

# DA TUTELA PENAL HOMOAFETIVA

Marcos José Felício<sup>1</sup>

Resumo: O presente artigo pretende examinar os futuros aspectos penais das condutas discriminatórias baseadas na orientação sexual, identidade de gênero e no afeto homossexual, contidos no Projeto de Lei nº 122/06 do Senado Federal. Em uma linha bastante clara e objetiva, demonstrar-se-á que a conduta a ser cometida pelo agente, *ad approbandum*, está em consonância com o trinômio adequação-necessidade-proporcionalidade da norma penal, e porquanto, equiparada ao racismo deve ser enfrentada sob todas as formas, inclusive, no tocante a criminalização. A busca pela paz social e pelo equilíbrio das relações privadas não pode ser alcançada tão somente pela reparação civil de condutas impróprias, sob pena de transformar as dores e mazelas de certa gleba da população em um direito patrimonial indenizável, o que rechaça o conceito constitucional da dignidade humana.

Palavras-Chave: Criminalização – Preconceito – Homofobia – Princípios da Adequação, Necessidade e Proporcionalidade.

---

<sup>1</sup> Assessor de Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, com lotação no Gabinete do Juiz Titular da Vara Criminal, Família, Sucessões e Anexos da Comarca de Ibaiti, Estado do Paraná, Brasil. Advogado inscrito na OAB/PR nº 57.078, atualmente licenciado. Além de atuar como advogado na Comarca de Ponta Grossa e Região Metropolitana de Curitiba e Maringá, exerceu o cargo de Secretário de Administração na Prefeitura Municipal de Ipiranga, Estado do Paraná. Também atuou como Procurador Jurídico do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais - Faculdades Integradas CESCAGE, instituição onde se graduou e concluiu o curso de especialização em Direito Processual Penal e Direito Penal com Ênfase em Prática Penal pelo CESCAGE (Ponta Grossa/PR-2013). Atuou como Docente no Ensino Superior nas disciplinas de Teoria Geral do Processo Civil, Direito Processual Civil I, II e III e, Metodologia Jurídica da Pesquisa Científica no Curso de Direito na mesma instituição egressa. Tem experiência no ramo de Direito Civil (Contratos e Direito de Empresa), Direito Internacional Privado (Mercosul) e Direito Processual Civil Aplicado.

Résumé: Cet article examine les aspects pénaux de comportement discriminatoire futurs basés sur l'orientation sexuelle, l'identité sexuelle et l'affection homosexuelle, contenues dans le projet de loi n° 122/06 par le Sénat Brésilien. Dans une ligne très claire et objective, elle servira à démontrer que la conduite commis par l'agent, *ad approbandum*, est conforme au principe de trinôme besoin-suffisante- proportionnalité de la norme pénale, et parce que, assimilée au racisme doivent être traitées dans le cadre toutes les formes, y compris en ce qui concerne la criminalisation. La recherche de la paix sociale et l'équilibre des relations privées ne peut être atteint que par des recours civils pour inconduite, à défaut de transformer les maux et les douleurs d'une certaine étendue de la population dans un droit de propriété indemnisable, qui rejette le concept constitutionnel de la dignité humaine.

Mots-Clés: Criminalisation - Préjudice - Homophobie - Principes d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité.

## 1 – INTRODUÇÃO

“Hoje em dia é politicamente incorreto defender qualquer causa que se mostre preconceituosa. Se a discriminação racial e de gênero são crimes, por que não a homofobia?”<sup>2</sup>



s termos *discriminação* e *preconceito* podem ter polissêmicas descrições gramaticais e semânticas, mas nenhuma delas pode ou poderia alcançar um conceito jurídico aplicável ao Estado de Direito, em razão da inalcançável convergência conceitual.

E como falar de criminalização de uma conduta cuja norma primária ainda não é conceituada no *juridiquês*? Para

---

<sup>2</sup> Artigo do ministro Marco Aurélio Melo, do STF, publicado em 2007. (MELO, Marco Aurélio. “A igualdade é colorida”, Folha de São Paulo, 19/08/2007)

isto, mister dividir – didaticamente – alguns pontos que merecem uma análise propedêutica.

A Constituição Federal da República de 1988 teve a missão de direcionar as relações sociais frente a um Estado Democrático de Direito, e dada a liberdade de um sistema político representativo, municiou o Congresso Nacional da árdua tarefa de disciplinar as relações privadas.

A discriminação, ou um ato discriminatório, tem facetas das mais variadas causas, e o estopim para sua deflagração, na maioria das vezes, alinha-se à ignorância com a intolerância.

Ou, será que uma maioria moral pode limitar a liberdade de cidadãos individuais sem uma justificativa melhor do que a de desaprovar suas escolhas pessoais?<sup>3</sup>

Antes de analisar o objeto de estudo do presente artigo, é imperioso estudar os conceitos acima citados, sob pena de se adentrar a um campo desprovido de subsídios que justifiquem a conclusão do raciocínio do autor.

Para tanto, a homossexualidade será tratada com um olhar do passado para os dias atuais, onde se fará um breve relato sobre sua existência – pública e falada – partindo do estado de ignorância, passando pela intolerância, conceituando e entendendo o ódio até alcançarmos o afeto e o amor como elementos primordiais da efetivação dos direitos humanos e fundamentais do homem, tudo é claro, à luz do constitucionalismo moderno.

Não obstante, demonstrar-se-á como as políticas afirmativas de combate à discriminação a orientação sexual e a identidade de gênero são tratadas no ordenamento hodierno, e como a homofobia tem sido tratada a luz das normas jurídicas cogentes, previamente estudando as suas causas, os seus fundamentos e paradigmas e confrontando-os à norma suprema da Carta da República.

---

<sup>3</sup> DWORKIN, Ronald. *A Virtude soberana: teoria e prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 645

Pincelados os pontos conceituais e paradigmáticos, tratar-se-á do aspecto penal do texto do Projeto de Lei nº 122/06 à luz do atual sistema punitivo, rememorando as decisões mais importantes acerca do tema (ou da linha temática adjacente) nos últimos anos.

Punir ou não punir? Crime ou fato atípico?

Religiosamente pode-se dizer o que se pensa? E dizer o que se pensa independentemente de religião, pode?

Qual é/será o divisor de águas entre o crime e o direito de opinião manifestamente protegido pela CF/88?

São questões como estas que se busca insculpir no mundo jurídico, de forma a incentivar ao diálogo, a serenidade das idéias e a evolução do direito como primado da perpetuidade da revolução humana.

## 2 – PRÉ-CONCEITOS DO PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO

“O direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença”. Citação incutida pelo Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.183.378-RS, em 25/10/2011.

Se, por um lado, o preconceito se alinha à compreensão errada e despótica sobre determinado assunto, por vez, tem-se que a discriminação é a exteriorização do preconceito, gerando efeitos no mundo dos fatos.

Para examinar a discriminação, como atos humanos privativos das relações sociais, arbitrários, comissivos e/ou omisivos, e que produzem efeitos a vilipendiar os direitos fundamentais (individual ou coletivo), tem-se que adentrar à política das relações sociais (privadas e públicas), sob pena de se tratar o assunto apenas pelo viés da vitimologia, sem ater-se às peculiaridades da evolução societária (*ubi societatis ibi jus*).

Afinal, qual o conceito jurídico de discriminação?

Segundo RIOS (2008. p. 20), “*qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercícios, em pé de igualdade, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública*” pode ser caracterizado como discriminação à luz da ordem constitucional.

## 2.1. HÁ CRIMES LEGALMENTE DISCRIMINATÓRIOS?

A resposta é desenganadoramente positiva, por mais que se custe acreditar na efetividade das sanções aplicadas (ou aplicáveis à espécie); tratam-se das condutas inculpidas nas Leis nº 7437/85<sup>4</sup>, nº 7716/89, nº 7853/89 e a Lei nº 9029/95.

Embora houvesse a discussão acerca da descriminalização das condutas da Lei nº 7437/85 pela promulgação da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal entendeu que tal entendimento não se aplicava, uma vez que as condutas foram novamente inseridas na Lei nº 7716/89, e por interpretação sistemática e analógica, mantiveram hígidos os conceitos de racismo, ampliando o alcance da norma<sup>5</sup>.

A Lei nº 7716/89, teve o condão de fixar um extenso rol de condutas taxadas de discriminatórias por raça, cor etnia, religião ou procedência nacional, desde a obstaculização do acesso ao emprego público (art. 3º, lex) ao impedimento de acesso a salões de cabeleireiro (art. 10, lex), e a Lei nº 7853/89, acompanhou a evolução da criminalização de condutas discrimi-

---

<sup>4</sup> Esta lei não foi recepcionada pela nova ordem constitucional, pois a lei punia atos de discriminação racial com sanções oriundas das contravenções penais ou com delitos apenados apenas com detenção, colidindo frontalmente com o estatuído no art. 5º, XLII, da CF/88.

<sup>5</sup> STF - HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524.

minatórias, agora, com relação as pessoas portadoras de deficiência.

A lei mais tenra, Lei nº 9029/95, buscou normatizar e aplicar sanções penais contra as condutas discriminatórias e limitativas para efeito de acesso ao emprego, e sua manutenção no mesmo, por questão de sexo, origem, raça, cor, situação familiar, estado civil ou idade, bem como a mulher gestante, desde a exigência de teste de gravidez à incitação a esterilização.

Mas afinal, desde a década de oitenta o Congresso Nacional vem promulgando leis de natureza penal que cuida da submissão de tais condutas a persecução penal em razão da discriminação.

E onde se aloca a homofobia legalmente reconhecida como crime? Ou como ato discriminatório?

## 2.2 – NASCE A HOMOFOBIA<sup>6</sup>

O choque de realidade acaba por difundir juízos de valores de grande parcela da população, esmagadoramente, heterossexual. Cabe, então, ao homossexual apenas à clausura, a prisão domiciliar dos seus próprios pensamentos e dos sonhos, da mazela em não se sentir atraente ao normal da sociedade, e que muitas vezes alinhados a um quadro de depressão, leva a morte (leia-se suicídio).

A personalidade humana como instrumento da psique não pode ser olvidada apenas pelo juízo coletivo da maioria, sendo conveniente e oportuno, que o conhecimento seja difun-

---

<sup>6</sup> Cerca de 76 (setenta e seis) países do mundo tratam a homossexualidade como crime, neles, cita-se a Jamaica, Angola, Nepal e grande parte dos países muçulmanos. No Iêmen, Irã, Arábia Saudita, Mauritània e Sudão, as relações sexuais entre homens são, inclusive, punidas com pena de morte (Cf. Daniel Ottoson, State-sponsored Homophobia – a world survey of laws prohibiting same sex activity between consenting adults. The International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, 2010. Disponível em: <http://ilga.org/ilga/en/article/1161>. Acesso em: 23/05/2013).

dido *sui generis*, a ponto do homem, dotado de conhecimento suficiente para processar um auto-juízo de valor possa independentemente das opiniões alheias, formar um entendimento próprio.

É inegável que uma retórica bem trabalhada pode, de fato, mudar o conceito que se leva desde a tenra idade, bojada dos ensinamentos de casa, da mãe e do pai, do padre ou do pastor, da igreja ou do templo.

No campo da magistratura<sup>7</sup>, segundo John Rawls:

Os juízes não podem, evidentemente, invocar as próprias noções pessoais de moralidade, tampouco os ideais e virtudes da moralidade em geral. Estes devem ser considerados irrelevantes. Eles não podem, da mesma forma, invocar visões religiosas ou filosóficas, deles próprios ou de outras pessoas. (Apud. SANDEL, Michael J.. Justiça - o que é fazer a coisa certa. [Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011 p. 310)

Chaïm Perelman, preceitua:

[...] pode haver boas razões para que as regras morais não sejam inteiramente conformes às regras jurídicas, pois estas são sujeitas a condições de segurança, a presunções e a técnicas de prova, com as quais o juízo moral não se embarça muito. (PERELMAN, Chaïm. Ética e direito. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.305)

Mudar de idéia não é prejudicial, é de extrema importância, pois quando se aprende algo novo, dela se apreende uma nova forma de viver.

---

<sup>7</sup> Sobre o feito, no direito comparado, veja-se trecho da fundamentação do voto da Juíza M. Marshall, da Corte de Massachusetts, desalinhada a qualquer posição partidária de cunho moral ou religioso sobre o tema: “Muitas pessoas têm sólidas convicções religiosas, morais e éticas de que o casamento deveria limitar-se à união de um homem e uma mulher e de que a conduta homossexual é imoral. Muitas têm convicções religiosas, morais e éticas igualmente sólidas de que pessoas do mesmo sexo têm direito a se casar e de que casais homossexuais deveriam receber o mesmo tratamento dado a casais heterossexuais. Nenhuma dessas opiniões responde à questão que temos diante de nós. Nossa obrigação é definir a liberdade de todos, e não impor nosso próprio código moral. (Apud. SANDEL, Michael J.. Justiça – o que é fazer a coisa certa. [Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 318)

A sociedade contemporânea vem de um sistema patriarcal, onde o homem era o centro da família, responsável pela subsistência da prole, e da mulher restava-a apenas à subserviência ao marido.

A virilidade masculina, tantas vezes violenta e irremediável, pode ser uma das causas das condutas homofóbicas, pois a mitigação de tal “hipermasculinidade” configura uma intolerância pela invasão e aglutinação do gênero feminino pelo masculino.

A sociedade brasileira é gerenciada por um ideal onde a masculinidade heterossexual ainda impera, o que vem a oprimir a mulher e reduzir, consideravelmente, a idéia da existência da diversidade sexual (masculinidade não-hegemônicas), “*mediante formas conhecidas de violência; violência de gênero e homofobia.*” (CARVALHO 2012. p. 02/03).

Narra o doutrinador JUNQUEIRA (2007. p. 93) que a homofobia configura o preceito científico moderno e identifica três níveis de manifestação de violência homofóbica:

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

Mais que um conceito fechado, a homofobia diz respeito não tão somente com relação a homossexuais<sup>8</sup>, mas incluiu os bissexuais<sup>9</sup>, transgêneros<sup>10</sup>, travestis<sup>11</sup> e transexuais<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> “(...) sejam masculinos (gays) ou femininos (lésbicas) são pessoas que tem atração emocional, sexual e afetiva por pessoas do mesmo sexo biológico, tendo a homossexualidade como orientação sexual.” (SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. Diversidade sexual e suas nomenclaturas. (pág. 97-115). In DIAS, Maria Berenice. (Org.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo. RT, 2011. p. 92-100.

<sup>9</sup> “(...) sejam homens ou mulheres, são pessoas que se atraem emocional, sexual e/ou afetivamente por ambos os sexos, mesmo que em níveis diversos, quer ao mesmo tempo, quer alternando, em fases distintas da vida, a variação do desejo por um e por



Por homofobia, então, na lição de BORRILLO (2010. p. 21) compreende-se como sendo a “hostilidade geral, psicológica e social contra aquelas e aqueles que, supostamente, sentem desejo ou têm práticas sexuais com indivíduos do próprio sexo. Forma específica do sexismo, a homofobia, rejeita, igualmente, todos aqueles que não se conforma com o papel predeterminado para seu sexo biológico. Construção ideológica que consiste na promoção constante de uma forma de sexualidade (hétero) em detrimento de outra (homo), a homofobia organiza uma hierarquização da sexualidade e, dessa forma, extrai consequência políticas.”

Partindo-se da premissa que a orientação sexual é aquela determinada em relação ao outro, ou seja, a forma como a própria sexualidade é vivenciada, tem-se que a identidade de gênero se difere, porquanto independente do sexo biológico, se coaduna com o comportamento interno, sentimental de como a pessoa se sente em relação a si mesma.<sup>13</sup>

---

outro sexo; (Idem)

<sup>10</sup> “(...) independentemente de sua orientação sexual, são indivíduos que, em sua forma particular de estar e/ou de agir, ultrapassam as fronteiras de gênero esperadas ou construídas culturalmente para um outro ou outro sexo; são homens, mulheres ou mesmos pessoas que não preferem se identificar biologicamente por nenhuma expressão, que mesclam, nas duas formas plurais de feminilidade e masculinidade, traços, comportamentos e vivências que extrapolam as questões de gênero como corriqueiramente tratadas (a expressão pode, por isso, englobar travestis, transexuais, *drag queens*, *drag kings*, *crossdressers*, transformistas e outros).” (Ibidem)

<sup>11</sup> “(...) independentemente da orientação sexual são pessoas que – via de regra – aceitam, sob ângulo psicológico, o sexo biológico de seu nascimento (a própria genitália, pois na maior parte dos casos não perseguem redesignação genital), e que, ao longe de seu desenvolvimento psíquico e social, constroem um imaginário próprio, cuja identificação de gênero se volta mais para o sexo oposto.” (Ibidem)

<sup>12</sup> “(...) independentemente da orientação sexual são pessoas que geralmente desde a infância sentem que sua psique está desconectada de seu sexo biológico, pois, psicologicamente, identificam-se de modo oposto ao esperado de seu corpo, do ponto de vista de gênero inclusive, buscando, sob pena de uma vida de sofrimentos, adequação (cirúrgica) de seu corpo a seu sexo psicológico.” (Ibidem)

<sup>13</sup> “Enquanto a identidade de gênero se identifica com as relações histórico-sociais dos sujeitos, que se reconhecem como masculinos ou femininos, (...) a identidade

Se, a homossexualidade é definida pela atração ou predominância de desejos por pessoas do mesmo sexo biológico, consoante a atual e moderna psicologia, a homossexualidade, a bissexualidade e a heterossexualidade não constituem simples opções sexuais, mas sim as possíveis orientações de afeto humano, e segundo SILVA JUNIOR (2011. p. 101) por dizer respeito a uma gama de desejos e sentimentos, devem ser constitucionalmente tutelados, sob pena de subversão ao próprio conceito de Estado Democrático de Direito.

A raiz condenatória da conduta homossexual tem raízes no bojo histórico ocidental e na supremacia da doutrina cristã nas relações privadas, onde o rompimento da ligação entre a imagem e a semelhança de Deus deveriam ser punidas com o banimento e a ira de Deus, aquilo que é definido religiosamente como pecado original<sup>14</sup>.

Mesmo que a doutrina cristã inste a afirmar que o texto sagrado inibe e rechaça a figura do homossexual, tal pleito não é unânime dentro os estudiosos do sacerdócio apostólico romano, e na visão de HELMINIAK (1998. p. 124) a “bíblia não trata de nossas questões sobre a ética sexual. A Bíblia não condena o sexo gay tal como ele é compreendido hoje”. Quer dizer, para se saber se o ato do afeto homossexual ofenda a moral e os bons costumes cristãos, ou se são certos e/ou errados, o fato é “que a Bíblia nunca aborda essa questão. E mais, a Bíblia parece deliberadamente não estar preocupada com esse assunto.” (Ob cit. p. 123)

Sob o manto das Ordenações Filipinas (vigente no Brasil até o ano de 1830), vários homossexuais foram queimados vivos, ante a afirmação de que o ato homossexual ser dito como heresia e crime contra a Coroa.

---

sexual liga-se à maneira como os indivíduos sentem e experimentam a sua orientação sexual, ou seja, os seus desejos sexuais das mais variadas formas e segundo a construção cultural e singular de cada vivência.” (SILVA JÚNIOR. 2011. p. 110)

<sup>14</sup> (RIOS, 2001. p. 32)

Já, décadas mais tarde, no início do século XX, a homossexualidade passou a ser considerada como uma doença desviante da sexualidade normal e saudável, e gloriosamente, expelindo-se à concepção de pena criminal ao homossexual, mas sim, tratamento medicinal<sup>15</sup>.

O tratamento à luz da teoria da degeneração tinha finalidades distantes do termo *tratar*, pois em sua finalidade maior, buscava extinguir a homossexualidade, e para isto, os médicos utilizam de tratamentos psicológicos que instigavam a clausura até ultimar à intervenção cirúrgica para a castração, sem contar, é claro, dos intermináveis tratamentos de choque com figuras do sexo oposto, aquilo que hoje se conhece como *Behaviorismo*<sup>16</sup>. (RIOS. 2001. p. 43)

Como doença patológica, a homossexualidade já não é mais vista – aos olhos da medicina e da psicologia – desde 1973, quando foi excluída do rol de doenças mentais pela Associação Americana de Psiquiatria, e da Classificação Internacional de Doenças (CID-10) pela OMS, mas tão somente em 1990<sup>17</sup>.

Ainda salutar, vale ressaltar a recente notícia divulgada no site da Associação Americana de Psiquiatria<sup>18</sup>, onde se extirpou o termo “transtorno de identidade de gênero” para iden-

---

<sup>15</sup> (RIOS. 2001 p. 38)

<sup>16</sup> Do termo inglês *behaviour* ou do americano *behavior*, significando conduta, comportamento – é um conceito generalizado que engloba as mais paradoxais teorias sobre o comportamento, dentro da Psicologia. Estas linhas de pensamento só têm em comum o interesse por este tema e a certeza de que é possível criar uma ciência que o estude, pois suas concepções são as mais divergentes, inclusive no que diz respeito ao significado da palavra ‘comportamento’. Os ramos principais desta teoria são o Behaviorismo Metodológico e o Behaviorismo Radical. (<http://www.infoescola.com/psicologia/behaviorismo/> Acesso em 03/02/2013 – Ana Lucia Santana)

<sup>17</sup> SADOCK, KAPLAN. 2007. p. 740.

<sup>18</sup> HEFFERNAN, Dani, *APA removes “gender identity disorder” from updated mental health guide*. San Diego Gay and Lesbian News, (03.12.2012). Acesso em <http://sdgln.com/health/2012/12/03/apa-removes-gender-identity-disorder-updated-mental-health-guide#.UL3yxJVpJBc.facebook>>

tificar os transgêneros, passando a utilizar o temo “disforia de gênero”.

Abandonando os conceitos médico-legais, quais as implicações da homossexualidade na sociedade moderna?

Na visão do magistrado RIOS (2001, p. 54), hoje vivemos em uma sociedade onde a homossexualidade é um ato, e o frenético enfraquecimento dos preconceitos a ela atinentes resultaram no processo da desconsideração da orientação sexual como fator que justificasse o tratamento desigual a uma minoria<sup>19</sup>, o que vem de certa forma, a homenagear o primado da igualdade constitucional.

Ainda segundo o nobre magistrado, determinados fatores levaram a esta nova concepção da homossexualidade (como critério neutro de diferenciação), desde a ascensão do capitalismo industrial à organização da sociedade civil como associação da própria revolução humana. Ainda, pontua a (primeiro)

---

<sup>19</sup>“A Constituição verdadeiramente democrática há de garantir todos os direitos das minorias e impedir toda prepotência, todo arbítrio, toda opressão contra elas. Mais que isso – por mecanismos que assegurem representação proporcional -, deve atribuir um relevante papel institucional às correntes minoritárias mais expressivas. Na democracia, governa a maioria, mas – em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos – ao fazê-lo, não pode oprimir a minoria. Esta exerce também função política importante, decisiva mesmo: a de oposição institucional, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas. O principal papel da oposição é o de formular propostas alternativas às idéias e ações do governo da maioria que o sustenta. Correlatadamente, critica, fiscaliza, aponta falhas e censura a maioria, propondo-se, à opinião pública, como alternativa. Se a maioria governa, entretanto, não é dona do poder, mas age sob os princípios da relação de administração. Daí a necessidade de garantias amplas, no próprio texto constitucional, de existência, sobrevivência, liberdade de ação e influência da minoria, para que se tenha verdadeira república. Pela proteção e resguardo das minorias e sua necessária participação no processo político, a república faz da oposição instrumento institucional de governo. É imperioso que a Constituição não só garanta a minoria (a oposição), como ainda lhe reconheça direitos e até funções. Se a maioria souber que – por obstáculo constitucional – não pode prevalecer-se da força, nem ser arbitrária nem prepotente, mas deve respeitar a minoria, então os compromissos passam a ser meios de convivência política.” (ATALIBA, Geraldo. *Judiciário e Minorias*. Revista de Informação Legislativa, vol. 96/194)

existência da formação de comunidades homossexuais, (segundo) a organização da sociedade civil em grupos ideológicos a defesa dos direitos dos homossexuais, (terceiro) a influência do movimento feminista em prol da igualdade urbana das relações civis, (quarto) a crise da família sob o comando patriarcal, (quinto) as manifestações de liberdade ocorridas na década de sessenta e (sexto) a revisão da medicina quanto aos conceitos da homossexualidade como patologia mental.

Por isso, quer dizer, ainda segundo RIOS (2001, p. 54), que a assimilação de alguém ou a designação de seus atos sob uma ou outra orientação sexual só tem vez na medida em que, num certo contexto histórico-cultural, houver a sistematização de papéis e de práticas próprias para cada um dos sexos, onde a atração pelo sexo oposto ou pelo mesmo sexo seja considerada um elemento proeminente, apto de impor diferenças de tratamento entre os indivíduos. Logo, flexibiliza-se a condição homo ou heterossexual como critério de distinção, tanto que em outras culturas tal característica pode ser irrelevante ou assumir conotações diversas.

Se a construção social é elemento indissociável da evolução humana, mister que desaparecem certos estigmas criados pela concepção humana afim de designar este ou aquele cidadão; para tanto, mister que o paradigma homossexualidade/heterossexualidade seja extirpado da sociedade como fontes de identificação social dos sujeitos, pois apenas se estaria maquiando uma forma discriminatória de separa o joio do trigo.

Para BORRILLO (2010, p. 30) a crença em uma ordem sexual superior (heterossexismo) é o fundamento basilar da homofobia, pois inferioriza a feminilidade em detrimento de uma hierárquica posição do machismo-dominante, seja por qualquer corrente adotada como fundamento da daquela, a saber, a homofobia clínica<sup>20</sup>, antropológica<sup>21</sup>, liberal<sup>22</sup>, burocráti-

---

<sup>20</sup> Esta corrente já foi superada pela comunidade científica, haja vista a exclusão da homossexualidade como uma das doenças reconhecidas pela Associação Americana

ca<sup>23</sup> ou a nazista<sup>24</sup>.

O que se pode afirmar com clareza é que na sociedade brasileira a homossexualidade pode ter três nascentes; uma, na hierarquização da masculinidade, na concepção da virilidade como padrão social, e que na sua ausência ou redução é dito como causa da feminilidade, e logo, há a mitigação desta; outra, na crença que a feminilidade e a masculinidade são castas universais, diferentes, não alteráveis, da essência humana, existentes tão somente no sexo feminino e masculino, com funções pré-determinadas no seio social. (BORRILLO.p. 90/92) e; ainda, na banalização da vida sexual promiscua, onde a pluralidade de parceiros, e a crescente proliferação de doenças sexualmente transmissíveis são vistos como fatores que barram na aceitação dos homossexuais como sujeitos de direitos moral-

---

de Psiquiatria no catalogo internacional de doenças mentais, em 1973, do que foi ratificada pela OMS. (BORRILLO. 2010. P. 75-76)

<sup>21</sup> Tal teoria, em suma, considera a homossexualidade como um fator social que defe ser tolerado e reconhecido, contudo, sem excluir a distinção entre o masculino e o feminino, pois tal dicotomia é o cerne do regime social da sexualidade, sendo indispensável para a estruturação da sociedade e a perpetuidade da civilização. (Ibidem. p. 76)

<sup>22</sup> Embora reze pela tolerância é a forma mais clara de discriminação, pois de um lado defende a existência da homossexualidade como fato social, mas exige dela, ao mesmo tempo, a não exteriorização de atos idênticos pelos heterossexuais, como a troca de abraços, beijos e caricias em público. Ou seja, embora não incrimine os homossexuais, os proíbe de praticar os mesmos atos que os heterossexuais fazem, e para isto, não traz nenhuma justificativa de índole filosófica ou social, mas sim, consuetudinária. (ibidem. p. 77)

<sup>23</sup> Segundo BORRILLO (2010. P. 82) ela resulta da decadência da sociedade capitalista, pois trata-se de um fenômeno político decorrente da auto-decomposição da burguesia.

<sup>24</sup> É a mais terrível forma de homofobia, pois traz em seu bojo atos de tratamentos pseudo-terapêuticos que visavam corrigir defeitos biológicos, onde se obrigavam a homens gays a terem relações sexuais com prostitutas, sob pena de serem castrados. Conforme o próprio nome diz, tratava-se da ideologia aplicada no campo de concentração em Auschwitz, e sob o auspício do Terceiro Reich – e do código penal imperial alemão – condenavam os homossexuais, sem qualquer direito de defesa ou contraditório. Ainda, segundo BORRILLO (2010. P. 83), o Código Penal Imperial Alemão permaneceu hígido até o ano de 1969, embora não hajam referencias de processos penais condenatórios sob o manto do extinto artigo 175.

mente aceitáveis.

Tem-se, portanto, que os papéis desempenhados pelos indivíduos na sociedade coletiva são socialmente construídos através de estereótipos e estigmas culturais, e não forçoso reconhecer, que a figura do homem bonachão, rude, grosseiro e até mesmo violento como padrão social é elemento indissociativo da homofobia cultural<sup>25</sup>.

Para um homem dentro do padrão social moralmente aceitável (logo, heterossexual) defrontar-se com um homem afeminado lhe impõe um sentimento de asco, temor, angústia e desprezo em ralação as características femininas que aquele apresenta. Isto reflete, bem verdade, um sentimento de rebeldia à sensibilidade, à passividade, à vulnerabilidade e a candura, pois estes, são sentimentos afetos ao sexo feminino, dito, sexo frágil.

### 2.3 – A HOMOFOBIA E O DIREITO JURISPRUDENCIAL

É fato. “E, reiterar-se, todas as formas de preconceito merecem repúdio de todas as pessoas que se comprometam com a justiça, com a democracia, mais ainda os juízes do Estado Democrático de Direito.”<sup>26</sup>

A história revela o quão vil e frio foi o tratamento ao homossexual, e aqui, rastreia-se as delinquentes atitudes imperiais praticadas, não em nome da coroa, mas sim, em nome da bárbara intolerância humana.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> “Ser homem significa ser rude (e até mesmo grosseiro), competitivo, bagunceiro; ser homem significa menosprezar as mulheres e detestar os homossexuais. O caráter mais evidente da masculinidade permanece a heterossexualidade. Após a dissociação da mãe (não sou seu neném) e a dissociação radical ao sexo feminino (não sou uma moça), o rapaz deve provar (a si mesmo) que não é homossexual, portanto, que evita desejar outros homens ou ser desejado por estes. (BORRILLO. 9. 88)

<sup>26</sup> Trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia, do STF, no julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132.

<sup>27</sup> “As ‘Ordenações’ do Reino português foram rigorosas no julgamento do pecado/crime ao preverem penas bastante severas aos sodomitas, incluindo a morte,

como já assinalavam, no século XV, as ‘Ordenações Afonsinas’. A pena capital foi confirmada pelas leis posteriores, quando houve melhor sistematização e recrudescimento das regras penais. As ‘Ordenações Manuelinas’ (1514/1521) mantiveram a fogueira para os transgressores, equipararam o crime de sodomia ao de lesa-majestade, ou seja, quem cometesse um ato sodomítico sofreria as mesmas sanções de quem traísse a pessoa do rei ou o seu real estado, declarando que ‘todos seus bens sejam confiscados pera a Coroa dos Nossos Reynos [...], assi propriamente como os daquelles, que cometem o crime da lesa Magestade contra seu Rey e Senhor’. Além disso, condenou seus filhos e descendentes à infâmia, proibindo-lhes a ocupação de cargos públicos, além de incitar a delação, prometendo um terço da fazenda dos acusados aos que apontassem culpados, ‘em segredo ou em publico’. Aquele que soubesse de algum ‘desviante’ e não o delatasse, qualquer que fosse sua pessoa, teria todos os bens confiscados e seria degredado para sempre dos reinos e senhores portugueses. Quanto aos parceiros dos sodomitas, o Código Manuelino previa que, em caso de delação, que culminasse na prisão do acusado, lhe fosse perdoada toda pena cível, ‘e crime contheuda nesta Ordenaçam; (...)’. As disposições ali registradas valiam tanto para os que pecaram antes de sua promulgação quanto para os que, porventura, cometessem o dito crime dali em diante. As regras valiam também para a sodomia feminina, que, a partir de então, passou a configurar-se como um crime julgado pelas ordenações régias. (...). As Ordenações Filipinas (1603) confirmaram a pena capital aos sodomitas de qualquer qualidade, incluídas as mulheres, mantendo o confisco de bens e a infâmia de seus descendentes, da mesma maneira que o estabelecido para os que cometessem o crime de lesa-majestade. Os delatores agora teriam direito à metade da fazenda do culpado. Em caso de delatados despossuídos, a Coroa pagaria cem cruzados ao ‘descobridor’, quantia que seria devida apenas em caso de prisão do sodomita. Da mesma forma que as Manuelinas, condenavam ao confisco total de bens e ao degredo perpétuo os que não colaborassem com a justiça e reafirmavam a indulgência perante os que delatassem os parceiros. Esse código legislativo apresentou inovações que merecem ser destacadas. O discurso persecutório às práticas homoeróticas parece recrudescer. A molície entre pessoas do mesmo sexo, que não constava nas duas primeiras ordenações, passou a ser punida gravemente com a pena do degredo para as galés ‘e outras penas extraordinárias, segundo o modo e perseverancia do peccado’: (...) Duas testemunhas de diferentes atos de molície eram requeridas para que o delito fosse provado e o legislador se preocupou com a identidade das testemunhas, que não deveriam ter seus nomes revelados, mas segundo o arbítrio do julgador. Até então, não havia preocupação quanto às carícias homoeróticas por parte da legislação régia. As ‘Ordenações Afonsinas’ observaram apenas os atos sodomíticos em si e as ‘Ordenações Manuelinas’ incluíram as mulheres, a bestialidade (praticada por ambos), além do uso de roupas de homens por mulheres e vice-versa. Nos Códigos Filipinos, ainda que os ‘tocamentos desonestos’ não fossem o bastante para comprovar o delito, passaram a ser gravemente punidos com o degredo para as galés ou outras penas, dependendo da contumácia e pertinácia do indivíduo. Outro aspecto que merece ser ressaltado é a introdução da tortura no título referente à sodomia. Sempre que houvesse culpados



Não existe tutela jurídica legal que imponha aos juízes a proteção dos sujeitos detalhados neste artigo; mas, considerando que a jurisdição é alcançável a todos, e dado o princípio da isonomia, o Poder Judiciário vem atuando pela linha tangencial, ou seja, através das reiteradas decisões dos tribunais (jurisprudência) vem jungindo às relações homoafetivas a necessária e justa proteção estatal.

Considerando que o presente artigo trata da tutela penal homoafetiva frente ao texto do Projeto de Lei nº 122/06, mister ressaltar que outros projetos tramitam (ou se arrastam) no Congresso Nacional e tem como destinatários os sujeitos do movimento LGBTTT<sup>28</sup>, embora sejam travados ou esquecidos pela

---

ou indícios de culpa, que, conforme o Direito, bastassem, o sujeito era enviado para o tormento, para que revelasse os parceiros e quaisquer outras pessoas que tivessem cometido sodomia ou soubessem de sua prática. A tortura de réus negativos ou ‘vacilantes’ foi um procedimento judiciário comum nos códigos legislativos europeus. (...). Em Portugal, a preocupação com a utilização da técnica como forma de arrancar as confissões era tamanha que as ‘Ordenações Manuelinas’ aconselhavam que não fossem aplicadas seguidas sessões de tormento ao mesmo réu, para que, com ‘medo da dor’, ratificasse uma falsa confissão. (...). As três ‘Ordenações’ não foram os únicos códigos legislativos portugueses que censuraram e penalizaram sodomitas e praticantes de molície. As chamadas ‘Leis Extravagantes’ também tiveram o mesmo objetivo. Em 09 de março de 1571, uma ‘Lei Extravagante’, promulgada por D. Sebastião, ditava que ‘as Pessoas, que com outras do mesmo sexo commetterem o peccado de mollicie, serão castigadas gravemente com o degredo de Galés, e outras penas extraordinarias, segundo o modo e perseverança do peccado’. Em 1606, o rei Felipe II ratificou a lei de D. Sebastião contra a molície, em que se determinava que os culpados fossem presos e, sendo peões, recebessem a pena vil do açoite com barço e pregão, devendo ser degredados por sete anos para as galés. Em caso de pessoas de ‘melhor qualidade’, seriam degredadas para Angola, sem remissão. Todavia, os reincidentes mais devassos e escandalosos poderiam ser condenados à morte, ‘perdendo as famílias nobres sua dignidade e privilégios.’” (VERONICA DE JESUS GOMES, em Dissertação de Mestrado (“Vício dos Clérigos: A Sodomia nas Malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa”, Niterói, UFF, 2010)

<sup>28</sup> Projeto de Emenda à Constituição nº 66/2003, que dá nova redação ao artigo 3º e 7º da CF/88, incluindo dentre os objetivos do Estado “a promoção do bem de todos, sem preconceitos de orientação sexual.”; Projeto de Lei nº 2383/2003, que considera ato discriminatório impedir que nos planos e seguros privados de assistência à saúde seja incluído o companheiro de mesmo sexo como seu dependente; Projeto de Lei nº 6297/2005, que visa alterar as Leis nº 8212/91 e 8213/91, para que se possa incluir o

bancada evangélica, católica, protestante e/ou ignorante.

Mas não veio do Congresso Nacional a primeira barca de direitos reconhecidos a nível constitucional. Bem verdade, a tutela constitucional homoafetiva, como já defendida por este autor em artigo submetido e aprovado no Congresso Internacional de Direito dos Campos Gerais, em 2012, sofreu a digna intervenção do Egrégio Supremo Tribunal Federal, e do E. Superior Tribunal de Justiça, especificadamente, nas ações ADPF 132, ADI 4277 e, no REsp 1.183.378/RS.

É notório que o direito positivo é deveras um direito quase que canônico, e não forçoso reconhecer que o direito civil brasileiro caminha a passos de formiga, porquanto ter demorado quase meio século para reconhecer a instituição do divórcio, e outra metade para rechaçar as distinções sociais existentes entre homem e mulher<sup>29</sup> e assim protegê-las.

No STF, uma breve fala do Ministro Luiz Fux merece guarida, da qual se extrai:

*Já é de curso corrente na comunidade científica a percepção – também relatada pelos diversos amici curiae – de que a homossexualidade não constitui doença, desvio ou distúrbio mental, mas uma característica da personalidade do indivíduo.*

*Sendo assim, não parece razoável imaginar que, mesmo no seio de uma sociedade ainda encharcada de preconceitos, tantas pessoas escolhessem voluntariamente um modo de vida descompassado das concepções morais da maior parte da coletividade, sujeitando-se, sponte propria, à discriminação e, por vezes, ao ódio e à violência.*

E a essa violência, contumaz, reincidente, perene e dis-

---

companheiro de mesmo sexo como dependente previdenciário, tanto no regime geral do INSS como do serviço público federal; Projeto de Lei nº 6655/2206, que possibilita a substituição do prenome do transexual; Projeto de Lei nº 2976/2008, que dá ao travesti a opção de utilizar o nome social ao lado do nome e sobrenome legal; Projeto de Lei nº 3099/2000, que visa instituir a disciplina obrigatória de “orientação sexual” no ensino fundamental, entre outros. (DIAS. P. 163)

<sup>29</sup> “Não há como não dar razão a Pontes de Miranda: o direito civil brasileiro é mesmo um reduto de moralismo religioso de variada origem, combinado com um forte apelo à tradição. (LOPES. P. 73)

criminatória merece uma reprimenda estatal eficiente, dentro da percepção anotada por Canotilho, onde se proíbe a insuficiência (proibição de insuficiência ou proibição por defeito) constitucional do Estado. Quer dizer, assim como acontece na Alemanha, o direito constitucional permite a criminalização de condutas antissociais, mas cabe ao poder legislativo fazê-lo.

Essa pluriformação da sociedade civil deve caminhar em harmonia o equilíbrio sócio-constitucional, onde:

“As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, *conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma*”. (ZAGREBELSHY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia* - Tradução de Marina Garcón. Editora Trotta, Madrid, 1995)

Para o Ministro Gilmar Mendes:

“O limbo jurídico, aqui, inequivocamente, contribui para que haja um quadro de maior discriminação; talvez contribua até mesmo para as práticas violentas que, de vez em quando, temos tido notícia em relação a essas pessoas. São práticas lamentáveis, mas que ocorrem. Então, é dever de proteção do Estado e, *ultima ratio*, é dever da Corte Constitucional e da jurisdição constitucional dar essa proteção se, de alguma forma, ela não foi engendrada ou concebida pelo órgão competente.”

Num histórico normativo, referido ministro da suprema corte, ainda anotou:

“Há, ainda, várias leis locais que determinam a aplicação de sanções por práticas discriminatórias adotadas em razão de orientação sexual, a exemplo das Leis 3.406/2000 e 3.376/2000, do Estado do Rio de Janeiro; da Lei 2.615/2000, do Distrito Federal; da Lei 10.948/2001, do Estado de São Paulo; da Lei 5.275/1997, de Salvador-BA; e das Leis

8.176/2001 e 8.283/2001, do Município de Belo Horizonte-MG; da Lei 9.036/2007, do Estado do Rio Grande do Norte. O Estado de São Paulo, por meio do Decreto 55.839, de 18 de maio de 2010, estabeleceu o Plano Estadual de Enfrentamento à Homofobia e Promoção da Cidadania LGBT, entre outras providências, com diversas ações para a proteção e o desenvolvimento dos direitos das Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais.

No Brasil, sobretudo no âmbito federal, é recente a manifestação mais explícita do Poder Executivo de fomentar a regulamentação e proteção de direitos que, de alguma forma, poderiam estar relacionados ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. De certa maneira, isso permite evidenciar a dificuldade da extensão de efeitos jurídicos ao reconhecimento da união homoafetiva, o que, de fato, tem se dado de forma gradual e segmentada.

No âmbito da Administração Pública Federal, por exemplo, na área da Previdência Oficial a cargo do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), foi editada inicialmente a Instrução Normativa/INSS/DC nº 25, de 7 de junho de 2000, posteriormente reformulada pela Instrução Normativa nº 50/2001, a qual estabeleceu procedimentos para a concessão de benefícios previdenciários a parceiros homossexuais (pensão por morte e auxílio reclusão).

Em sentido semelhante, destaca-se a Portaria nº 513, de 9 de dezembro de 2010 do Ministério da Previdência Social, que estabelece que “no âmbito do Regime Geral da Previdência Social – RGPS, os dispositivos da Lei 8.213, de 24 de junho de 1991, que tratam dos dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo”. Ressalte-se, contudo, que tal normatização decorreu de condenação da autarquia previdenciária em anterior ação civil pública que tramitou na 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre. A despeito desse avanço, há dificuldades de ordem prática, inclusive para efeitos de comprovação de dependência econômica, o que acaba por acrescer o número de negativas de concessão de benefícios.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar, por seu turno, editou recentemente a Súmula Normativa n.º 12, de 4 de maio de 2010, com o seguinte teor: “1. Para fins de aplica-

ção à legislação de saúde suplementar, entende-se por companheiro de beneficiário titular de plano privado de assistência à saúde pessoa do sexo oposto ou do mesmo sexo”.

Assim, faculta-se ao cidadão a possibilidade de inclusão de parceiro homoafetivo como beneficiário em planos privados de saúde, cabendo às operadoras definirem a forma como deverá se dar a comprovação da convivência mútua.

O Ministro da Fazenda aprovou, no ano de 2010, o Parecer PGFN/CAT/ nº 1.503/2010, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, para permitir a inclusão de dependente homoafetivo para efeitos fiscais.

Eis a ementa do referido parecer: “Requerimento administrativo de servidora pública federal para inclusão de dependente homoafetivo para efeitos fiscais. Legitimidade do pleito. Falta de vedação legal ou constitucional. Princípios da não discriminação e da dignidade da pessoa humana”. (Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/arquivos-de-noticias/Parecer%201503-2010.doc>. Acesso em: 3.5.2011)

Ademais, ressalte-se que, no ano de 2011, foi divulgada na imprensa nacional o ato do Ministro da Fazenda, Guido Mantega, que autorizou a inclusão de companheiros como dependentes, na união homoafetiva, para obter dedução fiscal na declaração do Imposto de Renda. Entretanto, o referido ato foi impugnado por meio de ação popular pelo Deputado Federal Ronaldo Fonseca, ao argumento de que tal possibilidade se restringiria à união estável entre homem e mulher (<http://economia.uol.com.br/impostoderenda/ultimasnoticias/infomoney/2011/03/04/ao-fazer-a-declaracao-de-ir-casaishomoafetivos-devem-atentar-a-documentacao.jhtm>. Acesso em: 3.5.2011)

Em sentido semelhante, foi regulamentada a Resolução Normativa do Conselho Nacional de Imigração – CNI n.º 77, de 29 de janeiro de 2008 –, vinculado ao Ministério da Justiça, que dispõe, entre outros assuntos, sobre critérios para a concessão de visto, temporário ou permanente, ao companheiro ou companheira, em união estável, sem distinção de sexo (art. 1º).

A Lei Maria da Penha – Lei Federal 11.340, de 7 de agosto de 2006 – expressamente estabelece que toda mulher, independentemente da orientação sexual, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe assegura-

das as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social (art. 2º), bem como que a definição de entidade familiar, para efeitos de proteção desta lei, independe de orientação sexual (art. 5º, parágrafo único). Entretanto, há controvérsia sobre sua plena aplicabilidade a casais homoafetivos.

Também o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n.39/2007, reconhecendo a possibilidade de inclusão de companheiro homossexual para fins de dependência econômica.

O próprio Supremo Tribunal Federal, por meio do Ato Deliberativo n. 27/2009, admitiu a inclusão de companheiro homoafetivo como beneficiário do plano de assistência à saúde e benefícios sociais do Tribunal.

Cite-se também o Provimento nº 006/2004 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual institui o registro, no Cartório de Títulos e Documentos, de qualquer documentação relativa a uniões afetivas entre pessoas plenamente capazes, independentemente do gênero. Da mesma forma, destaca-se o Provimento 36/2010 da Secretaria da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul e o Provimento 174/2010 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Amazonas.

Em semelhante sentido, destaca-se o Provimento nº 007/2010 do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que, em seu artigo 1º, determinou nova redação ao art. 775 do Provimento nº 20/2009, para nele incluir parágrafo único com o seguinte teor: “Parágrafo único. As pessoas plenamente capazes, independentemente de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, que convivam afetivamente ou mantenham sociedade de fato, de forma contínua, pública, duradoura, com ou sem compromisso patrimonial, poderão registrar contratos e documentos que digam respeito à referida relação jurídica ou que visem constituí-la na forma anteriormente prevista”.

Em maio de 2009, a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República apresentou o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, em que há descrição de diversas metas, entre as quais se destaca a de

nº 1.2.34, que estabelece a ação, a cargo da Secretaria de Direitos Humanos, de mobilização parlamentar para aprovação de projetos que tratem de união homoafetiva.

O Ministério da Saúde lançou em 2010 a Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, para ser implementada no Sistema Único de Saúde (SUS). Sua formulação seguiu as diretrizes do Governo expressas no Programa Brasil sem Homofobia, que foi coordenado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH/PR) e que atualmente compõe o Programa Nacional de Direito Humanos (PNDH 3).

O Presidente da República, por sua vez, editou o Decreto 7.388/2010, que dispõe sobre a composição, a estruturação, as competências e o funcionamento do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD), o qual tem diversas atribuições para organizar e fomentar políticas públicas que visem à garantia dos direitos das Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais.

Além disso, por meio de Decreto de 4 de junho de 2010, o Presidente da República institui o Dia Nacional de Combate à Homofobia.

A Ordem dos Advogados do Brasil, ainda, mediante a Portaria nº 016/2011, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, criou, em 15 de abril de 2011, a Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB.

Além disto, traz-se aos olhos do leitor a existência da Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça (publicada em 15/05/2013), que em compasso com a decisão proferida no RE nº 1.183.378/RS, no STJ, prevê a vedação *“às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.”*

Esta norma *urbi et orbi* apenas pacificou um entendimento que poucas corregedorias estaduais estavam aplicando, ante a já publicação do acórdão da ADI 4277 e ADPF 132, mas a contumaz resistência de outros órgãos.

No Estado do Paraná, recente instrução normativa<sup>30</sup> – louvável, diga-se – da Egrégia Corregedoria Geral de Justiça, conduzida pelo Desembargador Eugênio Achille Grandinetti, uniformizou o entendimento sobre o casamento homoafetivo.

A instrução normativa visa determinar:

*“1. Que os magistrados e agentes delegados dos Registros Cíveis de Pessoas Naturais do Estado do Paraná observem as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.183.378-RS) e por esta Corregedoria da Justiça (autos de consulta nº 2013.49650-9/000), procedendo à habilitação de pessoas do mesmo sexo para o casamento civil, nos termos dos artigos 1.525 e seguintes da Lei Federal nº 10.406/2002 (Código Civil).*

1.1. Destaque-se que o pedido de habilitação somente deverá ser submetido à apreciação do Juiz quando houver impugnação do oficial, do Ministério Público, ou de terceiro, nos termos do artigo 1.526, parágrafo único, da Lei Federal nº 10.406/2002 e do item nº 15.3.12 do Código de Normas;

*2. Que, em virtude da possibilidade de habilitação para o casamento homoafetivo, e desde que atendidas as demais exigências legais, seja deferida a conversão da união estável de pessoas do mesmo sexo em casamento civil;*

3. Expeça-se ofício-circular aos Juízes Corregedores do Foro Extrajudicial e aos serviços de Registro Civil de Pessoas Naturais do Estado do Paraná, para que fiquem cientes do conteúdo da presente Instrução, afixando-a em lugar visível e de fácil leitura pelo público, dentro do serviço extrajudicial;

Esta instrução entra em vigor na data de sua publicação.” (grifou-se)

A batalha foi ganha, mas a guerra ainda não foi vencida.

A preocupação se mostra aviltante a medida que no plenário do Congresso Nacional se apresenta uma esmagadora maioria parlamentar, o que fulmina – infelizmente – alguns desejos da comunidade LGBTQTT na conquista de determinados

---

<sup>30</sup>



direitos.

Com relação a esta linha, vale dizer, o papel do controle da constitucionalidade não se mostra presente apenas na ação parlamentar, mas também, em sua omissão, seja na invocação de ação de inconstitucionalidade por omissão ou pela impetração de mandado de injunção, visando a colmatação de lacuna – proposital ou não.

Enquanto legislativo e executivo seguem a legitimação popular, com eleição direta, o judiciário funciona como um poder que tenta contrabalançar essa equação e garantir os direitos e princípios fundamentais. Se não fosse assim, qualquer vontade política majoritária, ou seja, apoiada pela maioria, poderia ser aprovada para esmagar os direitos da minoria<sup>31</sup>, sempre com base no argumento da prevalência da vontade majoritária. Isso não seria coerente com a noção de democracia, que pressupõe a defesa dos direitos individuais, por exemplo.

Isso gera a chamada "dificuldade contramajoritária", expressão cunhada por Alexander Bickel, nos anos sessenta.

O Poder Judiciário, com seus membros não eleitos, poderia afastar ou alterar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular? Ele teria legitimidade para isso? A resposta é desenganadamente positiva.

A noção de democracia não se resume ao princípio majoritário, do governo da maioria. Existem princípios fundamentais que devem ser preservados e as minorias tem direitos que

---

<sup>31</sup> Em trecho do voto do Min. Celso de Mello, no julgamento conjunto das ações ADPF 132 e ADI 4277, cita-se *“também o eminente e saudoso Professor PINTO FERREIRA (“Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno”, tomo I/195--196, item n. 8, 5ª ed., 1971, RT) demonstra igual percepção do tema ao enfatizar - com fundamento em irrepreensíveis considerações de ordem doutrinária - que a essência democrática de qualquer regime de governo apóia-se na existência de uma imprescindível harmonia entre a “Majority rule” e os “Minority rights”*: *“A verdadeira idéia da democracia corresponde, em geral, a uma síntese dialética dos princípios da liberdade, igualdade e dominação da maioria, com a correlativa proteção às minorias políticas, sem o que não se compreende a verdadeira democracia constitucional.”*

também devem ser preservados. A noção política do que é ou não é majoritário muitas vezes é movida por interesses de ocasião, transitórios, enquanto que a lógica democrática se inspira em valores, quase sempre permanentes.

Existe um "déficit democrático" no Judiciário, em razão da "dificuldade contramajoritária"? Isso é muito discutível. O legislativo, por exemplo, é eleito diretamente pelo povo e, no entanto vem fornecendo inúmeros exemplos de ações contrárias à vontade popular.<sup>32</sup>

Assim, quando o STF anula leis ou atos contrários aos princípios e direitos fundamentais e faz valer a Constituição (controle de constitucionalidade), na verdade ele está intervindo em benefício da democracia, e não contra.

Fala-se, portanto, que a jurisdição constitucional por excelência é contramajoritária<sup>33</sup>, e apenas assim pode existir e funcionar. (MENDES. 2009. p. 201)

---

<sup>32</sup> “A hipótese do processo político justo também é duvidosa quando o grupo que perde foi vítima histórica de um preconceito ou estereótipo que torna provável que seus interesses sejam desprezados pelos eleitores. [...] Em primeiro lugar, o grupo pode ser tão marginalizado financeira, social e politicamente, que lhes falem meios para chamar a atenção dos políticos e dos outros eleitores para seus interesses e, assim, não exercer o poder nas urnas, ou em alianças ou barganhas com outros grupos, que se esperaria que o número de componentes do grupo fosse capaz de produzir. Em segundo lugar, pode ser vítima de vieses, preconceitos, ódios ou estereótipos tão graves que a maioria queira reprimi-lo ou puni-lo por tal motivo, mesmo quando as punições não sirvam a nenhum outro interesse, mais respeitável ou legítimo, de outros grupos (DWORKIN, Ronald. *A Virtude soberana: teoria e prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 654-656).

<sup>33</sup> Segue referido ministro ao afirmar que “a dominação majoritária em si, como o centro de gravidade da democracia, exige esse respeito às minorias políticas vencidas nas eleições. O princípio majoritário é o pólo positivo da democracia, e encontra a sua antítese no princípio minoritário, que constitui o seu pólo negativo, ambos estritamente indispensáveis na elucidação do conceito da autêntica democracia. *O princípio democrático não é, pois, a tirania do número, nem a ditadura da opinião pública, nem tampouco a opressão das minorias, o que seria o mais rude dos despotismos. A maioria do povo pode decidir o seu próprio destino, mas com o devido respeito aos direitos das minorias políticas, acatando nas suas decisões os princípios invioláveis da liberdade e da igualdade, sob pena de se aniquilar a própria democracia.*”

Vale dizer, que a soberania popular não é absoluta quanto ao poder exercido e aos destinatários das ações, públicas, afirmativas ou qualquer nome que a elas seja dado, eis que a regra a maioria não pode denegrir o fato que “o bem comum, hoje, tem um nome: são os direitos humanos, cujo fundamento é, justamente, a igualdade absoluta de todos os homens, em sua comum condição de pessoas.” (MULLER. 2011. p. 22)

### 3 – CRIMINALIZAR OU NÃO CRIMINALIZAR? EIS A QUESTÃO!

Parece ser um tanto temerário que se minimalize os efeitos da violência deflagrada por discriminação, e isto, se amplia também a proposta de possível transação civil e/ou penal para o acusado, se instalada a persecução penal.

O efeito da pena, como sanção estatal, tem caráter duplice (isto não é novidade) na esfera da proteção social repressiva e preventiva.

Logo, transformar a dor, o sofrimento, o desprezo do homoafetivo vítima de violência (*sui generis*) em bem materialmente indenizável é rechaçar a dignidade da pessoa humana, a liberdade individual do homem e o direito humano de ser humano.

Para o Ministro Gilmar Mendes:

A doutrina nacional não se tem ocupado, talvez como devesse, de um dispositivo que consta do Direito Comparado, talvez a sua matriz moderna esteja na Lei Fundamental de Bonn, que fala no direito que cada indivíduo tem de autodesenvolvimento (Selbstentfaltungsrecht), quer dizer, o livre desenvolvimento de sua personalidade (die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit), desde que não viole direitos de outrem e não se choque contra a ordem constitucional ou os costumes (Art. 2 I GG – Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt). (ADI 4277- ADPF 132)

Na visão do beneplácito jurista Roger Raupp “nunca será demasiado salientar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, categórica e explicitamente, no rol de discriminações constitucionalmente censuradas, a discriminação homofóbica.”

Se na ordem constitucional das coisas a palavra final já está embasada na igualdade social dos indivíduos, independente de sua orientação individual de sexo, gênero, orientação sexual, a que se justifica a não tutela penal?

Não se justifica. Não há preceito moral ou religioso que tenha o condão de gravar ao Congresso Nacional credence suficiente e justificável capaz de deslembrar os atos sofridos por uma minoria, e assim nada fazer; idêntica situação era a enfrentada pela mulher vítima de violência doméstica, que data vênia, apenas foi normatizada em razão do acionamento da tutela penal por organismo internacional de proteção aos direitos humanos da mulher.

O PLC nº 122/2006 em sua redação presente, após emendas e textos substitutivos, prevê:

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

*Art. 2º* Para efeito desta Lei, o termo sexo refere-se à distinção entre homens e mulheres; orientação sexual, à heterossexualidade, homossexualidade ou bissexualidade; e identidade de gênero, à transexualidade e à travestilidade.

*Art. 3º* O disposto nesta Lei não se aplica à manifestação pacífica de pensamento decorrente da fé e da moral fundada na liberdade de consciência, de crença e de religião de que trata o inciso VI do art. 5º da Constituição Federal.

*Discriminação no mercado de trabalho*

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

Pena – reclusão, de um a três anos.

*Parágrafo único.* Nas mesmas penas incorre quem, durante o contrato de trabalho ou relação funcional, confere tratamento diferenciado ao empregado ou servidor, motivado por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

*Discriminação nas relações de consumo*

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

Pena – reclusão, de um a três anos.

*Discriminação na prestação de serviço público*

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

Pena – reclusão, de um a três anos.

*Indução à violência*

*Art. 7º* Induzir alguém à prática de violência de qualquer natureza, motivado por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero:

Pena – reclusão, de um a três anos.

*Art. 8º* O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“*Art. 61*.....

.....

II –.....

.....

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

“*Art. 121*.....

.....

§ 2º.....

.....

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

.....” (NR)

“*Art. 129*.....

.....

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

“*Art. 136*. .....

.....

§ 3º Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, ou é

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

“Art. 140. ....

.....

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

.....” (NR)

“Art. 286. ....

.....

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

*Art. 9º* Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

É cediço que os direitos sexuais equiparados como direitos de direitos humanos<sup>34</sup> foram consagrados no plano internacional dos direitos individuais e coletivos, do que se pode citar, os Planos de Ação das Conferências do Cairo (1994) e de Pequim (1995), a Declaração dos Direitos Sexuais (1997) e aos Princípios de Yogyakarta (2006).

Este último, como um dos fundamentos do voto do Min. Celso de Mello no RE nº 477554/MG, no STF, eleva a busca da felicidade como clarividente preceito constitucional, e, portanto, equiparado a direito fundamental, direito fundamental de buscar a felicidade e, de fato, ser feliz.

Sobre o mérito da questão (direito das minorias), o decano do Supremo Tribunal Federal ainda recorda outra decisão sua, diuturnamente memorável, na ADI 3300, realinhando o pensamento de que “ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República.”

<sup>34</sup> “Considerando a dignidade como tarefa, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda a sorte de obstáculos que ensejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade”. (SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 109)

Quanto aos números da vitimologia matemática, progressiva, diga-se de passagem, a Senadora Fátima Cleide ressalta que:

A UNAIDS informa que, no México, foram assassinados 213 homossexuais entre 1995 e 2000; no Chile, foram 46 em 2004, e 58 em 2005; na Argentina, 50 vítimas de 1989 a 2004; no Brasil, dados recentes dão conta de 2.403 homossexuais assassinados nos últimos 20 anos, constituindo a média de um homicídio a cada três dias, sendo 69% de gays, 29% de transexuais e 2% de lésbicas.

(...)

Pesquisa realizada por órgão da ONU no México constatou que, enquanto a maioria da população não reconhece os homossexuais como grupo violado em seus direitos fundamentais e específicos, 40% dos homossexuais se declaram vitimados por algum tipo de discriminação homofóbica.

(...)

A pesquisa “Juventude e Sexualidade”, realizada pela UNESCO, no ano 2000, com 16.422 alunos e alunas de 241 escolas brasileiras, revelou que 27% dos alunos e alunas não gostariam de ter homossexuais como colegas de classe; 35% dos pais e mães de alunos e alunas não gostariam que seus filhos e filhas tivessem homossexuais como colegas de classe; e 15% dos alunos e alunas consideravam a homossexualidade como doença.

Ao que parece, a comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do novo código penal já evoluiu ao recepcionar os direitos sexuais tuteláveis aos direitos humanos, criando dentro do título XVI (crimes contra os direitos humanos) o capítulo V (artigos 472, 473 e 474) vernaculamente tratando do racismo e dos crimes resultantes de preconceito e discriminação, do que se incluíram os tipos penais previstos no PLC nº 122/06, inclusive quanto como agravante genérica, e majorante nos crimes de homicídio e lesão corporal.

O PLS (Projeto de Lei do Senado) nº 236/2012 (anteprojeto do NCP), sob os olhares cautelosos do Min. Gilson Dipp (STJ), traz em seu texto – *mutatis mutandis* – o crime de terrorismo (art. 239, III, NCP), genocídio (art. 459, NCP) e tortura

(art. 469, NCP) pautados pela discriminação e preconceito de gênero, raça, cor, etnia, identidade ou orientação sexual, religiosa, procedência nacional ou regional, ou motivo semelhante, que não obstante, quando não configuram qualificadora ou majorante do delito, o tipificam, como no caso de tortura.

Portanto, parece descabida a tese pela não tipificação de condutas diminutivas, exclusivas, desviantes e atroztes de direitos fundamentais da pessoa humana, homo ou heteroafetiva, a medida que sua igualdade é cristalina na Carta da República.

À luz, portanto, da essência da constituição (pelo constitucionalismo do futuro<sup>35</sup>) como força normativa da conduta do destinatário da norma, tem-se que, o que antes se via era uma utilização acrítica de conceitos hauridos de teorias de outras épocas, manifestamente incapazes de dar consistência, teórica e prática, para uma doutrina da Constituição temporalmente adequada, para uma doutrina constitucional que reflita o modo como as leis fundamentais são vivenciadas nos dias atuais. (MENDES. 2009. p. 10)

Para esta nova ordem de ideias normativas e criminalizadoras à luz do sistema constitucional temporal, DROMI (1997) ressalta algumas características do constitucionalismo do futuro, a medida que:

Por verdade, entende-se a preocupação com a necessidade de promessas factíveis pelo Constituinte. De nada adiantaria uma Carta dotada de excessivo protecionismo, mas destituída de qualquer exequibilidade. Seria o desvencilhamento, do Texto Constitucional, de tudo aquilo que pode constituir mera carta de intenções, elaborada sem qualquer fundamento ou cientificidade. Em outras palavras, seria o equivalente a dizer que cada Estado tem a Constituição que pode ter, isto é, respeitadas regras mínimas e suficientes de previsão de direitos fundamentais, em todas as suas subespécies (direitos individuais, direitos sociais, direitos políticos etc.), ficaria o cons-

---

<sup>35</sup> DROMI, José Roberto. *La reforma constitucional: el constitucionalismo del por venir*. In *El derecho publico de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana*. Madrid: Fundación BBV, 1997.



tituinte impedido de enganar seu povo.

Ainda, são algumas premissas básicas para a efetividade da norma constitucional do futuro, quais sejam: verdade, solidariedade, consenso, continuidade, participação, integração e universalização.

Havendo a tipificação de condutas “homofóbicas” estar-se-ia fazendo à luz desta novel teoria, homenagem a força normativa ativa da constituição, assentada na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*) que nada mais quer dizer que a própria efetividade do texto. (HESSE. 1991. pp. 15-19)

Na conjuntura político-normativa dos direitos humanos, tem-se que o que ocorre é a sua unicidade aos direitos e garantias fundamentais, e, portanto, inerente à personalidade do homem. Apesar do conteúdo de sua delimitação ser de difícil e árdua tarefa (MORAES. 2010. p. 20), não se pode permitir que o seu conceito, os desdobramentos de sua aplicação e sua efetividade enquanto norma supralegal ou superlegal, possam ser perdidos pelo intérprete, em uma hermenêutica arbitrária, sob pena de abuso formal e material e manifesto equivoco (BARROSO. 2009. p. 163).

Se para KANT<sup>36</sup> (2003), cada individuo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como meio para a realização de metas coletivas ou de outras metas individuais, BARROSO (2009) afirma que a dignidade da pessoa humana se alinha ao primado religioso do respeito e amor ao próximo, a medida que sua não observância se traduz como indignidade<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> KANT, Immanuel. A Metafísica dos Costumes. Tradução: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003

<sup>37</sup> Ainda: o principio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente de crença que se professe em relação a sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse principio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da

As dicotômicas nuances da vida social revelam que a superioridade dos preceitos constitucionais se destoam da indelével prática discriminante das massas vociferantes, o que mitiga em linha vermelha a dignidade humana de cada um.

### 3.1 – MANIFESTAÇÕES: O QUE SERÁ CRIME?

Inegavelmente que as opiniões, as convicções, os comentários, as avaliações e os julgamentos sobre assuntos ou pessoas, com ou sem interesse público, valor e importância, desde que não colidam com outros direitos fundamentais e valores constitucionais são possíveis no ordenamento civil brasileiro. (MENDES. 2009. p. 403)

O jurista e ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, lucidamente ao tema do presente artigo anota que “contumaz desqualificação que o discurso de ódio provoca tende a reduzir a autoridade dessas vítimas nas discussões de que participam, ferindo a finalidade democrática que inspira a liberdade de expressão. (2009. p. 413)

O discurso de ódio deságua na indignidade dos seus destinatários, onde lhes reduz os direitos sociais e fundamentais, e ao mesmo passo, os tornam cada vez mais vulneráveis, atrelado ao fato de pertencer a uma inegável minoria.

E quanto a religião? O credo manifestado pode ser punível?

A resposta é positiva, por duas circunstâncias claras: a primeira com relação a liberdade de crença, que pode ser manifestada ou não (p.ex. o ateu); a outra, pela laicidade estatal na extensão de que a soberania popular sobrepôs-se a soberania religiosa.

Não se pode, portanto, fazer confusão entre a religião como liberdade de escolha do cidadão com o valor atribuído ao

---

exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar. (BARROSO. 2006. p. 252)

conteúdo daquela, pois a não intervenção do Estado (*Prinzip des minimalen Eingriffs*) se resume a não diminuição das garantias constitucionais.<sup>38</sup>

A convicção religiosa deve andar em compasso com a tolerância religiosa, onde não se justifica a exclusão de sujeitos distintos de um grupo que optou em exercer a religião por mera interpretação do conteúdo daquela. O que se pretende na visão de BAGGIO (2010. p .68) é acolher uma idéia do igual direito de conviver, reservando uma dignidade e uma relevância devida a todos os integrantes da sociedade, indistintamente.

#### 4 – HOMOFOBIA E O DIREITO PENAL COMO ULTIMA RATIO

A criminalização de condutas discriminatórias passaram lucidamente pelo magistério da doutrina (LIMA, 2012) a medida que na concepção CF-CP (Constituição Federal e Código Penal) há uma tripartição da intervenção penal, pelo caráter valorativo da norma.

Para isto, há três níveis de intervenção penal constitucional, a saber, constitucionalmente proibida, constitucionalmente possível<sup>39</sup> e em último nível, constitucionalmente necessária.

---

<sup>38</sup> “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, em Elementos de direito administrativo, 1980, RT. p. 104)

<sup>39</sup> “No tempo presente, parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, porém altamente desejável na prática: a não-prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente. O imperativo teórico da não-contradição – válido para a *scientia juris* – não deveria obstaculizar a atividade própria da *jurisprudencia* de intentar realizar positivamente a ‘concordância prática’ das diversidades, e inclusive das contradições que, ainda que assim se apresentem na teoria, nem por isso deixam de ser desejáveis na prática. ‘Positivamente’: não, portanto mediante a simples amputação de potencialidades

A primeira, se alinha ao fato de que cabe a constituição desautorizar ao Congresso em criminalizar condutas que não tenham relevância social, ou seja, tem sintonia com a liberdade individual do cidadão a medida que vive em coletividade e se relaciona com os demais cidadãos. A segunda, se alinha aos valores do direito penal enquanto norma proibitiva, ou seja, neste nível se avalia as cautelas necessárias a criminalização, onde se estrutura e preceitua determinados bens jurídicos (dignidade sexual, por exemplo). A terceira, senão mais importante, trata da indicação explícita do texto constitucional quanto a necessidade da tipificação penal (v.g. o racismo), função a qual o legislador não se pode demitir.

O texto do anteprojeto do novo código penal abrange uma gama de proteção a direitos individuais e pessoais, e merece uma especial atenção na tutela dos direitos humanos, sendo uma das poucas legislações da América a normatizar (*ad referendum tantum*) de forma inclusiva um direito que ultrapassa o conceito sexo-biológico do cidadão, mas o amplia sob o *prima* constitucional das garantias fundamentais.

Em 2012, segundo o GGB (Grupo Gay da Bahia), constatou-se a ocorrência – formal e materialmente comprovada do motivo do crime – 338 homicídios contra gays, lésbicas e travestis, além de dois assassinatos de transexuais na Itália.

Pela pesquisa<sup>40</sup> houve um aumento significativo daquilo que se chamam de “homicídios”, no que representa 56% contra gays, 37% contra travestis, 5% contra lésbicas, cuja representação em nível internacional aponta 44% de todos os “homicídios” no planeta em 2012. O grau de violência é assustadora, a medida em que se constatou que 115 crimes foram co-

---

constitucionais, senão principalmente mediante prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto” (Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil.*, cit., p. 16).

<sup>40</sup> Disponível em: <http://truelove.com.br/2013/01/relatorio-anual-assassinato-homossexuais-2012/> - Acesso em 23/05/2013

metidos com arma de fogo, 88 com arma branca, 50 por espancamento e, 8 foram queimados. As outras 77 vítimas ou foram afogadas, atropeladas, enforcadas, degoladas, asfixiadas, empaladas ou torturadas até a morte.

Proporcionalmente, seria um homicídio a cada vinte e seis horas!

Não se trata de mera expectativa do possível, do que pode ser real<sup>41</sup>, eis que os números não reveladores, a ponto de exigir norma incriminadora. Antes que seja tarde demais.

## 5 – CONCLUSÃO

Do que se mostra, portanto, é que a criminalização da homofobia é um termo (evento futuro e certo), assim como a morte, pois se sabe que ela chegará, entretanto, sem precisar dia, hora e local.

O amor, o afeto, a busca pela plena felicidade<sup>42</sup> são ele-

---

<sup>41</sup> O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: o pensamento do possível indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. O pensamento do possível depende também da realidade em outro sentido: possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro (*Möglich ist nur was in Zukunft wirklich sein kann*). É a perspectiva da realidade (futura) que permite separar o impossível do possível (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p.10).

<sup>42</sup> Tal preceito, como importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais (LEAL, Saul Tourinho. *O Princípio da Busca da Felicidade como Postulado Universal*.), foi reconhecido e aplicado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, dos quais citam-se alguns precedentes – como *In Re Slaughter-House Cases* (83 U.S. 36, 1872), *Butchers' Union Co. v. Crescent City Co.* (111 U.S. 746, 1884), *Yick Wo v. Hopkins* (118 U.S. 356, 1886), *Meyer v. Nebraska* (262 U.S. 390, 1923), *Pierce v. Society of Sisters* (268 U.S. 510, 1925), *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479, 1965), *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1, 1967), *Zablocki v. Redhail* (434 U.S. 374, 1978), v.g. -, nos quais esse Alto Tribunal, ao apoiar os seus “rulings” no conceito de busca da felicidade (“pursuit of happiness”), imprimiu-lhe significativa expansão, para, a partir da exegese da cláusula consubstanciadora desse direito inalienável, estendê-lo a situações envolvendo a proteção da intimidade e a garantia dos direitos de casar-se com pessoa de outra etnia, de ter a custódia dos filhos menores, de aprender línguas estrangeiras, de casar-se novamente, de exercer atividade empresarial e de utilizar anticoncepcionais.

mentos dos quais a legislação brasileira deve se amoldar a evolução da sociedade, cada vez mais heterogênea, assim como fez o Japão (art. 13. Constituição de 1947), a França (1958. Preâmbulo) e o Reino Unido do Butão (2008. Constituição. Preâmbulo).

Recentíssima decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos (nos casos *EUA VS. Windsor* e *Hollingsworth VS Perry*), datadas de 26 de junho de 2013, deu vitória aos partidários dos direitos homoafetivos em determinar ao governo federal que reconheça os casamentos entre pessoas de mesmo sexo, nos Estados cuja haja legislação específica, ou nos faltantes que se afastem qualquer interpretação limitadora a direitos matrimoniais, os quais concediam tal direitos a apenas uniões entre um homem e uma mulher.<sup>43</sup>

Aquela decisão, que afastou a incidência do art. 3º da Lei de Defesa do Casamento (*Defense of Marriage Act - DOMA*)<sup>44</sup> e da Lei Estadual clamada de Proposta nº 8 do Estado da Califórnia<sup>45</sup>, reconheceu a inconstitucionalidade das referidas disposições limitadoras de direitos matrimoniais baseados na diversidade sexual dos nubentes, que segundo o decano daquela corte, juiz Anthony Kennedy, se “revelaria descabida tal limitação por uma Estado que se diz livre, justo e solidário.”

O que foge da conduta dita como normal assusta aos menos propensos as mudanças sociais, mas já sofre sensíveis alterações da comunidade, pelo menos a acadêmica, v.g., cita-se o *saiaço* (protesto “USP DE SAIA”) que ocorreu na Universidade de São Paulo no dia 16 de maio de 2013, onde em repúdio a discriminação sofrida por Vitor Pereira, calouro do curso de

---

(Trecho do voto do Min. Celso de Mello – ADI 4277)

<sup>43</sup> Notícia disponível no sitio eletrônico: <http://br.reuters.com/article/worldNews/idBRSPE95P07Y20130626>. Acesso em 27.06.2013.

<sup>44</sup> Disponível em: [http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307\\_6j37.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf). Acesso em 28.06.2013;

<sup>45</sup> Disponível em: [http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-144\\_8ok0.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-144_8ok0.pdf). Acesso em 28.06.2013;

Têxtil e Moda daquela universidade, que pela primeira vez em sua vida usou o modelito para ir à aula, diversos estudantes manifestaram-se em solidariedade a ele, usando é claro, saias.<sup>46</sup>

Em passagem do voto do min. Luiz Fux, do STF, no julgamento da ADI 4277, consignou-se que “canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações odiosas.”

Se a finalidade da discriminação é – meticulosamente – reduzir a condição humana do sujeito às mazelas de um subdireito, ou até mesmo de uma subcondição, parece ser necessária a intervenção constitucional penal, pois a relevância das condutas pode ultrapassar a normalidade, e conseqüentemente, incutir á vítima a perda de sua vida.

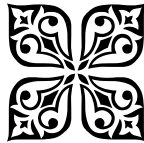
Resta-se, deveras, aguardar que a bancada majoritária do Congresso Nacional Brasileiro exerça inteligentemente o papel a ela deferida pelo povo, e se não aprovarem a alteração do atual código penal vigente nos termos do PLC nº 122/06, que o façam na aprovação do texto do anteprojeto do novo código penal, como se apresenta (ou em eventual emenda, que não se altere o conteúdo e a extensão da norma), pois do contrário, mais uma vez colocar-se-á a sociedade a mercê da sorte, dos juízos de valores, e da intolerância como resposta ao heterogeneidade da população.

É inegável a não unanimidade quanto ao tema central do trabalho, seja qual for o embasamento do entendimento divergente, mas é sempre salutar, elevar as discussões ao plano das ideias, e jamais, converter a discussão em pugilato, pois segundo Rui Barbosa, deve-se elevar o debate à região das idéias e

---

<sup>46</sup> Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/educacao/2013/05/1279663-em-protesto-alunos-da-usp-vestem-saias-para-assistir-aulas.shtml> - Acesso em 23/05/2013.

não arrastá-lo pela das personalidades.



## REFERÊNCIAS

- ATALIBA, Geraldo. *Judiciário e Minorias*. Revista de Informação Legislativa, vol. 96/194.
- BAGGIO, Moacir Camargo. *Da tolerância (direito e conflito sob o signo da tolerância: por uma jurisdição constitucional comprometida com a fraternidade)*. São Paulo: Ltr, 2010.
- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da Constituição Brasileira*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Trad. Guilherme João Teixeira. Belo Horizonte: Ed. Autêntica. 2010.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso constante.
- \_\_\_\_\_. Planalto da República. *Legislação Ordinária*. Diversas. Disponíveis em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias#content>. Acesso constante entre 04.12.2012 e 20.04.2013.
- \_\_\_\_\_. *Relatório sobre violência homofobia no Brasil: ano de*



2011. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Disponível em: <http://www.sedh.gov.br/brasilem/relatorio-sobre-violencia-homofobica-no-brasil-o-ano-de-2011/Relatorio%20LGBT%20COMPLETO.pdf>. Acesso em 14.02.2013.
- \_\_\_\_\_. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 122/2006*. Íntegra do projeto. Disponível em [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=79604](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604). Acesso constante entre 04.12.2012 e 20.04.2013.
- \_\_\_\_\_. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 236/2012*. Anteprojeto do Novo Código Penal. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas> Acesso em 06.04.2013.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.183.378-RS*, Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 25.12.2003. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/deci-sao.asp?registro=201000366638&dt\\_publicacao=11/4/2012](https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/deci-sao.asp?registro=201000366638&dt_publicacao=11/4/2012).
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4277 e ADPF 132/RJ*. Julgamento Conjunto. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05.05.2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>. Acesso em 08.12.2012.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS 82424*, Relator: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Min. Mauricio Corrêa. Brasília, 17.09.2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2052452>. Acesso em 08.12.2012.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2003.
- CARVALHO, Salo de. *Três hipóteses e uma provocação sobre homofobia e violências criminais: queer(ing) criminology*. In Boletim IBDCRIM. São Paulo: IBDCRIM, ano 20, nº. 238, p. 02/03, 2012.
- Daniel Ottoson. *State: sponsored Homophobia – a world survey of laws prohibiting same sex activity between consenting adults*. The International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, 2010. Disponível em: <http://ilga.org/ilga/en/article/1161>. Acesso em: 23/05/2013
- DIAS, Maria Berenice. (Org.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo. RT, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Legislação brasileira e homofobia*. In. VENTURI, ustavo; BOKANY, Vilma (org). *Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil*, São Paulo. Editora Perseu Abramo, 2011.
- DROMI, José Roberto. *La reforma constitucional: el constitucionalismo del por venir*. In *El derecho publico de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana*. Madrid: Fundación BBV, 1997
- DWORKIN, Ronald. *A Virtude soberana: teoria e prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- GOMES, Veronica de Jesus. *Vício dos Clérigos: A Sodomia nas Malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa*. Dissertação de Mestrado. Niterói, UFF, 2010.
- HÄBERLE, Peter. *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken*, in: *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein/TS. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antonio Fabris Editor. 1993.
- HEFFERNAN, Dani, *APA removes “gender identity disorder” from updated mental health guide*. San Diego Gay and

- Lesbian News, (03.12.2012). Acesso em <http://sdgln.com/health/2012/12/03/apa-removes-gender-identity-disorder-updated-mental-health-guide#.UL3yxJVpJBc.facebook>.
- HELMINIAK, Daniel A. *O que a Bíblia realmente diz sobre a homossexualidade*. Trad. Eduardo Nunes. São Paulo: Ed. Summus, 1998.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- JUNQUEIRA, R. D. *Homofobia: limites e possibilidade de um conceito em meio a disputas*. Revista BAgos, Belo Horizonte. Volume 1, nº 01, 2007.
- KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.
- LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Comentando a decisão do STF*. In. RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo (org.). *Homossexualidade e Direitos Sexuais: reflexões a partir da decisão do STF*. Porto Alegre: Ed. Sulina, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*, São Paulo: RT, 1980.
- MELO, Marco Aurélio. “A igualdade é colorida”, Folha de São Paulo, 19/08/2007
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MULLER, Friedrich. *Quem é o povo?* Trad. Peter Neumann. São Paulo. 1998.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

- RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Direitos sexuais, uniões homossexuais e a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132-RJ e ADI 4277)*. In: RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo (org.). *Homossexualidade e Direitos Sexuais: reflexões a partir da decisão do STF*. Porto Alegre: Ed. Sulina, 2011.
- \_\_\_\_\_. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no Direito brasileiro e Norte-Americano*. São Paulo: RT, 2002.
- SADOCK, Benjamim James. KAPLAN, Harold. *Compendio de Psiquiatria – Ciência do Comportamento e Psiquiatria Clínica*. 9ª Edição. São Paulo: Editora Artmed, 2007.
- SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. [Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. *Diversidade sexual e suas nomenclaturas*. (pág. 97-115). In DIAS, Maria Berenice. (Org.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo. RT, 2011. p. 92-100
- ZAGREBELSHY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Ley, Derechos y Justicia - Tradução de Marina Garcón. Editora Trotta, Madrid, 1995.