há o que se chama de “campo de forças” e “campos de lutas” o primeiro visa à conformação dos integrantes desse micro-espaço de convivência ao

seu conjunto de valores, o segundo diz respeito ao poder que os integrantes do campo têm de conservação ou transformação de sua estrutura devido a sua posição hierárquica dentro deste.³⁹ O campo forma-se e delimita-se por grupos com motivos, valores e interesses específicos comuns, mas pode ser analisado aparte das características individuais de seus integrantes, ou seja, de forma objetiva, não apenas como uma soma de suas partes, mas um todo que tem significado próprio.

Os integrantes do campo unem-se em torno de um *habitus*. O *habitus* é um sistema de crenças tão internalizadas, de certa forma até inconsciente, transmitidas pelas forças atuantes dentro do campo constituintes de sua própria cultura.⁴⁰ “O *habitus* é a internalização ou incorporação da estrutura social, enquanto o campo é a exteriorização ou objetivação do *habitus*”⁴¹ Isto é, assim como conforma o *habitus* é a aceitação de até inconsciente dos valores do campo, o campo é a manifestação de determinado *habitus*. Além destes pressupostos, Bourdieu ainda desenvolve os conceitos de *doxa*, que corresponde ao senso comum do campo, ou seja, suas idéias consensuais, bem como o conceito de *nomos*, que são as regras particulares que o regulam. Outro conceito desenvolvido pelo sociólogo é o de *illusio*, termo que diz respeito a certo embaçamento de nossa percepção quanto às determinações do campo de tão inseridos que estamos em seu *habitus*⁴², nas palavras de Bourdieu:

A *illusio* é estar preso ao jogo, preso pelo jogo, acreditar que o jogo vale a pena ou, para dizê-lo de maneira mais simples, que vale a pena jogar [...] *Illusio* [...] é dar importância a um jogo social, perceber que o que se passa aí é importante para os envolvidos, para os que estão nele [...] Os jogos sociais são jogos que se fazem esquecer como jogos e a *illusio* é essa relação encantada com um jogo que é o produto de uma relação de cumplicidade ontológica entre as estruturas mentais e as estruturas objetivas do espaço social. (BOURDIEU, 2011, p. 139 – 140)

Ou seja, quando se adere à *doxa* e ao *habitus*, aceita-se as regras do jogo social inerente àquele campo, o que faz com que não se perceba com clareza as resoluções de seu microcosmo social, acreditando-se piamente nos postulados do ambiente, a isto o sociólogo chama de *illusio*.

³⁹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Sociologia e justiça penal: teoria e prática da pesquisa sociocriminológica**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010.p. 86

⁴⁰ SETTON, Maria da Graça Jacinto. A Teoria do *habitus* em Pierre Bourdieu: uma leitura contemporânea. In: **Revista Brasileira de Educação**, n. 20, 2002. p. 62

⁴¹ AZEVEDO, *op cit* p. 87 e 88

⁴² OLIVEIRA, Pedro Paulo. *Illusio: aquém e além de Bourdieu*. **MANA**. Rio de Janeiro: v.11, n. 2, out. 1997. p. 533

Embora reconheça a possibilidade de análise do campo como um todo, Bourdieu não nega a importância da interação dos membros como moduladores de seu grupo. A capacidade de mudança ou conservação do campo por seus integrantes é proporcional ao seu capital. Tal conceito não se limita ao financeiro, sendo muito mais abrangente:

Além do capital econômico, a riqueza material, o dinheiro, Bourdieu considera ainda a existência do capital cultural, que compreende o conhecimento, as habilidades, as informações, correspondente ao conjunto de qualificações intelectuais produzidas e transmitidas pela família, e pelas instituições escolares, sob três formas ou estados: o Estado incorporado, como disposição durável do corpo (por exemplo, a forma de se apresentar em público); o Estado objetivo, como a posse de bens culturais (por exemplo, a posse de obras de arte); o Estado institucionalizado, sancionado pelas instituições, como os títulos acadêmicos; do capital social, que inclui o conjunto de acessos sociais, que compreende os relacionamentos e a rede de contatos e do capital simbólico, correspondente ao conjunto de rituais de reconhecimento social, e que compreende o prestígio, a honra etc. O capital simbólico é uma síntese dos demais (cultural, econômico e social). (AZEVEDO, 2010, p. 91)

Logo, para Bourdieu, o dinheiro não é a única forma de impor-se dentro de uma sociedade, para ele há ainda o capital cultural que diz respeito às qualificações intelectuais, o capital social o qual relaciona-se com a rede de contatos de um indivíduo, bem como o capital simbólico que é relativo ao reconhecimento social; sendo, por isso, uma síntese dos outros capitais. Tais recursos não são distribuídos igualmente entre todos os integrantes do campo, sendo assim há dentro do grupo uma disputa pela sua dominação, com estratégias voltadas à aplicação ou conservação de seu capital. Segundo Thiry-Cherques:

Todo campo vive o conflito entre os agentes que o dominam e os demais, isto é, entre os agentes que monopolizam o capital específico do campo, pela via da violência simbólica (autoridade) contra os agentes com pretensão à dominação (Bourdieu, 1984:114 e segs.). A dominação é, em geral, não-evidente, não-explicita, mas sutil e violenta. Uma violência simbólica que é julgada legítima dentro de cada campo; que é inerente ao sistema, cujas instituições e práticas revertem, inexoravelmente, os ganhos de todos os tipos de capital para os agentes dominantes. A violência simbólica, doce e mascarada, se exerce com a cumplicidade daquele que a sofre, das suas vítimas. Está presente no discurso do mestre, na autoridade do burocrata, na atitude do intelectual. Por exemplo, as pesquisas de opinião constituem uma violência simbólica, pela qual ninguém é

verdadeiramente responsável, que oprime e rege as linhas políticas nas democracias contemporâneas (Bourdieu, 1996:275). De forma que a dominação não é efeito direto de uma luta aberta, do tipo “classe dominante” versus “classe dominada”, mas o resultado de um conjunto complexo de ações infraconscientes, de cada um dos agentes e cada um a das instituições dominantes sobre todos os demais (Bourdieu, 1996:52). (THIRY-CHERQUES, 2006, p. 37 - 38)

Portanto, dentro do campo, exerce-se dominação daqueles com maior capital (importante ressaltar que aqui se está utilizando as diversas facetas da palavra capital, segundo os conceitos de Bourdieu) de forma violenta, na maior parte das vezes simbólica, não física. Dentro deste contexto há uma infinda disputa por manter ou modificar as estruturas hierárquicas do campo.

Todo campo é formado por regiões menores as quais podem ser denominadas subcampos e entre eles acontecem as disputas de poder. Na maior parte das vezes tais embates se desenrolam de forma inconscientes, impondo-se aqueles que conseguem estabelecer como predominante a sua espécie preferencial de capital.⁴³

Há, igualmente, pressões externas que agem sobre o campo, pois este não é isolado, havendo interpenetração entre diversos campos, o que não significa que sua dinâmica interna seja condicionada a tais coações, tendo em vista que o grupo é regido de fato por suas articulações internas, pelo jogo de forças de sua própria lógica interna, o que de forma alguma nega a influência externo no campo, somente corrobora que o mais importante quanto a estrutura do campo é a correlação hierárquica interior. Segundo Thiry-Cherques:

O que se passa no campo não é o reflexo das pressões externas, mas uma expressão simbólica, uma tradução, refratada pela sua própria lógica interna. A história própria do campo, tudo que compõe o *habitus*, as estruturas subjacentes, enfim, funcionam como um prisma para os acontecimentos exteriores (Bourdieu, 1984:219). Os resultados das lutas externas — econômicas, políticas etc. — pesam na relação de forças internas. Mas as influências externas são sempre mediadas pela estrutura particular do campo, que se interpõe entre a posição social do agente e a sua conduta (*prise de position*). É nesse sentido que o campo é “relativamente autônomo”, isto é, que ele estabelece as suas próprias regras, embora sofra influências e até mesmo seja condicionado por outros

⁴³ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Sociologia e justiça penal: teoria e prática da pesquisa sociocriminológica.** Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010. p. 92

campos, como o econômico influencia o político, por exemplo. (THIRY-CHERQUES, 2006, p. 38)

4.1.1 O Campo Jurídico e a importância de inserção em seu âmbito

Transpondo os conceitos anteriormente expostos ao Direito, Bourdieu o conceitua como um campo específico com suas particularidades, dotado de imenso poder simbólico.

O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. É com esta condição que se podem dar as razões quer da autonomia relativa do direito, quer do efeito propriamente simbólico de desconhecimento (BOURDIEU, 2010, p. 212).

Ou seja, uma das peculiaridades deste campo é a possibilidade de dizer o Direito, quem tem autoridade e capital específico para poder ditar a “visão legítima, justa, do mundo social”. Para se poder entrar em suas disputas, é preciso de um capital específico que é o conhecimento de suas normas, inclusive de sua linguagem própria. Boa parte do efeito advindos deste campo provém do que o sociólogo denomina “língua jurídica” e toda sua simbologia, a qual procura os efeitos da neutralização, ou seja, de impessoalizar as lides em jogo, assim como o da universalização, que é o reconhecimento de um fato como interesse comum, geral.⁴⁴ Entretanto, não só em seu discurso se legitima o Direito, mas também tem este a seu alcance todo um aparato que lhe suportam, amparando seu poder. Nas palavras de Rodrigo de Azevedo:

Desde um ponto de vista sociológico, o Direito, ou o fenômeno jurídico, pode entender-se como composto de dois aspectos inseparáveis entre si. Em primeiro lugar o Direito como discurso, ou seja, como unidade de significação ou prática enunciativa; em segundo lugar, o Direito como conjunto de aparatos especializados que lhe servem de suporte, como campo social em

⁴⁴ BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 16. ed. Rio de Janeiro, RJ : Bertrand Brasil, 2010. p. 215

que se produz e negocia-se esse discurso. Ainda que para efeitos analíticos possamos diferenciá-los, são dois aspectos indissociáveis, uma vez que o discurso ou a razão jurídica não existe à margem do lugar social ou da rede de relações em que emerge, e se existe esse lugar social é precisamente devido a essa razão jurídica que ali se constitui, produz-se e negocia-se como tal. (AZEVEDO, 2010. P.97)

A existência do campo jurídico está intimamente fundamentada na diferença entre os detentores de saber jurídico e os leigos, ou seja, os profissionais e os não profissionais, os quais Bourdieu denomina profanos.

A constituição de uma competência propriamente jurídica, mestria técnica de um saber científico frequentemente antinômico das simples recomendações do senso comum, leva à desqualificação do sentido de equidade dos não-especialistas. O desvio entre a visão vulgar daquele que se vai tornar “justiciável”, quer dizer, num cliente, e a visão científica do perito, juiz, advogado, conselheiro jurídico, etc, nada tem de accidental; ele é constitutivo de uma relação de poder. (BOURDIEU, 2010, p. 225 - 226).

A separação entre os que dominam as peculiaridades do Direito e os comuns, legitima um poder simbólico dos que sabem, sob os profanos, criando um sistema jurídico que submete a população, por força de seu poder simbólico, legitimado nos ideais de autonomia do Direito e sua neutralidade. Importante ressaltar que a autonomia do Direito defendida por Bourdieu não é a da visão formalista que vê o Direito como seu próprio fundamento nem da instrumentalista que o percebe como um mero reflexo da estrutura social a qual subjuga muitos (dominados) em prol de poucos (dominantes), o sociólogo defende a autonomia do Direito como sendo inerente a seu universo social relativamente independente, mesmo que ainda suscetível algumas pressões externas, tem sua representação própria como forma por excelência de violência simbólica legítima.

Para romper com a ideologia da independência do direito e do corpo judicial, sem se cair na visão oposta, é preciso levar em linha de conta aquilo que as duas visões antagonistas, internalista e externalista, ignoram uma e outra, quer dizer, a existência de um universo social relativamente independente em relação as pressões externas no interior do qual se produz e se exerce autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física. As práticas e os discursos jurídicos são,

com efeito, produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de força específicas que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas. (BOURDIEU, 2010, p. 211)

A lógica interna e peculiar do campo jurídico é a que faz com que seja interessante nele ingressar. Muito do Direito se legitima na diferenciação entre os profanos e os profissionais, os detentores do capital específico do campo têm um *status* social, formando uma barreira para a entrada de agentes externos. O direito representa a palavra pública, o veredicto que resolve os conflitos reconhecidos universalmente. A idéia do Direito se edifica justamente no seu distanciamento dos profanos, tornando o direito um espaço sagrado, fazendo com que ter lugar neste ambiente seja uma conquista, é elevar suas demandas também à condição de sagradas. Os rituais que envolvem o campo jurídico contribuem para diferenciar sua visão da compreensão comum, reforçando a sua força, delimitando o jurídico do não jurídico, em outras palavras, o sagrado do profano.

Ou seja, o Direito tem poder quase mágico de nomeação, o qual oficializa aqueles que estavam calados, escondidos, coloca luz sob o oculto, conferindo a este, nas palavras de Bourdieu “existência plena”, ou seja, consagração de uma ordem sob a tutela do Estado.

Se está na própria vocação da sociologia lembrar que, segundo o dito de Montesquieu, não se transforma a sociedade por decreto, também é verdade que a consciência das condições sociais da eficácia dos actos jurídicos não deve levar a ignorar ou negar aquilo que faz a eficácia própria da regra, do regulamento e da lei: a justa reacção contra o juridismo, que leva a restituir ao seu lugar, na explicação das práticas, as disposições constitutivas do *habitus*, não implica de forma alguma pôr entre parênteses o efeito próprio da regra explicitamente enunciada, sobretudo quando, como é o caso da regra jurídica, ela está associada a sanções. E inversamente, se não há dúvida de que o direito exerce uma eficácia específica, imputável sobretudo ao trabalho de *codificação*, de pôr em forma e em formula, de neutralização e de sistematização, que os profissionais do trabalho simbólico realizam segundo as leis próprias do seu universo, também não há dúvida de que esta eficácia, definida pela oposição à inaplicação pura e simples ou à aplicação firmada no constrangimento puro, se exerce na medida e só na medida em que o direito é socialmente reconhecido e depara com um acordo, mesmo tácito e parcial, porque responde, pelo menos na

aparência, a necessidades e interesses reais.(BOURDIEU, 2010, p. 239)

Por óbvio que a simples positivação de uma norma não modifica a sociedade, porém não se pode negar, por isso, o poder inerente ao direito de trazer a tona, de legitimar interesses reais da sociedade. A atividade jurídica está intimamente ligada ao poder, quer seja, quanto a hierarquia interna do campo, quer seja naqueles que recorrem ao âmbito jurídico em defesa de seus interesses, ou seja, estar inserido nele é traz consigo uma certa conquista de poder.

Há uma universalização, racionalização e neutralização dos fatos que é inerente a sua entrada no campo jurídico, o que favorece os agentes sociais inseridos no jogo, assim conseguindo deter um poder na sociedade, quer seja econômico, quer seja em capital simbólico, tendendo a impor para si uma representação de normalidade ou de patologia àquelas que se apresentam como diferentes.

Ou seja, a universalização jurídica seria a fórmula por excelência das estratégias de legitimação que permitem exercer uma dominação particular recorrente a um princípio universal mediante a referência de uma regra, que permite que o interesse em disputa se substancie em desinteresse, ou em termos de um interesse geral ou comum, que despojado de toda referência filosófico-moral, seria fruto do poder agregado daqueles setores suficientemente influentes para definir problemas, constituí-los como tais e impor suas próprias soluções. (AZEVEDO, 2010, p.99)

Essa crença na racionalidade específica do Direito é relativa à aceitação da *illusio* própria do campo, é aceitar que estar no jogo já é importante por si mesmo. A idéia de conformação à regra é inerente ao significado do campo jurídico, o direito é o mundo do “dever ser”, ou seja, nele se delimita o que deve ser percebido como o ideal. O direito tem o poder de normatização de condutas, reproduzindo determinada ordem, porém não se pode esquecer que dentro dele há também disputas para se delimitar qual o verdadeiro sentido desta ordem.

Ese interés específico, como se observa en las luchas que se dan al interior del campo jurídico o en la relación del campo jurídico con el campo del poder, no es la eficiencia jurídica o la justicia social. El interés aquí vendría vinculado con la creencia en una forma de racionamiento específico, en el formalismo del derecho o cuando menos, en la aceptación del mismo como forma necesaria

para tomar parte en el juego. Ese interés es lo que Bourdieu llama la *illusio* específica del campo, el dar por asumido que jugar en el campo es valioso, *illusio* caracterizada por el reconocimiento tácito de los valores que se encuentran en disputa en el juego y el dominio de sus reglas (RAVINA, 2000, p. 65).⁴⁵

Assim, quando um sujeito consegue conquistar um espaço no campo jurídico, ele aceita as regras do jogo como importantes, assume que o lugar conquistado é relevante. Aquele que se inclui adota o *habitus* do campo, adequando-se ao seu discurso, ou seja, conforma-se com o espaço que ocupa, auxiliando a estabilizar as estruturas internas ao campo.

4.2 DIREITO PENAL SIMBÓLICO

O Direito Penal, enquanto ramo do direito, também está inserido neste contexto simbólico descrito por Bourdieu. Entretanto, o que distingue o direito penal das outras manifestações do Sistema Jurídico, acentuando seu poder simbólico é a forma como exerce a sua coerção, a forma de sanção que impõe. O que não significa necessariamente a pena de privação de liberdade, por exemplo, há multas penais as quais não deixam de ter o caráter de sanção penal, porém não são privações do direito a liberdade. Nas palavras de Eugênio Raul Zaffaroni:

[...] o direito penal tem, como caráter diferenciador, o de procurar cumprir a função de prover à segurança jurídica mediante a coerção penal, e esta, por sua vez, se distingue das restantes coerções jurídicas, porque aspira assumir caráter especificamente preventivo ou particularmente reparador. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2008, p. 93)

O que se depreende dessas palavras é que o caráter preventivo e reparador é uma das características inerentes a idéia de Direito Penal. Dessa idéia decorram

⁴⁵ “Esse interesse específico, que se observa nas lutas que acontecem no interior do campo jurídico com ou na relação do campo jurídico com o campo do poder, não é a eficiência jurídica ou a justiça social. O interesse aqui viria vinculado com a crença em uma forma de racionalidade específica, no formalismo do direito ou no mínimo, na aceitação do mesmo como forma necessária para se tornar parte do jogo. Esse interesse é o que Bourdieu chama de *illusio* específica do campo, em assumir que jogar no campo é valioso, *illusio* caracterizada pelo reconhecimento tácito dos valores que se encontram em disputa no jogo e no domínio de suas regras.” **Tradução nossa**

diversas acepções de qual seria o papel da Justiça Criminal, desenvolvendo-se teorias sobre as funções preventivas e retributivas.

A perspectiva do Direito Penal simbólico é aquela que discorre sobre o potencial de símbolo que criminalização de condutas tem para a população em geral. Também chamada de função retórica, visa a obter a sensação de segurança jurídica na opinião pública através de um legislador que propõe respostas penais às questões que geram insegurança no povo.

[...]não é tanto a função instrumental⁴⁶ da pena que serve para resolver determinados problemas e conflitos, são determinados problemas e conflitos que ao atingirem certo grau de interesse e alarde social no público se convertem num pretexto para uma ação política destinada a obter não tanto funções instrumentais específicas, mas sim uma função de caráter geral: a obtenção do consenso buscado pelos políticos na chamada “opinião pública” (BARATTA, 1994, p. 23)

Por ter tal viés, o Direito Penal simbólico é muito criticado. Atribui-se a ele uma simples função demagógica de agradar a população para fins eleitoreiros, sem buscar efetivas mudanças no plano fático, visando o apaziguamento de ânimos vingativos e retributivos da população em geral.⁴⁷ Via de regra, a atuação dessa perspectiva dá-se com o aumento do rigor desproporcional das penas sobre determinadas condutas que mais chocam as massas, através da criminalização de certas atitudes e ou majoração da pena de crimes já existentes.⁴⁸

Entretanto o poder simbólico é inerente as instituições⁴⁹ ainda mais ao Direito, como já foi disposto anteriormente, logo não pode simplesmente ser visto como inimigo que deve ser a todo custo evitado. O problema dessa visão do Direito Penal é o abandono ou desestimulação da busca por soluções reais, optando-se pela repetição infundável “[...] de um discurso que só traz tranquilidade através de uma

⁴⁶ Baratta usa a expressão função instrumental como aquela que visa influir efetivamente de forma mais direta no contexto social.

⁴⁷ QUEIROZ, Paulo de Souza, **Funções do Direito Penal**, 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 52

⁴⁸ Idem Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 74, jan. 1999 p. 09,

⁴⁹ “O simbolismo tem uma função social: uma autêntica função política. Os símbolos são os instrumentos do conhecimento e de comunicação, tornam possível o consenso a cerca do mundo social que contribui fundamentalmente para a reprodução da ordem social: a integração lógica é a condição da integração moral.” (SANGUINÉ, 1995, p. 78)

solução ilusória [...]”⁵⁰ Desse modo, é importante que se busque outras soluções além da penal para os conflitos de nossa sociedade, assim restando ao poder simbólico um espaço mais legítimo, pois não barra a apresentação de outros recursos os quais tenham o condão de apresentar respostas efetivas aos dilemas de nossa sociedade.

Portanto o poder simbólico deve ser equacionado na atividade legislativa e judiciária, este poder inerente ao Direito não pode ser simplesmente relegado a um papel de manipulação negativa das massas, é preciso considerá-lo a fim de utilização de seu poder como forma de concretização de realidades mais justas. O direito penal, sob esta ótica teria o propósito de “[...] assegurar a vigência real dos valores fundamentais ético-sociais da sociedade [...]”⁵¹. Reafirma, pois, os princípios os quais são tipos como relevantes a um povo, penalizando as condutas que os atingem.

A prisão relaciona-se com a manifestação de um poder central. É um dos muitos símbolos que expressam a unidade do grupo social. Só com a sua presença, a prisão expressa a unidade. A exclusão do indivíduo do grupo social através da prisão indica que a comunidade sente, experimenta, frente ao crime. Embora esta expressão esta expressão de desaprovação não esgote a função da pena, é um factor importante. A pena é um instrumento convencional para expressar atitudes de ressentimento e indignação e juízos de desaprovação e reprovação (Feinberg). Quando se tenta justificar determinada forma de castigo ou pena, talvez, na realidade, o que se tenta justificar é o símbolo da infâmia que constitui. (SANGUINÉ, 1995, p. 84)

Ou seja, com a punição penal, reafirma-se que determinada conduta afronta valores fundamentais de uma sociedade, exteriorizando a desaprovação social da atitude. Serve, pois, como marca de que, em nosso sistema democrático, não são admitidas certas atitudes as quais afrontam direito, humilhando e inferiorizando populações que dentro do nosso contexto social, já são vítimas recorrente de toda sorte de discriminações.

Sob esta perspectiva que se encontra a questão da criminalização da homofobia. Não necessariamente como meio de combate específico e exclusivo

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal brasileiro**: Primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003 p. 77

⁵¹ ANJOS, Fernando Vernice dos. Direito Penal Simbólico e Finalidade da Pena. **Boletim IBCCrim**. n. 171, p. 2 – 3, fev., 2007. p. 2

desse tipo de violência, mas como demarcação aos profanos de que tais atitudes não serão toleradas em um Estado que preze pela igualdade. Delimita também que tais questões são relevantes para um contexto social; inclui, então, aqueles que são esquecidos na produção legislativa, aqueles que têm tanta dificuldade de acesso ao Campo Jurídico; abre, pois, suas portas, reafirmando a importância de seus problemas e a intolerância perante as atitudes que subjuguem esta parcela da população.

Como já foi exposto no ponto três, a homossexualidade é vista como uma subversão aos papéis sociais “corretos” de homens e mulheres e, como tal, os homossexuais são um grupo mal visto e, conseqüentemente vítimas recorrente de violência tanto física quanto psicológica. São excluídos reiteradamente do campo jurídico⁵², sendo suas conquistas frutos de lutas árduas por reconhecimento de seus direitos. Tendo em vista a vulnerabilidade desta população à violência cotidiana, seria significativo que a legislação penal protegesse de forma especial os homossexuais.

O Direito é um poder e ser inserido nele é fazer parte desse jogo, é ter também acesso a essa linguagem peculiar, aos seus instrumentos, ao *illusio* deste campo que detém a possibilidade de modelar o mundo do “dever ser”⁵³. O Direito Penal tem um significado simbólico ainda maior o que lhe confere uma importância ímpar nesse jogo de inclusão.

A palavra crime tem um grande peso para os profanos, a reprovação da sociedade recai muito mais fortemente sobre as condutas assim rotuladas. Estipular que um determinado agir é contrário ao Direito Penal traz a tona o debate aos profanos, lançando luzes ao que estava invisibilizado, fazendo com que os casos particulares, tornem-se de interesse público, pois a afronta a uma lei é percebida como lesão também ao interesse público.

Questão que deve ser levantada quanto a possibilidade de criminalizar a homofobia é que outras legislações já foram criadas com o intuito de proteger em especial determinados grupos mais vulneráveis dentro da nossa sociedade como os negros através da Lei 7.716/1989 e as Mulheres pela via da Lei Maria da Penha.

⁵² Mais sobre tal exclusão será melhor desenvolvido no ponto 4.4

⁵³ Sobre a importância de ser incluído nesse campo ver mais no ponto 4.1.1.

Do ponto de vista da construção histórica dos direitos humanos, os grupos LGBTs possuem a mesma legitimidade postulatória para efetivação de suas pautas políticas (positivas e negativas) que, p. ex., o movimento de mulheres e o movimento negro. Aliás, para além do debate dogmático -constitucional dos deveres de tutela e da proibição da proteção insuficiente (Streck, 2011:100), creio que seria extremamente discriminatório assegurar políticas públicas de igualização e de defesa dos direitos das mulheres e dos afrodescendentes e não observar as reivindicações dos grupos LGBTs.

Entendo que é fundamental reconhecer a existência de um passivo histórico na cultura ocidental que legitima formas distintas de tutela jurídica destes grupos vulneráveis. Não apenas pela violência interpessoal, fruto da cultura misógina, racista e homofóbica, que se presentifica e se atualiza no cotidiano, mas, sobretudo, pelo fato de terem sido instituídas formalmente políticas de Estado voltadas à eliminação e à segregação destas diferenças – p. ex., o controle punitivo violento sobre o corpo feminino no Medieval (misoginia de Estado); as políticas escravagistas na época colonial (racismo de Estado); a criminalização e a patologização da homossexualidade na história recente (homofobia de Estado).

A questão da legitimidade parece, portanto, indiscutível no que tange (1º) à implementação de políticas de discriminação positiva e (2º) à *especificação dos crimes violentos* praticados em virtude de discriminação ou preconceito (*crimes de ódio*). A defesa de uma especificação legal (*nomen juris*) da violência homofóbica decorre da necessidade de *nominação* e do conseqüente *reconhecimento formal* do problema pelo Poder Público, retirando-o da invisibilidade e da marginalização. (CARVALHO, 2012, p. 14 e 15)

Excluir a população LGBT de ter esse tipo de proteção seria praticamente negar a sua vulnerabilidade em nosso contexto social, tendo em vista que outros grupos marginalizados obtiveram tal conquista, nada mais igualitário do que oferecer a mesma proteção especial àqueles que, assim como os negros e as mulheres, são inferiorizados pelas suas diferenças, consubstanciando o que disse Boaventura de Souza e Santos em seu livro *Reconhecer para Libertar*:

[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades. (SANTOS, 2003, p. 56)

Desse modo a legislação penal seria utilizada para tentar equilibrar a balança de nossa sociedade, oferecendo especial proteção ao grupo vulnerável para que, reconhecendo a suas diferenças, alcance-se a igualdade, não sendo suficiente para

isso que a conduta seja tipificada como crime, é preciso que se pontue e diferencie que aquele não é um crime comum, mas sim um crime de ódio, manifestação de um preconceito específico que desigual a boa parte da população, pelo simples fato de esta não se enquadrar nos padrões de heterossexualidade. Utiliza-se, assim, o Direito Penal para declarar que as atitudes de humilhação aos homossexuais são tão relevantes e tão ofensivas a nossa sociedade quanto quaisquer outras. Visibiliza, pois, o preconceito cotidiano que há muito vem sendo naturalizado, trazendo novos questionamentos ao senso comum.

Uma das críticas que se oferece contra esta percepção é a do Minimalismo ou Garantismo⁵⁴ corrente de pensamento a qual defende que a pena de prisão deve ser a última *ratio*, objetivando a intervenção mínima do Estado através do Direito Penal. O modelo de Direito Penal mínimo acredita que, por ser este extremamente violento deve ser reservado ao menor número de condutas possíveis⁵⁵. Por tal posicionamento, opõe-se a nova onda de criminalização de condutas, muitas vezes realizadas pelos movimentos sociais como a Militância LGBT e a luta pela criminalização da homofobia.

Desde este ponto de vista (garantista), não percebo a priori como ilegítima a diferenciação qualitativa dos crimes homofóbicos dos demais crimes. Entendo justificável, do ponto de vista da tutela dos direitos fundamentais, a motivação homofóbica adjetivar condutas que implicam em danos concretos a bens jurídicos tangíveis, como a vida (homicídio homofóbico), a integridade física (lesões corporais homofóbicas) e a liberdade sexual (violação sexual homofóbica). Inclusive porque estes bens jurídicos invariavelmente integram a restrita pauta de criminalização defendida nos programas de direito penal mínimo. Retomo (e adapto), portanto, uma conclusão que externei em outro momento, relativa ao debate sobre a violência contra a mulher: a mera especificação da violência homofóbica em um nomen juris próprio designado para hipóteses de condutas já criminalizadas não produz o aumento da repressão penal, sendo compatíveis, inclusive, com as pautas político-criminais minimalistas (Campos & Carvalho, 2011:150). (CARVALHO, 2012, p. 14 e 15)

Contudo a criminalização das práticas homofóbicas, como bem expressou Sala de Carvalho, não afrontam essencialmente o ideário Garantista, já

⁵⁴ Tal corrente não é homogênea, tendo diversas nuances, havendo vários modelos teóricos minimalistas, sendo aqui tratado o tema apenas em linhas gerais.

⁵⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. In **Revista Sequência**, n. 52, 2006. p. 168

que boa parte das condutas já estão expressas em outras legislações criminais (apesar de haver projeto de lei que crie novos tipos penais como o PLC 122/06⁵⁶), somente particulariza a situação *sui generis* dos crimes de ódio contra os homossexuais. Mesmo a criação de novos tipos pode ser legitimada, tendo em vista a longa história discriminatória perpetrada contra tal população. Como foi exposto no ponto 3.2 deste trabalho, a homossexualidade foi vista como doença por muitos anos, bem como todo o contexto de nossa sociedade homofóbica que rotula as orientações sexuais e identidades de gênero desviantes dos padrões heterossexuais.

4.3 COMO O GÊNERO ADENTRA O CAMPO DO DIREITO: LEI MARIA DA PENHA

Um dos grandes exemplos da aplicação da teoria do Direito Penal Simbólico no campo jurídico brasileiro é a Lei 11.340 de 2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha. Tal legislação tem como escopo o combate à violência doméstica contra a mulher que nada mais é do que violência de gênero, assim como a que é perpetrada contra os homossexuais, ambas tendo a mesma raiz: o machismo⁵⁷. Esta lei será melhor analisada, pois insere no campo penal o mesmo debate que a criminalização da homofobia, qual seja a opressão do feminino, portanto a violência de gênero.

A trajetória das mulheres no campo jurídico transparece muito bem a sociedade machista em que estamos inseridos. Dentro do Direito Penal coube à mulher apenas sua categorização na condição de vítimas, diferenciando àquelas que se faziam respeitar e mereciam o amparo jurídico, das 'outras'. Assim as mulheres, no âmbito criminal, eram catalogadas como 'virgem', 'honesta', 'prostituta' ou 'pública', entre outras denominações.⁵⁸ Entretanto foi na área cível que o machismo institucional se mostrou mais claro, o Código Civil de 1916 trazia em seu

⁵⁶ Mais sobre o PLC 122 no ponto 4.4

⁵⁷ Mais sobre isso no ponto 3.2

⁵⁸ MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Da mulher honesta à Lei com Nome de Mulher: o lugar do feminino na Legislação Penal Brasileira. **Revista Videre**, Dourados, ano 2, n. 3, jan/jun 2010. p. 138

corpo diversos dispositivos que impunham à mulher um papel de inferioridade e submissão, como a artigos que diminuía a capacidade civil da mulher casada a qual só poderia realizar certos atos com a autorização do marido, tornando-a relativamente incapaz, ou a obrigatoriedade da mulher de adotar o nome do marido ao casar, também dispo de que, em havendo discordância entre os cônjuges, prevaleceria a vontade do homem.⁵⁹

Com diversas lutas a mulher foi, aos poucos, ocupando espaços mais significativos no campo jurídico e passando de objeto para sujeito de direito, por exemplo, conquistando o direito ao voto com o Código Eleitoral de 1932. Igualmente o Estatuto da Mulher Casada trouxe alterações significativas ao Código Civil, como concessão do pátrio poder a ambos os pais. Os avanços foram vagarosos, mas esses pequenos passos acabaram por trazer na Constituição de 1988, a positivação da igualdade formal entre homens e mulheres.⁶⁰

Assim como tais modificações legislativas, a Lei Maria da Penha também foi fruto de intensa disputa dos movimentos feministas brasileiros. Apesar de sempre haver uma cobrança das mulheres para que as vítimas de violência domésticas fossem amparadas, a mobilização maior dos movimentos feministas se iniciou com a edição da Lei 9099/1995 com a qual se criou os Juizados Especiais Criminais que minimizavam as penalidades sobre crimes de menor potencial ofensivo. Ocorre que os casos de violência doméstica, via de regra, acabavam sendo levados a tais juizados, o que foi interpretado pelos ativistas como uma barreira para que crimes, como ameaça e lesão corporal leve perpetrados contra as mulheres, pudessem ser vistos com a devida gravidade simbólica, ou seja, como violação de Direitos Humanos.⁶¹

Em 1998, Maria da Penha Maia Fernandes, até então mais uma desconhecida vítima de agressões sucessivas perpetradas por seu marido, leva seu caso, com apoio de organizações internacionais, à Comissão Interamericana e Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA)⁶². Ela foi reiteradamente agredida física e psicologicamente pelo marido, que inclusive tentou

⁵⁹ SILVA, Raquel Marques da. **Evolução Histórica da mulher na Legislação Civil**. Disponível em: <<http://ditizio.ecn.br/adv/txt/ehlc.pdf>> p. 3

⁶⁰ SILVA, *loc cit*

⁶¹ MACIEL, Débora Alves. Ação coletiva, mobilização do direito e instituições políticas: o caso da campanha da lei Maria da Penha. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 26, n. 77, Oct. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092011000300010&lng=en&nrm=iso>. p. 103 Acessado em: 22 de outubro de 2012

⁶² MACIEL, *ibid.* p. 106

assassiná-la duas vezes, porém seu esposo ainda passou vinte anos em liberdade devido aos diversos recursos opostos por seus procuradores.⁶³

Em 2002 é proclamada decisão favorável a Maria da Penha na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, fazendo com que se intensificassem as pressões dos movimentos sociais para a criação de uma lei de combate à violência doméstica. Houve diversas mobilizações, primeiramente para que fosse realizado um projeto de lei e depois para que esse projeto correspondesse às expectativas dos militantes, em especial quanto a tirar da competência dos Juizados Especiais Criminais as questões de violência doméstica, culminando em 2006 na promulgação da lei 11.340.⁶⁴

Nesse ínterim promoveram-se diversos debates na comunidade acadêmica quanto à necessidade de realização de uma legislação específica, o mesmo debate que hoje se trava quanto a criminalização da homofobia, e o argumento simbólico foi uma das alegações que objetivavam legitimar esse debate sobre a proteção penal especial à mulher vítima de violência intrafamiliar.

Os movimentos que a sustentam argüem não estar especialmente interessados no castigo, mas, fundamentalmente, na utilização simbólica do Direito Penal como meio declaratório de que os referidos problemas são tão importantes quanto os dos homens e pública ou socialmente intoleráveis. Ou seja, o que se busca com a criminalização destas condutas é, em primeiro lugar, a discussão e conscientização públicas acerca do caráter nocivo delas e, a seguir, a mudança da percepção pública a respeito. [...] Concorde-se ainda, no universo desta argumentação feminista, que é possível encontrar outros meios declaratórios mas, seguem argüindo, não se compreende porque precisamente as mulheres tem que renunciar ao meio declaratório por excelência - o Direito Penal. E enquanto exista é uma arena adicional onde elas devem enfrentar a batalha exigindo reconhecimento e proteção do mesmo e forçando-o a adotar um tratamento não discriminatório nem desvalorizador da mulher. (ANDRADE, 1996, p. 88 e 89)

Como se pode notar, os argumentos são muito semelhantes aos defendidos hoje quanto à criminalização da homofobia, quais sejam, o caráter extremamente simbólico e particular do direito penal de declarar certas atitudes como incorretas,

⁶³ MACIEL, Débora Alves. Ação coletiva, mobilização do direito e instituições políticas: o caso da campanha da lei Maria da Penha. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 26, n. 77, Oct. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092011000300010&lng=en&nrm=iso>. p. 106 Acessado em: 22 de outubro de 2012

⁶⁴ MACIEL, *ibid.* p. 103

demarcar como crime a violência de gênero, considerando de certa forma discriminatório a exclusão justamente das mulheres dessa proteção penal. Tal argumento não é uma criação brasileira, mas um eco das lutas feministas pelo mundo a fim de poder utilizar a legislação criminal como demarcador e visibilizador de violência cotidiana a quais são submetidas as mulheres.

Tomando como ejemplo el caso español podemos ver claramente cómo el feminismo español utilizó la legislación penal, no como un elemento de solución, sino como un elemento de denuncia. ¿Cómo podía ser que aquel instrumento que se decía protector de los bienes jurídicos supremos del ordenamiento jurídico, no ofreciera protección a la mayor parte de las vulneraciones de los derechos que sufre la mitad de la población? Esta paradoja pretendía ilustrar el sexismo de nuestras sociedades, pero no plantear que la solución de la violencia de género se encontrara efectivamente en los códigos penales.⁶⁵ (GONZÁLEZ, 2003, p. 472)

Dessa forma a luta das mulheres por proteção penal, inclusive em outros países como a Espanha, se deu com fundamento no elemento simbólico de inclusão dessa parte da população que vem sendo oprimida dentro da sociedade machista, como forma de demarcar que as atitudes de violência doméstica não seriam admitidas, em uma espécie de discriminação positiva a favor das mulheres. Entretanto faz-se necessário a análise do real reflexo simbólico que tal legislação protetiva teve na população brasileira.

Nas lutas pela criação da Lei 11.340/06, as feministas defenderam o objetivo de trazer a público relações outrora essencialmente privadas, visando desconstruir o senso-comum que ecoava frases como: “Em briga de marido e mulher não se mete a colher”. Tais concepções invisibilizavam um problema que não somente privativo de determinadas famílias, mas um reflexo da sociedade ainda patriarcal na qual vivemos.

Sabemos que a violência de gênero (aqui englobando a violência doméstica contra a mulher) é parte das relações de poder desiguais estabelecidas ao longo dos séculos entre homens e mulheres. Historicamente, o espaço doméstico foi considerado o

⁶⁵ Tomando como exemplo o caso espanhol podemos ver claramente como o feminismo espanhol utilizou a legislação penal, não como solução, mas como um elemento de denúncia. Como podia aquele instrumento que se dizia protetor dos bens jurídicos supremos do ordenamento jurídico, não oferecia proteção à maior parte das feridas nos direitos que sofrem a metade da população? Este paradoxo pretendia ilustrar o sexismo das nossas sociedades, mas não considerar que a solução da violência de gênero se encontra efetivamente nos códigos penais. **Tradução nossa**

espaço da privacidade por excelência, em oposição às ruas, ao trabalho, à política etc. que se consideravam espaços públicos. Esta visão apoiava e reforçava a ideia de que o espaço privado não era de interesse geral e, portanto, não merecia ser discutido publicamente e tampouco constituía objeto de intervenção estatal. (CORTIZO & GOYENECHÉ, 2010, p. 106)

Esse objetivo de trazer à tona as relações de opressão materializadas pela violência familiar, foi alcançado pela Lei Maria da Penha. A divisão muito rígida entre privado e público em relação às agressões perpetradas contra as mulheres foi em muitos aspectos desconstituída. Apenas dois anos após a edição da Lei Maria da Penha, foram realizadas, pelo Instituto Themis em parceria com o IBOPE, pesquisas para se diagnosticar o impacto da legislação na população brasileira. Mesmo com tão pouco tempo da entrada em vigor da lei, os resultados já eram significativos: 68% dos entrevistados disseram conhecer a Lei 11.340/06, bem como ter opinião formada sobre seu conteúdo e impacto; mesmo na população de menor renda mais de metade (59%) tinha algum conhecimento sobre a Lei Maria da Penha; boa parte das pessoas atribuía alguma efetividade a Lei, seja de punição à violência doméstica, potencial de diminuição dessas agressões e a maioria absoluta (83%) acredita que a lei auxilia a mulher vítima desse tipo de violência.⁶⁶ Outra pesquisa mais recente realizada em 2011 pela Fundação Perseu Abramo constatou que 84% das mulheres e 85% dos homens já tinham ouvido falar da Lei Maria da Penha e 78% das mulheres e 80% dos homens percebiam a lei como positiva.⁶⁷

Aos profanos o rótulo “crime” sobre determinadas condutas tem grande relevância. Por mais que, dentro do campo acadêmico, o Direito Penal venha sendo desconstituído e reiteradamente deslegitimado, ele ainda tem imenso poder no imaginário popular. O ‘crime’ é visto como algo a ser evitado e recriminado, dentro do contexto maniqueísta do senso comum, o que traz uma repressão natural a tais condutas.

Entretanto não é somente entre os profanos que a edição de uma Lei Penal trouxe mudanças. A inovação legislativa teve reflexos na atuação dos profissionais do direito também. A Lei Maria da Penha trouxe ao campo jurídico muito mais do que o debate sobre a violência doméstica, ela introduziu nos Tribunais Superiores a

⁶⁶ Ibope/Themis - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero. Dois Anos da Lei Maria da Penha: o que pensa a sociedade? São Paulo/Porto Alegre, 2008.

⁶⁷ Fundação Perseu de Abramo. Pesquisa mulheres brasileira e gênero nos espaços público e privado 2010. Cap. 5 - Violência Doméstica, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br/galeria/violencia-domestica>> Acessado em 24 de outubro de 2012

temática de gênero⁶⁸. Pesquisa realizada nos bancos de dados do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), pela a época mestrande Carla Alimena, revelou maior espaço para decisões com demandas relativas às problemáticas de gênero e violência domésticas, após edição da Lei 11.340.⁶⁹

Primeiramente o STF, no qual, devido a sua competência específica, há menos julgados e, via de regra, as questões de gênero são tratadas de forma secundária. Quanto a expressão “direito da mulher”, encontrou-se diversas ocorrências, a maioria delas correspondentes ao direito das mulheres casadas em relação aos seus maridos, tais ocorrências diziam respeito ao intervalo de 1953 a 1977, entretanto o julgado mais recente a Questão de Ordem (QO) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54 a qual tinha como cerne a possibilidade do aborto de fetos anencéfalos⁷⁰, que há época da pesquisa ainda não havia sido julgada, mas que o foi em abril deste ano, podendo já o debate de gênero ser apreciado como fundamento dos votos, de acordo com o que se pode notar nos seguintes fragmentos do voto do Ministro Relator:

[...] vale ressaltar caber à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez. Cumpre à mulher, em seu íntimo, no espaço que lhe é reservado – no exercício do direito à privacidade –, sem temor de reprimenda, voltar-se para si mesma, refletir sobre as próprias concepções e avaliar se quer, ou não, levar a gestação adiante. (MELLO, ADPF54, 2012, p.76)

Simone de Beauvoir já exclamava ser o mais escandaloso dos escândalos aquele a que nos habituamos. Sem dúvida. Mostra-se inadmissível fechar os olhos e o coração ao que vivenciado diuturnamente por essas mulheres, seus companheiros e suas famílias. Compete ao Supremo assegurar o exercício pleno da liberdade de escolha situada na esfera privada, em resguardo à vida e à saúde total da gestante, de forma a aliviá-la de sofrimento maior, porque evitável e infrutífero. (MELLO, ADPF54, 2012, p. 79)

No voto fica clara a percepção da mulher como sujeito de direito que merece ter sua opinião respeitada e sua integridade psicológica como um bem a ser

⁶⁸ O debate de gênero, em linhas gerais, diz respeito ao questionamento dos papéis tradicionais desempenhados por homens e mulheres, maiores detalhes sobre a temática estão expostos no ponto 2.

⁶⁹ Importante ressaltar que a pesquisa foi realizada em 2011, sendo que, algumas questões para as quais hoje já há acórdão, ainda não haviam sido julgadas.

⁷⁰ ALIMENA, Carla Marrone. **Conflitualidades em trânsito**: discursos jurídicos e de gênero no G8 – Generalizando (SAJU-UFRGS), 2011, 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito_ - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. p. 56 e 57

guardado pelo direito, sendo inclusive citada Simone de Beauvoir, ilustre teórica feminista. Importante ressaltar que a ADPF não foi julgada procedente por unanimidade, havendo dois votos divergentes, o do Ministro Ricardo Lewandowski cuja argumentação voltou-se principalmente a ilegitimidade do STF para decidir tal questão, já que isto seria extrapolar a sua competência. O outro voto que considerou improcedente a arquição foi o do Ministro Cezar Peluso, o qual discorreu principalmente sobre a necessidade de proteção da vida do anencéfalo⁷¹.

Outros resultados trazidos pela pesquisa anteriormente analisados dizem respeito às ocorrências das expressões “gênero”, “homossexuais” e “Lei Maria da Penha”, contudo nestes julgados as questões de gênero não são os objetos centrais do debate, sendo exceção o inquérito nº 2033, no qual se debate a admissibilidade de queixa crime, por assédio sexual, teoricamente perpetrado por um Ministro do STJ. Em tal inquérito, o qual foi rejeitado, o Ministro Carlos Ayres Britto postula que a Ministra Hellen Gracie antecipe seu voto sob o argumento de que, como “expoente da feminilidade brasileira”⁷², teria ela mais legitimidade debater a questão na qual “a própria condição feminina estivesse em julgamento”⁷³.

A pesquisadora ainda relaciona ações que levaram ao Tribunal problematizações de gênero, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275, relativa ao reconhecimento do direito de transexuais, operados ou não, de alterarem seu nome e sexo no registro civil, a qual ainda não foi decidida e a ADI 4277 e ADPF 132 que, em linhas gerais, postulava a interpretação conforme a Constituição do art. 1.723⁷⁴ do Código Civil, objetivando o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, desde que preenchidos os mesmos requisitos necessários para a configuração da união estável entre homem e mulher, e que os mesmos deveres e direitos originários da união estável fossem estendidos aos companheiros nas uniões homoafetivas. Esta última foi julgada em maio de 2011, sendo considerada procedente por unanimidade. Os votos refletiram uma certa propensão a desconstruir a heteronormatividade e efetivamente reconhecer os homossexuais como sujeito iguais a qualquer outro ser humano.

⁷¹ Trecho do voto: “O anencéfalo morre, e ele só pode morrer porque está vivo” em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204881>

⁷² Inq 2033, Rel. Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, j. 16.06.2004, DJ 17.12.2004, p.95

⁷³ Idem p. 94

⁷⁴ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

[...] nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade. É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração. (BRITTO, 2011, ADI 4277 p. 627)

[...] vedação de preconceito em razão da compostura masculina ou então feminina das pessoas também incide quanto à possibilidade do concreto uso da sexualidade de que eles são necessários portadores. Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual. Numa frase: há um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: [...] também não assiste às pessoas heteroafetivas o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homoafetivos. O que existe é precisamente o contrário: o direito da mulher a tratamento igualitário com os homens, assim como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos; (BRITTO, 2011, ADI 4277, p. 641)

Os trechos deixam claro que a correspondência entre a questão da opressão sofrida pelas mulheres está intimamente ligada ao preconceito contra os homossexuais. Simbólico atestar que a própria Lei Maria da Penha foi utilizada como um dos argumentos que legitimam o reconhecimento jurídico do *status* familiar das uniões homoafetivas, como se pode constatar pelo seguinte excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes:

A Lei Maria da Penha – Lei Federal 11.340, de 7 de agosto de 2006 – expressamente estabelece que toda mulher, independentemente da orientação sexual, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social (art. 2º), bem como que a definição de entidade familiar, para efeitos de proteção desta lei, independe de orientação sexual (art. 5º, parágrafo único). (MENDES, 2011, ADI 4277, p. 784)

Esse trecho corrobora a tese de que a criação da Lei 11.340/06 inseriu de forma significativa as demandas de gênero no campo jurídico brasileiro. À nossa Corte Constitucional parecem mais caros os temas das opressões de gênero, o que fica muito claro no discurso exposto nesses acórdãos.

Em um segundo momento, a pesquisa se voltou à análise das questões de gênero levadas ao STJ, por ser um Tribunal que tem âmbito de competência maior, as demandas são em maior número, o que proporciona um campo de estudo mais amplo. A primeira vista, um resultado da pesquisa que chama atenção é o elevado número de julgados relacionados à Lei Maria da Penha (78) o que, segundo a pesquisadora, demonstra o impacto que a lei teve nas demandas judiciais. Os principais pontos trazidos quanto à Lei foram seu âmbito de aplicação e se a ação caracterizava-se como ação penal pública incondicionada ou condicionada à representação da vítima.

Outro tema relevante foi a aplicação ou não da Lei 9.099/95 aos casos de violência doméstica, nesse assunto havia divisão de entendimento dentro do próprio Tribunal, entendendo, por exemplo, a Sexta Turma que poderia ser aplicado o dispositivo da Lei dos Juizados Especiais sobre a suspensão condicional da pena⁷⁵. Um debate jurisprudencial que trouxe aspectos da teoria feminista foi o relativo à natureza jurídica da ação penal, pois, caso levado adiante judicialmente um episódio de violência doméstica sem a autorização expressa da vítima, isso significaria retirar da mulher da possibilidade de decidir.

Nessa linha de controvérsias jurídicas que vêm acompanhadas de teoria feminista encontra-se o debate acerca da aplicação da Lei Maria da Penha às relações de namoro. Algumas turmas do Tribunal entendiam que não havia relação de subalternidade da mulher em namoros⁷⁶, enquanto outras defendiam que,

⁷⁵ HC 154.801/MT HABEAS CORPUS. CRIME DE LESÃO CORPORAL COMETIDA NO ÂMBITO FAMILIAR CONTRA MULHER. LEI MARIA DA PENHA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Na interpretação literal do artigo 41 da Lei Maria da Penha (11.340/06), o artigo 89 da Lei nº 9.099/95, não se aplica aos delitos de violência doméstica contra a mulher, cometidos no âmbito familiar.

2. Sopesados, porém, o conteúdo da Lei em questão e o disposto no artigo 226, parágrafo 8º, da Carta Magna, e contrariando o entendimento adotado por esta E. Sexta Turma, conclui-se que, no caso em exame, a melhor solução será a concessão da ordem, porque o paciente e a ofendida continuam a viver sob o mesmo teto.

3. Ordem concedida, para cassar o v. acórdão hostilizado e a r. sentença condenatória, determinando-se a realização de audiência, para que o paciente se manifeste sobre a proposta de suspensão condicional do processo oferecida pelo Ministério Público Estadual. (Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus 154801, Relator: Min Celso Limongi, DJe 10/12/2009)

⁷⁶ 2. No caso, não fica evidenciado que as agressões sofridas tenham como motivação a opressão à mulher, que é o fundamento de aplicação da Lei Maria da Penha. Sendo o motivo que deu origem às agressões mútuas o ciúmes da namorada, não há qualquer motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade que caracterize hipótese de incidência da Lei nº 11.340/06. (Superior Tribunal de Justiça, CC 96533/MG, Relator: Min. Geraldo O. N. M. Fernandes, DJe 05/02/2009)

obedecidos certos requisitos, como o de que a agressão tenha como fundamento a relação de namoro, poderia, sim, ser aplicada a namoros a Lei 11.340⁷⁷.

Já quanto a busca por julgados relacionados à palavra “transexual(ais)”, houve duas ocorrências em 2009, ambos sobre a alteração, no registro civil, de nome e sexo de transexuais operados. No primeiro caso, foi determinado, por unanimidade, que não constasse no registro público que as alterações se deram por decisão judicial, as problematizações de gênero estão presentes como suporte de tal decisão judicial, como já se constata pelos excertos da ementa:

Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana.

[...]

- A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade.

[...]

- A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: **um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo.**

- **Conservar o “sexo masculino” no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente.**

- Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos

⁷⁷ 2. Caracteriza violência doméstica, para os efeitos da Lei 11.340/2006, quaisquer agressões físicas, sexuais ou psicológicas causadas por homem em uma mulher com quem tenha convivido em qualquer relação íntima de afeto, independente de coabitação.

3. O namoro é uma relação íntima de afeto que independe de coabitação; portanto, a agressão do namorado contra a namorada, ainda que tenha cessado o relacionamento, mas que ocorra em decorrência dele, caracteriza violência doméstica. (Superior Tribunal de Justiça, HC 92875/RS, Relatora: Min. Jane Silva, DJe 17/11/2008)

fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido.

[...]

- Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolidada, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alcançando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna.

Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça, REsp 1008398, Relatora: Min. Nancy Andrighi, DJe 18/11/2009 – **grifo nosso**)

Entretanto outro julgado sobre a mesma temática teve desfecho diferente, porquanto permitiu a alteração do registro, porém com a ressalva de que a modificação se deu devido à decisão judicial⁷⁸.

⁷⁹

Não se pode negar que a Lei Maria da Penha trouxe consigo um contexto no qual se pode inserir o debate de gênero, tanto em relação à opressão feminina como quanto aos direitos dos homossexuais. As pesquisas sobre o reflexo da Lei na sociedade, assim como as jurisprudências relacionada neste trabalho, demonstram o lugar aberto para discussão da violência de gênero.

A apropriação do campo jurídico, por meio da linguagem, de conceitos feministas tem um imenso poder simbólico. A linguagem é um instrumento de poder, que adquire um significado especial ao ser utilizado por emissores legitimados pelo

⁷⁸ [...] 4. A interpretação conjugada dos arts. 55 e 58 da Lei n. 6.015/73 confere amparo legal para que transexual operado obtenha autorização judicial para a alteração de seu prenome, substituindo-o por apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive.

5. Não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade.

6. No livro cartorário, deve ficar averbado, à margem do registro de prenome e de sexo, que as modificações procedidas decorreram de decisão judicial.

7. Recurso especial conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça, REsp 737993/MG, Relator: Min. João Otávio de Noronha, DJe 18/12/2009)

⁷⁹ BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 16. ed. Rio de Janeiro, RJ : Bertrand Brasil, 2010. p. 212 e 213

illusio específico de um campo que tem certo prestígio, como é o direito. No caso das decisões judiciais, elas são manifestações de interpretes autorizados, os quais, têm o poder de agir e falar em nome de um grupo, retratando, em especial no caso dos Tribunais Superiores, a ideologia desse grupo.⁸⁰ Foi importante às pautas feministas que seu debate fosse inserido nesse poder simbólico legítimo da Estado representado pelo Poder Judiciário, pois trouxe importantes conquistas, mesmo que ainda haja muito a se alcançar. Pautas antes distantes do campo jurídico, foram evidenciadas, majoritariamente depois de 2006, o que demonstra o espaço de debate de gênero trazido pela Lei Maria da Penha.

Entretanto é importante sublinhar que nem todas as legislações penais simbólicas tiveram o mesmo potencial de visibilizar realidades marginalizadas. A Lei 7.716/89 foi um exemplo de legislação penal simbólica que não conseguiu tantos efeitos, por isso é preciso se considerar o que diferencia a Lei Maria da Penha da que particulariza os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Fundamentalmente a Lei 11.340/06, ao contrário da Lei 7.716/89, não limitou sua ação à esfera penal. Ela procurou criar um sistema jurídico autônomo, para além da criminalização de condutas, atuou criando todo um arcabouço de ações cujos objetivos são proteger a mulher.

O caráter marcadamente simbólico das novas normas penais [Lei Maria da Penha], contudo, não é negativo, pois democraticamente orientado no sentido que proclama não serem admissíveis condutas que, baseadas no gênero, causem danos físicos, morais ou patrimoniais contra a mulher.

Desta forma, as novas normas penais estabelecem um marco a ser seguido. Tal ponto de partida, simbólico é bem verdade, se insere em um contexto de discriminação positiva a favor das mulheres. Ressalta-se que a lei em discussão não se ateve às medidas penais simbólicas, mas procurou esboçar medidas efetivas, de cunho eminentemente extrapenal. Cremos que o legislador encontrou uma forma justa de conciliar o caráter intrinsecamente simbólico das normas penais com um contexto democrático e funcionalmente orientado. Sendo assim, a Lei nº 11.340/06 não é meramente simbólica (o que seria inadmissível), mas apenas a princípio simbólica, na medida que sua parte penal reforça um plano maior de atuação estatal. (ANJOS, 2006, p. 10)

⁸⁰ OLIVEIRA, Fabiana Luci e SILVA, Virgínia Ferreira. Processos judiciais como fonte de dados: poder e interpretação. **Sociologias**. Porto Alegre, ano 7, n.13, jan/jun 2005.p. 248

Assim, a Lei Maria da Penha utilizou-se, a princípio, do Direito Penal simbólico para criar todo um sistema protetivo particular, não se limitando à criminalização; conseguiu, assim, abranger um debate maior, categorizando violência de gênero, incluindo os casos de violência homoafetiva⁸¹, rompendo os limites antes muito bem demarcados entre cível e penal. Portanto, por mais que acredite legítima historicamente a reivindicação de inclusão das minorias sexuais no direito por via da legislação penal, creio que para uma verdadeira inclusão simbólica é preciso que as reivindicações não se limitem a criminalizar atitudes discriminatórias, mas que se desenvolvam conjuntamente a outras conquistas de direitos. Dessa forma a inclusão no campo jurídico não se resumiria a seu potencial simbólico, mas estabeleceria um direito que aceitasse a diversidade sexual, garantindo direitos iguais aos cidadãos independentemente de sua identidade de gênero ou orientação sexual.

4.4 GRUPOS DE PRESSÃO E ENTRADA NO CAMPO JURÍDICO DAS PAUTAS LGBT

Segundo Bourdieu o campo jurídico tem uma autonomia relativa, ou seja, não é um mero reflexo das forças históricas, nem tem nele mesmo seu próprio fundamento.⁸² Sendo assim o direito é condicionado tanto pelas forças internas quanto pelas externas, principalmente a inserção no campo jurídico se dá através da via Legislativa, pois na atividade de produção de leis o campo jurídico intercomunica-se com o campo político, este último mais propenso a ceder às pressões externas. Como o presente trabalho trata justamente da criação de lei, imperioso apresentar a correlação de forças inseridas nesse contexto de produção legislativa.

⁸¹ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: [...]

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

⁸² BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. 16. ed. Rio de Janeiro, RJ : Bertrand Brasil, 2010. p. 211

O processo de criminalização, primeiramente, se dá pela seleção de bens jurídicos considerados dignos de serem penalmente protegidos⁸³ e a escolha destes bens não passa de decisão política. Na disputa pelo reconhecimento da importância dos bens jurídicos ligados à criminalização da homofobia atuam, basicamente, dois grupos, o ligado às bancadas religiosas do parlamento e a militância LGBT, os quais podem ser chamados de grupo de pressão.

Grupo de pressão é qualquer grupo social, permanente ou transitório, que, para satisfazer seus interesses próprios, procure obter determinadas medidas dos poderes do Estado e influenciar a opinião pública.

[...]

Qualquer grupo social pode ser um grupo de pressão, quando e enquanto procure obter dos poderes públicos leis, decretos, decisões que atendam seus próprios interesses. (AZAMBUJA, 2008, p. 352)

Dentro do processo legislativo, essas duas forças se enfrentam, buscando colocar seus interesses em pauta. Apesar de sermos um Estado laico, os grupos religiosos acabam por ocupar espaços no campo político através da via democrática do voto. As bancadas cristãs principalmente representadas pelas chamadas bancadas católica e evangélica. Ambas as bancadas têm tido atuação uníssona quando o tema em discussão é o reconhecimento de direitos à população homossexual, especialmente quanto ao debate da criminalização da homofobia.⁸⁴

O principal argumento dos setores mais conservadores contra a criminalização é o de que o projeto acabaria por cercear o direito a liberdade de expressão ou opinião, ou seja, a possibilidade de alguns defenderem que ser homossexual é um problema com base em preceitos religiosos.⁸⁵ Entretanto cumpre lembrar que os argumentos de ódio ou de diminuição dos homossexuais não são da ordem das opiniões aceitáveis dentro de nosso Estado Democrático de Direito o qual visa o tratamento de todos como iguais, coibindo as discriminações.

Apesar da intensa atuação da militância LGBT, buscando a visibilização de suas demandas e posituação de seus direitos, no plano do legislativo federal nenhuma lei importante relativa ao reconhecimento de direitos dessa população foi

⁸³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Rio de Janeiro, Revan, 1999.p. 161

⁸⁴ CARRARA, Sérgio. Políticas e direitos sexuais no Brasil contemporâneo. In: *Revista Bagoas*, nº 05. Natal: UFRN, 2010, p.137

⁸⁵ CARRARA, *loc. cit*

até o momento aprovada. O Projeto de Lei da Câmara (PLC) 122/2006 cujo objetivo é determinar sanções para práticas discriminatórias contra os homossexuais.

[...] Ele prevê que serão punidos, na forma da lei os crimes resultantes de discriminação, ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, incluindo inclusive a penalização da proibição da manifestação da afetividade em locais públicos.

Esse projeto equipara a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero à discriminação de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, sexo e gênero, sendo que os autores de tais crimes podem ser punidos com pena de reclusão e multa. Para cada modo de discriminação há uma pena específica. (BALESTERO, 2011, p.88 e 89)

O Projeto pretende alterar a Lei 7.716/89, incluindo nela a discriminação por orientação sexual, gênero e identidade de gênero⁸⁶, bem como o Código Penal, qualificando o crime de injúria⁸⁷. Inicialmente, não tinha este formato a proposta de proteção penal especial à população LGBT, quando foi apresentada o que há época chamava-se PL 5003/2001 pela então Deputada Iara Bernardi (PT/SP), não tinha como objetivo a modificação da Lei 7.716/06 porém devido ao processo legislativo, ele foi apensado a outras propostas que os deputados entenderam ter o mesmo conteúdo, esses sim que continham propostas de alteração da Lei em tela.⁸⁸ O projeto foi passando por diversos relatores sem lograr muitos avanços, até que, em

⁸⁶ Texto proposto pelo PLC 122/06 “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.

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.

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.”

⁸⁷ Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

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

Pena - reclusão de um a três anos e multa.

⁸⁸ Histórico do PLC 122/2006. <http://www.plc122.com.br/historico-pl122/2/#axzz1eJ7TFAT1>. Acesso em: 2 de novembro de 2012

2005, o Deputado Luciano Zica (PT/SP) apresentou parecer favorável⁸⁹, selecionando quais dos projetos a ele apensados realmente tinham pertinência temática.⁹⁰

O projeto foi posto em pauta em abril de 2006, porém, devido a diversos motivos, a votação só ocorreu em novembro daquele ano; sendo, então, aprovado pela Câmara de Deputados e levado ao Senado onde foi nomeado PLC 122/06.⁹¹ No Senado foi intentada sua votação diversas vezes, porém todas interrompidas por pedidos de audiências públicas ou vistas para melhor análise,⁹² entre diversos pareceres e omissões dos parlamentares, a ex-Senadora Fátima Cleide propôs alterações a fim de minimizar as resistências quanto ao projeto, conferindo à iniciativa os contornos atuais, sendo aprovado em 2009 na Comissão de Assuntos Sociais do Legislativo. Entretanto alguns Senadores defenderam que houvesse mais debate sobre o projeto, bem como a realização de audiências públicas. Interessante notar que as defesas de uma discussão mais ampla sobre o PLC 122 foram carregadas de argumentos religiosos, como se pode conferir pelos seguintes trechos da sessão do Senado:

“Porque isso criminaliza a pregação da Bíblia. Quer dizer, o art. 2 diz que se você disser que o homossexualismo é pecado pode ser preso de 1 a 3 anos.” (fala do Senador Marcelo Crivella – Diário do Senado, p. 58333)

“Além da homofobia, que é o objetivo do projeto, interfere-se também em questões religiosas. Mas, na questão da homofobia, a aberração não é menor. Só para que V. Ex^a tenha uma ideia, além daquelas hipóteses sustentadas pelo Senador Magno Malta, existe também a questão da orientação sexual, que leva a uma circunstância que pode gerar um conflito na própria família entre pais e filhos. Se o pai quiser educar o filho conforme determinados padrões morais próprios da sua família, a lei pode levar a um conflito

⁸⁹ “Parecer do Relator, Dep. Luciano Zica (PT-SP), pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação deste, do PL 5/2003, do PL 3143/2004 e do PL 3770/2004, apensados, com Substitutivo; e pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição do PL 381/2003 e do PL 4243/2004, apensados.” (Em: http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=31842)

⁹⁰ Histórico do PLC 122/2006. <<http://www.plc122.com.br/historico-pl122/3/#axzz2CUwc8nEb>> Acesso em: 2 de novembro de 2012

⁹¹ Histórico do PLC 122/2006. <<http://www.plc122.com.br/historico-pl122/4/#axzz2CUwc8nEb>> Acesso em: 2 de novembro de 2012

⁹² Histórico do PLC 122/2006. <<http://www.plc122.com.br/historico-pl122/6/#axzz2CUwc8nEb>> Acesso em: 2 de novembro de 2012

entre os dois, entre pai e filho, entre mãe e filha, ou entre quaisquer membros da família.” (Fala do Senador Valter Pereira, Diário do Senado, p. 58337)

As falas trazem a visão de homossexualidade como pecado e como possível desagregador de famílias, demonstrando a interferência direta das pautas religiosas no debate da criação dessa lei. O projeto foi arquivado em 2011 e desarquivado em 2012, sem muitos avanços até então.

Note-se que a tentativa de criminalizar a homofobia está em tramitação há quase 11 anos, mas sem perspectivas, a curto prazo, de efetiva implantação. Não só este projeto, mas diversos outros cujo objetivo é o reconhecimento formal de direito aos homossexuais tem sido negligenciados pelo Legislativo.

Observando-se os discursos em voga nessa disputa política e tendo em conta as observações de Bourdieu que entende o direito como um retrato de uma correlação de forças momentâneas a qual sanciona conquistas de dominados e dominantes⁹³ é preciso que se analise qual o discurso que a criminalização ou não da homofobia legitima. A aprovação do PLC 122/2006, traz consigo a demonstração simbólica de que somos iguais, independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero e demonstra que o Estado brasileiro não tolera atitudes discriminatórias contra as minorias sexuais.

Agora o raciocínio inverso se faz extremamente necessário, a omissão legislativa legitima o discurso daqueles que dentro do espaço de poder do legislativo são contrários ao reconhecimento dos direitos dos homossexuais. Portanto a não aprovação do PLC 122/06 caracteriza, simbolicamente, maior força dos discursos que vêem os homossexuais como aberração e ameaça aos bons costumes da sociedade, como se verifica nos debates dos Senadores Marcelo Crivella e Valter Pereira supracitados. Não se pode admitir, dentro de uma sociedade que se diz democrática a legitimação de falas tão excludentes como aquelas, obviamente que opiniões diversas devem ser respeitadas em um Estado Democrático de Direito, mas ratificar, enquanto política de Estado, tais opiniões se mostra intensamente discriminatório; sendo, pois, uma manifestação de homofobia institucional.

Não é só a criação de Lei que manifesta uma política de Estado, a omissão, mesmo de forma silenciosa, também tem significado simbólico importante, enquanto

⁹³ BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 16. ed. Rio de Janeiro, RJ : Bertrand Brasil, 2010.p. 212

registro da situação de dominados e dominantes em uma sociedade. Quando se ignora uma demanda de respeito e proteção de um grupo evidentemente oprimido, excluindo-o de um campo simbólico, demonstra-se a força do discurso de opressão e segregação. Por isso acredito que o Estado brasileiro não pode continuar silente frente a discriminação do homossexual, pois isto simbolicamente é dar força ao pensamento que considera a homossexualidade uma anomalia.

Muito embora, no âmbito Legislativo, a população LGBT não venha alcançando vitórias, o Poder Executivo e Judiciário têm estendido certos direitos a este público. Na esfera do Poder Executivo as conquistas são esparsas e eminentemente simbólicas; como a realização, em 2008, da I Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais; ou criação do Conselho Nacional de Combate à Discriminação LGBT pelo governo federal⁹⁴. No âmbito municipal, segundo o IBGE, em 2011, 486 municípios do Brasil (apenas 8,7%) tinham programas e ações voltadas ao grupo LGBT.⁹⁵ Já quanto aos Estados temos conquistas como o Decreto que institui a Carteira de Nome Social para travestis e transexuais, ou seja, um documento que permite o registro de nome com o qual a pessoa de identidade trans se reconhece, independentemente do nome registrado originalmente que não corresponde a sua identidade de gênero.⁹⁶

No Judiciário, as conquistas têm sido mais marcantes, sendo este o espaço predominante de conquistas da população homossexual. Como já foi exposto, o STF, em consonância com outras decisões de Tribunais inferiores, reconheceu as uniões homoafetivas como entidade familiar na ADI 4277 e ADPF 178⁹⁷. Essa decisão teve um grande poder simbólico de inclusão dos homossexuais, pois, “[...] se bem elaborada em seus fundamentos, afasta um campo de preconceito importante, especialmente dirigido aos juristas, esses guardiões da ordem e dos

⁹⁴ MELLO, L.; BRAZ, C.; FREITAS, F. R. A. F.; AVELAR, R. B. Questão LGBT em Debate: sobre desafios e conquistas. In: Sociedade e Cultura, Goiânia, v. 15, n. 1, jan/jun 2012. p. 155

⁹⁵ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa de Informações Básicas Municipais: perfil dos municípios brasileiros, 2011. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Perfil_Municipios/2011/munic2011.pdf> Acesso em: 05 de novembro de 2012. p. 97

⁹⁶ Tarso assina decreto que institui carteira de identificação com nome feminino a travestis e transexuais. **Zero Hora**, Porto Alegre, 17 de maio de 2012. Disponível em: <http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/geral/noticia/2012/05/tarso-assina-decreto-que-institui-carteira-de-identificacao-com-nome-feminino-a-travestis-e-transexuais-3761861.html> Acesso em: 12 de novembro de 2012.

⁹⁷ Essas jurisprudências foram comentadas e relacionadas no ponto 4.3

bons costumes, sempre nostálgicos do conformismo perdido.”⁹⁸. A decisão teve o Poder de abrir ao campo jurídico a possibilidade real de igualdade dos homossexuais, nas palavras de Roger Raupp Rios:

[...] Rompe-se com a lógica segregacionista inerente ao reconhecimento de uns e à negação de outros. Enfrenta-se também a dinâmica da homofobia, que se manifesta pelo preconceito que desqualifica relações homossexuais. Combate-se a visão de mundo heterossexista, que, entranhada na história e no conteúdo da legislação civil, deixa fora do âmbito de proteção do direito o estabelecimento e a manutenção de uniões o estabelecimento e a manutenção de uniões que não sejam heterossexuais. (RIOS, 2011, p. 96)

Como bem profetizaram, os dois autores supracitados, os reflexos de tal decisão no campo jurídico se estenderam a outros veredictos, como no REsp 1.183.378/RS, no qual, o acórdão da ADI 4277 foi utilizada como paradigma interpretativo, reconhecendo a possibilidade de habilitação para casamento de pares homoafetivos diretamente no Cartório de Registro Civil, sem necessidade de requerimento na esfera judiciária da conversão da união estável em casamento. Pelo brilhantismo do julgado e, principalmente, por mostrar claramente a linha ideológico que norteia de decisão de inclusão democrática dos homossexuais na via do direito, apesar das omissões legislativas, transcrevo a íntegra de sua ementa:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO).INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

⁹⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. Comentando a Decisão do STF. In: **Homossexualidade e direitos sexuais** : reflexões a partir da decisão do STF. Porto Alegre : Sulina, 2011.p. 67 e 68

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável e casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.

6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição

lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser comprometido com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

11. Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.183.378/RS, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, DJe 01/02/2012 – **grifo nosso**)

Tal decisão deu abertura a realização de casamentos coletivos de homossexuais pelo país.⁹⁹ Isso demonstra como a população LGBT está conseguindo um espaço, negado pelo Legislativo, através do Judiciário.

Outro exemplo, é a adoção por pares homoafetivos, apesar de não haver aporte legal que disponha expressamente sobre essa possibilidade, a doutrina jurídica tem, em grande parte, defendido que a omissão legislativa não pode ser impeditivo para o reconhecimento deste direito aos casais homossexuais, sob pena de novamente malferir as instituições democráticas.

[...] não há como justificar vedação, em princípio, da adoção de crianças por homossexuais. Isto porque, enquanto modalidade de

⁹⁹ Casamento coletivo reúne dezenas de casais gays em SP. **G1**. São Paulo, 28 de setembro de 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/09/casamento-coletivo-reune-dezenas-de-casais-gays-em-sp.html> Acesso em: 10 de novembro de 2012

orientação sexual, não se reveste de caracteres de doença, morbidez, desvio ou anormalidade em si mesma, não autorizando, portanto, a sustentação de uma “regra geral” impeditiva da adoção.

Neste momento, gize-se que a ausência de fundamentação racional não pode ser substituída, numa sociedade democrática e plural, pelo subjetivismo de quem quer que seja, juiz, assistente social, médico ou psicólogo, dentre outros. Isto seria destruir a democracia, anular as diferenças individuais e instituir o arbítrio de uns (mesmo que eventualmente majoritários) em face dos demais. (RIOS, 2001, p. 139)

A jurisprudência vem também reconhecendo o direito a tais adoções, tanto nos Tribunais ad quem¹⁰⁰, bem como no STJ¹⁰¹. Outra importante conquista que a Militância LGBT tem conseguido através do Judiciário é a autorização de troca de nome e sexo nos documentos de identificação de transexuais, conformando tais dados a verdadeira identidade de gêneros dessas pessoas. Como já foi visto o transexual não se identifica com a identidade de gênero que vem constituída com a idéia de seu sexo biológico. Devido a tal desconforto, muitos acabam por realizar cirurgias que visam adequar o corpo ao sexo que entender pertencer. Entretanto, para real inclusão dessa população em nossa sociedade, a simples mudança de aspecto corporal não é suficiente, é preciso que tal mudança seja registrada, documentada através da mudança de nome e sexo no Registro Civil.

Ocorre que, quando se adentra nesta senda, levantam-se dois questionamentos jurídicos importantes, o dos limites de disposição sobre o próprio

¹⁰⁰ APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70013801592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006)

¹⁰¹ Decisão referida no ponto 4.3

corpo¹⁰² e a segurança jurídica que deve ofertar o Estado aos seus cidadãos com a imutabilidade da identidade¹⁰³.

A busca por reconhecimento de autonomia corporal é uma luta antiga, inclusive a frase “Nosso corpo nos pertence” foi um dos grandes *slogans* dos movimentos feministas dos anos 70¹⁰⁴. Foi nessa década também que se começa a criar a idéia de direito “á mudança de sexo” com a catalogação e proposta de tratamento de um determinado transtorno de identidade sexual.¹⁰⁵

Dentro do Direito pátrio as decisões relativas a estas questões foram mudando, saindo a primeira decisão sobre o tema pelo STF em 1981 cuja argumentação girava em torno de o sexo ser um dado biológico, logo imutável, portanto defendendo a impossibilidade jurídica de admitir um novo sexo. Esse entendimento foi o predominante nos anos 90. O paradigma jurisprudencial foi se modificando aos poucos, sendo a primeira decisão judicial favorável em 1991 no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁰⁶, porém tal linha ainda era entendimento minoritário. Nos anos 2000 as perspectivas jurisprudenciais começaram a mudar, culminando no julgamento do STJ REsp 1008398 que inclusive reconheceu não ser necessário a especificação de que a troca se deu por decisão judicial.

Interessante lembrar que tanto a Lei Maria da Penha quanto as conquistas dos homossexuais se deram primeiramente através do judiciário¹⁰⁷, o que comprova que o Legislativo tem se mantido indiferente em relação às questões de gênero, sendo preciso grande movimentação para que algo seja feito. Um Estado que se propõe a ter como fundamento a igualdade não pode corroborar através de omissões legais discursos excludentes como os supra-apresentados. É preciso que

¹⁰² Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial. Código Civil

¹⁰³ “O estado da pessoa é um antigo instituto oriundo do direito romano (Fygret, 2002), e considerado como um bem de ordem pública, que define e delimita o sujeito no corpo social do qual ele faz parte. A principal justificativa para esta imutabilidade decorrer do dever do Estado em garantir a segurança nas relações pessoais e institucionais, basicamente, de natureza patrimonial – contratual e de herança – e de preservação da instituição familiar, relacionada à filiação e ao matrimônio (Peres, 2001: Frygnet, 2002)” (VENTURA, 2007) p. 143

¹⁰⁴ VENTURA, Miriam. Transexualidade: algumas reflexões jurídicas sobre a autonomia corporal e determinação da identidade sexual in RIOS, Roger Raupp (org.), **Em Defesa dos Direitos Sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 144

¹⁰⁵ *Ibid.* p. 146

¹⁰⁶ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível: 591019831, Relator Des. Gervásio Barcellos, Julgado em: 05/06/1991

¹⁰⁷ Lembrando que a Lei Maria da Penha foi resultado de uma condenação do Brasil pela Comissão Interamericana e Direitos Humanos

a legislação transporeça o discurso de inclusão, oferecendo proteção especial àqueles que são demasiadamente vulnerabilizados pela nossa cultura e marginalizados historicamente pelas instituições.

5. Conclusão

Como bem disse Carlos Drummond de Andrade em seu poema Nosso Tempo: “As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei.”¹⁰⁸, não é a lei suficiente para modificar uma realidade, no caso, erradicar as inúmeras manifestações de homofobia e o preconceito ao qual estão expostos diariamente os homossexuais. Entretanto essa simples insuficiência não pode servir como justificativa para a perpetuação do silêncio legislativo relativo às demandas de determinados grupos.

Vivemos em uma sociedade que os vê como desviantes e a simples criminalização não erradicará esse tipo de percepção de mundo, porém essa linha de pensamento não pode impedir que consideremos o potencial de incluir tais condutas no nosso sistema penal. Por mais que dentro da Academia se questione intensamente o Direito Penal para os profanos o rótulo crime é visto como forte diferenciador de determinadas condutas.

A resolução do problema não está na via penal, mas com certeza a inserção dessas demandas por meio do Direito criminal tem apelo significativo. Principalmente, considerando que o nosso Poder Legislativo tem utilizado a via penal recorrentemente para a inclusão de outras pautas. A exclusão dos homossexuais da proteção criminal não é uma vitória do Direito Penal mínimo, mas sim reafirmação do discurso que nega um série de direitos à população LGBT, considerando-os inferiores. As ideologias que disputam o campo político nesta questão são as de igualdade independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero e as religiosas que classificam os homossexuais como doentes passíveis de cura.

O potencial simbólico é inerente ao Direito, não podendo ser neutralizado, portanto não pode ser ignorado, devendo ser bem orientado para fins de inclusão democrática. Com certeza a via do Direito Penal simbólico deve ser utilizada com a devida parcimônia, para que não se transforme em panacéia de todos os males, redundando numa ampliação irracional das leis criminais, para tanto é preciso que se estabeleçam limites para sua utilização simbólica.

¹⁰⁸ Poema Nosso Tempo de Carlos Drummond retirado de: <http://pensador.uol.com.br/frase/NTYyOTYw/>, acessado em

Acredito que um limite razoável seja o apresentado ao longo deste trabalho, qual seja, a inclusão deve se dar para aquelas populações que foram outrora marginalizadas pelas instituições, como é o caso das mulheres, dos negros e homossexuais.

A criação de leis específicas de proteção às minorias insere-se no contexto democrático, já que visa igualar populações fragilizadas. Ao incluir aqueles que são vistos como abjetos em um campo de tanto poder quanto o Direito, faz-se com que seus problemas sejam visualizados e a afronta aos seus direitos passa a ser vista como desrespeito a todo um ordenamento. Importante também ressaltar que não só a inclusão é significativa simbolicamente, mas a omissão também tem seu significado, sendo que a próprio descaso estatal com os direitos da população homossexual já demonstra em si uma certa homofobia das instituições do Estado.

Entretanto, para efetivamente repercutir efeitos simbólicos, não pode a legislação ater-se a simples tipificação de atitudes discriminatórias, é preciso que se compreenda que a criminalização de condutas é só um aspecto muito pequeno de uma efetiva inclusão e proteção do Direito. É preciso que as conquistas não se restrinjam ao âmbito penal, pois ele sozinho é insuficiente para provocar mudanças reais na sociedade.

Faz-se mister a utilização da via simbólica como mote para fomentar o debate maior na sociedade, esse sim capaz de modificar culturas. Que a criminalização seja adotada como ponto de partida visibilizador das constantes violências perpetradas contra os homossexuais, assim como ocorreu com a questão da violência doméstica que veio a público com a edição da lei Maria da Penha.

Referências Bibliográficas

ALIMENA, Carla Marrone. **Conflitualidades em trânsito**: discursos jurídicos e de gênero no G8 – Generalizando (SAJU-UFRGS), 2011, 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito_ - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos, abolicionismos e eficientismo**: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. In Revista Sequência, n. 52, 2006.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Violência Sexual contra as mulheres e Sistema Penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina**. Florianópolis, Seqüência, 1996.

ANJOS, Fernando Vernice dos. Direito Penal Simbólico e Finalidade da Pena. **Boletim IBCCrim**. n. 171, p. 2 – 3, fev., 2007.

ANJOS, Fernando Vernice dos. Direito penal simbólico e lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. **Boletim IBCCRIM** – Ano 14 – Nº 167 – Outubro – 2006.

AZAMBUJA, Darcy. Introdução à ciência política. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre : Globo, 2008.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Sociologia e justiça penal** : teoria e prática da pesquisa sociocriminológica. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010.

BALESTRO, Gabriela Soares. O direito à diversidade sexual no Brasil e os efeitos violentos do descaso do poder legislativo federal. In: **Revista Espaço Acadêmico**. Nº 123, Agosto, 2011. P. 5 – 16. Disponível em: < <http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/viewFile/12331/7606>> Acesso em: 1º de novembro de 2012

BARATTA, Alessandro. **A Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.5, jan./mar. 1994. p.5-24,

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro, Revan, 1999.

BARBERO, Graciela Haydée. A despatologização da orientação sexual: O papel da Resolução 01/99 e o enfrentamento da homofobia no psicologia e diversidade sexual. In: **Psicologia e Diversidade Sexual**, São Paulo: CRPSP, 2011. P. 60 - 68

BEASLEY, Chris. **Gender & Sexuality: Critical Theories**, Critical Thinkers, London. Sage Publications. 2006.

BECKER, Simone; TONELI, Maria Juracy Filgueiras. A violência normativa e os processos de subjetivação: contribuições para o debate a partir de Judith Butler. In: **Fazendo Gênero 9: Diásporas, Diversidade, Deslocamentos**, Florianópolis: UFSC. 2010. p. 1 – 8.

BORGES, Israel. A possibilidade da regulamentação das uniões entre pessoas do mesmo sexo com base na Constituição Federal de 1988. In: **Revista Jurídica da Unisul**, Tubarão, SC, v. 4, n°8, p.

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

BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas: sobre a teoria da ação**. 11. ed. Campinas : Papyrus, 2011.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 2. ed. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2008.

CARRARA, Sérgio. Políticas e direitos sexuais no Brasil contemporâneo. In: **Revista Bagoas**, nº 05. Natal: UFRN, 2010, p. 131– 147.

CARVALHO, Salo. Sobre a Criminalização da Homofobia: perspectivas desde a Criminologia Queer in Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, 2012 (prelo).

CARVALHO, Salo. Sobre as Possibilidades de uma Criminologia Queer in Revista Sistema Penal e Violência, Porto Alegre, 2012 (prelo).

CARVALHO, Salo. **Três Hipóteses e uma Provocação sobre Homofobia e Ciências Ciminais: Queer(ing) Criminology.** In: Boletim IBCCRIM, Ano 20, n°. 238, 2012. p. 2 – 3

Casamento coletivo reúne dezenas de casais gays em SP. **G1.** São Paulo, 28 de setembro de 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/09/casamento-coletivo-reune-dezenas-de-casais-gays-em-sp.html> Acesso em: 10 de novembro de 2012

CORTIZO, M. C.; GOYENCHE, P. L. Judicialização do privado e violência contra a mulher. In: **Revista Katál**, Florianópolis, v. 13, n. 1, jan/jun 2010. p. 102 - 109

DAMATTA, Roberto. Tem pende aí? In: CALDAS, Dario. **Homens.** São Paulo: Editora SENAC, 1997. p. 31 – 49.

Diário do Senado, Ano LXIV, n 178, 12 de novembro de 2009, Brasília – DF. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/diarios/BuscaPaginasDiario?codDiario=272&seqPaginaInicial=1&seqPaginaFinal=238>> Acesso em: 02/ de novembro de 2012

FERNANDES, F. B. M.; GROSSI, M. P.; PEDRO, J. M. **A Homofobia como uma Categoria Teórica no Brasil (2008):** notas preliminares sobre a produção de trabalhos de conclusão de curso, dissertações e teses a partir de pesquisa na plataforma. 2009. Seminário Corpo Gênero Sexualidade realizado na FURG nos dias 06 a 08 de maio de 2009. Disponível em: http://www.academia.edu/192360/A_HOMOFOBIA_COMO_UMA_CATEGORIA_TEORICA_NO_BRASIL_2008_NOTAS_PRELIMINARES SOBRE A PRODUCAO DE

[TRABALHOS DE CONCLUSÃO DE CURSO DISSERTAÇÕES E TESES A PARTIR DE PESQUISA NA PLATAFORMA LATTES <http://lattes.cnpq.br>](#) > Acesso em: 22 de agosto de 2012.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: A Vontade de Saber**. 19. ed. Rio de Janeiro : Graal, 2009.

Fundação Perseu de Abramo. **Pesquisa mulheres brasileira e gênero nos espaços público e privado 2010**. Cap. 5 - Violência Doméstica, São Paulo, 2010. Disponível em: < <http://www.fpabramo.org.br/galeria/violencia-domestica>>.

GIROLA, Roberto Guido. Violência e Saúde: uma perspectiva psicanalítica. In: **Revista Bioética**, Brasília, vol. 12, nº 2, 2004. p. 99 – 111.

GONZÁLEZ, Encarna Bodelón. Gênero y Sistema penal: Los derechos de las mujeres en el sistema penal in BERGALLI, Roberto (org.), **Sistema Penal y Problemas Sociales**. Valencia, 2003.

Grupo Gay da Bahia (GGB). Estatísticas do Ódio in www.ggb.org.br, 2012. Grupo Gay da Bahia (GGB). Relatório Anual de Assassinato de Homossexuais de 2011: Balanço Homofobia in www.ggb.org.br, 2012.

HARAWAY, Donna. “Gênero” para um dicionário marxista: a política sexual de uma palavra. **Cadernos Pagu**, São Paulo, n. 22, 2004. p. 201 – 246.

HEREK, Gregory M. Beyond “Homophobia”: Thinking About Sexual Prejudice and Stigma in the Twenty-First Century. In: **Journal of NSRC**, San Francisco, vol. 1, n. 2, 2004. p. 6 – 24

Histórico do PLC 122/2006. Disponível em: <http://www.plc122.com.br/historico-pl122/#axzz2En7pCZY6>. Acesso em: 2 de novembro de 2012

Ibope/Themis - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero. **Dois Anos da Lei Maria da Penha: o que pensa a sociedade?** São Paulo/Porto Alegre, 2008.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa de Informações Básicas Municipais: perfil dos municípios brasileiros, 2011. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Perfil_Municipios/2011/munic2011.pdf> Acesso em: 05 de novembro de 2012.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Homofobia: Limites e Possibilidades de um Conceito em Meio a Disputas. In: **Revista Bagoas**, Belo Horizonte, v. 01, n. 01, 2007.

KIMMEL, M. Homofobia, temor, verguenza y silencio en la identidad masculina. In: **Masculinidad/es: Poder y Crisis** (T. Valdèz & J. Olavarría, org.), Santiago de Chile: Ediciones de las Mujeres. 1997. p. 49-62.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Comentando a Decisão do STF. In: **Homossexualidade e direitos sexuais** : reflexões a partir da decisão do STF. Porto Alegre : Sulina, 2011.p. 59 - 68

LOURO, Guacira Lopes. Gênero e sexualidade e educação: das afinidades políticas. **Educação em Revista**, Belo Horizonte, n. 46, 2007. p. 201 – 218.

LOURO, Guacira Lopes. Gênero e sexualidade: pedagogias contemporâneas. **Pró-posições**, São Paulo, v. 19, n. 2, 2008

LOYOLA, Maria Andréa. Bourdieu e a sociologia. In: BOURDIEU, Pierre. **Pierre Bourdieu entrevistado por Maria Andréa Loyola**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2002.

MACIEL, Débora Alves. Ação coletiva, mobilização do direito e instituições políticas: o caso da campanha da lei Maria da Penha. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 26, n. 77, Oct. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092011000300010&lng=en&nrm=iso>.

MAYA, Acyr Correa Leite. Homossexualidade: Saber e Homofobia. Tese de Doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Teoria Psicanalítica da UFRJ. Rio de Janeiro, 2008.

MELLO, L.; BRAZ, C.; FREITAS, F. R. A. F.; AVELAR, R. B. Questão LGBT em Debate: sobre desafios e conquistas. In: **Sociedade e Cultura**, Goiânia, v. 15, n. 1, jan/jun 2012. p. 151 - 161

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Da mulher honesta à Lei com Nome de Mulher: o lugar do feminino na Legislação Penal Brasileira. **Revista Videre**, Dourados, ano 2, n. 3, jan/jun 2010. p. 137 – 159.

OLIVEIRA, Fabiana Luci e SILVA, Virgínia Ferreira. Processos judiciais como fonte de dados: poder e interpretação. *Sociologias*. Porto Alegre, ano 7, n.13, jan/jun 2005. p. 244 - 259

OLIVEIRA, Pedro Paulo. Illusio: aquém e além de Bourdieu. *MANA*. Rio de Janeiro: v.11, n. 2, out. 1997. p. 529-543

PERES, Wiliam Siqueira Peres. Cenas de Exclusões Anunciadas: travestis, transexuais, transgêneros e a escola brasileira in JUNQUERA, Rogério Diniz (org.), **Diversidade Sexual na Educação: problematizações sobre a homofobia nas escolas**. Brasília: Edições MEC/Unesco, 2009. p. 235 – 263.

PERES, Wiliam Siqueira Peres. Cenas de Exclusões Anunciadas: travestis, transexuais, transgêneros e a escola brasileira in JUNQUERA, Rogério Diniz (org.), **Diversidade Sexual na Educação: problematizações sobre a homofobia nas escolas**. Brasília: Edições MEC/Unesco, 2009. p. 235 – 263.

PERES, Wiliam Siqueira; TOLEDO, Livia Gonsalves, Dissidências Existenciais de Gênero: resistências e enfrentamentos ao biopoder. In: **Revista de Psicologia Política**, vol. 11, nº 22, 2011. p. 261 – 277.

PERES, William Siqueira; TOLEDO, Livia Gonsalves. Travestis, transexuais e transgêneros: novas imagens e expressões da subjetividade In: **Psicologia e Diversidade Sexual**, São Paulo: CRPSP, 2011. P. 78 - 89

QUEIROZ, Paulo de Souza, **Funções do Direito Penal**, 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

QUEIROZ, Paulo. Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 74, jan. 1999

RAVINA, Carlos Morales de Setién. La racionalidad jurídica en crisis : Pierre Bourdieu y Gunther Teubner. In : **BOURDIEU, P. & TEUBNER, G. La fuerza del derecho**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre. 2000

RICH, Adrienne. Heterossexualidade Compulsória e existência Lésbica. In: **Revista Bagoas**, n. 05, 2010. p. 17 - 44

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

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008.

RIOS, Roger Raupp. Direitos sexuais, uniões homossexuais e a decisão do Supremo tribunal Federal (ADPF nº 132 – RJ e ADI 4.277). In: **Homossexualidade e direitos sexuais** : reflexões a partir da decisão do STF. Porto Alegre : Sulina, 2011.p. 69 – 114

RIOS, Roger Raupp. O Conceito de Homofobia na Perspectiva dos Direitos Humanos e no Contexto dos Estudos sobre Preconceito e Discriminação in RIOS, Roger Raupp (org.), **Em Defesa dos Direitos Sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 111 – 139.

SANGUINÉ, Odone . **Função simbólica da pena**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, LISBOA, v. 1, p. 77-89, 1995

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

SANTOS, Elder Cerqueira. Percepção de Usuários Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros, Transexuais e Travestis do Sistema Único de Saúde. In: **Revista Interamericana de Psicología**, vol. 44, nº 2, 2010. p. 235 – 245.

SETTON, Maria da Graça Jacinto. A Teoria do *habitus* em Pierre Bourdieu: uma leitura contemporânea. In: **Revista Brasileira de Educação**, n. 20, 2002. p. 60 – 70.

SILVA, Joseli Maria. A Cidade dos Corpos Transgressores da Heteronormatividade. In: **Revista Geo UERJ**. Rio de Janeiro. Ano 10 – nº 18 – Vol. 1, 2008. p. 1 – 17.

SILVA, R.; BORNIA, J. P. Homofobia: a discriminação por orientação sexual e a legislação penal brasileira. In: **Revista Cesumar**, v. 14, n. 1, jan/jun. 2009. p. 35 – 53.

SILVA, Raquel Marques da. **Evolução Histórica da mulher na Legislação Civil**. Disponível em: < <http://ditizio.ecn.br/adv/txt/ehlc.pdf>>

SMIGAY, Karin Ellen Von. Sexismo, homofobia e outras expressões correlatas de violência: desafios para a psicologia política. In: **Psicologia em Revista**, Belo Horizonte, v. 8, n. 11, 2002. p. 32 – 46.

STF. ADI 4277. Rel. Ayres Britto. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>> Acesso em: 26 de outubro de 2012

STF. ADPF 54/DF. Rel. Marco Aurélio de Mello. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>> Acesso em: 29 de setembro de 2012.

Tarso assina decreto que institui carteira de identificação com nome feminino a travestis e transexuais. **Zero Hora**, Porto Alegre, 17 de maio de 2012. Disponível em: < <http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/geral/noticia/2012/05/tarso-assina-decreto-que-institui-carteira-de-identificacao-com-nome-feminino-a-travestis-e-transexuais-3761861.html>> Acesso em: 12 de novembro de 2012.

THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. Pierre Bourdieu: A Teoria na Prática. In: **Revista de Administração Pública** 40, jan. – fev. 2006 p. 27 - 53

VENTURA, Miriam. Transexualidade: algumas reflexões jurídicas sobre a autonomia corporal e determinação da identidade sexual in RIOS, Roger Raupp (org.), **Em Defesa dos Direitos Sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 141 – 167.

WELZER-LANG, Daniel. A Construção do Masculino: Dominação das Mulheres e Homofobia. In: **Estudos Feministas**, Florianópolis, n. 02, v. 01, 2001. P. 460 – 482.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal** brasileiro: Volume 1 - Parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal brasileiro: Primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003