



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

HOMOFOBIA: PROTEÇÃO DEFICIENTE, ATIVISMO JUDICIAL JÁ!

Isabella Bana; Rodolfo Schuroff

UNICESUMAR – Centro Universitário de Maringá, e-mail: isabellabana2@hotmail.com; Tribunal de Justiça do Paraná (TJ-PR), e-mail: rschuroff@gmail.com

Resumo do artigo: A questão da homofobia, bastante evidente na sociedade pluralista atual, caracterizada pela discriminação e pelo preconceito contra lésbicas, homossexuais, bissexuais, transgêneros e intersexuais, constitui gravíssima violação dos direitos fundamentais e imperiosa maculação do princípio da igualdade, ensejando, deste modo, grave vulnerabilidade desta população. Ocorre que, embora haja previsão constitucional de forma genérica – artigo 5º, inciso XLI – o dever específico de legislar para proteger tal valor constitucional não se exaure, principalmente porque respectivo dispositivo demonstra-se notoriamente insuficiente para prevenir e reprimir condutas homofóbicas. Nesse sentido, considerando a vigência atual da Lei nº 7.716/1989, bem como o conceito jurídico-constitucional de racismo atribuído pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o Poder Judiciário deve primar pela aplicabilidade da lei mencionada (criminalização) ante a discriminação por orientação afetiva sexual ou identidade de gênero. Em suma, trata-se de um quadro atual de fragilização dos limites mínimos, acrescido de proteção insuficiente e completo descaso do legislador, que merece atenção do Poder Judiciário frente aos casos concretos.

Palavras-chave: Homofobia, omissão normativa, aplicação da Lei contra racismo.

Introdução

O termo homofobia encontra-se frequentemente presente nas explanações e debates dos setores artístico, político, jurídico, religioso, entre outros, revelando-se num gravíssimo problema social.

A priori, a terminologia supra consiste no repúdio, no preconceito e na aversão aos membros do grupo LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros), fomentada pela heteronormatividade, ocasionando à exteriorização (física ou psíquica) da discriminação em razão da orientação afetiva sexual ou identidade de gênero, traduzindo-se



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

numa verdadeira ofensa à dignidade da pessoa humana e numa discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais.

Ademais, essa simples experiência de constituir-se fora da heteronormatividade é permeada pela subalternidade, pela inferioridade, emergindo hostilidades, discriminações, violências físicas, entre outros.

Nesse sentido e como forma de “prevenir” o perigo, o indivíduo “diferente” – fora da norma hétero – vivência seu modo de ser de maneira contida, controlando gestos e falas. Contudo, tal timidez e discrição não o fazem seguramente viver, não o eximindo da constante possibilidade de agressão.

Ora, o xingamento, o insulto, a gozação, a ameaça, o repúdio e a própria agressão física, atrelados aos sentimentos de medo, de solidão, de exclusão e de dor são frequentes na existência humana daquele que se situa fora da heteronormatividade.

Oportuno ainda salientar que, mesmo os LGBT's correspondendo a uma população mais suscetível aos danos, à violência e à morte, respectiva problemática ainda carece de regulamentação específica, capaz de garantir direitos mínimos, em especial o direito à sexualidade, bem como ensejar na criminalização da conduta homofóbica.

Ocorre que a ausência de regulamentação (lei específica para a matéria), ratificando o completo descaso do Poder Legislativo Brasileiro e resquícios da influência religiosa na seara política, não justifica a impunidade dos praticantes da homofobia.

Assim, busca-se responder às seguintes indagações, ora a legislação penal e constitucional em vigor são suficientes contra a discriminação de cunho sexual e de gênero? O Poder Judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, pode-se utilizar de outra norma para criminalizar a homofobia no Brasil? Tal ativismo judicial é legítimo ante a omissão do legislador?

Portanto, o presente artigo tem como escopo tratar acerca da criminalização da discriminação por orientação afetiva sexual e por identidade de gênero (homofobia) como medida efetiva e necessária, a fim de garantir plenamente direitos fundamentais aos vulneráveis.



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

Metodologia

Esta pesquisa, que se configura como qualitativa, descritiva e bibliográfica, pautou-se em livros e periódicos científicos, bem como em dados estatísticos do Governo Federal.

Resultados e Discussão

O descaso na proteção jurídica dos vulneráveis (LGBT's) atrelado à heteronormatividade refletem diretamente nas reproduções midiáticas que noticiam casos de violências em desfavor da comunidade LGBT's, conforme dispõe dados do Observatório sobre Direitos Sexuais nas Mídias Brasileiras:

A pesquisa indica que a violência contra as pessoas LGBT é apenas eventualmente tratada como homofobia, aparecendo, nesses casos, como hipótese, como uma possibilidade de interpretação do acontecimento. Ou seja, há uma resistência em nomear essa violência como homofobia; quando nomeada, ela é tratada como uma possibilidade cuja ocorrência é minimizada. Não nomear a violência que recai sobre os que estão fora da norma heterossexual, torná-la uma violência geral, sem nome, mantém a norma hétero invisível e cria obstáculos à organização social e política. Nem sempre a violência que atinge as pessoas não hetero é homofobia; entretanto, o fato de ela não ser entendida dessa forma, em um país homofóbico, indica um enquadramento que se recusa a olhar para a precarização dessas vidas. Por outro lado, denominar como uma violência específica (homofobia) a violência que incide sobre quem rompe ou questiona o regime heterossexual é uma forma de apontar os modos de vulnerabilização dessas vidas. A disputa pela denominação de tais violências como homofobia é uma luta política pelos significados dos acontecimentos. Enquadrar a violência homofóbica nas narrativas é um modo de legitimar a violência do regime heterossexual. Como a violência não é vista em sua especificidade homofóbica, seu caráter heteronormalizador também não é percebido. Como discute Castor Ruiz (2012), a violência tende a reproduzir-se mimeticamente quando sua barbárie é ocultada — nesse caso, sua especificidade homofóbica. Outro traço marcante apontado pela pesquisa é que as vítimas são identificadas pelas suas identidades sexuais, e não pelos seus nomes. A ausência de nome, que é um modo básico de singularização, reduz o outro a



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

um conceito, um número, uma abstração, uma identidade sexual minoritária e subalternizada, continuando o processo de precarização dessas vidas. Esse tipo de enquadramento produz o “sujeito da minoria sexual” e o “sujeito que lê a notícia” como sujeitos diferentes. Essa suposição da pessoa que lê a notícia como oposta à pessoa LGBT violentada traça uma distinção em que a dor do outro (objetivado como outro, como minoria sexual) importa menos. Nessa retórica, as condições de apresentação das vidas — tanto de vítimas e sobreviventes como de agressores, testemunhas e diversos outros sujeitos convidados a fazer parte da construção da notícia — indicam um modo de significar, de dar valor. Pelo estilo narrativo, apreende-se que essas vidas não ensejam uma discussão ética sobre uma violência endêmica, arbitrária e brutal, nem qualquer tipo de revolta moral ou luto coletivo, mas são objeto de mera investigação policial, em que se pesa a veracidade dos testemunhos, ou a justificação ou não do acontecimento.¹

Nesse sentido, vislumbra-se que as condutas de homofobia praticadas no Brasil ainda são traduzidas como meros acontecimentos apagados de brutalidade e com figurantes sem nomes.

Oportuno ainda salientar que em 2012 foram registradas pelas autoridades competentes 3.084 denúncias (do total de 9.982 violações em face da comunidade LGBT's), enquanto em 2011 foram denunciados 1.159 de 6.809, ou seja, os dados ratificam as condutas homofóbicas e sua frequente prática.²

Com base no Relatório Anual de Assassinato de Homossexuais no país (LGBT), realizado pelo Grupo Gay da Bahia (GGB)³, o Brasil “lidera” (sem motivos para comemorar) o ranking mundial:

¹ **Notícias de homofobia no Brasil.** Débora Diniz, Rosana Medeiros de Oliveira (organizadoras). Brasília: LetrasLivres, 2014.

² Ibid.

³ CORRÊIA, Nildo. Sai o relatório nacional de vítimas da homofobia em 2014. **Blog Diversidade.** Disponível em: <http://blogsda gazetaweb.com.br/diversidade/sai-o-relatorio-nacional-de-vitimas-da-homofobia-em-2014/>. Acesso em: 12 de maio de 2015.



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES



Ademais, ao longo da história, os indivíduos LGBT's (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais) sempre foram repudiados e discriminados em razão de sua orientação afetiva sexual ou identidade de gênero, mais especificamente desde a Idade Média quando a Igreja Católica dominou e influenciou a política dos Estados, instituindo dogmas e regras absolutas (heterossexualidade e o casamento entre homem e mulher).⁴

Como consequência da assertiva supra, a igualdade e a liberdade constitucionais de orientação sexual e de identidade de gênero encontram-se banalizadas pelo legislador, haja vista que não existe qualquer norma regulamentadora específica.

Ante a omissão legislativa no sentido de criminalizar a homofobia e com base no livre desenvolvimento da personalidade, o Poder Legislativo deve assumir a responsabilidade de traduzir tais anseios sociais por meio de um processo de construção normativa, ora as vítimas de condutas homofóbicas não podem ficar à mercê da injustificada inércia do Congresso Nacional.

Assim, averiguou-se a necessidade imediata do ativismo judicial como resposta jurídica satisfatória para o efeito de enquadrar a homofobia como crime de racismo, determinando a aplicação do artigo 20 da Lei nº 7.716/1989, a fim de viabilizar a proteção dos direitos fundamentais dessas pessoas. Senão vejamos:

[...] justifica-se a equiparação da punição da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero à punição à discriminação por cor de pele,

⁴ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Constitucionalidade (e dever constitucional) da classificação da homofobia e da transfobia como racismo. Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

etnia, procedência 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 ou identidade de gênero – 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.⁵

Frisa-se ainda o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) no tocante à análise do HC 82.424-2/RS, que contextualiza o conceito jurídico-constitucional da terminologia “racismo”, *in verbis*:

[...] 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência, são todos iguais. 4. Raça e racismo – A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social – Desse pressuposto origina-se o racismo, que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. [...] Racismo – Abrangência – Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir definição jurídico-constitucional do termo – Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.⁶

Quanto à imprescritibilidade, a jurisprudência da Corte Superior dispõe:

[...] 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem.

Como visto, a raça humana é uma enquanto o termo “racismo” consiste na discriminação em virtude de questões histórico-político-sociais, ou seja, considerando o conceito jurídico de racismo, é plenamente possível esta subsunção à homofobia. Logo, faz-se

⁵ Ibid.

⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 82.424-2 – RS. Relator Moreira Alves. Data do julgamento: 17 de setembro de 2003, Tribunal Pleno, Data da publicação: DJ 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jusbrasil.com.br/jurisprudência/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs>. Acesso em: 12 de maio de 2015.



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

mister abranger as discriminações por orientação sexual e por identidade de gênero pela Lei contra o Racismo (Lei nº 7.716/1989).

Compartilhando do mesmo entendimento, dispõe o renomado doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

[...] raça é termo infeliz e ambíguo, pois quer dizer tanto um conjunto de pessoas com os mesmos caracteres somáticos como também a um grupo de indivíduos da mesma origem étnica, linguística ou social. Raça, enfim, um grupo de pessoas que comunga de ideais ou comportamentos comuns, ajuntando-se para defendê-los, sem que, necessariamente, constituam um grupo homogêneo conjunto de pessoas fisicamente parecidas. Aliás, assim pensando, homossexuais discriminados podem ser, para os fins de aplicação desta Lei, considerados um grupo racial. [...] Parece-nos que é racismo, desde que, na esteira da interpretação dada pelo STF, qualquer forma de fobia, dirigida ao ser humano, pode ser manifestação racista. Daí por que, inclui-se no contexto da Lei nº 7.716/1989. Nem se fale em utilização de analogia in malam partem. Não se está buscando, em um processo de equiparação por semelhança, considerar o ateu ou o homossexual alguém parecido com o integrante de determinada raça. Ao contrário, está-se negando existir um conceito de raça, válido para definir qualquer agrupamento humano, de forma que racismo ou, se for preferível, a discriminação ou o preconceito de raça é somente uma manifestação de pensamento segregacionista, voltado a dividir os seres humanos, conforme qualquer critério leviano e arbitrariamente eleito, em castas, privilegiando umas em detrimento de outras.⁷

Nesse sentido, o jurista supramencionado, bem como a Procuradoria-Geral da República manifestam posicionamento favorável no sentido de criminalizar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero (homofobia) por meio da Lei nº 7.716/1989 (Crime de racismo), sob o fundamento de que a homofobia também constitui discriminação por raça por força do conceito jurídico-constitucional de racismo fixado pelo Supremo Tribunal Federal (HC 82.424-4/RS).

Sendo assim, considerando que a discriminação homofóbica refere-se a uma discriminação histórica por motivações político-sociais e que a Constituição Cidadã impõe a criminalização do racismo, todas as formas possíveis de racismo, aqui inegavelmente incluída

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

a homofobia, devem ser obrigatoriamente criminalizadas pelo legislador e, quando este inerte ou insuficiente, interpretadas e punidas pelo Poder Judiciário.

Destarte, com fulcro no momento atual do Estado Brasileiro, na carência de legislação específica para a disciplina, na crescente intolerância e desrespeito, na vulnerabilidade da comunidade LGBT's e no conceito ontológico-constitucional de racismo explicitado pela Corte Suprema, observa-se total enquadramento e subsunção da homofobia no conceito de racismo, e, conseqüentemente, respectiva criminalização através da Lei nº 7.716/1989.

Conclusões

Conclui-se que a criminalização da homofobia é constitucionalmente obrigatória e inegavelmente deve ser amparada e, conseqüentemente, incidir na Lei nº 7.716/1989 por força do conceito de racismo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 82.424/RS, vez que a doutrina brasileira é pacífica no sentido de reconhecer a competência da Corte Superior para regulamentar matéria constitucionalmente imposta e não criada pelo Poder Legislativo, sem, contudo, violar o princípio da separação dos poderes. Em suma, respectiva interpretação e criminalização da homofobia advêm do entendimento conceitual do STF, que tem o direito de assumir, provisoriamente, o centro de decisões do Legislativo e do Executivo atrelado ao compromisso de efetivar as garantias constitucionais.

Referências Bibliográficas:

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Parecer nº 4.414/2014-AsJConst/SAJ/PGR**. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-pgr-criminalizacao-homofobia.pdf>. Acesso em: 28 de agosto de 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 82.424-2 – RS. Relator Moreira Alves. Data do julgamento: 17 de setembro de 2003, Tribunal Pleno, Data da publicação: DJ 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs>. Acesso em: 12 de maio de 2015.



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

CORRÊIA, Nildo. Sai o relatório nacional de vítimas da homofobia em 2014. **Blog Diversidade**. Disponível em: <http://blogsda gazetaweb.com.br/diversidade/sai-o-relatorio-nacional-de-vitimas-da-homofobia-em-2014/>. Acesso em: 12 de maio de 2015.

Notícias de homofobia no Brasil. Débora Diniz, Rosana Medeiros de Oliveira (organizadoras). Brasília: LetrasLivres, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Constitucionalidade (e dever constitucional) da classificação da homofobia e da transfobia como racismo. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.