

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RENATA DE PINA COSTA

A CRIMINALIZAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL E  
POR IDENTIDADE DE GÊNERO NO BRASIL

CURITIBA

2018

RENATA DE PINA COSTA

A CRIMINALIZAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL E  
POR IDENTIDADE DE GÊNERO NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao curso de Direito da  
Universidade Federal do Paraná, Setor de  
Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito.

Orientadora: Professora Dra. Priscilla Placha  
Sá

CURITIBA

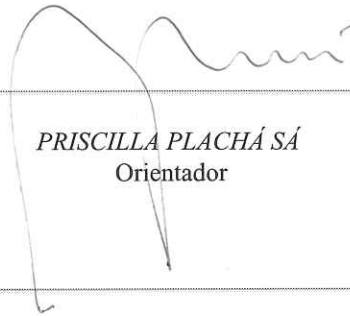
2018

## TERMO DE APROVAÇÃO

RENATA DE PINA COSTA

**A criminalização da discriminação por orientação sexual e por  
identidade de gênero no Brasil**


Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de  
Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de  
Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte  
banca examinadora:



---

*PRISCILLA PLACHÁ SÁ*  
Orientador

Coorientador



---

*KATIE SILENE CÁCERES ARGUELLO - Direito*  
*Penal e Processual Penal*  
Primeiro Membro



---

*RENATA CESCHIN MELFI DE MACEDO*  
Segundo Membro

## RESUMO

O presente artigo tem como objetivo estimular a reflexão acerca da possibilidade de criminalização da violência por motivos de orientação sexual e identidade de gênero no Brasil tendo como marco legal a Constituição da República de 1988 e os princípios, direitos e garantias por ela abarcados. O estudo analisa a construção da desigualdade por meio da reprodução e perpetuação de discursos sustentando a inferioridade, a patologização, a invisibilidade e a marginalização de toda a manifestação sexual ou identidade de gênero que entre em confronto com a heteronormatividade compulsória vigente. Além disso, dados da violência homofóbica no Brasil contemporâneo são verificados junto com algumas tentativas de introduzir políticas públicas ou demais ações visando a proteção desses indivíduos. Por fim, cabe examinar, ainda que de maneira breve, o processo de surgimento da demanda acerca da criminalização da homofobia, especialmente por grupos LGBTI, e ressaltar a necessidade, os riscos e as contradições intrínsecas ao se lançar mão do direito penal e do poder punitivo estatal como instrumentos de combate à violência contra grupos minorizados.

Palavras-Chave: Direito Penal. Homofobia. Criminalização.

## **ABSTRACT**

This article seeks to analyze the possibility of criminalizing violence motivated by sexual orientation and gender identity in Brazil, having as legal framework the 1988 Federal Constitution and the principles, rights and guarantees covered by it. The study analyzes the construction of inequality through the reproduction and perpetuation of discourses supporting the inferiority, pathologisation, invisibility and marginalization of any sexual manifestation or gender identity that is in conflict with the prevailing compulsory heteronormativity. In addition, data on homophobic violence in contemporary Brazil are verified along with some attempts to introduce public policies or other actions aiming the protection of these individuals. Finally, it is necessary to briefly examine the process of the emergence of the demand for the criminalization of homophobia, especially by LGBTI groups, and to emphasize the need, risks and intrinsic contradictions in using criminal law and power punitive measures as instruments to combat violence against minority groups.

Keywords: Criminal Law. Homophobia. Criminalization.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	5
<b>2 DE CRIME À DISCRIMINAÇÃO</b> .....	7
2.1 PANORAMA CONTEMPORÂNEO.....	7
2.2 HISTÓRICO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOSSEXUALIDADE NO BRASIL.....	13
<b>3 HOMOFOBIA</b> .....	17
3.1 A CONSTRUÇÃO DE UM (PRE)CONCEITO .....	17
3.2 DADOS DA VIOLÊNCIA HOMOFÓBICA NO BRASIL .....	20
<b>4 A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL</b> .....	22
4.1 ASPECTOS JURÍDICOS, POLÍTICOS E SOCIAIS DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA .....	22
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	29
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	30

## 1 INTRODUÇÃO

A discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero é uma realidade arraigada na sociedade brasileira. Embora a ordem constitucional pátria e os diversos acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário repudiem qualquer forma de discriminação, o debate sobre a criminalização de atos discriminatórios em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero enfrenta forte resistência.

Um dos motivos atribuídos a essa recalcitrância, precipuamente no contexto ocidental, parece ser o fato de que o cerne desse comportamento é intrínseco à formação da própria sociedade, que institui como regra a masculinidade heterossexual e que provoca, como consequência direta, a opressão das demais vivências.

Assim, a instrumentalização da heterossexualidade compulsória ocorre por meio de um processo de silenciamento das vozes e discursos minoritários e um rescrudescimento da violência motivada por manifestações plurais de identidade de gênero e pela homofobia, uma vez que, na construção de uma sociedade fundada sob a égide da heteronormatividade, um conjunto de discursos, valores e práticas impõe a heterossexualidade como a única possibilidade legítima de existência.

A despeito de qualquer pretensão universalizante, na primeira parte do artigo será exibido um breve estado atual da arte, mostrando países que consideram práticas homossexuais um crime punível com prisão e até mesmo com pena de morte e, de outro lado, países que garantem a proteção a essas minorias de maneira expressa em suas constituições. Em seguida, cabe verificar como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, utilizada no presente estudo como marco legal, e tendo como base seus princípios, garantias e direitos fundamentais, permite a proteção específica de grupos minorizados.

O segundo momento visa contextualizar a problemática da violência homofóbica, entendida no contexto da presente pesquisa como discursos ou atos discriminatórios em razão de orientação sexual ou de identidade de gênero, bem como apresentar dados concretos acerca da situação brasileira contemporânea. Para viabilizar o referido intento, utilizou-se majoritariamente dos relatórios produzidos pelo Grupo Gay da Bahia, cujos fatos e dados estatísticos são obtidos a partir do levantamento de notícias veiculadas pela mídia. Cabe justificar a escolha dessa fonte, pois, durante o processo de investigação, o documento oficial que dispunha de informações mais atualizadas, a saber, o 'Relatório sobre Violência Homofóbica no

Brasil: ano de 2013', produzido pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República em 2016, também utilizou como referencial os dados hemerográficos levantados pelo Grupo Gay da Bahia. Por sua vez, o próprio site do Ministério dos Direitos Humanos, na parte intitulada Relatórios de Violência LGBTFóbica<sup>1</sup>, faz menção às estatísticas levantadas pelos relatórios do Grupo Gay da Bahia, de modo que houve a opção por utilizar a mesma base referencial para o presente estudo.

A terceira seção do artigo apresenta a questão da possibilidade da criminalização da homofobia e o confronto ideológico inerente ao se utilizar do direito penal, sendo ele próprio um poder punitivo responsável pela manutenção do sistema patriarcal vigente, para proteger grupos minorizados, bem como apontar, sem qualquer ambição universalizante ou com intento de esgotar problemática tão complexa, breves reflexões acerca do tema.

---

<sup>1</sup> <<http://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/lgbt/biblioteca/relatorios-de-violencia-lgbtfofica>>

## 2 DE CRIME À DISCRIMINAÇÃO

### 2.1 PANORAMA CONTEMPORÂNEO

De acordo com o recente relatório<sup>2</sup> da Associação Internacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Transexuais e Intersexuais (Ilga), publicado em maio de 2017, existem 72<sup>3</sup> países que criminalizam relações homossexuais consensuais entre adultos, sendo que em 45 deles a lei se aplica tanto para homens quanto para mulheres.

Conforme levantamento do referido estudo<sup>4</sup>, a previsão de pena de morte para atos sexuais consensuais entre pessoas adultas do mesmo sexo<sup>5</sup> vigora em oito países. No Irã, na Arábia Saudita, no Iêmen e no Sudão ela é aplicada em todo o território, enquanto que na Somália e na Nigéria somente em algumas províncias. Na Síria e no Iraque a pena de morte é realizada por agentes não estatais, sendo em ambos os casos o Estado Islâmico o responsável por aplicá-la nas regiões em que detém controle. Além disso, em cinco países (Paquistão, Afeganistão, Emirados Árabes Unidos, Catar e Mauritânia) a pena de morte é permitida por uma interpretação da lei islâmica (sharia), ainda que não seja efetivamente aplicada.

Por sua vez, a pena de prisão é positivada em 65 países<sup>6</sup>, podendo variar de um mês a dois anos em lugares como Líbano, Singapura e Zimbábue, de três a sete

---

<sup>2</sup> CARROLL, Aengus e MENDOS, Lucas Ramón. **State-Sponsored Homophobia – A world survey of sexual orientation laws: criminalisation, protection and recognition**. Geneva: ILGA, 2017. Disponível em <[http://ilga.org/downloads/2017/ILGA\\_State\\_Sponsored\\_Homophobia\\_2017\\_WEB.pdf](http://ilga.org/downloads/2017/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2017_WEB.pdf)> Acesso em 20/03/2018, p. 8.

<sup>3</sup> Convém atualizar os dados apresentados pelo relatório para 71, uma vez que a Suprema Corte da Índia decidiu em 6 de setembro de 2018 pela descriminalização das relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo no país. Os juízes revogaram uma lei do período colonial que estabelecia que atos homossexuais poderiam ser puníveis com até dez anos de prisão. Os cinco juízes que compõem a Corte, decidiram declarar suas sentenças individualmente, e todos concordaram em anular a validade do artigo 377 do Código Penal indiano. O tribunal anulou uma sentença de 2013 que validava uma lei britânica de mais de 150 anos que punia os chamados 'atos contra a ordem natural'. Os cinco juízes da corte foram unânimes ao considerar inválido o artigo 377 do Código Penal indiano no que tange à criminalização das relações homossexuais.

<sup>4</sup> CARROLL, Aengus e MENDOS, Lucas Ramón. **State-Sponsored Homophobia – A world survey of sexual orientation laws: criminalisation, protection and recognition**. Geneva: ILGA, 2017. Disponível em <[http://ilga.org/downloads/2017/ILGA\\_State\\_Sponsored\\_Homophobia\\_2017\\_WEB.pdf](http://ilga.org/downloads/2017/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2017_WEB.pdf)> Acesso em 20/03/2018, p. 40.

<sup>5</sup> Importante mencionar que nesse quesito específico o relatório não deixa claro se as referidas relações envolvem atos sexuais consensuais entre homens e entre mulheres ou apenas entre homens.

<sup>6</sup> CARROLL, Aengus e MENDOS, Lucas Ramón. **State-Sponsored Homophobia – A world survey of sexual orientation laws: criminalisation, protection and recognition**. Geneva: ILGA, 2017. Disponível em <[http://ilga.org/downloads/2017/ILGA\\_State\\_Sponsored\\_Homophobia\\_2017\\_WEB.pdf](http://ilga.org/downloads/2017/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2017_WEB.pdf)> Acesso em 20/03/2018, p. 194.

anos em países do norte da África, como Líbia, Argélia, Tunísia, Egito e Marrocos e outros como Angola, Botsuana e Uzbequistão, de oito a catorze anos em Bangladesh, Malásia e Barbados, e ainda, previsão de penas que vão de 15 anos à prisão perpétua em países como Uganda, Zâmbia, Tanzânia, Barbados e Guiana.

Em outro sentido, dentre as nações que reconhecem direitos aos homossexuais<sup>7</sup>, apenas dez contemplam a proibição da discriminação por razões de orientação sexual prevista de maneira declarada e inequívoca na constituição (África do Sul, Bolívia, Equador, México, Nepal, Kosovo, Malta, Portugal, Suécia e Fiji). A maioria das constituições<sup>8</sup>, contudo, possui somente disposições gerais sobre igualdade e não discriminação que se aplicam de modo amplo a todas pessoas, mas nada que se refira especificamente à orientação sexual ou identidade de gênero.

Sob esse escopo, observa-se que os ordenamentos jurídicos carecem de normativa que proteja de maneira explícita a liberdade de orientação sexual e de identidade de gênero, pois, ainda que os indivíduos não sejam oficialmente perseguidos pela maioria dos países, são alvo de constante e intensa discriminação.

A proteção dos grupos minorizados está legalmente amparada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, dentre os direitos conquistados recentemente pela população LGBTI no Brasil, estão o reconhecimento da união estável<sup>9</sup>, pois se entende que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos como igualdade, liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Posteriormente, houve também o direito à celebração do casamento civil homoafetivo<sup>10</sup>, incidindo seus efeitos, inclusive, nos direitos sucessório e previdenciário.

Ainda nesse sentido, pode-se mencionar a perspectiva da realização de cirurgias de mudança de sexo no sistema público de saúde<sup>11</sup>, bem como a

---

<sup>7</sup> CARROLL, Angus e MENDOS, Lucas Ramón. **State-Sponsored Homophobia** – A world survey of sexual orientation laws: criminalisation, protection and recognition. Geneva: ILGA, 2017. Disponível em <[http://ilga.org/downloads/2017/ILGA\\_State\\_Sponsored\\_Homophobia\\_2017\\_WEB.pdf](http://ilga.org/downloads/2017/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2017_WEB.pdf)> Acesso em 20/03/2018, p. 195.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 46.

<sup>9</sup> A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram, em 2011, a união estável para casais do mesmo sexo.

<sup>10</sup> A Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) entrou em vigor em 2013, obrigando os cartórios a realizarem casamento entre casais do mesmo sexo.

<sup>11</sup> O Ministério da Saúde oferece esses serviços por meio do Sistema Único de Saúde (SUS) desde a publicação da Portaria nº 457, de 2008 para transexuais femininas, aquelas que nascem com corpo masculino, mas se identificam como mulheres Já, a Portaria nº 2.803 de 2013, estabelece que os transexuais masculinos tenham as cirurgias de retirada das mamas, do útero e dos ovários também cobertas pelo sistema público.

possibilidade de alteração do registro civil para adoção do nome correspondente à identidade de gênero pois, como explica Moraes<sup>12</sup>, entende-se que o nome vai além de um mero dever de identificação, sendo primordialmente um direito da personalidade.

Também merece destaque o Provimento nº 63, publicado pela Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 17 de novembro de 2017, por meio do qual, dentre outros temas, disciplinou o procedimento do reconhecimento de filiação socioafetiva perante os Ofícios do Registro Civil das Pessoas Naturais. O provimento leva em consideração a garantia do casamento civil às pessoas do mesmo sexo e o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo, autorizando o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

Conforme salienta Carvalho<sup>13</sup>, tem sido notável o avanço das conquistas LGBTI no cenário brasileiro dos últimos anos, especialmente por meio de uma atuação positiva do Judiciário na política, uma vez que, na ausência de marcos legais regulatórios da igualdade substancial, o movimento LGBTIs transferiu suas demandas ao Poder Judiciário e nele encontrou um espaço de reconhecimento de direitos, estando todos eles, ressalte-se, em consonância estreita com os princípios constitucionais.

Porém, muito embora todos os mencionados direitos já tenham sido conquistados na esfera civil, diariamente gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais ainda sofrem intensa violência, opressão, humilhação, marginalização e diversas outras formas de discriminação.

---

<sup>12</sup> “A propósito dos direitos da personalidade, um de seus aspectos mais interessantes, e problemáticos, consiste no fato de que se evidenciam sempre novas instâncias concernentes à personalidade do sujeito, não previstas nem previsíveis pelo legislador, de modo que estes interesses são vistos como uma categoria aberta que encontra sua fundamentação na Constituição a ser protegido pelo ordenamento jurídico.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Sobre o nome da pessoa humana**. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre. vol. 2, nº 7, out./dez 2000, p. 72.)

<sup>13</sup> CARVALHO, Salo. **Sobre a criminalização da homofobia**: perspectivas desde a criminologia queer. In: CARVALHO, Salo de. e DUARTE, Evandro Piza. Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 234.

Luiz Edson Fachin e Melina Girardi Fachin<sup>14</sup>, salientam que nem a Constituição brasileira e nem o aparato normativo do sistema interamericano<sup>15</sup> fazem referência explícita à questão da liberdade sexual, embora ambas tragam cláusulas gerais de igualdade e vedação no que tange ao tratamento discriminatório. Contudo, como não há no direito constitucional pátrio regulamentação específica acerca do direito à livre orientação sexual, os referidos autores apontam a capacidade de autodeterminação da escolha sexual individual, conferida pelo constituinte, como derivada da interpretação sistemática e evolutiva do texto constitucional, em especial no que diz respeito à proteção da dignidade humana<sup>16</sup>, art. 1º, III<sup>17</sup>, e do princípio da igualdade, art. 5º, caput<sup>18</sup>.

A dignidade da pessoa humana possui categoria axiológica aberta, não podendo ser conceituada de maneira fixista, pois uma definição estanque não condiz, consoante explica Sarlet<sup>19</sup>, com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual é possível afirmar que a dignidade da pessoa humana é um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento.

---

<sup>14</sup> FACHIN, Luiz Edson e FACHIN, Melina Girardi. **A proteção dos direitos humanos e a vedação à discriminação por orientação sexual**. In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo; Revista dos Tribunais: 2011, p. 116.

<sup>15</sup> “Mencione-se, por oportuno, ser o Brasil signatário de convenções e tratados internacionais que obliteram a discriminação, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Explícite-se, outrossim, a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e a notória Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que encerram verdadeiros princípios de respeito às garantias essenciais do Homem.” (ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **A união homoafetivas à luz dos princípios constitucionais**. In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 172-173.)

<sup>16</sup> “O princípio da dignidade da pessoa humana avulta no ordenamento jurídico constitucional a partir da sua centralidade, na qualidade de fundamento da República Federativa do Brasil, privilegiando a posição do sujeito concreto e de suas necessidades, passando a incidir de forma especial e diversa sobre os demais princípios constitucionais.” (FACHIN, Luiz Edson e FACHIN, Melina Girardi. **A proteção dos direitos humanos e a vedação à discriminação por orientação sexual**. In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo; Revista dos Tribunais: 2011, p. 118.)

<sup>17</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 01 de abr. 2018.)

<sup>18</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade(…)” Ibidem.

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 46.

A nossa Constituição, conforme destaca o autor<sup>20</sup>, pelo menos de acordo com a textualidade, pode ser considerada como sendo uma Constituição da pessoa humana por excelência, ainda que não raras vezes esse dado venha a ser virtualmente desconsiderado.

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida<sup>21</sup>.

O art. 3º da Constituição<sup>22</sup> afirma que, entre outros, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’ e, ainda, ‘promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’.

...a Constituição de 88 tem um firme e profundo compromisso com a construção da igualdade e com a luta contra o preconceito. Este compromisso visceral se evidencia na leitura dos objetivos fundamentais da República, estabelecidos no art. 3º do texto magno: ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’ (inciso I), ‘erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais’ (inciso III) e ‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’ (inciso IV). O constituinte, portanto, não quis atribuir ao Estado o papel de espectador neutro e imparcial dos conflitos travados na esfera social. Pelo contrário, partindo da premissa empírica de que a sociedade brasileira é injusta e desigual, e de que nela vicejam a intolerância e o preconceito, ele impôs aos três poderes do Estado tarefas ativas, ligadas à inclusão social e à transformação de práticas opressivas voltadas contra grupos estigmatizados<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 86.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 67.

<sup>22</sup> “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 01 de abr. 2018.)

<sup>23</sup> SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”**. In: SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 46-47.

De acordo com Paulo Roberto Iotti Vecchiatti<sup>24</sup>, a noção de liberdade implica também na tolerância<sup>25</sup> do modo de ser por terceiros<sup>26</sup> e afirma que, ao estabelecer que o Estado visa garantir o bem-estar de todos, bem como ‘proibir quaisquer formas de discriminação’, inclui-se aqui a garantia do bem-estar de homossexuais e também o combate à discriminação por orientação sexual.

Sarlet<sup>27</sup>, por sua vez, aponta para a intrínseca ligação entre as noções de liberdade e dignidade, pois a liberdade e, por conseguinte, também o reconhecimento e a garantia de direitos de liberdade, constituem uma das principais exigências da dignidade da pessoa humana. Para ele, a afirmação da liberdade de desenvolvimento da personalidade humana e o imperativo de promoção das condições possibilitadoras de um livre desenvolvimento constituem corolários do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor no qual se baseia o Estado.

O autor explica também que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais, apontando para uma dimensão defensiva e prestacional, e ressalta que é precipuamente com fundamento no reconhecimento da dignidade da pessoa humana pela Constituição que se pode admitir a consagração, ainda que de modo implícito, de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade<sup>28</sup>, instituindo pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana<sup>29</sup> a garantia da isonomia de todos os seres humanos.

---

<sup>24</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constitucionalidade da Classificação da homofobia como racismo (PLC 122/2006)**. In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 516.

<sup>25</sup> “Numa sociedade plural, marcada por um amplo desacordo moral, a tolerância é uma virtude fundamental, não só para a garantia da estabilidade como para a promoção da justiça. Esta é uma lição que a civilização ocidental vem aos poucos aprendendo, desde o fim das guerras religiosas entre protestantes e católicos que destroçaram a Europa nos séculos XVI e XVII, mas que ainda hoje precisa ser enfatizada. Aceitar e respeitar o outro na sua diferença, reconhecendo o seu direito de viver à sua maneira, é cada vez mais essencial no contexto da crescente diversidade cultural, étnica e religiosa que caracteriza a vida nas sociedades contemporâneas.” (SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”**. In: SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 39.)

<sup>26</sup> “...a criminalização da discriminação por orientação sexual nada mais é que a imposição estatal de tolerância a qualquer pessoa independentemente de sua orientação sexual, o que significa dizer que o Estado não admitirá que uma pessoa seja discriminada pelo simples fato de ter uma determinada orientação sexual ao invés de outra.” (VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constitucionalidade da Classificação da homofobia como racismo (PLC 122/2006)**. In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo; Revista dos Tribunais: 2011, p. 517.)

<sup>27</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 51.

<sup>28</sup> Ibidem, p. 95.

<sup>29</sup> “...não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade

Ademais, conforme Sarmiento<sup>30</sup>, a compreensão constitucional da liberdade individual não é meramente formal, ela se preocupa com a efetiva possibilidade de fruição da liberdade pelos indivíduos, o que supõe o enfrentamento dos obstáculos sociais que atravancam o seu exercício, presentes em uma sociedade desigual e opressiva. Porém, por mais que a Constituição forneça o respaldo necessário e que alguns progressos significativos tenham sido registrados no Brasil, a discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero é algo presente na sociedade e, por isso, o debate sobre a possibilidade de criminalização da discriminação por motivação de orientação sexual e por identidade de gênero é um tema que se mostra urgente e necessário.

## 2.2 HISTÓRICO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOSSEXUALIDADE NO BRASIL

A legislação penal contra práticas homossexuais no Ocidente data do final do Império Romano e da Alta Idade Média, tais como as leis de Constantino e Teodósio, o Código Justiniano no século VI e as leis visigóticas no século VII. Contudo, essas leis eram consideradas episódicas e inócuas, ainda que justificadas pelo cristianismo em ascensão. Conforme elucida Vainfas<sup>31</sup>, a era das perseguições viria somente a partir do século XI, estimulada por uma Igreja Católica<sup>32</sup> fortalecida pela reforma gregoriana e pelas monarquias feudais em processo de expansão.

A trajetória jurídico-política brasileira é herdeira deste legado, tendo em conta que por séculos vigoraram legislações que impunham a doutrina católica. As Ordenações Filipinas (1603) e, posteriormente, as Constituições Primeiras do

---

peçoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência.” SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 121.

<sup>30</sup> SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”**. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 47-48.

<sup>31</sup> VAINFAS, Ronaldo. **Trópico dos pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus, 1989, p. 151.

<sup>32</sup> “Uma breve análise da história recente ocidental pode demonstrar que a Inquisição seria o exemplo por excelência da articulação entre as várias espécies de controle social, principalmente em face das mulheres. A emergência de um suposto mal que ameaçava destruir toda a humanidade justificou a expansão do controle da Igreja Católica e das instâncias jurídicas e judiciais, as quais se alinharam aos discursos médico e biologicista de inferioridade do inimigo, dando poderes ilimitados a algumas pessoas que poderiam evitar o caos.” (SIMÕES, Heloisa Vieira. **A tutela penal patriarcal e o paradoxo do feminismo punitivista**. Monografia - Bacharelado em Direito - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015. p. 38)

Arcebispo da Bahia (1707) são alguns dos exemplos da imposição estatal de uma visão religiosa de mundo<sup>33</sup>.

As Ordenações Filipinas, compilação jurídica que resultou da reforma do código manuelino<sup>34</sup>, no Livro V, Título XIII, ‘Dos que cometem pecado de sodomia e com alimarias’, previam a pena de morte para os crimes de sodomia<sup>35</sup>. Nas Constituições Primeiras do Arcebispo da Bahia, que foram uma compilação de normas servindo como a principal legislação eclesiástica no Brasil Colonial, em seu Livro V, título XVI, ‘Dos delictos da carne – como se deve proceder no crime da Sodomia’, prevê a pena de prisão para o crime de sodomia<sup>36</sup>.

Aliás, a sodomia, conforme elucidada Luiz Mott<sup>37</sup>, foi, depois do judaísmo, o crime mais perseguido no período inquisitorial. A homossexualidade por ser considerada de todos os pecados, “o mais torpe, sujo e desonesto”, chamada na época de sodomia,

<sup>33</sup> LOREA, Roberto Arriada. **Intolerância religiosa e casamento gay**. In: DIAS, Maria Berenice. *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo; Revista dos Tribunais; 2011, p. 39.

<sup>34</sup> “O *Código Filipino* encarava a sodomia como o ‘pecado contra a natureza’, isto é, uma atividade sexual que não levava em conta as ‘partes da geração’ e que, portanto, também poderia ser cometido por mulheres. No entanto, o Santo Ofício português foi discriminando na prática o homossexualismo feminino, procedimento que foi oficializado em 1646 por deliberação do Conselho Geral. Já a legislação eclesiástica, entendendo que o ‘pecado nefando’ era da alçada do Tribunal inquisitorial enquanto relacionamento sexual entre homens, considerava o crime de sodomia ‘tão péssimo e horrendo’ a ponto de ser ‘indigno de ser nomeado’.” (GOLDSCHMIDT, Eliana Maria Rea. **Convivendo com o pecado na sociedade colonial paulista (1719-1822)**. São Paulo: Annablume, 1998, p. 38.)

<sup>35</sup> “Toda a pessoa, de qualquer qualidade que seja, que peccado de sodomia per qualquer maneira commetter, seja queimado, e feito per fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memoria, e todos seus bens sejam confiscados para a Corôa de nossos Reinos, postoque tenha descendentes; pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão inhabiles e infames, assi como os daquelles que commetem crime de Lesa Magestade. E esta Lei queremos, que tambem se entenda, e haja lugar nas mulheres, que humas com as outra commettem peccado contra natura, e da maneira que temos dito nos homens.” (**ORDENAÇÕES FILIPINAS**, Livro V, Título XIII, p. 1162-1163. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em 17 de abr. 2018.)

<sup>36</sup> “É tão péssimo, e horrendo o crime da Sodomia, e tão encontrado com a ordem da natureza, e indigno de ser nomeado, que se chama nefando, que é o mesmo que pecado, em que se não póde falar, quanto mais commetter. Provoca tanto a ira de Deos, que por ele vem tempestades, terremotos, pestes, e fomes, e se abrazarão, e sorveterão cinco Cidades, duas dellas somente por serem visinhas de outras, onde elle se commetia. (...) Por tanto ordenamos, e mandamos, que se houver alguma pessoa tão infeliz, e carecida do lume da razão natural, e esquecida de sua salvação, (o que Deos não permita) que ouse commetter um crime, que parece feio até ao mesmo Demonio, vinda a noticia do nosso Provisor, ou Vigario Geral, logo com toda a diligencia, e segredo se informam, perguntando algumas testemunhas exatamente; e o mesmo farão nossos Visitadores, e achando provado quanto baste, prendão os delinquentes, e os mandarão ter a bom recado, e em havendo occasião, os remettão ao Santo Officio com os autos de summario de testemunhas, que tiverem perguntado: o que haverá lugar no crime da Sodomia própria, mas não da impropria, que commette uma mulher com outra, de que ao diante se tratará.” (**CONSTITUIÇÕES PRIMEIRAS DO ARCEBISPADO DA BAHIA**, Livro V, título XVI, p. 331-332. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/222291>>. Acesso em 17 de abr. 2018.)

<sup>37</sup> MOTT, Luiz R. B. **O sexo proibido: virgens, gays e escravos nas garras da inquisição**. Campinas, SP: Papyrus, 1988, p. 14.

foi perseguida tanto pela justiça civil como pela religiosa, daí ser a conduta erótica mais documentada não só para a população branca, como para a escravaria<sup>38</sup>.”

No título XVIII das Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia há, ainda, a previsão do pecado da molície<sup>39</sup>. Aqui, nota-se algo curioso, uma vez que esse pecado se refere somente a indivíduos do mesmo sexo. Diante disso, pode-se concluir que as pessoas culpadas por este delito são somente aquelas que mantêm relações com pessoas do mesmo sexo<sup>40</sup>.

O Código Filipino, como relata Goldschmidt<sup>41</sup>, foi mais abrangente ao estabelecer os contornos do crime de molície, tendo sido definido como o delito que se comete consigo ou com outra pessoa do mesmo ou de diferente sexo. Ou seja, aqui o pecado da molície abarca todas as práticas sexuais consideradas ilícitas ou que fugiam do modelo sodomita, tanto masculino como feminino, implicando prisão, açoites, degredo e galés.

Somente em 1824, pouco mais de 300 anos depois da chegada dos portugueses ao Brasil, a homossexualidade deixou de ser considerada crime. Porém, Silva Junior<sup>42</sup> explica que, para compreender a realidade atual de violação aos direitos humanos das lésbicas, dos gays, travestis e transexuais no Brasil, é preciso pontuar que, historicamente, o país herdou uma cultura de preconceito e de discriminação muito forte, com base em um contexto pós-medieval marcado pela perseguição aos sodomitas (e a outros estigmatizados) encabeçada, em especial, pela Santa Sé (Igreja Católica) por meio da Inquisição.

<sup>38</sup> MOTT, Luiz R. B. **O sexo proibido: virgens, gays e escravos nas garras da inquisição.** Campinas, SP: Papyrus, 1988, p. 39.

<sup>39</sup> “É também gravíssimo pecado o da molície, por ser contra a ordem da natureza, posto que não seja tão grave como o da Sodomia, e bestialidade. Por tanto ordenamos, que as mulheres, que uma com outra cometerem este pecado, sendo-lhes provado, sejam degradadas por tres anos para fora do Arcebispado, e em pena pecuniaria; as quaes penas se devem moderar, conforme a qualidade da prova, e mais circunstancias. E sendo homens, que com outros cometerem o dito pecado da molície, serão castigados gravemente com as penas de degredo, prisão, galés e pecuniaria. E sendo Clerigos, ales das ditas penas, serão depostos do officio, e Beneficio. E os que forem convencidos de cometerem pecado contra, ou *praeter naturam* por qualquer outro modo, serão gravissimamente castigados a nosso arbitrio.”. (CONSTITUIÇÕES PRIMEIRAS DO ARCEBISPADO DA BAHIA, Livro V, título XVIII, p. 333-334. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/222291>>. Acesso em 17 de abr. 2018.)

<sup>40</sup> NAPOLITANO, Minisa Nogueira. **A sodomia feminina na primeira visitaçao do santo oficio ao Brasil.** In: Revista História Hoje, nº 3, São Paulo: 2004, p. 3.

<sup>41</sup> GOLDSCHMIDT, Eliana Maria Rea. **Convivendo com o pecado na sociedade colonial paulista (1719-1822).** São Paulo: Annablume, 1998, p. 38-39.

<sup>42</sup> SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **Homofobia e violência doméstica.** In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo; Revista dos Tribunais; 2011, p. 497.

Percebe-se no Brasil, ainda hoje, o resquício da doutrina católica homofóbica e que é compartilhada por demais segmentos religiosos, como os evangélicos neopentecostais, e cuja atuação no Congresso Nacional atravança a aprovação de uma legislação capaz de assegurar à comunidade LGBTI tratamento igualitário, deixando a desejar no que se refere à efetivação de uma plena cidadania sexual<sup>43</sup>.

Maria Berenice Dias<sup>44</sup> afirma que o silêncio da lei que leva à exclusão do sistema jurídico é a forma mais perversa de condenação à invisibilidade, pois forma um círculo vicioso em que a ausência de punição alimenta posturas discriminatórias e a falta de uma legislação regulatória enseja a alegação de que inexistente direito a ser assegurado.

Nesse sentido, para a autora, buscar a tutela jurídica é a única forma de conceder efetividade às garantias consagradas na Constituição Federal, que tem como valor primeiro o respeito à dignidade da pessoa humana, assentado nos princípios da liberdade e da igualdade<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> LOREA, Roberto Arriada. **Intolerância religiosa e casamento gay**. In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo; Revista dos Tribunais: 2011, p. 42.

<sup>44</sup> DIAS, Maria Berenice. **Rumo a um novo ramo do direito**. In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo; Revista dos Tribunais: 2011, p. 250.

<sup>45</sup> “Diante dos comandos constitucionais que consagram o respeito à dignidade humana, os princípios da igualdade e da liberdade, além de reiteradamente defender uma sociedade não discriminatória, é difícil justificar a inércia do Poder Legislativo.”, (DIAS, Maria Berenice. **Rumo a um novo ramo do direito**. In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo; Revista dos Tribunais: 2011, p. 259.)

### 3 HOMOFOBIA

#### 3.1 A CONSTRUÇÃO DE UM (PRE)CONCEITO

De acordo com Giorgis<sup>46</sup>, o termo ‘homossexualidade’ foi utilizado em 1969 pelo médico húngaro Karoli Maria Kertbeny para designar, conforme nomenclatura clínica, as formas de amor carnal entre pessoas do mesmo sexo, contrapondo-se à palavra heterossexualidade que, também segundo o autor, foi criada em 1888.

Por sua vez, o vocábulo ‘homofobia’ é um neologismo criado pelo psicólogo George Weinberg no início dos anos 70, combinando a palavra grega *phobos* com o prefixo *homo*. *Phobos* é medo em geral e a fobia seria um medo irracional, instintivo. Porém, ‘fobia’, como explica Silva Júnior<sup>47</sup>, é empregado também como aversão ou repulsa, qualquer que seja o motivo. Seria, portanto, uma oposição instintiva a tudo o que não corresponde ao que a maioria dos indivíduos se identifica e o que diverge às normas<sup>48</sup> estabelecidas por um determinado grupo hegemônico.

Embora em um primeiro momento o termo esteja atrelado a uma espécie de temor irracional patológico, Salo de Carvalho<sup>49</sup> observa que, nas ciências sociais contemporâneas, o tema é trabalhado como uma construção social ancorada no estigma e na discriminação que envolve a homossexualidade.

Borrillo<sup>50</sup> define a homofobia como uma manifestação arbitrária que consiste em designar o outro como contrário, inferior ou anormal, e que, por sua diferença irreduzível, é posicionado à distância, fora do universo comum dos humanos. Ainda para o autor<sup>51</sup>, enquanto fenômeno psicológico e social, a homofobia se enraíza nas complexas relações estabelecidas entre uma estrutura psíquica do tipo autoritário e

<sup>46</sup> GIORGIS, José Carlos Teixeira. **O casamento igualitário e o direito comparado**. In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo; Revista dos Tribunais; 2011, p. 60.

<sup>47</sup> SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **Homofobia e violência doméstica**. In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo; Revista dos Tribunais; 2011, p. 498.

<sup>48</sup> “A homofobia é expressa pela institucionalização da heterossexualidade como norma social, política, econômica e jurídica e que necessariamente afeta qualquer sujeito, independente de sua orientação sexual. Heterossexuais e todos os não-heterossexuais são instados a todo instante a reafirmar a matriz heteronormativa – as normas de orientação sexual e identidade de gênero.” (PRESTES, Érika Aparecida. **A criminalização do discurso de ódio homofóbico no Brasil**. 219 f. Dissertação - Mestrado em Direito – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014, p. 34)

<sup>49</sup> CARVALHO, Salo de. **Sobre as possibilidades de uma criminologia queer**. In: Revista Sistema Penal e Violência, UFRGS, Volume 4 – Número 2 – p. 151-168 – julho/dezembro 2012, p. 156.

<sup>50</sup> BORRILLO, Daniel. **Homofobia: História e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016, p. 13.

<sup>51</sup> Ibidem, p. 87.

uma organização social que considera a heterossexualidade monogâmica como ideal no plano sexual e afetivo<sup>52</sup>.

Salo de Carvalho<sup>53</sup> entende que o processo de legitimação da violência heterossexista pode ser decomposto em três níveis fundacionais que configuram as culturas heteromoralizadoras e heteronormalizadoras. O primeiro nível seria o da violência simbólica (cultura homofóbica), a partir da construção social de discursos de inferiorização da diversidade sexual e de manifestações plurais de gênero. O segundo seria o da violência das instituições (homofobia de Estado), com a criminalização e a patologização<sup>54</sup> das identidades não heterossexuais. Por fim, o terceiro, seria o da violência interpessoal (homofobia individual), no qual a tentativa de anulação da diversidade ocorre por meio de atos brutos de violência (violência real).

Os discursos de ódio e a violência perpetrada contra grupos minorizados derivam e se perpetuam graças a um intenso processo de institucionalização compulsória da heterossexualidade que estabelece diferenciação entre os sujeitos e cria um sistema de categorias no qual pessoas que fogem à regra são caracterizadas como ‘anormais’<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> “A cultura ocidental é regida por uma espécie de ideal do macho ou vontade de masculino que institui como regra a masculinidade heterossexual e que provoca, como consequência direta, a opressão da mulher e a anulação das masculinidades não-hegemônicas (diversidade sexual). A instrumentalização desta hipermasculinidade no cotidiano ocorre mediante formas conhecidas de violência: violência de gênero e homofobia.” (CARVALHO, Salo de. **Três hipóteses e uma provocação sobre homofobia e ciências criminais: quer(ing) criminology**. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, n. 238 p. 2-3, Set. 2012, p. 32)

<sup>53</sup> CARVALHO, Salo de. DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 205-206.

<sup>54</sup> “Diagnosticando todos os comportamentos considerados desviantes, o saber médico passou também a se ocupar com o que, antes do século XIX, era de competência dos religiosos, como por exemplo, as aberrações sexuais. Todavia, os sodomitas masculinos e femininos, agora denominados de pederastas, tribades, safistas ou lésbicas, se para a Igreja eram pecadores que atentavam contra as leis de Deus – pecadores horrendos e merecedores de punições e até mesmo do fogo do inferno, para os médicos, tais indivíduos eram desviantes, eram portadores de uma doença moral que mereciam diagnóstico, profilaxia e tratamento.” (NAPOLITANO, Minisa Nogueira. **O médico e a mulher: o discurso médico sobre os vícios femininos na sociedade carioca oitocentista**. 103 f. Dissertação - Mestrado em História – Programa de Pós-graduação em História da Faculdade de História, Direito e Serviço Social de Franca, Universidade Estadual Paulista, Franca, 2005, p. 33)

<sup>55</sup> “A naturalização da norma heterossexual, ao aprisionar as subjetividades no binarismo hétero/homossexual, cria automaticamente mecanismos de saber e de poder nos quais a diferença é exposta como um desvio ou como uma anomalia. Definido o comportamento ou o modo de ser a partir da regra heterossexual, o controle social formal é instrumentalizado nos processos de criminalização (direito penal) e de patologização (psiquiátrica) da diferença. Outrossim, para além destas respostas sancionadoras produzidas nas e pelas agências de punitividade (violência institucional), a lógica heteronormativa potencializa inúmeras outras formas de violências (simbólicas e interindividuais) nas quais a diversidade sexual é vitimizada (homofobia).” (CARVALHO, Salo de. E DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 204-205.)

Porém, como destaca Borrillo<sup>56</sup>, a recente preocupação com a hostilidade homofóbica modifica a maneira como a questão havia sido problematizada até então, pois, em vez de se dedicar ao estudo do comportamento homossexual, tratado no passado como desviante<sup>57</sup>, a atenção agora se volta para as razões que levaram à atribuição de tal qualificativo às manifestações plurais de gênero e sexualidade.

Desse modo, ainda conforme o autor, o deslocamento do foco da análise produz uma mudança tanto epistemológica quanto política: epistemológica porque se trata não tanto de conhecer ou compreender a origem e o funcionamento da homossexualidade<sup>58</sup>, mas de analisar a hostilidade desencadeada por essa forma específica de orientação sexual, e política porque não é mais a homossexualidade e sim a questão homofóbica é que, a partir de agora, merece problematização específica.

---

<sup>56</sup> BORRILLO, Daniel. **Homofobia**: História e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016, p. 14.

<sup>57</sup> Em 1973, a Associação Americana de Psiquiatria removeu a homossexualidade da terceira edição do manual diagnóstico de doenças mentais (DSM III), deixando de ser classificada como transtorno mental em virtude tanto da falta de bases empíricas que associassem a homossexualidade a indicadores de transtornos psicológicos quanto devido às pressões do movimento pelos direitos sexuais LGBT. Em 1975, a Associação Americana de Psicologia adotou o mesmo procedimento, deixando de considerar a homossexualidade como doença, distúrbio ou perversão. “No Brasil, em 1985, o Conselho Federal de Medicina (CFM) também deixa de considerar a homossexualidade como desvio sexual, esclarecendo aos médicos, em particular aos psiquiatras, que homossexualismo não pode ser aplicado nem sustentado como diagnóstico médico.” (GUIMARÃES, Anibal. **Sexualidade heterodiscordante no mundo antigo**. In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo; Revista dos Tribunais: 2011, p. 30) A partir de 1990, a Organização Mundial de Saúde (OMS) afirmou que homossexualidade não é doença, distúrbio ou perversão e retirou a sua classificação do rol de doenças mentais do CID – Classificação Internacional de Doenças. Logo em seguida, em 1991, a Anistia Internacional passou a considerar a discriminação contra homossexuais uma violação aos Direitos Humanos. “Em 1995, na última revisão, o sufixo *ismo*, que significa doença, foi substituído por *dade*, que designa um modo de ser, concluindo os cientistas que a atividade não podia mais ser sustentada enquanto diagnóstico médico, porque transtornos derivam mais da discriminação e da repressão social, oriundos de um preconceito do seu desvio sexual.” (GIORGIS, José Carlos Teixeira. **O casamento igualitário e o direito comparado**. In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo; Revista dos Tribunais; 2011, p. 69)

<sup>58</sup> “Para a hodierna psicologia, a homossexualidade (assim como a hétero e a bissexualidade) não se trata de uma simples opção, mas de uma das possíveis orientações afetivas humanas. De fato, muito mais do que nas tentativas de explicação e de visualização desta manifestação no corpo (teses genéticas, hormonais, por exemplo), na influência do meio ou no contato puramente sexual (entre duas pessoas do mesmo sexo), ela se apresenta como uma clara movimentação dos desejos e sentimentos; daí por que de a livre orientação afetivo-sexual ser, constitucional e internacionalmente, tutelada.” (SILVA JÚNIOR. Enézio de Deus. **Diversidade sexual e suas nomenclaturas**. In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo; Revista dos Tribunais: 2011, p. 101)

### 3.2 DADOS DA VIOLÊNCIA HOMOFÓBICA NO BRASIL

De acordo com relatório<sup>59</sup> publicado pelo Grupo Gay da Bahia<sup>60</sup>, no ano de 2016, 343 LGBTs morreram no Brasil, incluindo 26 casos de suicídio. Em 2017<sup>61</sup>, 445 LGBTs morreram, abrangendo três brasileiros mortos no exterior, em um total de 387 assassinatos e 58 suicídios. Em 2018<sup>62</sup>, foram registradas 153 mortes de pessoas LGBTs até dia 15 de maio, incluindo 42 casos de suicídios.

Embora os dados sejam alarmantes, é preciso considerar que, além dos homicídios, também existem várias outras formas de violência. Segundo levantamento do Ministério de Direitos Humanos (MDH)<sup>63</sup>, no ano de 2016 foram recebidas 1.876 denúncias de agressões praticadas contra homossexuais, bissexuais, travestis e transgêneros. Dentre as referidas denúncias, a discriminação e a violência psicológica figuraram os casos com o maior número de registros, o que demonstra também a elevada violência simbólica<sup>64</sup> praticada contra a população LGBTI. No ano de 2017, o Disque 100 recebeu um total de 1.720 denúncias de violações de direitos humanos de pessoas LGBTI, sendo 193 casos de homicídios. Contudo, para além dos registros,

<sup>59</sup> GRUPO GAY DA BAHIA. **Relatório 2016**: assassinatos de LGBT no Brasil. Disponível em <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/01/relatc3b3rio-2016-ps.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2018.

<sup>60</sup> “Desde o início da década de 1980, movimentos sociais LGBTs (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis e Transgêneros) no Brasil, em iniciativa pioneira do Grupo Gay da Bahia, realizam o levantamento de notícias relacionadas a homicídios cometidos contra a população LGBTs, no sentido de embasar estatísticas não-oficiais sobre homofobia no Brasil. Estabeleceu-se, pois, uma série histórica de dados que permite comparar, se não o número real de assassinatos de caráter homofóbico no Brasil, pelo menos o volume de notícias relacionadas a este tipo de crime na mídia brasileira.” (WENDT, Valquíria P. Cirolini. **Os movimentos sociais dos homossexuais e a busca pela criminalização da homofobia**: análise desde os dados estatísticos apontados pela mídia. In: Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade - UFSM, 2015, Santa Maria- RS. ANAIS do Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. Santa Maria: 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade - UFSM, 2015. v. 1. p. 9)

<sup>61</sup> GRUPO GAY DA BAHIA. **Mortes violentas de LGBT no Brasil**: Relatório 2017. Disponível em <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>> Acesso em: 09 set. 2018.

<sup>62</sup> GRUPO GAY DA BAHIA. **Dados 2018**: mortes de LGBT no Brasil (1º Quadrimestre). Disponível em <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2018/05/relatc3b3rio-ggb-1c2baquad-20181.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2018.

<sup>63</sup> BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. **Disque Direitos Humanos: Relatório 2017**. Brasília, 2018. Disponível em <<http://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/ouvidoria/dados-disque-100/relatorio-balanco-digital.pdf>> Acesso em: 11 set. 2018.

<sup>64</sup> “A forma particular de dominação simbólica de que são vítimas os homossexuais, marcados por um estigma que, à diferença da cor da pele ou da feminilidade, pode ser ocultado (ou exibido), impõe-se através de atos coletivos de categorização que dão margem a diferenças significativas, negativamente marcadas, e com isso a grupos ou categorias sociais estigmatizadas.” (BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Trad. Maria Helena Kühner. 4ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 143.)

é preciso levar em conta a subnotificação, uma vez que muitos dos crimes ocorridos sequer são registrados.

À luz da violência simbólica e do aumento dos índices de homicídio contra setores estigmatizados é compreensível que os grupos minorizantes se posicionem a favor da utilização do sistema penal como instrumento de sua própria proteção, ainda mais no atual cenário brasileiro, em que, além da violência física enfrentada, há a censura<sup>65</sup> e a tentativa de silenciamento<sup>66</sup> de existências não hegemônicas, reforçando também no plano simbólico a opressão contra gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros.

---

<sup>65</sup> No dia 10 de setembro de 2017, a exposição 'Queermuseu – Cartografias da Diferença na Arte Brasileira' foi cancelada em Porto Alegre após grupos de direita, como o Movimento Brasil Livre (MBL), acusarem a exposição de promover blasfêmia contra símbolos católicos, pornografia, zoofilia e pedofilia. Diante do acirramento de ânimos, o Banco Santander optou pelo encerramento da exposição, reafirmando assim as relações de poder entre grupos hegemônicos sobre grupos vulneráveis, em que a heteronorma, mais uma vez, se afirma e prevalece.

<sup>66</sup> "A opressão como forma de 'invisibilização' traduz uma recusa à existência legítima, pública, isto é, conhecida e reconhecida, sobretudo pelo Direito, e por uma estigmatização que só aparece de forma realmente declarada quando o movimento reivindica a visibilidade." (BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Trad. Maria Helena Kühner. 4ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 143-144.)

## 4 A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL

### 4.1 ASPECTOS JURÍDICOS, POLÍTICOS E SOCIAIS DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

Embora a proteção dos grupos minorizados esteja legalmente amparada pela Constituição Federal de 1988 e pelos princípios por ela emanados<sup>67</sup>, o debate sobre a criminalização de atos que impliquem em discriminação ou violência por orientação sexual ou identidade de gênero enfrenta grande resistência no Brasil.

A ausência de leis federais que protejam os grupos LGBTI<sup>68</sup> é tida por parte da comunidade como uma grave omissão, pois se acredita que a possibilidade de criminalização da homofobia seria uma maneira efetiva de coibir a violência<sup>69</sup>. Assim, o debate sobre a homofobia<sup>70</sup> bem como a viabilidade da criminalização destas

---

<sup>67</sup> “A dignidade humana serve como elemento que unifica os direitos fundamentais e o sistema constitucional, com dúplice dimensão; primeiro como princípio supremo que obriga o Estado a conformar toda a ordem jurídica num sentido consentâneo e vincula todos os poderes; mas ainda afasta qualquer proteção do Estado como um fim em si mesmo, pois garante ao indivíduo um espaço de não intervenção alheia, e que se chama de moral coletiva majoritária, que lhe permite ser, em liberdade, o que é. Desta forma, numa ordem constitucional fundada na dignidade da pessoa humana, a que o Estado se subordina, só razões muito poderosas, excepcionais e com apoio constitucional pode o legislador afastar uma categoria de pessoas daquele direito.” (GIORGIS, José Carlos Teixeira. **O casamento igualitário e o direito comparado**. In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 80-81)

<sup>68</sup> “Os movimentos sociais passam, portanto, a desempenhar um papel importante para a democracia, pois são considerados atores na construção de espaços deliberativos de modo a manter posicionamento crítico em relação às instituições públicas, às suas decisões ou mesmo à falta delas. Um dos possíveis caminhos para o aperfeiçoamento democrático é reforçar o caráter conflitivo entre os movimentos sociais e o sistema político. Através de ações na esfera pública, os movimentos sociais podem chamar a atenção da sociedade para determinadas temáticas, pressionando desta forma o sistema político a promover as mudanças ou manutenções de políticas que os primeiros considerem relevantes. Portanto, os movimentos sociais são considerados atores importantes na construção de espaços deliberativos, mantendo uma postura crítica em relação a outras instituições públicas, ao Estado, sempre procurando levar ao debate novas demandas que a sociedade atual exigir.” (WENDT, Valquiria P. Cirolini. **(Não) criminalização da homofobia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 66)

<sup>69</sup> “É inegável que os dados sobre a violência homofóbica (contra a vida, contra a integridade física, contra a liberdade sexual), sobretudo extraídos de uma sociedade inserida no contexto de uma cultura punitivista como a brasileira, induzem pensar no instrumento mais radical (direito penal) como alternativa para a proteção dessas pessoas e grupos vulneráveis. Entendo, inclusive, que seria demasiado romântico e idealista exigir que o movimento LGBTs negasse a via criminalizadora, mormente quando movimentos sociais análogos já trilham esse caminho.” (CARVALHO, Salo. **Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer**. In: CARVALHO, Salo de. e DUARTE, Evandro Piza. Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 249.)

<sup>70</sup> “...apesar dos avanços obtidos nos últimos anos no que diz respeito à promoção da cidadania da população LGBT, permanece sendo um segmento da sociedade que ainda enfrenta problemas e desigualdades provocados pela desinformação, pelo preconceito, pela discriminação e pela intolerância, pois são consideradas pessoas sexualmente ‘anormais’ para os padrões

condutas são demandas atuais que devem ser enfrentadas pelo Direito Penal, pela sociedade civil e pelo Congresso Nacional.

A possibilidade da criminalização da homofobia já esteve em pauta no Congresso Nacional<sup>71</sup>, mas, até o momento, nenhum projeto de lei que criminalize a manifestação do preconceito e a discriminação por motivo de orientação sexual conseguiu ser aprovado nas duas casas do Congresso.

É importante mencionar que, consoante aponta Carvalho<sup>72</sup>, do ponto de vista da construção histórica dos direitos humanos, os grupos LGBTIs possuem tanta legitimidade postulatória para efetivação de suas pautas políticas quanto os movimentos feministas e os movimento negros e, dessa forma, seria discriminatório assegurar políticas públicas de igualdade e de defesa dos direitos para mulheres e afrodescendentes e não observar as reivindicações dos grupos LGBTIs.

Para Borrillo<sup>73</sup>, é preciso destacar também que, previamente à repressão, a luta contra a homofobia exige uma ação pedagógica destinada a modificar a dupla imagem ancestral de uma heterossexualidade vivenciada como natural e de uma homossexualidade apresentada como uma disfunção afetiva e moral. Nesse sentido, enquanto problema social, a homofobia pode ser considerada como um delito suscetível de sanção jurídica, mas a dimensão repressora deve ser acompanhada por uma ação preventiva, a fim de que não seja destituída de sentido.

Todavia, diante de fatos políticos que apontam para a inviabilidade de implementação de políticas públicas e ações que estimulem o debate e o fim do preconceito<sup>74</sup>, a demanda pela criminalização se intensifica, pois o recrudescimento

---

heteronormativos." (WENDT, Valquiria P. Cirolini. **(Não) criminalização da homofobia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 83-84.)

<sup>71</sup> Em 7 de agosto de 2001, a então deputada federal, Iara Bernardi, apresentou um projeto de lei na Câmara dos Deputados com o objetivo de criminalizar a homofobia. O PL 5003/2001 foi remetido ao Senado Federal e recebeu uma nova numeração, passando a ser denominado 'Projeto de Lei da Câmara 122 de 2006'. O PLC 122 objetivava alterar a Lei 7.716/1989, que tipifica os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. O projeto visava incluir entre esses crimes a discriminação por gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero. A proposta, contudo, enfrentou resistência, principalmente de lideranças religiosas que compõem a bancada evangélica do Congresso Nacional, que afirmavam que a matéria violaria o direito à liberdade de expressão.

<sup>72</sup> CARVALHO, Salo. **Sobre a criminalização da homofobia**: perspectivas desde a criminologia queer. In: CARVALHO, Salo de. e DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 243.

<sup>73</sup> BORRILLO, Daniel. **Homofobia**: História e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016, p. 106.

<sup>74</sup> Com a estruturação do Plano Nacional de Educação (PNE), em 2014, a proposta do Ministério da Educação (MEC) era incluir temas relacionados com a identidade de gênero e a sexualidade nos planos de educação. O projeto visava promover a discussão de identidade de gênero nas escolas, ajudando a diminuir o preconceito e promover uma sociedade com mais igualdade. Todavia, os críticos ao que

da violência, da opressão, da patologização<sup>75</sup>, da intolerância e da censura contra grupos minoritários e suas expressões faz com que haja uma maior pressão social, especialmente dos segmentos LGBTIs, em relação ao Estado para que este atue na proteção da integridade dos indivíduos<sup>76</sup>, punindo condutas homofóbicas contra eles praticadas<sup>77</sup>.

É nesse sentido que a reflexão acerca da possibilidade de criminalização das condutas discriminatórias se torna necessária, uma vez que todas as demais alternativas, tais como propostas legislativas e políticas públicas visando assegurar direitos LGBTIs foram barradas e as formas possíveis de diálogo foram tolhidas por meio de um processo de invisibilidade<sup>78</sup>, de censura, de medicalização/enfermidade, silenciamento e violência para com as orientações sexuais não hegemônicas<sup>79</sup>.

---

ficou conhecido como 'ideologia de gênero', alegaram que essa proposta seria doutrinação das crianças, com o objetivo de destruir os tradicionais conceitos de família, especialmente aqueles fundamentados em preceitos religiosos. Durante a tramitação no Congresso Nacional do PNE as bancadas religiosas afirmaram que a 'ideologia de gênero', deturparia os conceitos de homem e mulher, destruindo o modelo tradicional de família.

<sup>75</sup> No dia 15 de setembro de 2017 o juiz federal da 14ª Vara do Distrito Federal, Waldemar Cláudio de Carvalho, concedeu liminar que abre brecha para que psicólogos ofereçam a terapia de reversão sexual, o que ficou popularmente conhecido como 'cura gay'. A decisão se refere ao pedido da psicóloga Rozangela Alves Justino em processo judicial contra o Conselho Federal de Psicologia, que aplicou uma censura à referida profissional por ela oferecer a terapia de reversão sexual a seus pacientes.

<sup>76</sup> "A ampliação do rol de bens jurídicos e, em consequência, do sistema penal como instrumento de proteção, projeta a maximização dos aparatos de controle. Contudo importante perceber que, mesmo direcionando a repressão penal à ampla gama de condutas, permanecem praticamente inalterados os quadros de seletividade operados na criminalização secundária, adquirindo a pena, na atualidade, a função real de controle das massas inconvenientes e a simbólica de tutela de novos interesses sociais." (CARVALHO Salo de. **Antimanual de criminologia**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 89.)

<sup>77</sup> Ao se verificar a complexidade empírica, permite-se perceber que, como salienta Carvalho, "...o projeto de criminalização da homofobia não representa uma pauta isolada ou voluntarista e muito menos desamparada de uma séria reflexão teórica.", *Ibidem*, p. 232.

<sup>78</sup> A Lei 13.104 de março de 2015 alterou o §2º do Artigo 121 do Código Penal ao introduzir o inciso VI, que estabelece o feminicídio como uma qualificadora do crime de homicídio, sendo este o homicídio cometido contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, considerando-se que há razões da condição de sexo feminino quando o crime envolve violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Porém, o que deveria ser um marco protetivo ainda maior, por influência de grupos conservadores, teve o termo 'gênero' retirado do texto final da lei, excluindo, assim, da proteção legal todas as pessoas que se identificam com o gênero feminino, mas não são portadoras de características biológicas do sexo feminino, ignorando deliberadamente a situação de vulnerabilidade e violência a que estão submetidas as travestis e as transexuais.

<sup>79</sup> "A possibilidade de sofrer agressão física ou verbal é central nas maneiras pelas quais lésbicas, homossexuais, transexuais, travestis e outras pessoas fora da ordem heterossexual se constituem e são constituídas subjetivamente. A experiência de constituir-se fora da heteronormatividade é marcada pela subalternidade, pois emerge em um campo de hostilidades, de discriminações, de violência física, de inferiorizações diversas. (OLIVEIRA, Rosana Medeiros de. **Notícias de homofobia**: enquadramento como política. In: DINIZ, Debora e OLIVEIRA, Rosana Medeiros de (org). *Notícias de homofobia no Brasil*. Brasília: Letras Livres, 2014, p. 9)

Por outro lado, ao se optar pelo uso do direito penal como estratégia para refrear a homofobia, corre-se o risco de legitimar um sistema de poder e opressão, baseado em um modelo punitivo que deveria ser utilizado apenas como a *ultima ratio*<sup>80</sup>.

A busca pelo direito penal como instrumento de proteção não pode ignorar o fato de que o próprio sistema criminal é construído com base nos interesses específicos de determinados grupos sociais e gira em torno da exploração e opressão dos setores mais fragilizados da sociedade. Sendo assim, o risco de se optar pelo uso do direito penal como estratégia pode vir a validar ainda mais um sistema de poder que reproduz a lógica patriarcal<sup>81</sup>, centrada na desigualdade e na violência contra grupos minoritários.

Além disso, a lógica penal parece, pelo menos à primeira vista, não conseguir lidar com problemas estruturais arraigados na sociedade<sup>82</sup>, como é o caso da homofobia, o que sugere que a via penal talvez não seja a forma mais adequada para dar conta desses conflitos<sup>83</sup>.

Grande parte dos criminalistas da atualidade se posiciona contrariamente à utilização do direito penal para intimidação, defendendo o chamado direito penal mínimo, aquele que se limita a criminalizar apenas as condutas que afrontem os valores essenciais da vida em sociedade, relegando as demais punições para as outras áreas do direito, por considerarem o direito penal como a *ultima ratio* da punição, ou seja, para ser utilizado somente quando

<sup>80</sup> “No interior de uma cultura embriagada pelo punitivismo, porém, é inegável perceber que a criminalização possui um *efeito simbólico*. Aliás, em inúmeros casos o efeito simbólico é o único que a criminalização possui.” (CARVALHO, Salo. **Sobre a criminalização da homofobia**: perspectivas desde a criminologia queer, In: CARVALHO, Salo de. E DUARTE, Evandro Piza. Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 251).

<sup>81</sup> “O sistema penal vai expressar e reproduzir a estrutura e o simbolismo de gênero, expressando e contribuindo para a reprodução do patriarcado e do capitalismo (capitalismo patriarcal). Dizer que o sistema penal é integrativo do controle social informal significa então que ele atua residualmente no âmbito deste, mas este funcionamento residual reforça o controle informal masculino/feminino, e os respectivos espaços, papéis e estereótipo a que se devem manter confinados.” (ANDRADE, Vera Regina P. de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan: ICC; 2012, p. 144.)

<sup>82</sup> “Ao revisar a literatura jurídico-penal, foi possível notar que o enfretamento da questão normalmente se pulveriza (e se dicotomiza) em certos argumentos de consenso, teses genéricas e pouco palpáveis (senso comum teórico) com, possibilidade fornecida pelas ciências como, p. ex., (a) a necessidade de tutela de novos bens jurídicos; (b) a proibição da proteção penal deficiente; (c) a ineficácia da lei penal na prevenção de condutas homofóbica e (d) a ruptura com a ideia de intervenção mínima.” (CARVALHO, Salo. **Sobre a criminalização da homofobia**: perspectivas desde a criminologia queer, In: CARVALHO, Salo de. E DUARTE, Evandro Piza. Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 231.)

<sup>83</sup> “De fato, na arena dos saberes talvez nenhum outro tenha sido tão prisioneiro do androcentrismo quanto a Criminologia, com seu universo até então inteiramente centrado pelo masculino, ou seja, pelo objeto do saber (o crime e os *criminosos*), seja pelos sujeitos produtores do saber (os *criminólogos*), seja pelo próprio saber.” (ANDRADE, Vera Regina P. de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan: ICC; 2012, p. 128.)

os demais ramos do direito não se mostrarem capazes de reprimir adequadamente a conduta em questão (como direito civil à indenizações, o direito administrativo – advertências/suspensões/cassações de licença etc.). Essa postura não surgiu sem uma justa razão, pois, no passado, a criminalização de posturas meramente tidas como imorais, sob o ponto de vista religioso inclusive, fez com que se banalizasse a punição criminal, até mesmo com penas bárbaras (os degredos e fogueiras previstos nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas o demonstram). Contudo, a criminalização da discriminação por orientação sexual respeita, inclusive, a teoria do direito penal mínimo, pois visa a garantir um valor essencial da sociedade, a saber: a tolerância devida a toda e qualquer pessoa. Ademais, justifica-se a equiparação da punição da discriminação por orientação sexual à punição à discriminação por cor de pele, etnia, origem nacional e religião, pois, como estas, trata-se de discriminação histórica a um grupo marginalizado pela sociedade, que historicamente o menospreza e lhe destrata por sua mera orientação sexual – da mesma forma como historicamente foram discriminados negros, grupos étnicos, religiosos e estrangeiros por sua mera cor de pele, etnia, religião e origem nacional, respectivamente<sup>84</sup>.

Vecchiatti<sup>85</sup> explica que, não raro, afirma-se que a criminalização da discriminação por orientação sexual seria ‘inútil’ porque não acabaria com o preconceito, apenas faria com que este não fosse exteriorizado e que, por sua vez, assassinatos, agressões e ofensas já constituem crimes em qualquer hipótese, do que decorre que não seria necessária a referida criminalização.

Contudo, segundo o autor, os argumentos não procedem, pois, quanto ao fato de leis punitivas não acabarem com o preconceito, este não é (ou não deve ser) o objetivo direto de qualquer lei criminalizadora. Para ele, o objetivo da criminalização da homofobia não é acabar com o preconceito, mas sim acabar com a discriminação, ou seja, com a exteriorização de pensamento ou manifestação que cause prejuízo a terceiros por força de sua mera orientação sexual, uma vez que a tolerância é pressuposto da vida em sociedade, ressaltando que é evidente que uma lei não acaba com o preconceito, porém isso não a torna menos necessária.

Além disso, consoante sinaliza Oliveira<sup>86</sup>, tratar a violência que recai sobre as vidas LGBTI como uma mera questão de violência urbana ou de segurança pública indica a moralidade heterossexual do olhar que narra, em que as práticas sociais de destruição das existências não heteronormativas são neutralizadas e naturalizadas

<sup>84</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constitucionalidade da Classificação da homofobia como racismo (PLC 122/2006)**. In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo; Revista dos Tribunais: 2011, p. 519.

<sup>85</sup> Ibidem, p. 516-517.

<sup>86</sup> OLIVEIRA, Rosana Medeiros de. **Notícias de homofobia**: enquadramento como política. In: DINIZ, Debora e OLIVEIRA, Rosana Medeiros de (org). Notícias de homofobia no Brasil. Brasília: Letras Livres, 2014, p. 14.

pelo processo de invisibilização de sua especificidade, sendo um modo de apagar a perseguição cotidiana e normativa aos que escapam da suposta ordem.

Sob esse escopo, os atos atentatórios à integridade moral ou física dos indivíduos LGBTI merecem, consoante elucida Silva Junior<sup>87</sup>, ser analisados dentro de um contexto amplo e crítico, capaz de revelar se a orientação sexual e as posturas/vivências/performances de gênero das vítimas constituíram os motivos principais ou preponderantes para o cometimento de um determinado crime.

Para o autor, se do ponto de vista dos critérios da correta tipificação legal e da aplicação da pena, importaria o motivo de o ato ilícito estar (ou não) relacionado à afetividade ou às nuances de gênero do sujeito passivo (que sofre os efeitos da ação ou omissão criminosa), tais aspectos também deitariam reflexos na investigação policial, no andamento processual-criminal e na categorização de grupos especiais que sofrem, constantemente, atentados a uma base comum que seria a orientação da sexualidade ou a identidade de gênero das vítimas das violações.

É certo, contudo, que nem sempre a violência que atinge as pessoas não hétero é homofóbica, entretanto, como argumenta Oliveira<sup>88</sup>, o fato dessa violência não ser muitas vezes entendida desta forma em um país homofóbico indica um enquadramento que se recusa a olhar para a precarização dessas vidas, pois denominar como uma violência específica que incide sobre quem rompe ou questiona o regime heterossexual é uma forma de apontar os modos de vulnerabilização desses grupos.

A controvérsia, portanto, não se restringe somente a uma discussão de política criminal em torno da necessidade ou adequação da criação de um tipo penal específico para a homofobia, mas vai muito além e inclui um debate moral, jurídico e político mais amplo, vez que a disputa pela denominação de tais violências como homofobia é, sobretudo, uma luta política pelos significados dos acontecimentos, pois quando se discute a importância de afirmar se um crime foi homofóbico, o conflito é, antes, sobre como se lê, ou não se lê, a precariedade de existências não

---

<sup>87</sup>SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **Homofobia e violência doméstica**. In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo; Revista dos Tribunais; 2011, p. 496.

<sup>88</sup> OLIVEIRA, Rosana Medeiros de. **Notícias de homofobia**: enquadramento como política. In: DINIZ, Debora e OLIVEIRA, Rosana Medeiros de (org). Notícias de homofobia no Brasil. Brasília: Letras Livres, 2014, p. 14-15.

heterossexuais e a necessidade de dar ou não uma resposta política a esse fenômeno, seja ela penal ou de outra natureza<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> RONDON, Gabriela e GUMIERI, Sinara. **Dizer a homofobia**: uma controvérsia política e moral. In: DINIZ, Debora e OLIVEIRA, Rosana Medeiros de (org). Notícias de homofobia no Brasil. Brasília: Letras Livres, 2014, p. 90.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os discursos de ódio e a violência perpetrada contra grupos minorizados faz com que diversos setores reivindiquem para si a utilização do direito penal como um instrumento de proteção. Contudo, a busca pelo poder punitivo não pode ignorar o fato de que a própria construção de um sistema criminal tem como base os interesses específicos de determinados grupos privilegiados e gira em torno da exploração e opressão dos setores mais fragilizados da sociedade.

Sendo assim, o risco de se optar pelo uso do direito penal como estratégia de proteção pode vir a legitimar ainda mais um sistema de poder que reproduz a lógica patriarcal, centrada na manutenção da desigualdade e na perpetuação da violência.

O debate, portanto, vai além de uma política criminal em torno da necessidade ou adequação da criação de um tipo penal específico para a homofobia, pois inclui um âmbito moral e político muito mais amplo, vez que a disputa pela denominação de tais violências como homofobia é, sobretudo, uma luta política pelos significados dos acontecimentos, pois quando se verifica a importância de afirmar que um crime teve motivação homofóbica, o conflito é, antes, sobre como se lê a precariedade de existências não heterossexuais e a necessidade de dar ou não uma resposta política a esse fenômeno, seja ela penal ou de outra natureza.

Muito embora uma série de direitos já tenham sido conquistados na esfera civil, o fato é que diariamente gays, lésbicas, bissexuais e transexuais ainda sofrem intensa violência, opressão, humilhação, marginalização e diversas outras formas de discriminação. Desse modo, a omissão legislativa se mostra perversa, pois condena à invisibilidade e, por isso, buscar a tutela jurídica parece ser a única forma de conceder efetividade às garantias consagradas na Constituição da República.

Por fim, é preciso destacar que, aliada à repressão, a desconstrução da homofobia exige também ações pedagógicas e políticas públicas destinadas a modificar a visão de existências plurais como disfunção ou como um mal a ser combatido, repudiado ou silenciado, a fim de que a dimensão repressora não seja destituída de seu papel de *ultima ratio*.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina P. de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan: ICC; 2012.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia**: História e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Trad. Maria Helena Kühner. 4ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 291**, Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 28 out. 2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627>> Acesso em: 21 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 01 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm)> Acesso em: 23 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério de Direitos Humanos. **Disque Direitos Humanos**: Relatório 2017. Brasília, 2018. Disponível em <<http://www.mdh.gov.br/informacao-aocidadao/ouvidoria/dados-disque-100/relatorio-balanco-digital.pdf>> Acesso em: 11 set. 2018.

CARROLL, Aengus e MENDOS, Lucas Ramón. **State-Sponsored Homophobia** – A world survey of sexual orientation laws: criminalisation, protection and recognition. Geneva: ILGA, 2017. Disponível em <[http://ilga.org/downloads/2017/ILGA\\_State\\_Sponsored\\_Homophobia\\_2017\\_WEB.pdf](http://ilga.org/downloads/2017/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2017_WEB.pdf)> Acesso em: 20 mar. 2018.

CARVALHO Salo de. **Antimanual de criminologia**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Sobre a criminalização da homofobia**: perspectivas desde a criminologia queer. In: CARVALHO, Salo de. e DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia do*

preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 234.

\_\_\_\_\_. **Sobre as possibilidades de uma criminologia queer.** In: Revista Sistema Penal e Violência, UFRGS, Volume 4 – Número 2 – p. 151-168 – julho/dezembro 2012.

\_\_\_\_\_. **Três hipóteses e uma provocação sobre homofobia e ciências criminais: queer(ing) criminology.** In: Boletim do IBCCRIM, São Paulo, n. 238 p. 2-3, Set. 2012.

CARVALHO, Salo de. e DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais.** São Paulo: Saraiva, 2017.

**CONSTITUIÇÕES PRIMEIRAS DO ARCEBISPADO DA BAHIA.** Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/222291>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Rumo a um novo ramo do direito.** In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FACHIN, Luiz Edson e FACHIN, Melina Girardi. **A proteção dos direitos humanos e a vedação à discriminação por orientação sexual.** In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo; Revista dos Tribunais: 2011.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **O casamento igualitário e o direito comparado.** In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo; Revista dos Tribunais; 2011.

GOLDSCHMIDT, Eliana Maria Rea. **Convivendo com o pecado na sociedade colonial paulista (1719-1822).** São Paulo: Annablume, 1998.

GRUPO GAY DA BAHIA. **Dados 2018: mortes de LGBT no Brasil (1º Quadrimestre).** Disponível em <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2018/05/relatc3b3rio-ggb-1c2baquad-20181.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Mortes violentas de LGBT no Brasil: Relatório 2017.** Salvador, 2017. Disponível em <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>> Acesso em: 09 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Relatório 2016: assassinatos de LGBT no Brasil.** Salvador, 2016. Disponível em <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/01/relatc3b3rio-2016-ps.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2018.

GUIMARÃES, Anibal. **Sexualidade heterodiscordante no mundo antigo.** In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo; Revista dos Tribunais: 2011.

KOEHLER, Sonia Maria Ferreira. **Homofobia, cultura e violências: a desinformação social.** In: Revista. Interações, v. 9, n. 26, Número Especial, 2013. p. 129-151.

LOREA, Roberto Arriada. **Intolerância religiosa e casamento gay.** In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo; Revista dos Tribunais: 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de Moraes. **Sobre o nome da pessoa humana.** In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre. vol. 2, nº 7, out./dez 2000, p. 72.

MOTT, Luiz R. B. **O sexo proibido: virgens, gays e escravos nas garras da inquisição.** Campinas, SP: Papirus, 1988.

NAPOLITANO, Minisa Nogueira. **A sodomia feminina na primeira visitaçao do santo oficio ao Brasil.** In: Revista História Hoje, nº 3, São Paulo: 2004, p.1-11.

\_\_\_\_\_. **O médico e a mulher: o discurso médico sobre os vícios femininos na sociedade carioca oitocentista.** 103 f. Dissertação (Mestrado em História) – Programa de Pós-graduação em História da Faculdade de História, Direito e Serviço Social de Franca, Universidade Estadual Paulista, Franca, 2005.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. **Estudos de Direitos sexuais de LGBT no Brasil: jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal.** Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/39/Direitos%20sexuais%20de%20LGBT%20no%20Brasil.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

OLIVEIRA, Rosana Medeiros de. **Notícias de homofobia: enquadramento como política.** In: DINIZ, Debora e OLIVEIRA, Rosana Medeiros de (org). Notícias de homofobia no Brasil. Brasília: Letras Livres, 2014, p. 9-20.

**ORDENAÇÕES FILIPINAS,** Livro V, Título XIII. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **A união homoafetivas à luz dos princípios constitucionais**. In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRESTES, Érika Aparecida. **A criminalização do discurso de ódio homofóbico no Brasil**. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

RONDON, Gabriela e GUMIERI, Sinara. **Dizer a homofobia: uma controvérsia política e moral**. In: DINIZ, Debora e OLIVEIRA, Rosana Medeiros de (org). Notícias de homofobia no Brasil. Brasília: Letras Livres, 2014, p. 87-119.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”**. In: SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **Diversidade sexual e suas nomenclaturas**. In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Homofobia e violência doméstica**. In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SIMÕES, Heloisa Vieira. **A tutela penal patriarcal e o paradoxo do feminismo punitivista**. 107 f. Monografia (Bacharelado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015.

VAINFAS, Ronaldo. **Trópico dos pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constitucionalidade da Classificação da homofobia como racismo (PLC 122/2006)**. In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo; Revista dos Tribunais: 2011.

WENDT, Valquíria P. Cirolini. **Os movimentos sociais dos homossexuais e a busca pela criminalização da homofobia:** análise desde os dados estatísticos apontados pela mídia. In: Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade - UFSM, 2015, Santa Maria- RS. ANAIS do Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. Santa Maria: 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade - UFSM, 2015. v. 1. p. 1-16.

\_\_\_\_\_. **(Não) criminalização da homofobia.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.