

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
Faculdade de Direito "Professor Jacy de Assis"

MARCO ANTONIO NAHUM MACHADO

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA:
Aspectos políticos-criminais para consolidação de uma medida simbólica e
restaurativa

UBERLÂNDIA/MG

Novembro - 2018

MARCO ANTONIO NAHUM MACHADO

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA:

Aspectos políticos-criminais para consolidação de uma medida simbólica e restaurativa

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito "Professor Jacy de Assis" da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito para a conclusão do curso de Graduação em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Simone Silva Prudêncio.

UBERLÂNDIA/MG

Novembro - 2018

MARCO ANTONIO NAHUM MACHADO

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA:

Aspectos políticos-criminais para consolidação de uma medida simbólica e restaurativa

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito "Professor Jacy de Assis" da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito para a conclusão do curso de Graduação em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Simone Silva Prudêncio.

Nota: _____

Aprovado em ___/___/_____

BANCA ORGANIZADORA

Prof^ª. Simone Silva Prudêncio

Professor

Professor

Dedico este trabalho aos meus pais e minha irmã, que me deram todas as condições financeiras, educativas, afetivas, morais e psíquicas de estar, neste momento, escrevendo este trabalho em prol de uma sociedade melhor.

AGRADECIMENTOS

Muitas pessoas contribuíram para a conclusão desse trabalho, mas gostaria de tecer um agradecimento especial à minha mãe Eliane, que a todo momento se preocupou se eu estava bem, se havia comido, se precisava de qualquer coisa - e ela sempre trazia mesmo sem eu pedir. O carinho e dedicação que ela me oferece todos os dias é sublime, respeitável e exemplar. Se todas as pessoas do mundo tivessem pelo menos metade de sua gentileza e humor, talvez esse trabalho nem teria o objeto de análise a qual se refere.

Agradeço também à minha orientadora Simone Prudêncio que, além da beleza estonteante que emana, sua personalidade divertida me permitiu ter um contato mais profundo com ela. Mas sua beleza e personalidade brilhantes não mascaram sua imensa inteligência, capaz de observar todos os pontos de um tema para convergir numa solução estratégica. Sentirei falta de suas aulas, com certeza, e as guardarei na minha memória com carinho.

Não se pode deixar de agradecer, outrossim, minha família aqui em Uberlândia (meu pai Antonio e minha irmã Fernanda) e meus ilustres amigos, alguns que inclusive ajudaram na confecção deste trabalho: Eduardo, Ana Lissa, Raquel e Esther me acompanham de forma onipresente; Stéphanie, facilita a todo momento minha trajetória no curso de Direito de forma altruísta; minhas melhores amigas da faculdade, me dão apoio durante os entraves da faculdade e da vida; Renato, como o melhor parceiro que alguém pode desejar ter.

Ademais, agradeço à todo e cada integrante que se considere LGBTI+, por nossa resistência, flexibilidade e força infinita. Um imenso agradecimento à todos aqueles que lutam pela causa, colocando seus corpos e vozes em prol do respeito e do afeto. Todos os dias, muitos de nós perecem em diversos lugares do mundo, vítimas da discriminação letal. Mas não desanimem, não cessem as batalhas e levantem a postura: o nosso movimento sempre existirá como prova de que o ser humano não tem limites no amor. Esse valor, universal e acima de todos, ninguém consegue retirar de nós.

RESUMO

Considerando as ondas de violência homofóbica no Brasil, é patente a busca de tutela jurídica por parte do movimento LGBTI+, principalmente no tocante das obrigações de um Estado Democrático de Direito de proteger os interesses das minorias. A principal e mais popular demanda para solução desse problema é a criminalização da homofobia, mas ela possui particularidades que devem ser consideradas, como desenvolvimento histórico do termo homofobia, observação da sociedade heterossexista, evolução dos movimentos sociais e legitimidade jurídica e social.

Palavras-chave: Criminalização da Homofobia; Heterossexismo; *Queer*; Movimentos Sociais; Estado Democrático de Direito; Criminalização Restaurativa.

ABSTRACT

Taking into consideration the homophobic violence in Brazil, it is clear that the LGBTI+ movement would ask for legal protection, especially regarding the obligations of Democratic State to offer promotion of the minorities. The main and most popular demand to solve this problem is the criminalization of homophobia, but it has particularities that must be considered, like the history and concept of homophobia, observation of heterosexist society, evolution of social movements and legal and social legitimacy of the demand.

Key words: Criminalization of Homophobia; Heterosexism; Queer; Social Movements; Democratic State; Restorative Criminalization,

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 9 |
| 1 HOMOFOBIA | 12 |
| 1.1 A FORMAÇÃO DE UM CONCEITO | 12 |
| 1.2 OS ELEMENTOS DE UM CONCEITO POLISSÊMICO E A HOMOTRANSFOBIA..... | 14 |
| 1.2.1 Manifestações do fenômeno | 16 |
| <i>1.2.1.1 Violência Individual; Violência das Instituições; Violência Cultural</i> | <i>16</i> |
| 1.2.2 Origem histórica da homofobia e naturalização da heterossexismo..... | 18 |
| <i>1.2.2.1 Sociedades greco-romanas.....</i> | <i>18</i> |
| <i>1.2.2.2 Dogma judaico-cristão.....</i> | <i>19</i> |
| <i>1.2.2.3 Revolução Francesa e a ciência contra a homossexualidade.....</i> | <i>21</i> |
| <i>1.2.2.4 Teorias: clínica, antropológica, liberal, stalinista e nazista.....</i> | <i>22</i> |
| 2 ESTRUTURAÇÃO DO HETEROSSEXISMO E A RUPTURA EPISTEMOLÓGICA <i>QUEER</i>..... | 24 |
| 2.1 O GÊNERO NA TEORIA <i>QUEER</i> | 27 |
| 2.2 SUJEITOS <i>QUEER</i>: ORIENTAÇÃO SEXUAL, IDENTIDADE DE GÊNERO, EXPRESSÃO DE GÊNERO E SEXO BIOLÓGICO | 28 |
| 2.3 CRIMINOLOGIA <i>QUEER</i> | 31 |
| 2.3.1 A ruptura da criminologia ortodoxa..... | 32 |
| 2.3.2 Aproximação do pensamento <i>queer</i> e a criminologia..... | 34 |
| 3 DIREITO DAS MINORIAS | 37 |
| 3.1 MOVIMENTOS SOCIAIS: BREVE HISTÓRICO..... | 38 |
| 3.2 PAUTAS DO MOVIMENTO LGBTI+..... | 40 |

| | |
|---|-----------|
| 3.2.1 Resistência em solo brasileiro | 42 |
| 3.2.2 Análise da identidade atual do Movimento LGBTI+ no Brasil | 45 |
| 3.3 TUTELA JURÍDICA E ESTATAL: O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO..... | 48 |
| 3.3.1 Princípios constitucionais para a proteção humana..... | 50 |
| <i>3.3.1.1 A dignidade da pessoa humana e a consciência ética.....</i> | <i>50</i> |
| <i>3.3.1.2 Princípio da isonomia: da igualdade e da discriminação</i> | <i>54</i> |
| 4 COMBATE À HOMOTRANSFOBIA | 58 |
| 4.1 CRIMINALIZAÇÃO | 58 |
| 4.1.1 Legitimidade jurídico-penal da criminalização da homofobia | 61 |
| 4.1.2 Legitimidade criminológica e os efeitos simbólicos | 63 |
| 4.1.3 O legado do PLC 122/2006..... | 66 |
| 4.1.2 O gênero tratado dentro do sistema penal | 68 |
| 4.2 A TESE DA "CRIMINALIZAÇÃO RESTAURATIVA" | 70 |
| 4.2.1 A vertente restaurativa e as políticas públicas..... | 73 |
| 4.2.2 O caso Natalha Claudinei Silva Nascimento | 77 |
| CONCLUSÃO..... | 79 |
| REFERÊNCIAS | 82 |

INTRODUÇÃO

O ano é 2018. Em plena atividade eleitoral para escolha de um novo chefe do Poder Executivo, surgem diferentes discursos acerca dos principais temas que afligem a população. Marcada por crises sociais, econômicas, trabalhistas, de saúde e segurança, a sociedade brasileira se vê apartada para decidir qual dito "salvador" irá, enfim, conseguir estabelecer a ordem e, conseqüentemente, o progresso, num país necessitado de recuperação.

Não caberá, aqui, discorrer sobre qualquer viés político inserido nos discursos proferidos pelos protagonistas destas eleições, tanto que foram inúmeras as proposições controversas e polarizadas que surgiram e ainda surgem no meio dos debates sociais. Seria impossível versar sobre muitas delas sem a devida bagagem histórica e científica, o que, infelizmente, não impediu (mas deveria) que muitos falassem a todos os cantos sobre diversos assuntos sem qualquer conhecimento consolidado.

Todavia, em consonância com o tema deste trabalho, é possível elencar um dos principais e mais "polêmicos" tópicos engajados nos discursos dos candidatos presidenciais: o tratamento aos homossexuais.

Nesse contexto, o discurso discriminatório tomou conta dos principais meios de comunicação durante os embates ideológicos, colhendo milhares de posições favoráveis ao preconceito, notadamente contra o *anormal* (identificado como o homossexual). O discurso de líderes conservadores¹, engajou e inspirou ataques impiedosos contra as expressões da sexualidade e de gênero que se mostram como dissonantes. Condutas expressamente discriminatórias que davam pequenos indícios de estarem se tornando culturalmente inaceitáveis, se provaram estar verdadeiramente inerentes no cidadão homofóbico.

Será abordado como o crime velado contra a comunidade LGBTI+ prossegue quebrando novos recordes e causando estragos principalmente àqueles os quais os olhares do sistema não focam. Por isso, observa-se que o afloramento dos discursos homofóbicos nestas eleições teve função de irromper, à visão clara da coletividade, essa violência escondida. Foi trazer à luz, e com orgulho dos que proferem atrocidades nos

¹ Mesmo que a intenção interna e pessoal não seja a de fomentar qualquer explosão de violência contra o grupo de LGBTI+s, esta foi a consequência tomada dos seguidores dessa vertente.

meios sociais, as faces preconceituosas contra lésbicas, gays bissexuais, travestis, transexuais e intersexuais. Essa manifestação generalizada conservadora derramou um sentimento de coragem para que cada vez mais os intolerantes pudessem ter atitudes discriminatórias, inclusive, acreditando estarem a fazer o que é correto.

Estes embates colocam em tela problemas categóricos para a ciência: por que o pensamento homofóbico é tão presente nesses discursos? Quais os fatores histórico-político-culturais dessa violência? E mais importante: como proteger os direitos humanos e da personalidade deste grupo social frequentemente discriminado?

Com a crescente onda de violência, o Direito é obrigado, em vista de seus fins básicos e constitucionais, a dar tutela jurídica aos necessitados. Sua expressão é determinante para que coloque em evidência um problema social e dele trate com a devida carga jurídica, seja cível, administrativa ou penal. É uma finalidade a qual o sistema jurídico não pode se desvencilhar e por isso é cobrado pela população.

O advento do movimento feminista e do movimento negro é exemplo de cobrança social que teve repercussões dentro do ordenamento jurídico. Nestes casos, levantou-se as bandeiras da liberdade individual e do combate à discriminação, resultando em legislações específicas para cada caso respectivamente e com proteções diversas ao longo do ordenamento jurídico. A partir desse influxo, inspira-se o movimento LGBTI+, lutando por reconhecimento intersubjetivo e reivindicando políticas para melhoria de suas condições de vida. A busca se dá mediante a obtenção de direitos civis de equidade, como o reconhecimento de nome social, bem como a demanda pela criminalização da homofobia, na mesma linha da penalização do racismo e da violência contra a mulher. Em suma, são situações em que se identifica no Direito uma via para a transformação de uma cultura degradatória.

Diante do exposto, a problemática encontrada se baseia em analisar o método jurídico mais adequado para o amparo da comunidade LGBTI+ e em defesa da dignidade de pessoa humana, a começar pela conceituação da homofobia de forma que abarque grande parte de seus sentidos. Esse fenômeno tem repercussões históricas que datam dos tempos antigos, devendo ser considerado o desenvolvimento dele ao longo dos séculos.

A partir disso, pretende-se exprimir a existência de uma cultura intitulada de heterossexismo - a qual segrega e oprime as orientações sexuais e identidades de gênero e justifica as ações homofóbicas, sendo objeto de estudo das criminologias que visem desconstruir esse fenômeno. Do mesmo modo, serão tratados os movimentos sociais e explanadas suas razões, cultura e direitos demandados por um Estado Democrático de Direito.

Ulteriormente, será analisada a proposta de criminalização da homofobia, esclarecendo sua legitimidade político-criminal, bem como sua legitimidade criminológica. Irá se valer de que essa medida, em que pese polêmica e duramente criticada, é benéfica a partir do momento que produz efeitos imediatos, decorrentes da característica simbólica do Direito Penal, para lidar com a crescente violência homofóbica no país. Portanto, pretende-se encontrar um liame em que a criminalização possa responder satisfatoriamente aos anseios advindos de homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais, a fim de se identificar qual vertente - antecipamos que será a restaurativa - será a mais benéfica entre as opções, visando, acima de tudo, proteger pessoas marginalizadas todos os dias puramente por serem quem são.

1 HOMOFOBIA

1.1 A FORMAÇÃO DE UM CONCEITO

Para entendermos como as demandas do movimento LGBTI+² evoluíram para reivindicar a criminalização, é preciso, primeiramente, entender do que se trata o fenômeno a qual se quer criminalizar: a homofobia.

O termo homofobia foi gerado com o escopo de denotar aversão, repulsa e, conseqüentemente, fobia a um determinado grupo de pessoas, que, a princípio, era formado por homossexuais. Tal concepção passou por diversas modificações forçadas pelo avanço da hostilidade dos agressores homofóbicos, bem como pela primavera dos movimentos sociais a favor das minorias, estas que serão discutidas nos capítulos que seguem.

Enquanto alguns pesquisadores atribuem a origem do termo ao psicólogo norte-americano George Winberg, outros creditam ao psicólogo T. K. Smith. Semelhantemente, ambos surgiram com suas teorias no início da década 70 e encontram igualdade de posições ao descreverem o conceito como um conjunto de emoções negativas, tanto por parte dos heterossexuais como dos próprios homossexuais. No segundo caso, estes se encontrariam na situação de ódio por si mesmos, sentimento atrelado às suas orientações sexuais consideradas deturpantes aos olhos da sociedade heteronormativa de diferentes épocas.

O fenômeno não se restringe em englobar apenas o desconforto psicológico sofrido pela mera existência da homossexualidade ou a agressão física, moral e/ou institucional. Ele inclui em seu rol as "discriminações mais veladas dentro do plano social, que permeiam as relações cotidianas de maneira tão sutil que podem nem sequer ser registradas por seus perpetradores." (BASTOS, 2016).³

Tratando-se de resultado de uma repressão social à diversidade - igualmente presente no racismo, sexismo e xenofobia -, a homofobia também é uma mentalidade de inferiorização de tudo aquilo que diverge do considerado normal. Isso ocorre pois a

² Abreviação de lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais, com o sinal positivo significando a abertura para mais diversidades. Sigla atualmente recomendada pelo Manual de Comunicação LGBTI+ na versão de 2018. Disponível em: <<https://unaids.org.br/wp-content/uploads/2018/05/manual-comunicacao-LGBTI.pdf>> Acesso em: 9/11/2018.

³ Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/id=6301?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16982&revista_caderno=3>. Acesso em 01/07/2018.

sociedade, por ser heteronormativa, coloca o homem heterossexual como regra imposta e compulsória, devendo ser seguida sob pena de represálias em âmbitos interpessoais, institucionais e culturais. O homossexual, assim como qualquer outro sujeito que não siga a norma social, passa a ser um indivíduo irregular que não se encaixa nos moldes preestabelecidos.⁴

Vinícius Marascúilo Dias Bastos (2016) aponta que este "condicionamento latente de rejeição é imposto constantemente aos sentidos, através de piadas, representações caricaturais e expressões do dia-a-dia, desde tenra idade." Situação essa que constitui o que é referido por Guacira Lopes Louro como "Pedagogia da sexualidade". (LOURO, 2010, apud BASTOS, 2016). De fato,

A conduta zombeteira direcionada aos comportamentos dissonantes do que é considerado normal são maneiras de reforçar o medo dos jovens de agirem como preferirem, assim escondendo suas atitudes e moldando suas personalidades baseadas nas expectativas do grupo, cujos gracejos "[...] constituem-se poderosos mecanismos heterorreguladores de objetivação, silenciamento, dominação simbólica, normalização, marginalização e exclusão." (JUNQUEIRA, 2011, p. 96). (BASTOS, 2016)

Considerando que a homofobia expressa repulsa não só contra homossexuais, mas igualmente contra o conjunto de indivíduos que foge à norma sexual, o sociólogo Welzer-Lang propõe a existência de dois tipos de hostilidade: a geral e a específica. A primeira delas, nas palavras de Daniel Borrillo (2010), "nada é além de uma manifestação do sexismo, ou seja, da discriminação de pessoas em razão de seu sexo (macho/fêmea) e, mais particularmente, de seu gênero (masculino/feminino)." É aquela que demonstra um aborrecimento com o rompimento dos paradigmas socioculturais preestabelecidos ao sexo. Está presente na constante fiscalização da virilidade alheia, sendo esperada a rejeição da feminilidade e da homossexualidade. (BORILLO, 2010, p. 27).

Ao contrário da homofobia geral, a homofobia específica refere-se estritamente aos indivíduos homossexuais, sendo eles gays ou lésbicas. Estas, especialmente sofrem

⁴ Vinícius Marascúilo Dias Bastos (2016) assevera: A teoria determinista-biológica costuma ser o principal argumento daqueles em favor da perpetuação de atitudes tão claramente discriminatórias como as exemplificadas acima, alegando que as diferenças psicofísicas entre homens e mulheres colocam os primeiros em clara vantagem evolucionária, conceito este já há muito desmistificado pela autora Margareth Mead em seu livro de 1935 "Sexo e Temperamento em Três Sociedades Primitivas". A autora, ao analisar os comportamentos de três tribos primitivas de Nova Guiné, observou uma discrepância em relação às atividades desempenhadas pelos diferentes sexos com o que é visto dentro da nossa sociedade, não estando as mulheres restritas a atividades secundárias, uma vez que para eles inexistia o entendimento da superioridade masculina, sendo esta só uma construção sócio-cultural.

um duplo preconceito, uma vez que “[...] a lésbica é vítima de uma violência particular, definida pelo duplo desdém que tem a ver com o fato de ser mulher e homossexual. Diferente do gay, ela acumula as discriminações contra o gênero e contra a sexualidade” (BORRILLO, 2010, p. 27).

1.2 OS ELEMENTOS DE UM CONCEITO POLISSÊMICO E A HOMOTRANSFOBIA

Pela amplitude de definições, Clara Moura Masiero (2014) adota como conceito do termo homofobia aquele proposto por Daniel Welzer-Lang, com contribuição de Roger Raupp Rios, segundo o qual a homofobia é "a discriminação contra as pessoas que mostram, ou a quem se atribui, algumas qualidades (ou defeitos) atribuídos ao outro gênero." Seria, conforme entendimento comum, o preconceito e discriminação⁵ contra outras pessoas com base nas diferentes orientações sexuais ou identidades de gênero, isto é, decorrentes da não adoção dos padrões sexuais tidos como naturais.

A importância da definição se dá pela inclusão da lesbofobia, transfobia e bifobia em seu bojo, culminando na LGBTIfobia como um todo. Tais diferenciações são de extrema importância para a representatividade de cada indivíduo, evitando mais exclusões dentro da comunidade em si e possibilitando a expressão de variadas sexualidades e identidades de gênero.

A vasta pesquisa de Masiero no âmbito aqui discutido identifica alguns elementos diversos para que o termo homofobia seja considerado como um conceito polissêmico, ou seja, capaz de abarcar diferentes vertentes teóricas e históricas em sua definição, estando sempre evoluindo.

De início, parte-se para a definição dos elementos do conceito supramencionado, quais sejam: preconceito, discriminação, orientação sexual, gênero e identidade de gênero.

Sendo dois vocábulos com sentidos tênues, preconceito e discriminação tendem a se assemelhar na conceituação. Mas, nas palavras da autora (2014, p. 25),

⁵ O preconceito e a discriminação fazem parte da definição dada pelo autor Roger Raupp Rios (2009), semelhante àquela posta por Daniel Welzer-Lang. Ambas definições são concomitantemente consideradas por Masiero (2014).

"preconceito se relaciona com percepções mentais negativas, ou crenças preconcebidas, em face de indivíduos devido a suas características específicas" Por outro lado, a discriminação "designa a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes diferenciadas relacionadas ao preconceito." Ou seja, os dois termos são diretamente conectados, sendo o preconceito relacionado ao campo mental das concepções e a discriminação a exteriorização dessas ideias através de ações.⁶

Por sua vez, "orientação sexual" trata-se da identidade atribuída a alguém em função da direção de seu desejo e/ou condutas sexuais, conforme definição de Roger Raupp Rios (RIOS, 2001; apud MASIERO, 2014). São consideradas as tendências para pessoas do mesmo sexo, chamadas de homossexualidade, bem como para pessoas de sexos opostos (heterossexualidade) e para ambos os sexos (bissexualidade).

Com relação ao conceito de gênero e de identidade de gênero, tem-se uma conexão tênue semelhante àquela demonstrada entre preconceito e discriminação, já que são considerados e interpretados conjuntamente. O "gênero" propriamente dito pode ser entendido, de forma bem resumida, como o comportamento dividido em masculino e feminino, ambos sendo criações puramente humanas e válidas de variadas formas de expressão. Judith Butler (BUTLER, 2006; apud MASIERO, 2014, p. 26) adiciona o entendimento de que o gênero "é vivido como uma interpretação, ou um jogo de interpretações do corpo, que não é restrita a dois, e isso, finalmente, é uma mutável e histórica instituição social."

Arelada a isso, a "identidade de gênero" diz respeito a *percepção* subjetiva⁷ - ou seja, individual de cada ser humano - de ser pertencente a um determinado gênero. Na realidade prática, é possível observar o entendimento de Butler no momento em que se encontram sujeitos que não estão inclusos no par de gêneros tidos como "padrões", quais sejam, masculino e feminino. É o caso das transformistas, travestis, transexuais e intersexuais.

Por último, utilizando da interpretação extensiva, façamos questão de adicionar ao conceito de homofobia o elemento "heterossexismo". Substancialmente caracterizado como imposição da heterossexualidade, esse termo "nada mais é do que a ideologia que

⁶ Masiero considera que a diferenciação dos termos é injusta, devendo ser considerados conjuntamente. Chama-se de binômio intercambiável.

⁷ Não significa, necessariamente, que exista a expressão dessa percepção, ou seja, a exteriorização dessa identidade pessoal.

outorga o monopólio da normalidade à heterossexualidade, fomentando o desdém em relação àqueles que se afastam do modelo de referência; gerando, por conseguinte, a homofobia." (MASIERO, 2014, p. 28)

Destarte, os elementos identificados por Masiero contribuem para a consolidação de um conceito aberto e diverso no tratamento da expressão "homofobia".

Outrossim, ainda é válido considerar que está em voga a utilização do termo "homotransfobia". O professor Paulo Iotti (2017)⁸, em vista da ausência da consolidação de um termo inclusivo de todas as identidades do movimento LGBTI+, adotou o termo por afirmar que, enquanto a "homofobia" engloba a discriminação por orientação sexual e a "transfobia" abarca a discriminação por identidade de gênero, a soma dos vocábulos incorpora ambas. As duas expressões são válidas do ponto de vista prático e social, além de possuírem caráter científico para tratamento do tema.

1.2.1 Manifestações do fenômeno

1.2.1.1 Violência Individual; Violência das Instituições; Violência Cultural

Tratando-se aqui de um fenômeno complexo e plural, a pesquisadora Clara Moura Masiero (2014)⁹ encontra diferentes formas de manifestações no meio da sociedade, possuindo diferentes abrangências. Para melhor entendimento da homofobia, tais manifestações foram separadas em três níveis, considerando suas dimensões.

A primeira é a homofobia individual, também chamada de violência individual. Essa manifestação é marcada pelos sentimentos negativos de aversão e repulsa em dimensões menores, geralmente entre duas pessoas (ofensor e vítima) ou entre grupos de alguns indivíduos. Aqui, ocorrem as manifestações de violências reais, como agressões de diversos tipos perpetradas contra a comunidade LGBTI+, ainda que no trato individual, denominadamente: lesões, injúrias e homicídios.

Em segundo lugar está a homofobia de Estado, ou a violência das instituições. Como o nome sugere, esta manifestação homofóbica se dá na institucionalização da

⁸ Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/07/10/pela-logica-do-direito-penal-minimo-homotransfobia-tem-que-ser-criminalizada/>>. Acesso em: 28/09/2018.

⁹ Abordagem também presente nas obras de Salo de Carvalho de 2012 e Rogério Diniz Junqueira de 2007, ao estudarem o fenômeno em diferentes âmbitos sociais.

discriminação por parte do governo, mediante criminalização e patologização das identidades que se expressem fora dos padrões.

Infelizmente, essa forma de violência ainda perdura em inúmeros países, tendo em vista que os avanços mundiais a favor dos LGBTI+s são bastante recentes. A Tanzânia, a título de exemplo, criou um comitê em pleno 2018 para identificar e prender homossexuais, recompensando os cidadãos que auxiliarem na busca. A população discriminada se encontra sem proteção ou amparo legal, não sendo possível recorrer à polícia ou sequer às pessoas na rua para socorro.¹⁰

Numa escala superior, existe ainda a cultura homofóbica, nomeada de violência simbólica, que permeia as sociedades após longos anos de construção social a favor do heterossexismo e tornando a heterossexualidade numa espécie de norma costumeira social, política, econômica e jurídica, posicionada acima das outras formas de sexualidade e expressões humanas. Essa manifestação é aquela que impede o acesso dessas pessoas à institutos jurídicos básicos e obstam a equalização dos direitos homossexuais com alguns dos direitos já garantidos aos heterossexuais, como casamento civil e adoção (MASIERO, 2014). Note que neste âmbito não há imposição jurídica impedindo, a título de exemplo, a adoção, mas sim um sentimento "geral" que vê um casal homossexual que pretenda adotar como algo a ser condenado, seja em prol da criança a ser adotada¹¹, ou pela manutenção da concepção da família tradicional.¹²

Visto essas manifestações, é preciso ressaltar que a homofobia, apesar da etimologia já mencionada, não se define por um estado ininterrupto de negatividade contra algum homossexual. Pelo contrário, é muito possível - e bastante comum - que uma pessoa que nem se considere homofóbica não consiga notar que algumas de suas atitudes podem assim ser caracterizadas.

Um sujeito que se proclama complacente com as minorias e livre de preconceitos, pode praticar condutas homofóbicas da mesma forma que um neonazista, este que é seguidor de convicções que buscam o extermínio de LGBTI+s. O ato a ser

¹⁰ Noticiário disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/tanzania-cria-comite-para-identificar-prender-homossexuais-23204266>>. Acesso em 09/11/2018.

¹¹ A sociedade heterossexista, por considerar a homossexualidade um desvio de sexualidade, tende a fazer comparações infelizes com a pedofilia, colocando-a no mesmo balaio, como se semelhantes fossem. Tal concepção é bizarra, absurda e errônea, devendo ser repreendida e corrigida com a informação devida.

¹² É importante aplaudir os avanços últimos no Brasil pelo reconhecimento do casamento civil homoafetivo, bem como algumas interpretações a favor da adoção por casais LGBTI+.

considerado homofóbico precisa ter uma carga de repressão e aversão, de fato, mas ele não se conecta diretamente com o caráter e personalidade da pessoa que o pratica. Da mesma forma, indivíduos que praticam condutas reiteradas de cunho discriminatório, ao serem, salvo melhor juízo, "amistosos" com homossexuais em ocasiões pontuais, não deixarão de lado toda a carga preconceituosa já destilada contra essa população.

Isso decorre justamente da cultura de violência homofóbica que, como qualquer cultura, está enraizada na mentalidade dos sujeitos de cada país de formas diferentes. As brincadeiras típicas de chamar uma pessoa - que não é necessariamente homossexual - de "veado" e "bixa" como forma de ofensa (e sem preocupações em ofender alguém que realmente se enquadre nessas definições) demonstra a existência dessa cultura no Brasil. Ora, como dito, não importa que o ofensor seja um *skinhead* ou um heterossexual cis simpatizante das causas LGBTI+ para proferir tais ofensas. Ambos o fazem, mesmo com intenções diferentes (o primeiro como agressão e o segundo com conotação de recreação), e as duas formas são condutas homofóbicas. A diferença é que no segundo caso, trata-se da cultura de desvalorizar LGBTI+s cuja consequência é a normalização de ofensas como estas sem a consciência de que se trata de uma agressão real entranhada na cultura brasileira.¹³

1.2.2 Origem histórica da homofobia e naturalização da heterossexismo

1.2.2.1 Sociedades greco-romanas

Durante acaloradas discussões acerca das motivações de atitudes homofóbicas, evidencia-se a importância de entender em que momento esse sentimento negativo surgiu e sob qual pretexto ele se espalhou.

Nas antigas sociedades gregas é possível observar a presença da adoração ao corpo humano e seus prazeres na maioria das artes. As estátuas, pinturas e a literatura, principalmente, são referências até os dias atuais em retratar os desejos da carne, inspirando os *blockbusters* hollywoodianos mais modernos. Inserida nesse contexto, a homossexualidade era agraciada entre os homens sábios e militares, vista positivamente

¹³ Cada país tem sua cultura e trata a homossexualidade de forma diferente, por isso é preciso dispensar generalizações. Enquanto há países mais discriminatórios, outros demonstram grande desenvolvimento social para aceitação das diferenças humanas.

como formas de adoração à virilidade masculina, prática comum e incentivada, originando o termo *pederastia*, que se trata da afeição do homem adulto pelo adolescente (geralmente de 16 a 18 anos). Até mesmo a afetividade espiritual entre esses homens era cultivada, indo além do aspecto sexual.

Ressaltamos a participação feminina para se relacionar, em que o papel das mulheres era focado em prover a procriação e perpetuação da espécie, além de representar a família. As relações homossexuais serviam como iniciação para a vida marital e a *pederastia* era extremamente regulamentada socialmente, existindo nas relações com os "sábios" da época e condenada quando praticada com subordinados (BORRILLO, 2010).

Com algumas distinções, a sociedade romana clássica também tratava a homossexualidade com tolerância, desde que não afastasse os cidadão de seus deveres sociais, como constituir o *pater familias*, continuar a linhagem e promover a economia. De fato, a existência de regras para a relação homossexual, como evitar tomar o papel passivo nas relações com subordinados, demonstra que apenas a bissexualidade ativa era aceita nessa época. O cidadão romano não poderia ser colocado em situação de submissão em suas relações.

A regra segundo a qual a virilidade consiste em assumir o papel ativo na relação sexual era comum à moral das duas civilizações. As dicotomias "macho/fêmea", "ativo/passivo" definiam os papéis sociais, o acesso ao poder e a posição de cada indivíduo segundo seu gênero e sua classe. (BORRILLO, 2010, p. 47).

Assim se caracterizava a antiga homofobia, voltada principalmente contra os homossexuais passivos para demonstração de poder e submissão.

1.2.2.2 Dogma judaico-cristão

A ascensão do Cristianismo na sociedade romana redefiniu práticas e costumes dos cidadãos, entre eles o tímido incentivo à homossexualidade. Os dogmas da Igreja que agora se instaurava soberana se difundiram por toda a Europa, condenando os prazeres da carne como pecados, com isso extinguindo o incentivo grego à afetividade e sexualidade.

A narrativa de Sodoma e Gomorra no Antigo Testamento, uma das principais bases cristãs para o ódio aos homossexuais, ilustra essas duas sociedades¹⁴ como dominadas pelo pecado e caracterizava seus habitantes pelo desprezo das regras de hospitalidade, exaltação do orgulho e da homossexualidade. De fato, a sodomia ganhou a definição de "pecado, cujo nome deriva da cidade de Sodoma, designado qualquer relação homossexual ou contra a natureza. Vício." (BORRILLO, 2010, p. 49).

Tal concepção de pecado também ensejou a escrita da famosa prescrição de *Levítico*, 18,22, que diz "Com homem não te deitarás, como se fosse mulher; abominação é."¹⁵ O nascimento desta escritura se contextualizou numa Israel fragilizada pela sua libertação recente do Egito, devendo prezar e normatizar a sobrevivência demográfica e cultural de seu povo. Foram criadas normas escritas para a manutenção dos alicerces patriarcais, estes que estavam em perigo no caso de disseminação de outras práticas diferentes da relação com mulheres. Daniel Borrillo (2010, p. 49) explica: "Essa dupla necessidade - preservação biológica da comunidade dos eleitos e conservação cultural da sociedade patriarcal - explica a hostilidade contra as práticas homossexuais."

Posteriormente, de forma contrária à conservação populacional de Israel, a doutrina de Cristo prezou pelo celibato de seus apóstolos em detrimento dos prazeres sexuais naturais. Importante ressaltar que, "mesmo que, em momento algum, Jesus mencione o pecado de sodomia ou faça referência a qualquer condenação das paixões entre pessoas do mesmo sexo, o apóstolo Paulo não hesita em condenar, com firmeza, os amores sáficos¹⁶", descreve Borrillo (2010, p. 50). O acervo de obras dos padres das Igrejas, denominado de Patrística, dão continuidade ao pensamento paulino e condenam vigorosamente qualquer sexualidade julgada como efeminada, notadamente a masturbação, o adultério e as relações homossexuais. A moral da época determinava: o prazer sexual só será legítimo se não for acompanhado de atos que obstem a reprodução.

Grandes acontecimentos históricos, sejam as guerras ou a peste negra, por dizimarem partes consideráveis da população, colocaram em mais destaque a

¹⁴ A história diz que seus habitantes foram aniquilados por enxofre, sal e cinzas, em uma terra completamente queimada.

¹⁵ Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br/acf/lv/18>>. Acesso em: 21/11/2018.

¹⁶ Palavra que tem relação ao amor lésbico. Pode-se notar a comum e infeliz prática da época - recorrente até nos dias atuais - de culpar as mulheres e as expressões do gênero feminino como pivôs das deturpações sociais e sexuais.

hostilidade anti-homossexual, tendo em vista que é considerada um entrave ao repovoamento. Resultou-se numa verdadeira caça aos ditos sodomitas, terminando suas vidas em fogueiras.¹⁷

Já na contemporaneidade, - após evoluções históricas e sociais que serão tratadas a seguir - ainda que pouquíssimos representantes da Igreja Católica tenham tentado compensar as atrocidades cometidas contra a população gay com pedidos de desculpas¹⁸, os seus dogmas discriminatórios ainda persistem enraizados nas comunidades religiosas. Ramificações do Cristianismo, notadamente a Igreja Evangélica no Brasil, pregam o discurso moral e segregador de forma aberta e despertam o desprezo e ódio à essa população. Ainda hoje, são muitos os que recorrem à religião para justificar o preconceito e discriminação.

1.2.2.3 Revolução Francesa e a ciência contra a homossexualidade

O pensamento moralista paulino persistiu por séculos até a Revolução Francesa colocar em destaque a liberdade individual como valor fundamental a ser preservado, dando por finalizada a ideia de condenação da sodomia. Como é óbvio que nas sociedades atuais ainda perdura a homofobia, é notável que tal espírito de tolerância foi precário em seu surgimento, inclusive na própria França, que criminalizou a homossexualidade em seu Código Penal de 1942.¹⁹

Após o início da era da secularidade, ou seja, laicização dos Estados, mas ainda com base nela, surgem os discursos científicos com ideologias e doutrinas de discriminação aos homossexuais. Abandona-se a ideia do pecado e da conduta contra a natureza para ascensão das legislações laicas que punem a homossexualidade como crime ou até mesmo doença.

¹⁷ "A morte pelo fogo aparece como uma forma específica e necessária de purificação, não só do indivíduo - queimando-lhe a carne para salvar a alma -, mas igualmente da comunidade, extirpando assim o mal que a corrói em seu âmago." (BORRILLO, 2010, p. 54).

¹⁸ O Papa Francisco, em 2016, divulgou que a Igreja deve pedir perdão a gays por tratamento no passado. Noticiário disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/06/papa-diz-que-igreja-deve-pedir-perdao-a-gays-por-tratamento-no-passado.html>>. Acesso em 10/11/2018.

¹⁹ Tal dispositivo foi posteriormente erradicado da legislação somente em 1982.

É neste momento que surge a definição do termo homossexual, criado em 1869 pelo médico húngaro Karoly Maria Kertbeny e que deu ensejo às interpretações discriminatórias no âmbito científico, moral, social, psiquiátrico e clínico.

1.2.2.4 Teorias: clínica, antropológica, liberal, stalinista e nazista

Diante do fenômeno científico para explanação da homossexualidade, Daniel Borrillo (2010, p. 64) identificou a existência de cinco construções intelectuais que contribuíram para a "inferiorização e, às vezes, até mesmo o extermínio dos indivíduos considerados, daí em diante, não mais como pecadores, mas como perversos e perigosos para a ordem sanitária."

A primeira construção, a teoria clínica, teve suas bases na Psiquiatria, em que médicos buscavam encontrar as origens psiquiátricas da "inversão sexual" - sendo o ato estudar a homossexualidade desse modo já era algo preconceituoso por si só -, tendo em vista que pressupõe a existência de uma sexualidade padrão e completa (a heterossexualidade monogâmica). O "homossexualismo" era apontado como forma de psicose, neurose e até mesmo comportamento bestial (comparado a animais), havendo quem empreendesse esforços para sua "cura" através de castração, hipnose, choques e lobotomia.

Um grande movimento em 1973 pressionou a Associação Americana de Psiquiatria para retirar o "homossexualismo" do rol de doenças mentais, obtendo sucesso no feito. O termo correto passou a ser "homossexualidade", retirando o sufixo "ismo" que denotava o aspecto patológico do extinto nome. Apenas em 1993, a homossexualidade deixa de ser classificada como doença perante a Organização Mundial de Saúde (OMS) após anos de pesquisa e sem nada que comprovasse não ser ela natural.²⁰

²⁰ A OMS a insere no capítulo "Dos sintomas decorrentes de circunstâncias psicossociais".

De forma semelhante, a teoria antropológica²¹ considerou qualquer forma de sexualidade diversa da heterossexual um retrocesso para a evolução do ser humano, sendo um risco para a continuidade da civilização.

O discurso da teoria liberal, por outro lado, se resume por dois pensamentos consequentes: primeiramente, é interpretado que a homossexualidade é uma escolha da vida privada de alguém e deve ser tolerada. Até aí, se mostra progressista em frente às outras teorias. Contudo, a vida privada deve manter-se assim, *privada*, portanto ela não pode ser fonte de direitos igualitários aos casais heterossexuais. O Estado deve simplesmente garantir o exercício da liberdade individual de cada um, mas tratar todos igualmente. Borrillo (2010, p. 78) explica: "assim, se os/as homossexuais não usufruem de direitos, é porque eles/as situaram-se, pela escolha de suas práticas sexuais, voluntariamente fora do contrato social e, por conseguinte, do direito."

A concepção da teoria stalinista foi capaz de interpretar a homossexualidade de uma forma ainda mais absurda que as demais. Para a ideologia comunista da época, ela deveria ser tratada como fenômeno político que resultava da decadência moral típica do sistema capitalista. De forma diversa, a teoria nazista considerava qualquer desvio sexual como um "atentado ao princípio valor do Estado, a saber: a raça, uma vez que ameaçava seu crescimento" (MASIERO, 2014, p. 39). Aqui, a homossexualidade foi colocada ao lado da mestiçagem como as duas principais causas do declínio biológico, pois enquanto a última ameaçava a pureza da raça, a primeira impedia seu crescimento.

²¹ Masiero (2014) destaca que não se trata de concepção corrente na antropologia contemporânea, a qual se tem destacado na produção acerca da sexualidade em sentido crítico em relação a todas as formas de naturalização e pré-conceituação.

2 ESTRUTURAÇÃO DO HETEROSSEXISMO E A RUPTURA EPISTEMOLÓGICA *QUEER*

Todo o desenvolvimento histórico e conceitual trazido até o momento culmina na constatação de uma cultura social que aprisiona as subjetividades e desfere uma clivagem entre o que é considerado normal e o que será condenado como aversão. Esse fenômeno da veneração da heterossexualidade, seja baseado em preceitos religiosos antigos e contemporâneos, seja na ciência clínica e antropocêntrica, pode ser chamado de heterossexismo.²²

O heterossexismo é a discriminação e a opressão baseada em uma distinção feita a propósito da orientação sexual. O heterossexismo é a promoção incessante, pelas instituições e/ou indivíduos, da superioridade da heterossexualidade e da subordinação simulada da homossexualidade. O heterossexismo toma como dado que todo mundo é heterossexual. (WELZER-LANG, 2001, p. 467)

Aqui, podemos observar as manifestações da homofobia em seus aspectos individuais, institucionais e culturais, pois existe uma promoção incessante da heterossexualidade compulsória (concepção de que todo mundo é heterossexual), causando óbices sociais às pessoas que não se enquadram neste rótulo insuficiente.

Aliado ao heterossexismo - e como parte integrante dele -, está a presente a *hipermasculinidade violenta.*, em que o prefixo "hiper" conota o aumento exacerbado do valor masculino e "violenta" no sentido da opressão sobre todas as formas de identidades de gênero. Nela, é estabelecido duas formas de hierarquização: uma entre homens e mulheres, a qual irá definir os papéis de cada um; e outra entre homens e outros homens, ou seja, entre masculinidades, em que a presença da padronizada virilidade masculina é dominante em detrimento das diversidades sexuais. Daniel Welzer-Lang explica:

O duplo paradigma naturalista que define, por um lado, a superioridade masculina sobre as mulheres e, por outro lado, normatiza o que deve ser a sexualidade masculina produz uma norma política andro-heterocentrada e homofóbica que nos diz o que deve ser o verdadeiro homem, o homem normal. **Este homem viril na apresentação pessoal e em suas práticas,**

²² Para se compreender a extensão desse termo, proceder-se-á, da mesma forma que Daniel Borillo (2010), à exposição dos seus termos paralelos ou correspondentes, veja-se: a ideologia que preconiza a superioridade da raça branca é designada sob o termo "racismo"; a que promove a superioridade de um gênero, se chama "sexismo"; "antissemitismo" designa a opinião que justifica a inferiorização dos judeus; "xenofobia", refere-se à antipatia diante dos estrangeiros. São todos dispositivos intelectuais e políticos de discriminação. (MASIERO, 2014)

logo não afeminado, ativo, dominante, pode aspirar a privilégios do gênero. Os outros, aqueles que se distinguem por uma razão ou outra, por sua aparência, ou seus gostos sexuais por homens, representam uma forma de não-submissão ao gênero, à normatividade heterossexual, à *doxa* de sexo e **são simbolicamente excluídos do grupo dos homens, por pertencerem aos “outros”, ao grupo dos dominados/as que compreende mulheres, crianças e qualquer pessoa que não seja um homem normal.** (WELZER-LANG, 2001; apud MASIERO, 2014, p. 41) (grifo nosso)

Desse modo, fica lúcida a correlação entre masculinidade e heterossexualidade no momento em que homens sentem-se pressionados, psicologicamente e socialmente, em afirmar suas virilidades e afastar elementos que não são considerados pertencentes à heterossexualidade padrão.²³ Nem eles estão livres da própria opressão.

Diante desta conjuntura, é possível observar as razões de existência do movimento LGBTI+ como uma luta social, bem como a necessidade de um rompimento com esse discurso. A Teoria *Queer* ascende com o escopo de causar uma ruptura epistemológica dessa realidade homofóbica.

Masiero define, resumidamente, o conceito como:

movimento *acadêmico* que **busca romper com as lógicas binárias** que resultam no estabelecimento de hierarquias e subalternizações no interior da ordem sexual vigente e, em face disso, pensa a sexualidade, os gêneros e os corpos de uma forma plural, múltipla e cambiante. (MASIERO, 2014, p. 42-43) (grifo nosso)

"Resumidamente" justamente por, ao pregar a diversidade, a própria conceituação da teoria é diversa e possível de abarcar interpretações extensivas - semelhante com o que vimos na homofobia. Etimologicamente, Victor Siqueira Serra (2015, p. 25) leciona: "*queer* é uma expressão em inglês sem tradução literal que, em seu contexto cultural, possui sentido extremamente pejorativo, dirigido ao que se deseja(va) nomear como [estranho], abjeto, sujo, “gay”."

A palavra *queer* passa por uma ressignificação afirmativa e é adotada pelo movimento homossexual, no fim da década de 1980, com toda sua carga de estranheza e

²³ Interessante anotar que é ironicamente comum a presença da mesma perspectiva da dominância da virilidade masculina dentro da comunidade gay, onde há clara preferência da maioria gay por homens que possuam as características de um típico macho heterossexual em detrimento daqueles que expressem maior feminilidade. Essa é uma das decorrências do elemento diverso e performático de "gênero" previsto por Judith Butler e pode servir de crítica ao movimento LGBTI+ para repensar suas lutas - que, ao invés de estarem centradas em igualar o grupo homotranssexual ao nível dos heterossexuais, poderia estar visando dismantelar tais rótulos em busca da verdadeira liberdade (teoria *queer*).

de deboche²⁴ como forma de crítica e oposição à normatização sexual. Sobre a teoria, esta é intimamente ligada com a teoria feminista e com estudos socioculturais (CARVALHO, 2012), surgindo nos Estados Unidos em busca de desestabilizar as zonas de conforto hierárquicas criadas pelo heterossexismo.

Registra-se que a influência feminista vem do ponto central do movimento, qual seja, a desconstrução da masculinidade que inferioriza e violenta as mulheres, bem como da hierarquia da família tradicional. Esses dois fatores culminaram na exclusão da presença feminina das esferas públicas e aprisionaram as mulheres em funções afixadas ao gênero feminino, notadamente de esposas e mães, deixando-as vulneráveis às violências domésticas historicamente impostas devido à cultura de inferioridade da mulher diante do marido.

Ao dialogar com o feminismo, a teoria *queer* direciona críticas à inferiorização das diversas identidades de gênero e orientações sexuais no processo de naturalização do heterossexismo. Assim, Salo de Carvalho reafirma:

Não se trata, portanto, apenas da denúncia da desigualdade derivada dos papéis atribuídos aos gêneros (masculino e feminino). As teorias *queer* procuram, em primeiro lugar, **desconstruir a hierarquia estabelecida entre hetero e homossexualidade, independente do gênero**; e, em segundo, **romper com a fixidez dos conceitos e superar a lógica binária que cinde e rotula as pessoas como hetero ou homossexuais**. Hierarquização, fixidez e binarismo que instituem e legitimam no cotidiano formas específicas de violência homofóbica. (CARVALHO, 2012, p. 155) (grifo nosso).

O diálogo entre a teoria *queer* e os ideais feministas não se esgotam nos objetivos dos dois movimentos, mas se assemelham também em concepção e repressão. Ora, se a regra da masculinidade heterossexual provocou a opressão da mulher através da misoginia e a anulação da diversidade sexual através da homofobia, então a opressão dos dois grupos tem origens similares.

Destarte, após a reconstrução histórica dos processos sociais normalizadores da heterossexualidade, Masiero (2014) identifica a proposta de ruptura epistemológica da teoria *queer*, se caracterizando precipuamente por retirar o sexo da ordem natural das coisas para localizá-lo em interpretações imensamente mais flexíveis dentro dos discursos, instituições e condutas. Rompe-se com os binarismos homem/mulher e

²⁴ Abandona-se o discurso minorizante, uma vez que *queer* não é tanto se insurgir contra a condição marginal, mas desfrutá-la. (MIOLA; ESPACIATO, 2017) É aceitar a diferença e rir da cara da heterossexualidade normativista.

homossexual/heterossexual na medida em que se recusa a rotulação identitária a nível de orientação sexual e gênero, gerando efeitos nas consolidadas hierarquias, dominações e exclusões.

Essa abordagem desconstrutiva permitiria a compreensão das sexualidades como interdependentes, ao mesmo tempo que necessárias e integrantes do mesmo âmbito social. Com efeito, se for para considerar os binarismos (homem/mulher e homo/hetero) como "inevitáveis", que seja para a melhor compreensão de cada um e que possibilite a transição livre entre eles. (MASIERO, 2014). Deve-se pensar a diferença entre os sexos "não como uma realidade biológica, mas como uma elaboração política ou, para retomar uma palavra forjada por Foucault, como um dispositivo." (BORRILLO, 2010, p. 92)

Em síntese, o esforço do pensamento *queer* parece ir ao sentido da valorização da diferença, não de sua negação. Isso se dá por intermédio da desconstrução dos processos sociais que inferiorizam a sexualidade que destoa da norma padrão. Por fim, há um rompimento com a cultura centralizadora a favor da multiplicidade e diversidade. (MIOLA; ESPECIATO, 2017).

2.1 O GÊNERO NA TEORIA *QUEER*

Judith Butler, uma das mais destacadas teóricas *queer*, vale-se das frentes feministas e homossexuais para construir sua análise sobre o gênero, o principal ponto de discussão dentro da teoria *queer*. Anotamos, a tempo, que o presente estudo não busca esgotar o imenso e ramificado estudo do gênero, mas abordar seu aspecto principal para que possa complementar as possibilidades, ou não, de uma criminalização da homotransfobia.

Primeiramente, parte-se do pressuposto que o gênero deve ser compreendido como "elemento constitutivo de relações baseadas em diferenças percebidas entre os sexos; e gênero é uma forma primária de significar relações de poder" (SCOTT, 1986; apud SERRA, 2015, p. 23). Arelado a isso, entende-se na teoria que o gênero se diverge do sexo biológico por ser uma construção política e social. Em outras palavras, o sujeito "feminino" - e seu gênero - é uma forma de conceitualizar, de entender, de aplicar certos processos em sua expressão. Não será uma "mulher" propriamente dita, pois ser feminino não significa ser mulher. Ademais, depreende-se deste trecho que o

exercício do poder - também intitulado por Serra (2015) como biopoder²⁵ - tem conexão direta com o exercício do gênero de cada um.

Na análise de Butler, ela observa as formas que uma *drag queen* elabora sua personagem feminina e finalmente consome o pensamento de gênero como uma "performance", isto é, em suas palavras, "vivido como uma interpretação, ou um jogo de interpretações do corpo, [...] e isso, finalmente, é uma mutável e histórica instituição social." (BUTLER, 2006; apud MASIERO, 2014, p. 26). De fato, o exemplo utilizado pela autora ajuda na elucidação dessa teoria a partir do momento que "a *drag queen* constrói sua feminilidade a partir de um elaborado conjunto de signos culturalmente considerados femininos, mas que não precisam materializar-se concomitantemente sobre os corpos para produzirem seus efeitos", diz Victor Siqueira Serra (2015, p. 23), adicionando que a personagem criada "é um exagero, uma caricatura artística das expectativas que se tem sobre um modelo ideal de mulher que não existe".

Isto é, o gênero tem capacidade de transcender aos arquétipos de "feminino" e "masculino" vistos no cotidiano.

A teórica prega que o gênero é uma cópia sem original, pois é a reprodução - e produção - de um conceito de "mulher" e "feminilidade", bem como de "homem" e "masculinidade", que estão permanentemente em modificação.

2.2 SUJEITOS *QUEER*: ORIENTAÇÃO SEXUAL, IDENTIDADE DE GÊNERO, EXPRESSÃO DE GÊNERO E SEXO BIOLÓGICO

Há muito a comunidade de lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, intersexuais e afins (LGBTI+) tentam solidificar o entendimento sobre suas diferenças. Justamente por serem tão diferentes que ignorar tal diversidade se torna um afronte a existência de cada um desses grupos que, quando juntos, formam uma teia de variedades.

A teoria *queer* foi importante para a desconstrução do heterossexismo e consequente conceituação, no âmbito científico, de orientação sexual, identidade de

²⁵ O termo biopoder advém da cumulação, em sua significação, do poder exercido pelos aspectos biológicos, de gênero, médicos e outros.

gênero, expressão de gênero e sexo biológico, pontos distintos que coexistem em todo e qualquer ser humano.

Partindo para a explanação, a orientação sexual, já definida em capítulos anteriores, trata-se da sexualidade a qual uma pessoa se atrai, seja fisicamente como emocionalmente. Está mais relacionada ao indivíduo a qual interagimos. Em contrapartida, é importantíssimo adicionar que a expressão "opção sexual" é empregada *erroneamente* para significar orientação sexual, uma vez que desconsidera a realidade de que ninguém "opta" conscientemente por sua sexualidade.²⁶

Basicamente, como já visto, postula-se a existência três orientações sexuais preponderantes: pelo mesmo sexo/gênero (homossexualidade), pelo sexo/gênero oposto (heterossexualidade) ou pelos dois sexos/gêneros (bissexualidade). Adiciona-se a isso as definições de assexualidade, quando o indivíduo não sente nenhuma atração sexual, e a pansexualidade (do grego *pan*, que significa *tudo*), conotando a possibilidade de atração física e afetiva por outras pessoas independente da orientação sexual ou identidade de gênero. É uma vertente que rejeita o binarismo de gêneros e orientações específicas, sempre considerando que pode-se variar de pessoa para pessoa.

A identidade de gênero, amplamente discutida nas discussões de gênero deste trabalho, é a percepção que uma pessoa tem de si, podendo ou não corresponder ao sexo biológico, este, por sua vez, que transmite o que existe objetivamente no corpo e na genética da pessoa: masculino, feminino e intersexual (combinação dos dois).²⁷ Existem inúmeras identidades que não pretende-se esgotar - mas que não deixam de ter sua importância social por isso.

²⁶ A ideia de alguém poder "optar" por sua sexualidade retroage a discussão às teorias homofóbicas, especialmente a antiga teoria antropológica em que considera a liberdade de cada indivíduo de escolher sua sexualidade, mas que isso não enseja direitos regulamentados pelo Estado, justamente por se tratar de um aspecto da vida privada. Apesar de já superada nos estudos Antropológicos mais contemporâneos, é uma concepção atualmente dentro do "senso comum" de uma quantidade razoável pessoas que pensam de forma semelhante, possibilitando consequências perigosas para a aquisição de direitos para a comunidade LGBTI+.

²⁷ "Intersexualidade é um termo guarda-chuva que descreve pessoas que nascem com anatomia reprodutiva ou sexual e/ou um padrão de cromossomos que não podem ser classificados como sendo tipicamente masculinos ou femininos (GLAAD, 2016). Ainda é comum a prescrição de terapia hormonal e a realização de cirurgia, destinadas a adequar aparência e funcionalidade da genitália, muitas vezes antes dos 24 meses de idade. Contudo, algumas pessoas intersexuais submetidas a este processo relatam que não se adaptaram e rejeitaram o sexo designado ao nascimento, respaldando uma conduta terapêutica que defende o adiamento da intervenção até que a/o jovem sujeito possa participar na tomada da decisão (SANTOS; ARAÚJO, 2004)." Disponível em: <<https://unaid.org.br/wp-content/uploads/2018/05/manual-comunicacao-LGBTI.pdf>>. Acesso em 09/11/2018>. Acesso em: 14/11/2018.

Contudo, considero fundamental abordar brevemente a transexualidade, uma das formas de identidade de gênero, tendo em vista o histórico social de intensa repressão sobre esses indivíduos. Para sua conceituação, valer-se-á daquela traga pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Opinião Consultiva nº 24/17. Foram tratadas, no Glossário da decisão proferida, inclusive, das diferenças e semelhanças nucleares entre transgênero, transexual, travesti e cisgênero, como se pode observar abaixo:

h) **Transgênero ou pessoa trans:** Quando a identidade ou a expressão de gênero de uma pessoa é diferente daquela que tipicamente se encontra associada com o sexo designado no nascimento. **As pessoas trans constroem sua identidade independentemente de um tratamento médico ou intervenções cirúrgicas.** O termo “trans” é um termo guarda-chuva utilizado para descrever as diferentes variantes da identidade de gênero, cujo denominador comum é a não-conformidade entre o sexo designado ao nascer da pessoa e a identidade de gênero que tem sido tradicionalmente associada a ele. Uma pessoa transgênero ou trans pode identificar-se com os conceitos de homem, mulher, homem trans, mulher trans e pessoa não binária, bem como com outros termos como *hijra*, terceiro gênero, biespiritual, **travesti**, *fa'afadine*, *queer*, *transpinoy*, *muxé*, *waria* e *meti*. A identidade de gênero é um conceito diferente da orientação sexual.⁸

i) **Pessoa transexual:** As pessoas transexuais se sentem e se concebem a si mesmas como pertencentes ao gênero oposto que social e culturalmente se associa a seu sexo biológico e optam por uma intervenção médica – hormonal, cirúrgica ou ambas – para adequar sua aparência físico-biológica à sua realidade psíquica, espiritual e social.

j) **Pessoa travesti:** Em termos gerais, se poderia dizer que as pessoas travestis são aquelas que manifestam uma expressão de gênero – seja de maneira permanente ou transitória – mediante a utilização de roupas ou atitudes do gênero oposto que social e culturalmente são associadas ao sexo designado no nascimento. Pode incluir ou não a modificação do seu corpo, [mas, geralmente, não sentem desconforto com sua genitália].

k) **Pessoa cisgênero:** Quando a identidade de gênero da pessoa corresponde com o sexo designado ao nascer.²⁸ (grifo nosso)

Dito isso, chegamos à expressão de gênero, que é "como a pessoa manifesta publicamente, por meio do seu nome, da vestimenta, do corte de cabelo, dos comportamentos, da voz e/ou características corporais e da forma como interage com as demais pessoas", como descreve o Manual de Comunicação LGBTI+²⁹ (2018, p. 25). Ressalta-se que a expressão de gênero da pessoa nem sempre corresponde ao seu sexo biológico ou à sua identidade de gênero.

²⁸ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em 11/11/2018. Traduzido por GADvS – Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero e ABGLT - Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos, no papel de *amicus curie*, na ADI nº 4275.

²⁹ O manual, disponível online gratuitamente, visa apresentar aos meios de comunicação a terminologia mais atualizada sobre a população LGBTI+, trazendo à discussão temas importantes para o debate nacional e internacional sobre seus direitos. Disponível em: <<https://unaids.org.br/wp-content/uploads/2018/05/manual-comunicacao-LGBTI.pdf>>. Acesso em: 20/09/2018.

Importante salientar que, ainda que influenciadora do reconhecimento de novas identidades sexuais e de gênero, a teoria *queer* prega a desconstrução de rótulos preestabelecidos e a valorização da diferença.

2.3 CRIMINOLOGIA *QUEER*

Como já abordado, o tema do presente trabalho busca expor os fundamentos positivos e negativos de uma possível criminalização da homotransfobia, por isso, devido à sua colaboração acadêmica, a Teoria *Queer* exerce grande influência na análise da viabilidade de uma legislação criminal voltada para a comunidade LGBTI+. Preconizada por Salo de Carvalho (2012, p. 153), a "criminologia *queer* poderia ser traduzida, portanto, como criminologia estranha, criminologia excêntrica, criminologia homossexual, criminologia gay ou, simplesmente, criminologia bicha."

De fato, em um primeiro momento, a criminologia se conecta intimamente aos elementos da homofobia, seja na sua origem, conceituação e repressão. Com efeito, o italiano Cesare Lombroso, considerado por alguns como o fundador da criminologia, foi autor da obra positivista "O homem delinquente", esta que fomentou a criação de diversos modelos explicativos da criminalidade e fez surgir a criminologia como ciência. Em seus estudos, Lombroso definia o criminoso como demente moral, adicionada a sexualidade destoante como uma característica "antinatural".

O autor Groombridge (1999 apud CARVALHO, 2012) demonstra como o projeto científico de identificação e de classificação do criminoso na vertente positivista se assemelha à perspectiva dos primeiros sexólogos de mapear o desvio sexual: ambas metodologias estabelecem um sistema de controle social da anormalidade expressada pelo comportamento criminoso e pela perversão sexual.

Inclusive, do mesmo modo que foi ilustrado pela evolução histórica da homotransfobia, a criminologia positivista - ou ortodoxa - destaca a presença da heteronormatividade para definir referências moralizadoras e normalizadoras. Ainda que a sexualidade não seja o problema central da criminologia incipiente, o ideal de masculinidade heterossexual foi utilizado como modelo de interpretação dos desvios de conduta e das patologias. Aqui, o criminoso é a negação deste homem civilizado e a

ciência criminal ortodoxa passa a identificar, analisar, intervir e anular os "anormais" (dentre eles, os homossexuais).

Salo de Carvalho (2012, p. 157) percebe a conseqüente rotulação e anulação da diversidade causada por esse processo de identificação, gerando a *essencialização* das identidades desviantes. Esse fenômeno ocorre na medida da interpretação, pela criminologia positivista, do delito como potência inata, ou seja, internalizada no sujeito e que "inexoravelmente se transformará em ato, revelando os aspectos ocultos de sua existência, a sua *essência* criminal." O efeito disso é o aprisionamento dos sujeitos ao seu passado (a existência é vista como uma seqüência de atos preparatórios para o delito) e futuro (pressupõe a tendência à repetição e periculosidade).

Associações deste cunho se estendem aos sujeitos com sexualidades desviantes, tornando-os alvos da ciência criminológica.

2.3.1 A ruptura da criminologia ortodoxa

A medida que a criminologia se desenvolveu quanto ciência e como potencial influenciadora da cultura social, surgiram movimentos que desconstruíram os conceitos preconceituosos da criminologia positivista/ortodoxa, justamente por se valer de tanto impacto no seio da coletividade. Esses movimentos - três no total - servirão de influxo e fundamento de uma possível criminologia *queer* a ser considerada por Salo de Carvalho.

O primeiro movimento do processo de despatologização do delito e do delinquente se consolida como teoria do etiquetamento (*labeling approach*), tecendo categóricas críticas à criminologia positivista não apenas pela inaplicabilidade de seus preceitos aos crimes cometidos pela elite, mas por pregar a criminalidade das classes inferiores. Vejamos:

As conclusões de Sutherland não apenas desestabilizam a imagem de criminoso construída sob os fundamentos atavistas como obstaculizam qualquer pretensão do positivismo criminológico de elaboração de uma teoria geral que explique o fenômeno *criminalidade*. **Ao sustentar a impossibilidade de universalização de uma hipótese (causal) explicativa do crime, ou seja, uma hipótese geral aplicável a todos os crimes em todas as circunstâncias (tempo, local e forma), Sutherland embaça a representação de ser o crime uma propriedade (essência) de uma**

minoria patológica, disfuncional, oposta aos valores morais instituídos pela cultura. (CARVALHO, 2012, p. 158) (grifo nosso)

Esse movimento considera que o criminoso não é o degenerado que, por herança genética e social, se torna um bárbaro. A criminalidade e o delito são compartilhados no espaço público e esse "bárbaro" habita inclusive o homem civilizado.

Já o segundo movimento é de frente feminista: propõe a ruptura com o modelo ortodoxo no que tange às violências sofridas pelas mulheres e ao funcionamento do sistema penal, que se mostra sexista em diversas situações. Com efeito, os estudos sobre violência doméstica demonstram que o delito se encontra presente, com toda a sua ofensividade, na esfera íntima da vida familiar e afetiva (CARVALHO, 2012). Neste âmbito, o criminoso deixa de ser um estranho que emergiu das esquecidas camadas inferiores da sociedade, como também é apresentado dentro do núcleo íntimo e familiar. A concepção comum do bandido, aquele de aparência feia e abjeto lançado pela estética criminológica positivista, cai por terra. Surge, então, o criminoso pai de família que, mesmo munido de sua hierarquia e beleza atribuídas historicamente, é capaz das mais radicais formas de violência dentro do campo familiar (ironicamente tido como refúgio da criminalidade forasteira).

A criminologia feminista denuncia ainda outra forma de dominação de gênero: o sexismo estatal no momento de instituir, interpretar, aplicar e executar a lei penal. Salo de Carvalho afirma que está:

[...] correto, pois, o diagnóstico de a mulher ser duplamente violentada pelo sistema penal independentemente do papel que represente no episódio delitivo, **seja através da invisibilização ou subvalorização da violência sofrida quando vítima, seja pela hiper ou sobrepunção de suas condutas quando autora do crime.** (CARVALHO, 2012, p. 159) (grifo nosso).

Essa perspectiva abordada pelo feminismo se conecta com a criminologia crítica, o terceiro e último movimento de desestabilização do modelo positivista. Isso porque essa modalidade da ciência criminal possibilitou refletir sobre as formas institucionais de violência bem como a (re)produção das desigualdades no âmbito político-econômico. Assim, o enfoque se transfere do indivíduo (microcriminologia) para a análise crítica (macrocriminologia) do comportamento criminoso, que passa a ser compreendido em seus aspectos históricos, sociais e econômicos (CARVALHO, 2012).

De fato,

Os estudos promovidos pela(s) criminologia(s) crítica(s) permitiram demonstrar não apenas que inexistem diferenças naturais e ontológicas entre criminosos (anormais) e não-criminosos (normais) – pois o *homo criminalis* (bárbaro) habita o *homem civilizado* (*labeling approach*) –, como **evidenciaram que as instituições do Estado moderno (*lupus artificialis*), criadas para controlar e prevenir as violências e fornecer segurança, são, em si mesmas, fontes de violências (violências institucionais).** (CARVALHO, 2012, p.160) (grifo nosso)

Isto posto, a constatação de existência das violências institucionais como fruto da criminologia crítica, somada com a denúncia iniciada pela criminologia feminista da violência inserida na vida privada, cumuladas com a teoria do etiquetamento, viabilizam uma intentada desconstrução da criminologia ortodoxa em seu aspecto profundamente preconceituoso.

2.3.2 Aproximação do pensamento *queer* e a criminologia

Mesmo com os avanços científicos nos estudos da criminologia, Salo de Carvalho (2012) ainda identifica obstáculos inerentes da ciência criminal para que realmente exista uma dita *criminologia queer*. Dois autores, Groombridge e Sorainen (apud CARVALHO, 2012), seguem a mesma linha ao acusar os seguintes problemas para o surgimento de tal vertente *queer*: a marginalidade dos temas de gênero na criminologia; a marginalidade da própria criminologia nos cursos de direito; a ciência criminal é silente e, em alguns momentos, até resiste à inclusão dos temas e teorias *queer*. Esses pontos são mais fáceis de observar em países com tradição jurídica romano-germânica, considerando que os pensamentos feministas e de gênero dentro do direito são bastante recentes.

Todavia, Carvalho (2012) mantém a esperança para o surgimento dessa vertente *queer* na criminologia, principalmente no que diz respeito aos entendimentos trazidos pela teoria do etiquetamento, pela criminologia feminista e pela criminologia crítica, cujos estudos ampliaram a visão a nível micro e macrocriminológicos, como constatado.

Ao construir o objeto de análise de uma possível criminologia *queer*, qual seja, a violência homotransfóbica, o autor (2012) parte dos três níveis de investigação da violência no âmbito social vistos anteriormente: a violência interpessoal (contra a pessoa), a violência institucional (Estado homofóbico) e a homofobia simbólica (cultura homofóbica). São pautas, diga-se de passagem, semelhantes com as pautas feministas

tanto em conteúdo como em origem, podendo valer-se de seu crescente prestígio para alavancar as críticas à naturalização e hierarquização entre masculino e feminino.

Não obstante, durante do estudo desse objeto, Messerschmidt e Tomsen (apud CARVALHO, 2012) demonstram que a masculinidade tem poder de repressão e subordinação sobre as feminilidades e as masculinidades não-hegemônicas com a formação da "hipermasculinidade violenta".³⁰ Contudo, ela não deixa de ser plural, socialmente construída e reproduzida. Por isso, traçando o contato deste ideal de masculinidade com os problemas coletivos relacionados à classe, etnia, idade e sexualidade, nota-se que:

existem diferentes formas de masculinidade que são diferentemente associadas à aquisição do poder social, no qual o crime é um meio ou um recurso ou uma fonte social de construção da masculinidade, sendo que as análises [criminológicas] devem equilibrar considerações relativas às forças estruturais e a ação humana (MESSERSCHMIDT & TOMSEN, 2012; apud CARVALHO, 2012, p. 161) (grifo nosso)

Compreender o exercício de poder dessas masculinidades e sua reprodução na violência homofóbica interpessoal, institucional e simbólica é como deve ser feita a análise do objeto de estudo de uma criminologia *queer*. Portanto, é preciso de uma vertente científica que compreenda os "fatores que tornam as pessoas vulneráveis aos processos de vitimização e criminalização, dentre os quais os relacionados à identidade de gênero e à orientação sexual." (CARVALHO, 2012, p. 161).

Apesar da constatação da necessidade dessa vertente diversificada dentro da criminologia, Salo de Carvalho (2012, p. 162) acredita ser improvável que ela se concretize, não na conjuntura atual da ciência criminal. De fato, o apego à forma científica moderna baseada em grandes narrativas teóricas³¹ "aprisiona o pensar e o fazer criminológicos em esquemas conceituais totalizadores que simplificam problemas complexos." O que parece haver, na visão do autor, é a incompatibilidade entre a

³⁰ A hipermasculinidade violenta, definida em capítulos anteriores, é expressa através da heterossexualidade compulsória (ideia de que todos são naturalmente heterossexuais) e culmina na homofobia e misoginia como forma de demonstração de poder.

³¹ "A *forma mentis* moderna de produção de saber é regida pela lógica das grandes narrativas. Assim, a qualidade epistemológica de um determinado projeto de ciência dependerá fundamentalmente da sua capacidade de apresentação de um modelo explicativo geral, completo e coerente sobre o seu objeto de investigação. Na criminologia, significa que um paradigma, para ser reconhecido 'cientificamente', deve apresentar um modelo lógico (método) de compreensão do *crime*, da *criminalidade* ou do *controle social*, seguido de uma proposição resolutiva coerente sobre o problema apontado (teoria da pena). "(CARVALHO, 2012, p 162).

ruptura desse modo de estudo e os modelos criminológicos herméticos de inspiração positivista.

Se um dos principais legados do paradigma do etiquetamento foi o de que o delito não constitui uma unidade (delito natural), mas representa um processo em que inúmeras variáveis (vulnerabilidades) operam facilitando a criminalização, incabível pensar em uma teoria geral que pretenda oferecer um sistema homogêneo de interpretação voltado a finalidades resolutivas. [...] Assim, se **existe uma infinidade de condutas que deve ser analisada em sua especificidade e contexto, deve-se fomentar a coexistência, muitas vezes tensa, de inúmeras perspectivas teóricas que auxiliem em sua compreensão.** A atual **fragmentação da criminologia** – percebida por inúmeros teóricos como problemática em si mesma, pois impossibilitaria a formação de um pensamento unitário, coerente e orgânico – **é, desde o meu ponto de vista, a própria virtude da criminologia contemporânea.** (CARVALHO, 2012, p. 163) (grifo nosso)

Em suma, demanda-se a extinção da (impossível) neutralidade científica produtora de modelos *universais*, formulados pela criminologia positivista, os quais determinam arquétipos de criminosos estabelecidos em discursos heteronormativistas. Crê-se, hodiernamente, que o contato entre a teoria *queer* e a criminologia, enquanto esta não abdicar de tais discursos universais e totalizadores³², deverá manter-se na tentativa de criar novos e inovadores espaços de diálogo a fim de se fragmentar. (CARVALHO, 2012). Essa fragmentação não vem em malefício da ciência criminológica, mas sim demonstra o caráter e o potencial descentralizante e inovador deste saber.

Pondera-se, de qualquer modo, que as teorias *queers* têm muito a oferecer à criminologia. As reflexões teóricas sobre a violência homofóbica podem gerar demandas criminalizantes³³, como será tratado posteriormente em detalhes sobre alguns dos projetos de lei para criminalização da homotransfobia. Desse modo, a contribuição *queer* “dispõe de ferramentas metodológicas capazes de avaliar os ônus e os bônus da criminalização, inclusive como forma de prevenir determinados efeitos perversos ínsitos às políticas criminais, sobretudo as punitivas” (CARVALHO, 2012, p. 164).

³² Ver nota de rodapé 31.

³³ Como é o caso do PLC 122/2006, que visava incluir a discriminação de orientação sexual e identidade de gênero na Lei do Racismo.

3 DIREITO DAS MINORIAS

O Direito, em sua essência e quanto ciência social, tem o dever de analisar as necessidades dos agrupamentos sociais e responder juridicamente às suas requisições ao mesmo tempo que leva em considerações os aspectos políticos, culturais e econômicos de cada determinado momento histórico. É pressuposto do Estado Democrático de Direito que os movimentos sociais, integrantes do seio da comunidade humana, tenham respaldo para pleitear das ciências jurídicas o devido tratamento regulatório de suas reivindicações. Não é, contudo, uma tarefa fácil, tendo em vista que eles carregam as ambivalências, os paradoxos e as tensões que constituem a sociedade e cultura em que estão inseridos (MASIERO, 2014).

Portanto, o direito das minorias "revela-se indispensável para a compreensão aprofundada da construção histórica da igualdade, da eficácia no plano jurisdicional dos direitos fundamentais e das decisões proferidas a esse respeito." (MARTINS; MITUZANI, 2011, p. 320). Um ramo jurídico marcado pela rejeição de seus opositores (que não querem perder o posto de privilégio), essa área contribui para a construção da ideia, traga pela Constituição Federal em seu artigo 3º, de uma sociedade livre, justa e solidária, mais especificamente com a vedação ao preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV).

Minoria, por sua vez, trata-se de um conceito aberto, considerando que sua identidade, no âmbito jurídico, é formada pelas partes integrantes desse grupo e pelo intérprete a depender dos interesses e/ou necessidade de se revelar um aspecto de um direito ou garantia (MARTINS; MITUZANI, 2011). A partir desse vocábulo, é possível realizar a análise das relações entre os pertencentes ao grupo minoritário e do grupo majoritário. Na conceituação de minoria, afirma-se que é:

[...] todo grupo social detentor de traços relativamente indelévels e cujos membros não poderiam por esse motivo fundir-se em uma população homogênea apta a gerar maiorias flexíveis e mutáveis. O pertencer étnico, a língua, a fidelidade às tradições religiosas ou culturais que não são partilhadas pela maioria da população, a orientação sexual são alguns exemplos de traços próprios de um grupo social e que podem isolá-lo [...] Nem todos esses traços são absolutamente indelévels, pode-se mudar de língua, de religião, escolher integrar-se ao modo de vida da população dominante, mas a questão é saber se é obrigado a fazê-lo, mais exatamente, se as leis adotadas pela maioria podem coagir ou incitar a isso. (RIGAUX apud MARTINS; MITUZANI, 2011, p. 327)

Ilustra-se justamente o grupo LGBTI+ como exemplo do conceito trago, tendo em vista que são diferentes entre si na língua, no sexo, na religião, mas são integrantes desse grupo por serem todos vítimas de discriminações de orientação sexual e identidade de gênero, as quais dificultam o acesso à diversas áreas de realização da vida digna, como emprego, escolaridade e saúde pública, além dos atentados físicos e morais. Importante ressaltar ainda que o termo não está associado a uma minoria em aspectos quantitativos, de fato, os grupos minoritários podem, inclusive, ser compostos de parcelas consideráveis da sociedade. (MARTINS; MITUZANI, 2011).

O direito das minorias representa, desse modo, os direitos fundamentais de parcelas da sociedade, vítimas de marginalização histórica, colocadas em situações de inferioridade à ordem natural de poder e hierarquia. A marginalização desses grupos deu-se por meio de discriminação, seja ela cultural, social, econômica ou até institucional, criando um dívida que deve ser quitada com base nos valores Constitucionais do Estado Democrático de Direito. As minorias são, geralmente, representadas e organizadas em prol da conquista e reconhecimento de direitos através dos movimentos sociais, como o movimento negro, feminista, indígena e LGBTI+.

3.1 MOVIMENTOS SOCIAIS: BREVE HISTÓRICO

Na perspectiva histórica dos movimentos sociais, avalia-se que estes se deram na mesma proporção do capitalismo que estivesse vigente na época. Isto posto, é possível distinguir três períodos de desenvolvimento do capitalismo e dos movimentos sociais correlatos nos estudos de Boaventura de Sousa Santos (1989 apud MASIERO, 2014): o *capitalismo liberal* no século XIX, que ensejou movimentos a favor da liberdade e democratização das formas de produção e das relações sociais; o *capitalismo organizado* que, ao final do século XIX até 1970, foi alvo de lutas sociais reivindicando a igualdade nas relações sociais e econômicas; e o *capitalismo desorganizado*, posto de 1970 até hoje, onde as lutas sociais incidem na dimensão simbólico-cultural das desigualdades. No atual estágio do capitalismo, os novos movimentos sociais afastam-se das antigas lutas de classe distribuição de riquezas, pois passam a se preocupar com as novas formas de opressão decorrentes de estigmas históricos e sociais. (MASIERO, 2014).

Para delimitar conceitualmente os movimentos sociais contemporâneos, adota-se parte da teoria do reconhecimento de Axel Honneth (2003 apud MASIERO, 2014), esta que mostra sua relevância por ser atual e por abordar as lutas sociais por reconhecimento intersubjetivo, para, desse modo, consagração da dignidade da pessoa humana e a conseqüente formação dos novos movimentos sociais, que é o caso do LGBTI+.

A teoria do reconhecimento supramencionada, em contrapartida das teorias de distribuição que buscavam direitos econômicos, fala em grupos estigmatizados, usurpação do respeito e autorespeito. Axel Honneth aduz que a negação deste reconhecimento gera "violência física, consistente no impedimento de alguém estar fisicamente seguro no mundo, e uma violência não física, consistente na exclusão de alguém de uma esfera de direitos." (MASIERO, 2014, p. 70) Ademais, impõe-se uma perspectiva negativa de ser e viver, a qual fundamenta formas de tratamento degradante e insultuoso a certas pessoas e grupos. Isto posto, a ausência do reconhecimento culmina no desrespeito por formas individuais ou coletivas de viver. (LOPES, 2006; apud MASIERO, 2014).

Durante as duas primeiras fases do capitalismo, os partidos políticos e sindicatos foram as principais instituições a lutar pelos direitos humanos. Contudo, atualmente eles estão munidos de uma centralização e hierarquia que reproduz a gestão e os vícios burocráticos do Estado. Nos novos movimentos sociais, por outro lado, há preservação dos valores democráticos, da descentralização, da autogestão e da diversidade. Em situações de organização mais avançada, são representados pelas ONGs, que cumprem um papel mais atuante em atender a área social do que as estruturas estatais que são constituídas com o mesmo objetivo.

Por fim, averigua-se que o conteúdo dos movimentos sociais contemporâneos mudaram para questões ignoradas pelas antigas lutas de classes econômicas e marxistas. Há um questionamento de pilares socioculturais da modernidade, assim: o ecologismo questiona o industrialismo; o pacifismo, a necessidade de exércitos; o feminismo, a posição hierárquica superior masculina; o *queer*, a cultura heteronormativa. (MASIERO, 2014)

Enquanto alguns movimentos permanecem incipientes, outros já acumulam consideráveis conquistas (e derrotas³⁴) no âmbito institucional e da coletividade, como é o exemplo de leis a favor do meio ambiente, desarmamento, Lei de Racismo etc, que coexistem, em alguns casos, com políticas públicas afirmativas e atuação do Judiciário em prol do reconhecimento.

3.2 PAUTAS DO MOVIMENTO LGBTI+

No que diz respeito às demandas do movimento LGBTI+, tem-se a constatação de Roger Raupp Rios (2012 apud MASIERO, 2014) que segue-se a tendência dos grupos e outros movimentos sociais das últimas décadas do século XX: reivindicam o reconhecimento das diferenças e a promoção da diversidade sob o nome do direito. Trata-se da luta pelo reconhecimento da legitimidade de sua existência e consequente possibilidade de gozo de direitos civis inerentes a toda e qualquer pessoa.

Dentro do movimento, existem pautas comuns que unem todos os segmentos da bandeira, bem como pautas que se tornam específicas em vista de suas individualidades. Quanto a estas, Regina Facchini (2011) distingue aquelas pautas das organizações travestis (trato da prostituição, acesso e permanência na escola), transexuais (acesso e transformações corporais para adequação às identidades de gênero) e, por fim, a união das duas organizações (uso e reconhecimento do nome social).

Nas pautas comuns do movimento estão a luta contra a discriminação e a violência homofóbica, além da laicidade do Estado, observados os discursos de ódio proferidos por autoridades religiosas (disfarçados por uma interpretação equivocada da questão da liberdade religiosa prevista constitucionalmente). Em âmbito nacional e internacional, Sonia Corrêa e Rosalind Petcshky influenciam a determinação de quatro componentes fundamentais das reivindicações comuns do movimento LGBTI+: "(i.) garantia da integridade corporal, [notadamente com o] direito à segurança e ao controle sobre o próprio corpo; (ii.) respeito à autonomia pessoal; (iii.) promoção da igualdade; e (iv.) valorização da diversidade de práticas e crenças no âmbito da sexualidade." (MASIERO, 2014, p. 80).

³⁴ Mesmo com a crescente afirmação e reconhecimento dos movimentos sociais contemporâneos, ainda há resistência em todas as dimensões institucionais e coletivas que obstam o desenvolvimento social dessas pautas.

Salo de Carvalho (2012) ainda identifica mais uma forma de caracterização das pautas do movimento, dessa vez no plano político-criminal, que é o foco deste texto. A primeira é a "pauta negativa (limitadora de intervenção), nas esferas do direito e da psiquiatria, voltada à descriminalização e à despatologização da homossexualidade, respectivamente". A segunda, por outro lado, é a "pauta positiva (expansiva de intervenção), no âmbito jurídico-penal, direcionado à criminalização das condutas homofóbicas." (MASIERO, 2014, p. 81).

Sobre a primeira pauta identificada por Carvalho, tem-se estampada a violência homofóbica institucional, aquela praticada pelo Estado contra a comunidade LGBTI+. Em verdade, a homossexualidade ainda é criminalizada em mais de 70 países ao redor do planeta, com penas que variam de detenção à morte. Interessante pontuar ainda que a Europa é o único continente do planeta onde todos os seus 50 países não criminalizam a homoafetividade atualmente. De resto, ainda há legislações criminalizadoras por todo o planeta, em especial, África e Ásia.³⁵

Com relação à segunda demanda do movimento, a pauta positiva, busca-se a criminalização da homofobia, o que, em sendo a reivindicação mais polêmica do movimento LGBTI+, gera discussões dentro e fora dele. A inspiração decorre das conquistas do movimento negro com a Lei de Racismo e do movimento feminista com a Lei Maria da Penha. Tema do presente trabalho, Masiero considera a demanda, além de polêmica, complexa, pois as demandas por expansão penal se configuram como conservadoras e isso causa um aparente paradoxo com as causas do movimento. A autora (2014, p. 83) aduz que "[...] não se espera que movimentos que pretendem reforçar a democracia e pluralidade, como o LGBTI+, defendam instrumentos que estigmatizam e excluem, como são o Direito Penal e a sua pena de prisão."

Isso coloca no mesmo bojo de "críticos à criminalização" duas categorias de pessoas totalmente opostas: os políticos conservadores que adotam posições homofóbicas e os liberais que criticam o sistema penal com a ideologia abolicionista do Direito Penal.

Entretanto, devido à ineficiência, como também a carência, de ações e iniciativas que visem coibir as violências homofóbicas, Masiero (2014) afirma que existe, de fato,

³⁵ Informação disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/09/10/homossexualidade-ainda-e-criminalizada-em-mais-de-70-paises.ghtml>>. Acesso em: 12/11/2018.

o fundamento de necessidade de estabelecer medidas e estratégias de proteção para a população LGBTI+. Por isso, há a cobrança para que o Poder Público, em todas suas esferas (Executivo, Legislativo e Judiciário), promova o diálogo entre seus órgãos e com a sociedade civil a fim de estimular uma cidadania digna aos integrantes do movimento social.

3.2.1 Resistência em solo brasileiro

Tecendo o retrato do movimento LGBTI+ no Brasil, Regina Facchini (2011) inicia sua abordagem sobre o seu surgimento elencando a existência de *três* ondas características. A primeira compreende o final do regime militar até a década de 1980, tendo em vista que antes disso as manifestações que chegaram a ter um mínimo de visibilidade foram duramente reprimidas pela ditadura. Após o fim desse contexto político repressivo surgem os primeiros grupos homossexuais, notadamente o Grupo de Afirmação Homossexual (SOMOS), com propostas de transformação para o conjunto da sociedade hierarquizada sexualmente e com a necessidade de esvaziar o caráter pejorativo de palavras como "bicha" e "lésbica".

Aqui, o movimento desempenhou um papel fundamental em contrapor a tradicional vivência da homossexualidade, onde os parceiros numa relação homossexual eram³⁶ hierarquizados e rotulados a papéis sociais que se conectam à sua posição sexual (o "bofe", sendo o homossexual ativo e masculinizado, e a "bicha", o homossexual passivo a afeminado³⁷). Essa hierarquia é semelhante àquela vista nas sociedades greco-romanas e sua desconstrução prezava pela lógica igualitária entre os parceiros também pela insuficiência de designar papéis sociais relacionados a atividade ou passividade sexual. (FACCHINI, 2011).

A segunda onda é marcada pelo processo de democratização dos anos 1980 e pela eclosão da AIDS. Neste contexto, ocorre uma diminuição considerável dos grupos homossexuais³⁸ devido ao rastro de intolerância, violência e morte deixado pela

³⁶ Infelizmente, é uma prática que ainda sobrevive em algumas relações.

³⁷ Daí surgem os vocábulos antigamente utilizados como "bicha-bofe", "fancha-lady", "fanchona" etc. Atualmente, esses possuem conotações negativas e ultrapassadas, apesar de ainda serem empregados para expressar ironia e humor.

³⁸ Neste momento, surge o Grupo Gay da Bahia (GGB) que mantém papel fundamental ao movimento até a atualidade coletando dados sobre a violência homofóbica e mobilizando em busca de conscientização.

epidemia da doença, que foi amplamente divulgado como uma doença exclusivamente homossexual. Contudo, considerando o crescimento de casos da AIDS e a morosa resposta estatal contra a epidemia, os militantes se organizaram em mobilizações para assistência solidária e para demandar medidas ao Estado. Neste momento, aumenta-se a visibilidade pública da homossexualidade por conta da epidemia e também pela expansão de um mercado de bens e serviços destinado a esse público. Mesmo assim, a divulgação do "câncer gay" ou "peste gay" fulminou as propostas de liberação sexual delineadas na primeira onda e levou a necessidade da construção de uma boa imagem pública da homossexualidade para que se possa lutar pelos direitos civis. (FACCHINI, 2011).

Em vista da fragilização das pautas anteriores, os militantes passaram fortalecer o próprio movimento como um conjunto intelectual, ocasionando em lutas consideráveis em âmbito nacional. Facchini (2011) aponta que a maioria das reivindicações atuais do movimento LGBTI+ surgiram nessa época, como a despatologização da homossexualidade, criminalização da homofobia, o "casamento gay", a inclusão de estudo da homossexualidade nos currículos escolares - algumas que já foram, inclusive, conquistadas dentro do Poder Público.

A terceira onda deu-se a partir dos anos 1990, colhendo resultados dos engajamentos promovidos pelos grupos militantes na segunda onda. Graças ao acúmulo de conhecimento, experiência e diálogo com a comunidade, os grupos coordenaram projetos de prevenção à AIDS com auxílio do poder estatal, tornando o Brasil pioneiro na resposta à epidemia. A partir desse momento, a organização política da comunidade LGBTI+ se torna bastante plural, especialmente no que diz respeito à expansão de iniciativas com formatos institucionais diferentes, como grupos comunitários, setores em partidos políticos, ONGs, associações religiosas e acadêmicas³⁹. Surge também a identidade diversa dos sujeitos políticos que compõem o movimento, sendo lésbicas,

³⁹ "Em 1995, ocorre a fundação da primeira e maior rede de organizações LGBT brasileiras, a ABGLT (Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Travestis), que reúne cerca de 200 organizações espalhadas por todo o Brasil, sendo considerada a maior rede LGBT na América Latina. Além de um investimento sistemático de esforços no combate à Aids e variadas articulações com órgãos públicos, a ABGLT promove uma série de ações no âmbito legislativo e judicial, orientadas para acabar com diferentes formas de discriminação e violência contra a população LGBT, como é o caso das campanhas de sensibilização de parlamentares e da população em favor da aprovação de projetos de lei, como o 1151/95, que reconhece a parceria civil, e o 122/2006, que criminaliza a homofobia." (FACCHINI, 2011, p. 16).

gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT⁴⁰), coexistindo demandas específicas para cada um desses coletivos.

A organização de formas de ganhar ainda mais visibilidade abriu caminhos para um dos elementos mais conhecidos do movimento LGBTI+ brasileiro, tanto nacionalmente como internacionalmente⁴¹: a Parada do Orgulho LGBTI+, comumente chamada de Parada Gay. Com comparecimento recorde a cada ano, ela ocorre em diversas cidades de todos os Estados, com enfoque na Parada de São Paulo sendo uma das maiores do mundo. A programação desses mega eventos permite que o movimento consiga atrair ainda mais o mercado voltado para o público homotransexual⁴², além da atenção dada pelas instituições estatais. Em alguns dos anos, as Paradas são temáticas, abordando a defesa de direitos civis ao movimento, como também reivindicando ações político-criminais, como a criminalização da homofobia que foi tema da Parada do Orgulho LGBTI+ de 2014.⁴³

Clara Moura Masiero (2014) observa que,

Se, no primeiro momento, a questão era a luta contra a AIDS, agora são as políticas relacionadas a direitos humanos que começam a abrir espaço, a partir de uma demanda por reconhecimento da cidadania dos direitos de todos, sendo a homossexualidade apenas uma singularidade a mais, em meio a tantas outras que caracterizam os seres humanos. (MASIERO, 2014, p. 77)

As reivindicações apresentadas pelo movimento LGBTI+ "tem ganhado maior visibilidade atualmente, a ponto de suscitar projetos de lei em todos os níveis do Legislativo, assim como a formação de frentes parlamentares em âmbito nacional e estadual." (MASIERO, 2014, p. 78) Aqui é onde se encaixam as principais e notórias promessas legislativas, como o PLC 122/2006, já arquivado pelo Senado, que previa a equiparação da discriminação por orientação sexual ao crime de racismo, e o PL 515/2017, ainda em discussão, que altera o Código Penal para inclusão de um

⁴⁰ Após diversas evoluções das siglas que representem o movimento, internacionalmente, a sigla mais utilizada é LGBTI+, o "I" por incluir a intersexualidade e o "+" para abrir espaço para outras formas de orientação sexual e identidade de gênero. É a forma recomendada pelo Manual de Comunicação LGBTI+ de 2018.

⁴¹ A Parada do Orgulho LGBTI+ ocorre em outros países como Estados Unidos, Canadá, Alemanha, Portugal etc, principalmente pelas influências da Rebelião de Stonewall, ocorrida em território estadunidense em 1969 e que é considerada um dos maiores movimentos em prol do movimento LGBTI+ do país.

⁴² Facchini chama de visibilidade positiva, em que os limites entre a sociedade civil organizada e o mercado se tornam menos identificáveis, possibilitando que este atue, na medida do possível, de forma positiva para a visibilidade.

⁴³ Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/04/criminalizacao-da-homofobia-e-otema-da-parada-gay-de-2014-em-sp.html>>. Acesso em 13/11/2018.

dispositivo que penalize "a discriminação ou preconceito de origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero", sendo ambas propostas caracterizadas como criminalização da homofobia.

Não apenas isso, mas as estratégias do movimento incorporam a demanda por direitos através do Judiciário e do Executivo, precipuamente na implementação de políticas públicas e decisões reconhecendo garantias fundamentais. Hodiernamente, o escopo é que o Poder Público e suas esferas administrativas trabalhem em conjunto a favor das causas de direitos humanos e fundamentais da diversidade.

3.2.2 Análise da identidade atual do Movimento LGBTI+ no Brasil

Como integrante e parte do movimento LGBTI+, é possível observar e tecer algumas considerações quanto a sua atuação e imagem atual. Vimos a evolução do movimento no Brasil e como ela se deu de forma praticamente pacífica⁴⁴ (se comparar com outros países, como Estados Unidos e a Rebelião de Stonewall⁴⁵), principalmente pela atuação positiva dos militantes em questões de saúde (demonstrada no combate à epidemia da AIDS dentro da população homossexual), bem como pela promoção das Paradas do Orgulho LGBTI+.

Nesses momentos, foi conquistada uma visibilidade que carregou consigo diversas aberturas para o crescimento do movimento. De fato, foi exposto acima a maior participação e atuação nas esferas dos poderes federais, estes que por sua vez, incentivam e até financiam algumas políticas afirmativas projetadas em prol da saúde e do reconhecimento sociocultural de gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transexuais e intersexuais

⁴⁴ Ainda que a repressão ao movimento não tem sido pacífica (como nunca fora em lugar algum), os militantes LGBTI+ brasileiros não possuem em sua índole o aspecto violento na conquista de direitos.

⁴⁵ "O que ficou conhecido como as Rebeliões ou Revoltas de Stonewall é visto como o acontecimento mais importante para a liberação do movimento gay e a luta pelos direitos LGBT nos EUA e no mundo." Em resumo, durante uma operação policial violenta e homofóbica no Stonewall Inn, um bar/boate gay, houve uma revolta por parte dos frequentadores que, cansados da tirania dos agentes e da opressão sofrida, atacaram os agentes aos gritos de guerra e pela liberdade. Um incêndio cessou as brigas e, enquanto algumas pessoas eram presas, uma multidão se aglomerou para zombarem dos policiais. Nos dias seguintes, mais multidões se juntaram pela causa e resistiram aos ataques da polícia, até o momento que esta desistiu de conter o movimento que se formava. "Em poucos meses, praticamente todas as cidades americanas passaram a ter fortes organizações pelos direitos homossexuais e, no aniversário de um ano da Revolta de Stonewall, no exato dia 28 de junho de 1970, as primeiras marchas do orgulho gay aconteceram nos EUA." Esse é marcado como Dia Internacional do Orgulho Gay. (PAIVA, 2018)

A visibilidade não cessou no âmbito político, se estendendo para fora dele. De fato, a influência do público LGBTI+ se mostra ainda mais presente nas mídias e na internet. O humor característico e convidativo, cumulado com o senso de diversidade e estilo concebeu grande parte do poder de controle dos integrantes do movimento perante as redes sociais. A possibilidade de organizar *online* encontros em prol do movimento também facilita a dispersão das ideias e a união das coletividades. A título de exemplo, existem grupos de conteúdo da cultura gay (humor, música, arte e engajamento) que ultrapassam os milhões de seguidores no Facebook. Devido a esse influxo de pessoas, esses grupos tem o poder de influenciar demandas *online*⁴⁶, criar propagandas a seu favor, lançar talentos no mercado e movimentar as engrenagens econômicas.

Contudo, os avanços conquistados não foram suficientes para a mudança de mentalidade da cultura heteronormativa, pelo menos não ainda. Na fase recente do movimento LGBTI+, ameaças antigas voltam a assombrar com força total, como a desinformação sobre os conceitos de orientação sexual e identidade de gênero, que produziu uma aberração argumentativa intitulada de "ideologia de gênero", a qual está em pleno uso por parte dos conservadores como forma de justificar o óbice do desenvolvimento sociocultural LGBTI+.

O Manual de Comunicação LGBTI+, um projeto desenvolvido pela Aliança Nacional LGBTI em parceria com o Grupo Dignidade e a rede Gay Latino, conceitua a ideologia de gênero como:

Uma falácia inventada e divulgada por setores (ultra)conservadores e fundamentalistas sob o pretexto velado de negar a igualdade de direitos e o respeito às mulheres e às pessoas LGBTI+, alegando que “ideologia de gênero” induziria à destruição da família “tradicional”, à legalização da pedofilia, ao fim da “ordem natural” e das relações entre os gêneros, negando a existência da discriminação e violência contra mulheres e pessoas LGBTI+ comprovadas com dados oficiais e estudos científicos (REIS; EGGERT, 2017). Na verdade, o que há são estudos de gênero que comprovam a inferiorização das mulheres e pessoas LGBTI+, inclusive com altos índices de homicídios. (REIS, T., org. Manual de Comunicação LGBTI+. Curitiba: Aliança Nacional LGBTI / GayLatino, 2018, p. 29).

Preocupante, todavia, não é só a criação de um termo para justificar a opressão oculta pela heteronormatividade, mas sim o considerável apoio popular que recebe. Nas ruas ou nas redes sociais pessoas de todos os tipos⁴⁷ reproduzem tal falácia em tom de

⁴⁶ Como promover votações em massa nas pautas legislativas em prol dos direitos fundamentais, além de prover auxílio às vítimas de violência homofóbica que se encontrem desamparadas.

⁴⁷ Por incrível que pareça, inclusive homossexuais entram nesse grupo.

desaprovação, pois realmente acreditam nos riscos de extermínio da família tradicional. A inserção desse vocábulo pela frente conservadora nacional não passa de um imenso desserviço aos anos de árduas e lentas conquistas do movimento LGBTI+.

Não ajuda o fato da veiculação de notícias falsas, notoriamente o caso da existência de um suposto programa que ensine as crianças das escolas públicas a se tornarem homossexuais (por mais absurdo que seja) através de um "Kit Gay", um livro infantil que leciona de forma lúdica sobre sexualidade. Tal boato surgiu do programa "Escola Sem Homofobia", vetado pela então presidente Dilma Rousseff por pressão das camadas conservadoras, que buscava conscientizar e educar sobre as dissidências de gênero e o respeito que se deve ter com toda e qualquer forma de expressão. Casos como este irão tornar mais penosas as entradas de pautas informativas sobre o respeito e promoção das diversidades inerentes de cada pessoa sob o pretexto da tentativa de forçar uma "ideologia de gênero" na sociedade. Lamentavelmente, trata-se de mais uma barreira política que o movimento LGBTI+ terá de vencer em demandas futuras.

Com efeito, o atual cenário político e econômico brasileiro possui uma tendência a inferiorizar as pautas trazidas pelo movimento, um perigo real e com desdobramentos que podem ser avassaladores. Note que até o final do ano passado, foram colhidos diversos dados de grupos e organizações sobre a violência homotransfóbica ocorrida especificamente no Brasil. Neles, foi possível auferir informações impactantes, como: no ano de 2017, foram mortas 445⁴⁸ pessoas da comunidade LGBTI+ em todos os Estados do país. Isso equaliza em aproximadamente 37 vítimas por mês. Significa que, se os níveis de criminalidade continuarem os mesmos, hoje, pelo menos 1 pessoa foi assassinada por motivações discriminatórias.

Estes são dados coletados pelas principais organizações brasileiras em prol da comunidade LGBTI+, em especial do Grupo Gay da Bahia (GGB), e revelam uma vergonhosa realidade, tanto exposta, como ignorada: o Brasil é o país que mais mata LGBTI+s no planeta. Apesar de se tratar de um ditado muito repetido em manchetes e redes sociais, é uma informação decisiva para a criação de muitos dos trabalhos e estudos recentes voltados para a proteção dessas pessoas.

A contribuição que intenta ser deixada aqui é o fomento pela união das coletividades (travestis, bissexuais, lésbicas, gays etc) do movimento LGBTI+ para que

⁴⁸ Dados disponíveis em: <<https://homofobiamata.wordpress.com/2017-2/>>. Acesso em: 05/06/2018.

possam formar uma resistência poderosa e pacífica, que busque a divulgação de conhecimento em proveito das diversidades sexuais e de gênero. Essa é a identidade atual que o movimento precisa buscar ter - e está tendo um considerável progresso⁴⁹, diga-se de passagem. Desde os primórdios da homossexualidade (e aqui incluem-se todas as formas sexuais e de gênero), a desinformação sempre foi uma das principais vilãs do desenvolvimento das pessoas a nível social, cultural e econômico, ou seja, acostumou-se a lutar contra ela incessantemente. Infelizmente, não é um problema novo, mas que ganha facetas renovadas⁵⁰ que devem ser desconstruídas com uma educação afirmativa que considere a existência e o valor da diversidade.

3.3 TUTELA JURÍDICA E ESTATAL: O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Até o momento, foram apresentados os fundamentos históricos dos movimentos sociais e, especificamente, das pautas LGBTI+. A partir disso, indaga-se sobre a tutela jurídica e institucional dada aos anseios de grupos de minorias representados por movimentos sociais: teoricamente, é possível que ocorra a instituição de legislações e instrumentos jurídicos em defesa das dignidades interpessoais e culturais dessa população em detrimento de uma dita maioria? Notadamente, seria juridicamente possível em âmbito estatal, com base em princípios, a criminalização da homofobia?

Para responder essa questão, há de se valer da pesquisa de Argemiro Cardoso Moreira Martins e Larissa Mituzani (2011) que pesquisaram a relação do direito das minorias com o Estado Democrático de Direito.

Em um primeiro plano, é necessário pontuar que a ideia de democracia presente no Estado Democrático de Direito não se limita ao governo da maioria, pois abrange um espaço que visa comportar diversas perspectivas políticas diferentes entre si (mesmo

⁴⁹ É possível observar maior união do movimento após os acontecimentos políticos recentes para propagar informações corretas sobre os valores constitucionais, democráticos e da diversidade.

⁵⁰ Noticiário: "Uberlândia proíbe alunos de irem a feira de ciências. Motivo: gênero. Realizada anualmente desde 1995, a Feira Ciência Viva é sediada na UFU, onde estudantes da educação básica e escolas públicas e privadas apresentam projetos desenvolvidos com o objetivo de popularizar a ciência. Porém, os pais dos alunos das escolas municipais não foram informados sobre a presença de temas relacionados à desigualdade de gênero", (chamando de "ideologia de gênero"), julgando inapropriados para abordagem ao público infantil. Disponível em: <<http://www.diretodaciencia.com/2018/11/13/uberlandia-proibe-alunos-de-irem-a-feira-de-ciencias-motivo-genero/>>. Acesso em 14/11.2018.

que apenas uma delas se sobressaia). Esse espaço, portanto, pressupõe a igualdade de condições para construir um terreno propício para formação dessas e de novas perspectivas (abordar-se-á sobre o princípio da isonomia mais tarde). Todavia, tem-se comprovado que historicamente privilegiaram--se determinadas visões de mundo por imposição, por discriminação ou por subvalorização de outras, e por isso a democracia atual fica impossibilitada de oferecer as mesmas condições de reconhecimento às pessoas/grupos com visões de mundo diferentes, tampouco de oferecer espaço suficiente para todos. (MARTINS; MITUZANI, 2011).

Não obstante, em vista do surgimento de novas demandas sociais, bem como da ampliação do espaço público a novos participantes e da relevância histórica que marca a Constituição brasileira de 1988, "o respeito às diferenças - e a consideração das minorias também envolvidas no processo democrático - ascendem como valor a ser preservado ao lado das deliberações majoritárias." (MARTINS; MITUZANI, 2011, p. 322). Em outras palavras, o fundamento de proteção às minorias que buscam entrar no diálogo descrito acima está constitucionalmente resguardado.

Nesta conjuntura, as instituições tem o dever democrático de agir em respeito às diferenças, em observância ao artigo 3º, inciso I e IV da Constituição Federal (CF). No âmbito dos Poderes da União (Executivo, Legislativo e Judiciário), a democracia é o principal fundamento das ações afirmativas do Estado de Direito em benefício das minorias. No Legislativo, identifica-se esse princípio "nas regras de direito [...] que permitam a participação das diversas propostas ideológicas e políticas [...]" (MARTINS; MITUZANI, 2011, p. 323); no Executivo, é vista "nos programas que promovam a participação e atendam os integrantes de grupos minoritários em suas necessidades" (MARTINS; MITUZANI, 2011, p. 323); e, por fim, no Judiciário, ele vale-se especificamente de sua atuação judicante, ao "[...] resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso" (BARROSO, 2009; apud MARTINS; MITUZANI, 2011, p. 323).

Dado o exposto, a fim de tentar providenciar a todos os cidadãos estes direitos basilares previamente enumerados, é fundamental que a Magna Carta sistematize, através dos seus poderes estatais, "conjuntos de normas, [interpretações, ações

afirmativas] e princípios dedicados a tornar possível a convivência humana, observando os rigorosos fundamentos de justiça elencados por ela", afirma Vinícius Bastos (2016).

3.3.1 Princípios constitucionais para a proteção humana

Como pondera Humberto Ávila ao discorrer sobre os princípios trazidos ao ordenamento jurídico através da Constituição:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2013; apud FIQUENE, 2016, p. 70)

Sendo normas jurídicas com caráter geral, os princípios são norteadores para a aplicabilidade e interpretação de todo o ordenamento jurídico. Sua aplicação não deve ocorrer de modo horizontal, isto é, como se o princípio tivesse maior valor que a regra, ou até que um princípio fosse mais importante que outro. O trecho citado ensina que "é necessário que se entenda que o juízo de valores deve ser estabelecido sob uma ótica finalística, onde se integram as razões e contrarrazões para que se aplique o consenso e não haja ofensa ao ordenamento jurídico vigente." (FIQUENE, 2016)

A Constituição é generosa na abordagem principiológica que o sistema jurídico deve proceder, trazendo em seu bojo ideais e valores reconhecidos mundialmente, como cidadania, dignidade da pessoa humana, livre iniciativa, autodeterminação dos povos, prevalência dos direitos humanos, entre outros. Alguns princípios, contudo, contribuem sobremaneira para a discussão aqui formada, levando em conta a hermenêutica e os consequentes desdobramentos de sua aplicação.

3.3.1.1 A dignidade da pessoa humana e a consciência ética

A dignidade da pessoa humana⁵¹ advém de discussão filosófica que data das tradições ocidentais mais antigas, mas que foi colocada no mundo pós-guerra como

⁵¹ Dignidade da pessoa humana, nas palavras de Eduardo Bittar (2009, p. 304), é expressão de vasto alcance capaz de acumular em seu sentido todo o espectro dos direitos humanos - estes que são tratados no direito privado como direitos da personalidade -. Ela se alastra por inúmeras dimensões como relações de consumo, prestação de serviços essenciais do Estado, cumprimento de políticas públicas, atendimento de necessidades sociais, construção de justiça social, política legislativa, moralidade administrativa,

objeto de aflição, comoção e atração de direitos. Sendo um legado da modernidade e consenso da pós-modernidade, é preciso postular atualmente por um sentido que se norteia pela noção de dignidade da pessoa humana.

"O homem-pessoa e sua dignidade é o pressuposto decisivo, o valor fundamental e o fim último que preenche a inteligibilidade do mundo do nosso tempo", descreve Eduardo Bittar (2009, p. 299) sobre o tema.

Ela nasce da necessidade de unir a visão centrada no homem - antropocentrismo - com a visão da autonomia do ser humano a partir de sua natureza. Mas apenas com o conhecimento da capacidade humana de destruir a dignidade através de artifícios da tecnologia, ciência, tortura, higienismo social etc, principalmente presentes com experiência da Segunda Guerra Mundial, é que houve o marco histórico para reorientar as políticas internacionais (especialmente na criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e a formação da ONU).

Foram necessárias diversas violações, diversas experiências de indignidade, diversas práticas de exploração da condição humana para que a própria noção de dignidade surgisse um pouco mais clara aos olhos do pensamento contemporâneo. (BITTAR, 2009, p. 300).

O discurso pós-moderno, profundamente presente no direito constitucional, mas também dentro e fora das ciências jurídicas, fala da proteção irrestrita da dignidade da pessoa humana aliada com a defesa das liberdades fundamentais e com as expressões da personalidade. No século atual, tais preceitos recuperam seu valor e fazem parte daquilo que Eduardo Bittar (2009) nomeia de discurso jurídico do milênio, este que já se inicia marcado por inúmeras violações aos direitos fundamentais. Na perspectiva deste trabalho, violações estas brutalmente dirigidas aos grupos homotranssexuais.

Eduardo Bittar alega que a palavra dignidade (do latim *dignitas*)⁵², atrelada ao sentido de merecimento, corresponde a dois importantes focos. Primeiramente, trata-se de um atributo que se verifica no indivíduo *desde fora* (ou seja, relacionado com o que se confere ao outro) e *desde dentro* (relacionado com o que se confere a si mesmo), nas palavras do autor. A primeira associa o que se faz para que a pessoa seja dignificada,

políticas econômicas e de destruição de recursos, políticas previdenciárias, políticas educacionais, políticas urbanas e rurais, políticas penitenciárias...

⁵² O autor leciona frases que ilustrem a ideia central do que seja digno, ou seja, o meritório, o merecedor de algo, em contraposição à ideia do indigno: "Ninguém é digno desta pena" (merecimento); "isto é digno de louvor" (merecimento); "você não é digno deste favor" (não merecimento); "Esta pessoa não é digna de piedade" (não merecimento).

seja através de mecanismos, comunicação, tratamentos, investimentos, processos de educação etc. Já a segunda se conecta com o que se percebe como dignidade pessoal, incluindo aqui a autoaceitação e valorização de si, além da expansão das potencialidades de cada um.

Contudo, observa-se que independente de qualquer conceito que cada um possua - considerando, inclusive que ter diferentes conceitos individuais faz parte da dignidade *desde dentro* - toda e qualquer pessoa humana é dela merecedora, assim como legitimado para demandá-la do Estado e do próximo. Isso decorre de sermos todos, independente de aspectos políticos, sociais, éticos, sexuais e raciais, humanos.

A experiência social encontra problemas nessas questões. Ora, tendo em vista que as duas noções de dignidade se interligam, costuma-se dignificar aqueles que mais e melhor se dignificam, ou seja, aqueles que possuem chances e vontade de valorizar sua importância. Esse fenômeno seduz a concepção dos outros sobre o valor desse indivíduo, bem como os convidam a compartilhar desse sentimento, criando uma espécie de padrão. Por isso, a ideia firmada é aquela de que a própria percepção de si está ligada com o que se sente que a exterioridade diz que pode ou não ser valorizado em cada um.

No caso da comunidade LGBT, a noção de dignidade criada por muitos anos trouxe marginalização aos seus integrantes, principalmente por parte daqueles que julgam como sendo dignos por serem "normais". Por isso, a exterioridade deixa de dignificar tais dissidências de gênero e sexualidade, gerando dificuldade para que indivíduos desse meio possam se valorizar e expandir seu potencial.

Não são raros os casos de suicídio de jovens homossexuais e transgêneros que se deparam com essa dura realidade em suas próprias famílias, bem como no meio escolar e profissional. A sociedade, ao tomar conhecimento da dissidência inerente em tal pessoa, tem duas opções: dar chances para que cada um possa se desenvolver tanto internamente como externamente; ou impor a visão externa do que seja o certo a ser cultivado por alguém.

Diante deste ponto, o autor afirma que "há de se dizer que a dignidade percebida como experiência *desde fora*, seja como experiência *desde dentro*, somente se efetiva

quando a personalidade humana encontra condições para se realizar" (BITTAR, 2009, p. 302).

Nesse diapasão, há de se observar a situação de homossexuais durante os estados de guerra, situações em que as chances de se realizarem já eram mínimas, mas tomaram novas dimensões. Histórico de estupros, torturas e assassinatos se tornam comuns, infelizmente, para todos os tipos de pessoas. Mas atingimos o ápice de indignidade com o uso dos campos de concentração específicos para expurgar determinados grupos de pessoas durante a Segunda Guerra Mundial. O triângulo rosa invertido marcava os homens que eram encontrados em situações que pudessem desconfiar de sua sexualidade, ou mesmo naqueles acusados, por outras pessoas que queriam o fim da vida desses, de serem homossexuais.

Em frente ao impedimento social para que se permita o exercício das dignidades *desde fora e desde dentro* dos grupos homotranssexuais, há de se levantar os discursos que se aprimoram em proteger e dignificar a personalidade humana, principalmente no sentido de autoconhecimento, este que é o melhor caminho para entender a si mesmo e atalho para compreender o próximo, a sociedade, suas necessidades e direitos. Muitos foram os discursos que se uniram em conhecer e expandir os potenciais do homem em sua dignidade, seja o religioso, o científico, o artístico, filosófico e até do senso comum. Eduardo Bittar afirma ser possível observar, em todos, que a mudança no desenvolvimento dos povos se dá na mesma proporção da evolução e expansão consciência ética. Esta seria a base para proteção da dignidade da pessoa humana.

Só há dignidade, portanto, quando a própria condição humana é entendida, compreendida e respeitada, em suas diversas dimensões, o que impõe, necessariamente, a expansão da consciência ética como prática diuturna de respeito à pessoa humana. (BITTAR, 2009, p. 302).

Atrelado a isso, vemos no dispositivo principal da nossa Magna Carta a disposição sobre a ideia de dignidade da pessoa humana.⁵³ Apesar da vagueza do termo trazido no texto constitucional ao não conter seu conteúdo significativo, ele deve servir como motivação de ações sociais governamentais que visem a expressão humana de forma livre e respeitada no convívio social. Dessa forma, tal dignidade, por estar hierarquicamente bem localizada na Constituição, ganha sentido como diretriz básica de

⁵³ Leia-se: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

políticas públicas; base hermenêutica para interpretação dos demais dispositivos constitucionais; princípio para legislações infraconstitucionais; fundamento para proteção da pessoa humana; entre outros.

A expressão, que carrega em si diversas implicações⁵⁴, é a matriz principiológica do ordenamento jurídico brasileiro, seja do texto constitucional ou fora dele. É a meta social para que se alcance a plena satisfação de necessidades físicas, morais, psíquicas e espirituais da pessoa humana através das estruturas do Estado.

Com relação à diversidade, não se admite o uso da dignidade da pessoa humana para motivar qualquer forma de exploração ou dominação, tratando-se de caso de distorção de seu sentido e de uma ética inaceitável. Pelo contrário, seu sentido na pós-modernidade visa uma compreensão de respeito das diferenças e afirmação da multiculturalidade, afastando de plano perspectivas unilaterais da cultura e dos povos.

Como o autor aqui referenciado afirma, "se a noção de dignidade sobrevive, atualmente, apesar das dificuldades, fica claro que ela transfere sua significação para a defesa da diversidade humana." (BITTAR, 2009, p. 305).

Assim, a dignidade da pessoa humana é a principal base jurídico-político-social para qualquer ação e legislação estatal, sendo o principal apoio dos movimentos sociais a fim de proteção e melhores condições de vida de seus integrantes.

3.3.1.2 Princípio da isonomia: da igualdade e da discriminação

Quando o Direito busca tratar do princípio da igualdade, existem entraves e questões que devem ser apontadas e discutidas sob pena de estarem regulando uma norma injustamente. É que, tanto as indagações sobre a natureza biológica do ser humano, quanto a ideia de todos se valerem de condições equivalentes são questões altamente filosóficas. Apesar disso, o melhor entendimento que retrata o modo que o direito deve ponderar sobre esse princípio é: a igualdade não é dada, mas sim construída (ROTHENBURG, 2008).

⁵⁴ Bittar, partindo da abrangência da expressão, afirma as diversas perspectivas desse princípio: um homicídio é um atentado contra a dignidade humana; a miséria e a marginalidade é um atentado a dignidade humana; a dependência físico-psíquica é um atentado contra a dignidade humana; a discriminação é um atentado contra a dignidade humana; a violência doméstica e urbana são atentados contra a dignidade humana; assim por diante.

"Construída", explica-se, como a junção de forças exercidas socialmente para levantar as estruturas do nobre princípio para que, finalmente, seja interpretado e aplicado a fazer valer as lutas que ensejaram seu surgimento. A alegoria da construção aqui ilustrada considera que tais forças partam de origens diversas, tendo em vista que apenas um tipo de impulso, sozinho e com características únicas, não possui condições de erguer a edificação (o princípio da igualdade) por si só. Isso porque ela precisa de diferentes requisitos em sua formação que apenas outros tipos de impulsos poderiam sanar. Sem a presença de todas essas diversas forças, as estruturas ficam comprometidas e incompletas.

Em virtude dessa comparação, o constitucionalista Walter Claudius Rothernburg (2008, p. 78), aduz que "as pessoas são diferentes em sua personalidade e em sua ambição, diferentes em sua condição cultural e em sua capacidade de produção econômica", por isso o direito falha em cumprir a ordem do princípio se partir da premissa de um tratamento inteiramente igual para todos, pois esse "todo" não é igual entre si. Por não conseguir abarcar essa totalidade, a consolidação do princípio enquanto estrutura perece. Por isso, é preciso oferecer um tratamento *equivalente* que assegure a igualdade, mas também oferecer um tratamento *diferenciado* que promova a igualdade. É a máxima "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade."

Tendo caráter de instância social de regulação, o Direito, em contramão ao exposto acima, presta-se constantemente a manter situações de privilégio e opressão - uma forma de garantia injusta que é antagônica à função de transformação (justa) desta instância. Logo, "são importantes as interferências jurídicas (em grande medida, estatais), ainda que contramajoritárias (quer dizer, contra a episódica vontade da maioria ou dos detentores do poder político-social), para eliminar desigualdades e proporcionar igualdade." (ROTHENBURG, 2008, p. 78).

Ainda há quem ouse interpretar o princípio sem seu sentido literal, ou seja, aquela igualdade formal prevista na Constituição. Com efeito, muito se utiliza dessa vertente para obstar a conquista de reconhecimento por parte das minorias, valendo-se da mentalidade de "todos somos iguais, portanto devemos ter o mesmo tratamento". É comum, inclusive, associarem as medidas afirmativas, como o recente conquistado casamento gay e a tramitação da criminalização da homofobia, com "privilégios" das

minorias - noção que, diga-se de passagem, é irracional e ignora completamente todo desenvolvimento demonstrado nesse trabalho.

Diante disso, postula-se pela formação de duas dimensões dentro do princípio da igualdade que motivam essas ações jurídicas: a negativa e a positiva. A primeira é exercida através de proibição à discriminação indevida a fim de encerrar um sentimento ruim, sendo intitulada, portanto, de discriminação negativa. De modo contrário, a segunda exprime-se por meio de uma determinação de discriminação positiva, esta que se dá através de ações afirmativas e, por isso, é chamada de "discriminação positiva". Desse modo, “igualdade tanto é não-discriminar, como discriminar em busca de uma maior igualização (discriminar positivamente)” (SILVA apud ROTHERBURG, 2008, p. 81).

A título de exemplo e sem intenções de esgotar o estudo do princípio, é totalmente possível que uma pessoa, em plena saúde e disposição, caminhe de um ponto A ao um suposto ponto B, sem maiores problemas. Digamos que o ponto B esteja posicionado em um relevo de maior altitude em que seu acesso se dá por escadas. Nesse exemplo, a pessoa supracitada conseguirá alcançar o ponto B independente de ajuda, mas se ilustrarmos a presença de um cadeirante ou um idoso, suas capacidades físicas os impedem de chegar ao destino, por isso constroem-se rampas e corrimões para auxílio dessa reduzida mas considerável parcela de pessoas, sendo uma previsão estipulada em lei. Em outro exemplo, o acesso às universidades se dá por uma devida escolaridade que seja suficiente para vencer as etapas eliminatórias dos vestibulares. Contudo, considerando os aspectos históricos e culturais, existem grupos de pessoas que foram marginalizados e impossibilitados de ter contato com uma educação de qualidade. Do mesmo modo, a lei rebate esse problema social com a instituição de cotas e bolsas para ingresso à essas universidades. Observa-se então que, em ambos os casos, tratam-se da discriminação positiva realizada pelo Direito através de ações afirmativas para inclusão e tratamento dos desiguais na medida de suas desigualdades.

Ou seja, nas palavras do autor,

Cabe ao Direito, então, não apenas defender a igualdade contra violações, mas também promover a igualdade com distinções. [...] As normas jurídicas devem não apenas ser aplicadas a todos indistintamente (e, nesse sentido, evitar discriminações “negativas”), **mas também favorecer de modo diferenciado aqueles que estejam em situações de indevida desvantagem social** (os fragilizados, os oprimidos, as “minorias”) ou impor um gravame

maior aos que estejam numa situação de exagerada vantagem social." (ROTHENBURG, 2008, p. 81) (grifo nosso).

Portanto, depreende-se a igualdade como algo que precisa ser obtido a partir de estudos e reivindicações, para tanto, o Direito pode servir de valiosa ferramenta. No dizer de Frischeisen (2000, apud ROTHENBURG, 2008, p. 78), “as condições de igualdade precisam ser produzidas [por meio de] ações que o Poder Público realiza, visando o efetivo exercício da igualdade, base de toda a ordem social”. É dever do Executivo, Legislativo e Judiciário, como poderes oficiais instituídos no Estado Democrático de Direito, de prezar pela isonomia e dignidade de todas pessoas, a depender de suas histórias, cores e oportunidades.

As concepções deste princípio casam com as necessidades do movimento LGBTI+ na medida em que instituem ações promotoras da diversidade humana, sem prejuízo de suas desigualdades no acesso ao Direito.

4 COMBATE À HOMOTRANSFOBIA

Vimos até o momento as bases para a formação de um método que possa proteger a integridade e a moralidade dos homossexuais. Contudo, apesar dos intensos clamores do movimento social, ainda não foi colocado em prática, em âmbito nacional, método efetivo para que puna de forma específica a discriminação de gênero e orientação sexual.

Por isso, como já exposto, o movimento social protesta pela criminalização da homotransfobia respaldada nos altos índices da violência homofóbica no país, bem como nos estudos acadêmicos desenvolvidos no corpo deste trabalho, tendo destaque especial os estudos *queer* e os princípios do Estado Democrático de Direito. Não se trata, entretanto, de uma pauta isolada, já que existem formas alternativas para enfrentar o preconceito enraizado na cultura brasileira, como políticas públicas para divulgação de informações concernentes ao tema para que a população considerada conservadora passe a respeitar as diferenças de cada ser humano.

Também há formas, dentro da própria Justiça, para que as vítimas de homotransfobia possam atuar ativamente nessa educação cultural de seus agressores, agindo ativamente, ao lado do sistema jurídico, para a inserção da cultura do respeito ao próximo.

Esses aspectos serão problematizados com o escopo de suscitar uma tese que coloque a comunidade LGBT não apenas como observadora, mas como participante da mudança de consciência da sociedade.

4.1 CRIMINALIZAÇÃO

Sendo a principal requisição para o enfrentamento da homotransfobia, a criminalização já foi discutida no âmbito legislativo brasileiro inúmeras vezes, tendo sido o PLC 122/2006, arquivado em 2017 de acordo com regras do Regimento Interno do Senado⁵⁵, o maior âmbito de embate sobre a viabilidade dessa medida. Sua

⁵⁵ O regimento determina que todas as propostas tramitando há mais de duas legislaturas sejam arquivadas. Entretanto, essas proposições ainda podem tramitar por mais uma legislatura, caso seja aprovado em Plenário requerimento de pelo menos 27 senadores. Ao final da terceira legislatura, se não houver decisão, a proposta deve ser arquivada definitivamente. Disponível em:

tramitação conturbada, morosa e polêmica resultou, pelo menos, na identificação de alguns requisitos para um possível criminalização.

Para analisar a essa demanda do movimento LGBTI+ como estratégia político-criminal, tem-se como marco teórico Clara Moura Masiero (2014) e seu desenvolvimento de um panorama da realidade brasileira no âmbito criminal e consequente legislação penal.

Dito isso, a autora expõe a repercussão da política criminal no Brasil, esta que atualmente tem se destacado do Direito Penal e da Criminologia, ganhando significação autônoma. De fato, o objeto de estudo da política criminal é análise de estratégias penais, sendo entendida como conjunto de procedimentos o qual resulta na resposta aos fenômenos criminais. É a forma de escolher os bens jurídicos a serem tutelados penalmente e quais os caminhos para efetivar tal tutela.

Com a consolidação do Estado intervencionista pós-crise de 1929, institui-se também a concepção do Direito Regulativo, denominada por Manuel Calvo Gracia (2007 apud MASIERO, 2014), tendo papel importante na regulação de certos problemas e conflitos sociais ainda que as soluções não sejam definitivas, eficazes ou sequer desejáveis. Essa mudança no papel do Direito resultou numa avalanche de normas, principalmente no que diz respeito a novos tipos e procedimentos penais, mas que, devido a extrapolação do fator quantitativo dessas normas, ocorre a degradação do fator qualitativo.

A despeito disso, o fortalecimento das políticas de controle do delito costuma ser o primeiro a ser recorrido em situações de alarme social que projetem insegurança à comunidade. É uma situação de risco, considerando que este endurecimento penal desenfreado "tende a se generalizar e se separar das causas que justificaram seu excepcional desdobramento" (CALVO-GRACIA apud MASIERO, 2014, p. 109). O problema não são as experiências e inseguranças que causem as necessidades legislativas, mas sim a forma que estas demandas são atendidas sem interdiários ou alguma reflexão dos valores e consequências das medidas penais.

Isto posto, essa política criminal tem sido a resposta imediata buscada por várias vertentes dos movimentos sociais - citando as conquistas legislativas do movimento negro pela Lei de Racismo e do movimento feminista pela Lei Maria da Penha -, não sendo diferente no movimento LGBTI+, mesmo que este sofra uma resistência maior conforme desenvolvimento histórico já esmiuçado. A demanda pela tutela penal, de acordo com Masiero, revela a dificuldade de se pensar para além da racionalidade moderna do direito positivo/punitivo, precipuamente quando a demanda por intervenção penal reproduz a "crença no Direito Positivo estatal como fator político decisivo, quando não exclusivo, para solução dos problemas e a transformação das relações sociais" (ANDRADE apud MASIERO, 2014, p. 117).

Nesse sentido, é preciso advertir os movimentos sociais para se atentarem às armadilhas decorrentes da intervenção penal, no tocante na possibilidade de inversão dos direitos humanos no momento em que se aniquilam os próprios direitos humanos, verificado da seguinte forma:

A legitimação do direito penal como instrumento idôneo para proteção e efetivação dos direitos sociais e transindividuais deriva da concepção romântica que lhe atribui, como missão, a tutela de bens jurídicos. Nota-se, pois, sob a justificativa da proteção dos direitos humanos, a ampliação do rol das condutas puníveis e conseqüentemente do horizonte de projeção da punitividade (CARVALHO, 2010; apud MASIERO, 2014, p. 118)

A autora Helena Singer afirma que a luta pelos direitos humanos, quando resumida ao tema da penalização, cria contradição aos valores de liberdade, felicidade e igualdade justamente pelo caráter conservador dessa medida. Seria, diante disso, mais coerente centrar os esforços em medidas que façam os agressores de minorias restituírem as vítimas e a sociedade pelos os danos causados, além de proceder à procura de métodos que tornem a sociedade menos intolerante através da educação da cidadania. (MASIERO, 2014).

A pertinência dessa argumentação é corretíssima em teoria, sendo a educação o modo real e efetivo que o movimento LGBTI+ busca para sua consolidação e reconhecimento. Mas foi possível constatar que na conjuntura atual do Brasil, medidas educativas sobre orientação sexual e identidade de gênero são censuradas sob o pretexto da propagação de uma "ideologia de gênero", sofrendo intensa resistência por grupos sociais. Masiero (2014, p. 120) aduz que "persiste o mito de que visibilidade gay, respeito e aceitação gerariam um crescimento da população homossexual", motivando a

oposição por parte dos grupos conservadores. Adiciona-se, contudo, que o caminho da educação "não é linear, o que faz crer na necessidade de um impulso por meio de um marco legislativo-penal" (MASIERO, 2014, p. 120).

Esse contexto precário que se encontra as medidas educativas enseja a análise da legitimidade de uma criminalização de condutas homofóbicas no Brasil, esta que, ainda diante dos problemas inerentes da política criminal e do Direito penal, é uma possibilidade de se lutar por reconhecimento.

4.1.1 Legitimidade jurídico-penal da criminalização da homofobia

Com relação à esta dimensão da criminalização, a legitimidade jurídico-penal de uma criminalização irá seguir a regra do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, dependerá da conformação do Direito Penal ao preconizado na Constituição Federal. Neste caso, a Magna Carta tem características que a concedem um método normativo garantista, notadamente quando estampa em sua redação o título "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", além de preconizar a existência de garantias implícitas que não estão expressas no texto, mas não devem ser excluídas.

Ao adotar esse parâmetro de normatividade, a ordem constitucional advoga, no âmbito do Direito penal, pela intervenção penal mínima e estabelece princípios de racionalidade e razoabilidade ao exercer tal intervenção. Por conseguinte, a incriminação penal terá sua legitimidade condicionada à sua causa de existir, devendo se valer da "proteção de determinados bens jurídicos constitucionais, considerados mais relevantes para a sociedade, respeitando a proporcionalidade, a igualdade e a liberdade." (MASIERO, 2014, p. 123).

Ora, sendo a causa LGBTI+ consequente do princípio da dignidade da pessoa humana e da máxima da isonomia, valores expressamente previstos na Constituição, é passível de reconhecer ordem de tutela da igualdade em razão da orientação sexual e identidade de gênero. Contudo, esses valores já são protegidos nas esferas do ordenamento jurídico, por isso, procura-se a um valor de necessidade que justifique a legislação penal para os casos de homofobia.

Veja, à luz do Direito penal democrático, muitos pesquisadores chegaram a conclusão de que a criminalização nos casos de violência homofóbica seria ilegítima, baseando-se no entendimento que "as representações mentais evocadas pelo direito penal, para serem legítimas, devem coincidir materialmente com o pensamento da maioria dos cidadãos" (DIEZ RIPOLLÉS apud MASIERO, 2014, p. 124). Isto posto, basta perceber a cultura heterossexista da sociedade e concluir que uma legislação desse porte não seria bem recebida. Mariana Carrara indica, inclusive, a possibilidade de um caráter contraproducente, visto que:

Uma condenação de um réu acusado de conduta homofóbica, quando sua atitude ainda não é reprovável por um consenso majoritário, ou seja, quando parcela significativa da população se admitiria tomando a mesma atitude e compartilhando o mesmo sentimento do réu, **corre-se o risco de gerar mártires**, o que seria extremamente contraproducente para a luta contra a homofobia. (CARRARA apud MASIERO, 2014) (grifo nosso)

Todavia, Masiero (2014, p. 125) pontualmente contradiz que "não se pode, entretanto, sobrepor este raciocínio à questão da criminalização da homofobia, uma vez que a igualdade e a dignidade da pessoa humana são valores consensuais (e expressos na Constituição) da sociedade brasileira." Isto é, mesmo não sejam plenamente efetivados da forma que deveriam, a criminalização favor dos homossexuais não estaria promovendo uma *conscientização* desses valores por meio do Direito penal - até porque já estão profundamente inseridos no ordenamento jurídico -, mas sim a *efetivação* nesse contexto. O Estado Democrático de Direito, conforme destaca Sérgio Cademartori (1999, apud MASIERO, 2014, p. 125), "não pode ficar à mercê de eventuais consensos produzidos por eventuais maiorias."

Ademais, outro ponto jurídico-penal que legitima a criminalização da homofobia é a sua desnecessidade de novos tipos penais para se concretizar, pois estes já existem na forma de injúria, lesão corporal, homicídio, entre outros. O que se propõe é uma diferenciação qualitativa, o que, inclusive vai de encontro ao Direito Penal Mínimo (o qual, como será abordado posteriormente, tem seus fundamentos usados contra uma possível criminalização). Isso porque, segundo Salo de Carvalho (2012 apud MASIERO, p. 126), "a mera especificação da violência homofóbica [...] para hipóteses de condutas já criminalizadas não produz aumento da repressão penal, sendo compatível, inclusive, com as pautas político-criminais minimalistas."

4.1.2 Legitimidade criminológica e os efeitos simbólicos

A análise criminológica de uma legislação penal contra a homotransfobia irá se valer dos estudos já apresentados neste trabalho no tocante às suas vertentes crítica, feminista, do etiquetamento e *queer* (mesmo que esta não se trate de uma vertente doutrinariamente reconhecida) para analisar o sistema penal e descortiná-lo de suas verdadeiras faces, bem como indagar sobre a viabilidade da medida produzir efeitos simbólicos na comunidade.

É verdade que um dos escopos da criminalização almejada é que o movimento LGBTI+ se beneficiasse deste efeito simbólico inerente do Direito Penal. Não se espera somente que ocorram encarceramentos em massa de conjuntos de homofóbicos (objetivo que é de todo modo inalcançável atualmente), mas o reconhecimento de que a homossexualidade, ao receber um tratamento penal especial, possui sua importância social, de forma a projetar no âmbito coletivo que a discriminação é de fato nociva e repugnante.

Como parâmetro de comparações, os estudos criminológicos analisam os efeitos de outras criminalizações que do mesmo modo partiram de reivindicações de movimentos sociais. A primeira delas é a Lei Maria da Penha que, ao tornar-se notória devido a pesada divulgação pelo movimento feminista, provocou significativas mudanças culturais. Masiero observa que:

o nível de consciência do problema da violência doméstica na sociedade brasileira ganhou densidade, e as mulheres passaram a sentir-se acolhidas no serviço de atendimento e denunciam os atos de violência sofridos, o que, [...] é um importante dado para que se possa mapear o problema e atuar positivamente, através de políticas públicas não punitivas. (MASIERO, 2014, p. 128)

Outrossim, houve forte simbolismo trago pela tutela penal do racismo através da Lei 7.716/1969 (Lei de Racismo, define os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor) e da Lei 10.741/2003 (que incluiu a injúria racial no Código Penal), tendo em vista a considerável mudança cultural em torno do tratamento dos negros. Ainda que o problema do racismo não tenha sido erradicado em sua expressão, é possível afirmar a existência de um risco real caso alguém resolva proferir injúrias contra os negros. Como pontua Paulo Iotti:

Argumentam opositores da criminalização, ainda, que a Lei Antirracismo não acabou com o racismo negrofóbico e que o Estado Penal persegue a

população negra e pobre, donde isso demandaria substituir a lógica criminalizadora por alguma outra. [...] Ademais, embora a negrofobia ainda exista e seja forte, o (primeiro) argumento fecha os olhos ao fato de que **a Lei Antirracismo, de 1989, calou os discursos de ódio racistas, diminuindo-os consideravelmente**. Atualmente, regra geral, pelo menos em público, pessoas racistas tentam disfarçar seu racismo, em virtude da criminalização. Até 1989, pseudo “piadas” racistas eram generalizadas e discursos de ódio racistas ditos com muito orgulho e segurança por seus prolores. Com a criminalização, sabedores de que tal conduta poderia *gerar cadeia*, essas manifestações públicas de racismo diminuíram. (IOTTI, 2017)

Isto posto, Daniel Borrillo (2010) ao comparar a tutela jurídica de pautas criminalizadoras dos outros movimentos sociais com a situação dos homossexuais, conclui:

Essa ausência de proteção jurídica contra o ódio **homofóbico posiciona os gays em uma situação particularmente vulnerável**, tanto mais grave quanto a homossexualidade usufrui do triste privilégio de ter sido combatida, durante os últimos dois séculos, simultaneamente, enquanto **pecado, crime e doença**: mesmo escapando à Igreja, ela acabava caindo sob o jugo da lei laica ou sob a influência da clínica médica. (BORRILLO, 2010, p. 41) (grifo nosso).

Enquanto o racismo e a misoginia são, pelo menos formalmente, condenados pelas instituições, a homofobia segue desenfreada - e ultimamente, ampliada pelo cenário político - como parte integrante do discurso de associações familiares, políticas e intelectuais quase na forma de uma opinião de bom senso, isso tudo sem gerar reações por parte da sociedade civil, silente até nos momentos de crimes contra a vida de homossexuais. (MASIERO, 2014).

Diante do exposto, acredita-se que a inserção do "crime homofóbico" na legislação penal, independentemente de sua forma, traria a visibilidade e reconhecimento do problema por parte do Poder Público, justamente por se considerar que o Direito tenha o poder de auxiliar a promoção de mudanças culturais. Sobre o tema, Pierre Bourdieu sinaliza dois efeitos: o efeito de "normalização" da norma jurídica, na medida em que essa norma influencia as concepções da normalidade social, propriamente por ser ela mesma que aponta *o que é e onde* está essa normalidade (geralmente em detrimento de condutas tuteladas como crimes e, por consequência, *anormais*); e o efeito de "oficialização", que se dá com o "reconhecimento público de normalidade que torna dizível, pensável, confessável, uma conduta até então considerada tabu (é o caso, por exemplo, das medidas que dizem respeito à homossexualidade)" (BOURDIEU, 2002; apud MASIERO, 2014, p. 130).

Em contrapartida, é preciso apontar os argumentos contrários à efetividade desse poder simbólico do Direito Penal, precipuamente no que diz respeito à comunidade LGBTI+. De início, é conhecido que as finalidades atribuídas à prisão não se cumprem efetivamente, em especial porque elas não intimidam que novos crimes ocorram, não reabilitam os criminosos e não causam a diminuição da criminalidade (SERRA, 2015). Considera-se, portanto, que o poder simbólico dessa pena é meramente retórico, abstrato e sem qualquer materialização de controle sobre a violência a qual se incrimina.

Essa diferenciação acerca do caráter simbólico do direito penal é relevante na medida em que realmente expressa essas duas marcas fundamentais dos sistemas de repressão criminal contemporâneos. Por um lado, realmente há uma função tranquilizadora em relação à população. **Quanto mais direito penal é editado, mais as pessoas ficam embriagadas com este efeito estupefaciente do direito penal. Uma função simbólica, não efetiva.** (SANTOS, 2012; apud SERRA, 2015, p.71-72) (grifo nosso)

Em que pese as alegações sobre os efeitos da pena estejam comprovados em diversos estudos criminológicos, é importante contradizer com a importante mudança de concepção a respeito do Direito Penal simbólico vem tendo, nomenclatura que, durante longo tempo, foi usada para denotar inutilidade desse sistema (como é visto acima). Com os efeitos descritos por Pierre Bourdieu (apud MASIERO, 2014), é notável que o Direito Penal, com toda sua força de promoção de mudanças, traz estigmatização de condutas ilícitas e a estabilização de valores públicos, sendo uma forma poderosa de criar significados sociais - como as alterações trazidas pela Lei Maria da Penha e a Lei de Racismo.

Desse modo, diante da realidade opressiva e violenta a que estão submetidos certos grupos, Masiero (2014, p. 131) completa: "o Direito penal, se ficasse indiferente, estaria a dar mostras, uma vez mais, de sua própria tendência discriminadora," limitado a tutelar interesses da maioria, o que é inconstitucional. "Claro que ter direitos como LGBT não protege contra violência, mas, mesmo assim, seu reconhecimento é importante pelo peso de seu valor simbólico, de seus efeitos sobre a autopercepção e da identidade social das pessoas." (MASIERO, 2014, p. 149). Por isso, não há que se falar em inutilidade dessa medida.

4.1.3 O legado do PLC 122/2006

Vista a discussão da legitimidade, é possível observar seus frutos no meio jurídico legislativo. Aqui poderemos analisar o PLC 122/2006, proposta legislativa que trata da criminalização da homofobia, arquivada em 2017, mas que deixou uma série de questões a serem discutidas e novas medidas a se considerar.

Em sua tramitação, os principais entraves à aprovação do projeto foram duas concepções já desconstruídas nesse trabalho, sendo elas: o erro conceitual de que a ordem jurídica da democracia demandaria a tutela do Direito para assuntos apenas da maioria; e os valores religiosos impregnados no seio político do país, mesmo sendo um Estado laico constitucionalmente. Isso impediu a aceitação e procedimento de políticas públicas mais abrangentes no campo dos direitos humanos, especialmente no que tange à comunidade LGBTI+. (MASIERO, 2014).

De qualquer modo, o projeto originário (posteriormente alterado⁵⁶) se valia da alteração de diplomas legais para definir os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero" (BRASIL, 2006). Diante disso, buscou ampliar a abrangência da Lei de Racismo para inclusão dessas nomenclaturas logo no artigo 1º da Lei, gerando um efeito cascata no restante dos tipos penais que passariam a ter que considerar a orientação sexual e identidade de gênero no momento de aplicação. Além disso, criou-se novos tipos penais que criminalizavam condutas homofóbicas em âmbito empregatício, educacional, hotelaria, imobiliário etc. Considero importante também apontar a inserção de um dispositivo referente à interpretação da Lei no momento de sua aplicação, que deveria atender a proteção aos direitos humanos e ser a favor da luta antidiscriminatória.

Tecendo novas comparações com a Lei de Racismo e com a Lei Maria da Penha (11.340/2006), Salo de Carvalho (apud MASIERO, 2014) observa como a segunda tratou a questão da criminalização de uma forma mais desejável, ainda mais considerando estarem tratando de um instituto de *ultima ratio*, e portanto é necessária maior cautela. Com efeito, a legislação pretendeu criar um novo sistema jurídico para

⁵⁶ O PLC 122/2006 passa por três estratégias normativas: (i) a do PLC 122/2006 propriamente dito e do Substitutivo da CAS; (ii) a do Substitutivo da Senadora Marta Suplicy; e (iii) a do Substitutivo do Senador Paulo Paim. A primeira opta pela inclusão da homofobia na já existente Lei 7.716/1989, a segunda destaca a necessidade de haver uma legislação específica para o tratamento da homofobia e a terceira, por sua vez, esquiva-se de tratar a homofobia e ressalta a necessidade de uma lei genérica e não de uma especial para a orientação sexual.(MASIERO, 2014, p. 143).

tratar a questão da mulher⁵⁷, limitando a matéria de intervenção penal em poucos artigos (4 artigos de 46) e consolidando, assim, uma posição positiva na ótica político-criminal minimalista. A conexão reduzida à intervenção penal - pelo menos em comparação com a Lei de Racismo - não impediu que a Lei Maria da Penha tivesse sua parcela de sucesso na mudança cultural.

Por sua vez, a Lei 7.716/1989 (Lei de Racismo) teve um viés criminal mais acentuado, com mais dispositivos prevendo tutela penal (15 artigos de 22) sobre práticas que, inclusive, poderiam ter sido tratadas em outras searas do Direito, como civil, trabalhista e administrativa. Por isso, falharam em expressar o poder simbólico do Direito penal, o que, inclusive, ensejou a instituição da Lei 10.741/2003 - que adicionou a injúria racial no Código Penal - como complemento a esse poder simbólico que se mostrava confuso.

A partir do momento que os relatores do PLC 122/2006 escolheram a Lei de Racismo para que ocorresse a criminalização da homotransfobia, herdaram o poder simbólico duvidoso da legislação, que poderia tratar muitos de seus assuntos em âmbito extra penal. Além disso, diluíram a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero nas questões de raça, cor, religião, etnia e procedência nacional, retirando a unicidade das reivindicações do movimento negro e do movimento LGBTI+ que possuem pautas e motivações socioculturais sobremaneira diferentes. (MASIERO, 2014).

A despeito do arquivamento do projeto, outros projetos e sugestões legislativas surgiram com o mesmo escopo: criminalização da homotransfobia. A título de exemplos temos a Sugestão nº 5 de 2016 (SUG 5/2016)⁵⁸, ideia legislativa proposta ao Senado por civis, e a PLS 515/2017, ambas com ementas semelhantes ao PLC 122/2006

⁵⁷ Masiero (2014, p. 144) explica: veja-se que a intenção da lei é bastante interessante pretendendo tratar o problema de maneira global: começa com as "medida integradas de prevenção", as quais abrangem um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações governamentais; segue para a "assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar", de maneira articulada com os programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal, bem como estipulação de medidas protetivas de urgência; passa ao "atendimento pela autoridade policial"; e por fim, cria os "Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher", os quais possuem competência cível e criminal, ou seja, pretendem processar, julgar e executar não só a violência específica, mas "as causa decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher".

⁵⁸ De acordo com o regimento interno do Senado, para possibilitar a análise por parte do relator - no caso, o Senador Paulo Paim -, era necessário que houvessem ao menos 20 mil apoios à sugestão publicada online. Foi alcançado um total de 78.710 votos positivos contra 4.834 negativos à criminalização da discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, equiparando ao crime de Racismo.

na equiparação da homofobia ao crime de racismo. Enquanto a SUG 5/2016 ainda está pendente de gerir resultados, a PLS 515/2017 já está tramitando com a relatoria, alcançando quase 420.000 votos⁵⁹ favoráveis, contra 6.900 desfavoráveis a sua aprovação.

4.1.4 O gênero tratado dentro do sistema penal

Compreender o direito como uma ferramenta para tutela do gênero se mostra importante frente a uma possível criminalização - isso decorre principalmente do atual cenário preconceituoso quanto ao estudo do gênero. Diante disso, as criminologias feministas e *queer* acabam revelando a natureza heteronormativa e até violenta do sistema penal em seu funcionamento.

Victor Siqueira Serra (2015) afirma que a matriz heterossexual está presente desde a elaboração de leis até sua aplicação no sistema criminal, valendo-se da concepção de que tal sistema não funciona da mesma forma para homens e mulheres.

[...] o poder punitivo não é suscetível de se utilizar indistintamente pelo homem ou pela mulher, segundo sua situação social particular, vez que está estruturalmente vinculado à dominação e subordinação da mulher, e somente com sua redução e contenção a mulher superará sua posição de subordinada do poder. (ZUFFARONI apud SERRA, 2015, p. 61).

No mesmo sentido, Carol Smart (1976 apud SERRA, 2015) alerta para a retirada do poder dos movimentos feministas - e, por analogia, do movimento LGBTI+ - a partir do momento que se submetem a uma legislação estatal:

Não podemos prever o resultado de qualquer reforma legal individual. Na verdade, o principal dilema para qualquer engajamento feminista com a lei é a certeza de que, uma vez aprovada, a legislação está nas mãos de indivíduos e agências muito distantes dos valores e políticas do movimento de mulheres. (SMART, 1976; apud SERRA, 2015, p. 62)

Isso significa que demandas por criminalização de condutas homofóbicas, ao serem colocadas sob o poder do sistema penal, não serão, necessariamente, postas em prática do modo que os movimentos sociais almejam. Esse sistema, na concepção formada por Vera Regina Pereira de Andrade, é ineficaz para proteger as mulheres porque não consegue prevenir novas violências, não escuta as vítimas e nem promove a

⁵⁹ Votação pública e aberta realizada pelo próprio Senado. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132048>>. Acesso em: 13/11/2018.

emancipação desta. Além disso, ele divide as mulheres e as julga duplamente independente de serem autoras ou vítimas dos crimes, divisão essa relacionada aos valores culturais de mulheres ditas "honestas" e "desonestas", onde estas são abandonadas na medida em que não se adequam aos padrões de moralidade sexual impostas pelo heterossexismo. Nas palavras da autora, o nível de repressão às mulheres se torna ainda mais forte quando o sistema penal expressa e reproduz a ideia de mulheres que "seriam capaz de falsear um crime horripilante como estupro, para reivindicar direitos que não lhe cabem". (ANDRADE apud SERRA, 2015, p. 63).

A legitimação da violência de gênero por meio do discurso judicial é inequivocamente presente no âmbito das dissidências de gênero, especialmente visível no tratamento das travestis. Além da deslegitimação da vivência feminina dessas pessoas⁶⁰, há associação constante delas com a criminalidade e promiscuidade, o que culmina na busca, por parte do sistema penal (seja nas ações policiais ou por julgamentos pelo Judiciário), de depreciar a imagem dessas vítimas ao ponto de demonstrar que elas possam ter contribuído para a confluência do crime o qual são vítimas - seja lesão, injúria ou até mesmo homicídio - e absolvendo os agressores. Essa penosa realidade é constatada por estudos etnográficos realizados por Simone Becker no estado do Mato Grosso do Sul (SERRA, 2015), mas não é necessário que se viaje muito para ter contato com essas vivências depreciativas, pois estão em todo lugar. De fato, a situação das travestis e transexuais pode ser considerada extremamente gravosa e inferiorizante mesmo em comparação com as outras dissidências de gênero, como gays, lésbicas e intersexuais, justamente pelo aspecto da prostituição "necessária"⁶¹ a que são submetidas.

A busca da tutela penal pelo movimento LGBTI+ através da criminalização da homofobia estaria, nesta concepção, profundamente equivocada. Primeiro porque o poder punitivo, como visto anteriormente, é desigual, seletivo, injusto, não reintegra o

⁶⁰ Recorrente uso de pronomes masculinos e da palavra "vulgo" antes dos nomes sociais de travestis. (SERRA, 2015).

⁶¹ O mercado de trabalho do âmbito privado ainda tem dificuldades em se livrar de preconceitos e acolher essas pessoas em que a dissidência de gênero é tão aparente quanto excluída. Aliado ao fato de muitas travestis se encontrarem em condições previamente dificultadas por exclusão semelhante no sistema educacional, muitas se valem do último recurso para sobrevivência quando não há formação acadêmica nem aceitação no mercado: a prostituição. Essa explicação simplista não serve, contudo, para abarcar todos os problemas socioculturais que essa parcela da população sofre, sendo necessário uma abordagem específica para entendimento do que se trata a transexualidade, as travesti e os transgêneros em geral, bem como o tratamento histórico da sexualidade feminina que culminou na prostituição como meio de sobrevivência. São aspectos que não se pretende esgotar no momento.

criminoso, não protege a vítima e nem evita novas ocorrências do crime. "Segundo porque ele próprio funciona como pilar fundante do biopoder e do poder disciplinar, ambos poderes que operam sobre as dissidências de gênero de forma a produzir sua subalternidade, legitimando assim as violências que sofrem" alega Vitor Serra (2015, p. 72). Um integrante da comunidade LGBTI+, ao ser vítima de violência homofóbica, está sujeito à mesma divisão e julgamento realizado arbitrariamente contra as mulheres, não tendo poder ou função positiva para a desconstrução de preconceitos por estar em posição inferiorizada.

Salo de Carvalho contribui com a posição alegando:

O movimento LGBTs poderia superar esta lógica criminalizadora (vontade de punir), demonstrando aos demais movimentos sociais os riscos que a convocação do direito penal gera. E creio que seria possível abdicar do direito penal sem maiores danos às estratégias do movimento, sobretudo porque as políticas antidiscriminatórias não punitivas de reconhecimento dos direitos civis têm sido eficazes na nominação e na exposição do problema das violências homofóbicas em todas as suas dimensões (violências simbólica, institucional e interpessoal).

[...] ao negar explicitamente qualquer vínculo com o sistema penal, o movimento LGBTs estaria afirmando que a própria lógica punitiva é homofóbica, misógina e racista. Talvez esta fosse a estratégia efetivamente revolucionária em termos de ruptura com a cultura homofóbica. (CARVALHO, 2012, p. 209)

Dito isso, é preciso, ainda assim, considerar que a tutela penal da homofobia pode contribuir para prevenção e enfrentamento da violência, seja pelos diversos motivos expostos, seja levando em conta que a ausência de um quadro normativo de proteção explícita da população LGBTI+ contribui para a perpetuação da homofobia.

A solução ou a ruína para a questão do gênero no sistema penal não deve ser atrelada apenas à legislação que criminalize a homofobia, mas busca-se aqui uma resposta positiva que poderá vir no momento da aplicação da lei penal, como poderemos ver a seguir.

4.2 A TESE DA "CRIMINALIZAÇÃO RESTAURATIVA"

Em síntese do que foi exposto até o momento, o tema recorrente da criminalização da homofobia desdobra-se da crença geral da sociedade na necessidade do uso do Direito Penal para coibir determinadas condutas, valendo-se principalmente de seus efeitos simbólicos como ojeriza de práticas intolerantes ao convívio social. Mas

existe uma oposição armada com o discurso da seletividade do sistema penal e sua ineficácia comprovada em variados casos, portanto, opõe-se ao aumento do Estado Penal, não sendo recomendado que inclua em seu bojo a lesbofobia, a gayfobia, a bifobia e a tranfobia (homotranfobia).

Ao analisarmos essa oposição, depara-se com a concepção do Direito Penal Mínimo, em que, nas palavras de Paulo Iotti (2017), "o minimalismo penal não é algo quantitativo, dependente de um baixo número de leis penais, mas qualitativo." Em outras palavras, essa teoria prega uma conduta só poderá ser alvo de criminalização se existir um bem jurídico cuja proteção é indispensável, assim como se os demais ramos do Direito não forem suficiente para resguardar tal bem (como multas administrativas, indenizações civis, etc). Nesse sentido, analisamos anteriormente que a malha de condutas que assolam a população LGBTI+ se enquadram perfeitamente na definição de bem jurídico a ser protegido pelo Direito. Aliado a isso, Iotti (2015) identifica de plano que mesmo lugares que punem administrativamente a homotranfobia, como o Estado de São Paulo (Lei Estadual 10.949/01⁶²), não tem conseguido coibir a violência homotranfóbica, "donde o outro requisito, do Direito penal como última alternativa (*ultima ratio*), também resta atendido."

Além disso, em análise aqui posta, constatou-se que os opositores defendem que os focos da demanda do movimento LGBTI+ deveriam valer-se de atuação através da educação e conscientização social para o respeito da dissidência de gênero, isso em detrimento da demanda que busca a repressão penal do Estado.

Contudo, Iotti (2017) bem observa que "fala-se como se uma coisa fosse incompatível com a outra, algo profundamente equivocado e que não constitui, de forma alguma, a posição do Movimento LGBT brasileiro." É possível observar consideráveis pautas e posições do movimento que demonstram, prontamente, que o aspecto educacional continua sendo seu foco (como estudos liderados pelas organizações a fim de averiguar a situação da discriminação nas escolas e o programa "Escola Sem Homofobia"). Logo, é inadequado colocar a pauta da defesa da criminalização como incompatível com as pautas de educação. Além disso, assim como visto com a experiência da Lei Maria da Penha, defende-se a criminalização como medida de curto

⁶² Dispõe sobre as penalidades a serem aplicadas à prática de discriminação em razão de orientação sexual e dá outras providências. Disponível em:
< <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2001/lei-10948-05.11.2001.html>>

prazo com finalidade de garantir mecanismos de defesa à população LGBTI+ para, após uma possível mudança cultural na visão da homotransfobia como inaceitável, valer-se da educação como medida a longo prazo para transformação social.⁶³

Outro argumento que se opõe a criminalização é o de que o Código Penal atual já penaliza as condutas de violência as quais os LGBTI+s sofrem, sendo ele suficiente e desnecessário um agigantamento para tratar do mesmo problema. Contudo, o argumento ignora que a conduta de discriminar alguém, bem como os discursos de ódio não são criminalizados pelo Código Penal atual. De fato, existe a Lei do Racismo, porém ela não abarca as razões homotransfóbicas em seu bojo em vista da morosidade estatal na tramitação de projetos nesse sentido.

Sem falar que crimes **de ódio são mais graves que crimes não praticados em razão de tal ódio, justamente por praticados por desumanização** (ou mesmo desprezo) a determinada pessoa, por ela ser integrante de minoria ou grupo vulnerável, razão pela qual merecem uma punição específica, mais rigorosa, dado dito caráter opressor a determinado grupo social, inexistente nos crimes em geral. (IOTTI, 2017). (grifo nosso)

Ademais, cai por terra também o argumento de que a cadeia não recupera ninguém e que, por isso, crimes sem violência física não deveriam ser punidos da mesma forma. Não há como discordar que os presídios brasileiros são extremamente decadentes e totalmente inadequados à ressocialização, contudo, é preciso lembrar que o sistema penal admite penas alternativas em crimes de menor potencial ofensivo e que o critério dessas é o tamanho da pena, não o tipo de crime ou a vítima - uma concepção que, apesar de ser válida para contrapor o argumento, precisará ser revista adiante.

Com isso, Paulo Iotti (2017) indaga com certa indignação: "Por que só quando a população LGBTI está envolvida é que se quer reinventar o universo penal, ao invés de criminalizar sua opressão da mesma forma que se criminaliza tudo nesse país?"

Essa pergunta surge com a teoria do autor da *não-hierarquização de opressões*, a qual observa que as opressões à outros grupos vulneráveis e minorias em geral são

⁶³ "Sempre faço um paralelo com posição externada pelo Movimento LGBT argentino, na luta pelo casamento civil igualitário. Lá, simplificando, setores tradicionais do movimento não queriam o "casamento civil", por considerá-lo uma "instituição conservadora", "heterossexista". Defendiam uma "união civil", específica para homossexuais (algo que considero intolerável. Ou então que se reformulasse toda a legislação do casamento civil, para torná-lo "progressista", também para simplificar dessa forma. Felizmente, ali prevaleceu o argumento que pregava "**primeiro a igualdade**". Ou seja, primeiro inclua-se casais homoafetivos na lei do casamento civil para, somente em futuro momento, discutir-se alterações no regime jurídico do casamento civil." (IOTTI, 2017).

punidas criminalmente, como as discriminações por raça, cor, etnia e procedência nacional e religião, bem como a violência doméstica e a discriminação a pessoas com HIV. Sendo o Direito Penal a resposta do Estado nesses casos, o autor observa que "não criminalizar a discriminação e os discursos de ódio à população LGBTI da mesma forma que se criminaliza outras opressões passa a evidente mensagem de que a opressão homotransfóbica seria menos grave do que aquelas outras." (IOTTI, 2017). Nesse sentido, mesmo que os critérios opostos ao sistema penal sejam marcados com as melhores intenções, essa será a mensagem passada à sociedade.

Crimes de ódio e opressões em geral precisam ser criminalizadas da mesma forma que se criminaliza tudo nesse país (embora de forma mais rigorosa, cf. supra), **sob pena de incoerência sistêmica geradora de hierarquização de opressões** ou, no mínimo, que piore a situação, largamente denunciada, de proteção penal ao patrimônio valer mais que a proteção penal a bens jurídicos mais relevantes, como a tolerância a pessoas diferentes que não prejudiquem ninguém com suas condutas, neste caso. (IOTTI, 2017) (grifo nosso).

Diante do cenário brasileiro atual, Iotti (2017) postula que vivemos em uma verdadeira "banalidade do mal homotransfóbico", notadamente na existência de pessoas ditas normais, "de bem" (termo largamente utilizado e debochado por seu sentido irônico), que se acham no direito de discriminar e violentar pessoas LGBTI+ por sua orientação sexual ou identidade de gênero que é dissonante. Por isso, não há como afastar o importante papel educativo do Direito Penal, principalmente no sentido de que as leis penais não podem ser *puramente* simbólicas, mas não há negação do simbolismo imanente em toda lei, sendo "notório que a ausência de criminalização específica faz com que muitos(as) considerem ofensas e discriminações homotransfóbicas estariam protegidas por sua liberdade de expressão" (IOTTI, 2017).

4.2.1 A vertente restaurativa e as políticas públicas

A construção histórica, político-criminal e sociocultural levantadas durante todo esse trabalho tem como objetivo a concepção de um sistema penal em que lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, intersexuais e *queer*, possam ter suas dignidades respeitadas por quem eles se identificam ser e/ou por quem eles desejam ser, considerando os pontos positivos e negativos da criminalização cumulados com soluções pacíficas e que valorizem os todos sujeitos do sistema.

Não há como obstar, no ponto atual, que a criminalização é a solução atual mais condizente com as necessidades do movimento LGBTI+. A medida é totalmente legítima do ponto de vista político-criminal, criminológico e sociocultural, tendo seus entraves e oposições impugnados por Paulo Iotti (2017) e Clara Moura Masiero (2014), os quais advogam por uma tutela jurídica penal da violência homotransfóbica justamente por ser o caminho imediato de alteração da mentalidade cultural, sendo possível buscar, num futuro hipotético, medidas educativas.

Masiero trouxe ainda, na sua análise do texto original do PLC 122/2006, seu caráter punitivo, às vezes exacerbado, decorrente da inserção intentada na Lei de Racismo - esta que possui tal natureza por si só. Em que pese a existência de outros projetos com o mesmo conteúdo, o arquivamento da PLC, que tinha a maior visibilidade e possibilidade de aprovação, abriu espaço para a formação de novos projetos de lei que, ao nosso ver, pode seguir uma vertente mais restaurativa do que punitiva, à luz de ideias de Howard Zehr.

É verdade que o gênero é tratado de forma inferiorizada no sistema penal, tanto que tal concepção foi explicada e comprovada no presente trabalho, onde fica constatado o subtratamento dado às vítimas dentro desse sistema. Frente à situação apontada por Serra (2015) da desvalorização das vítimas dentro do sistema penal quando se tratam de mulheres e/ou dissidentes de gênero, a resposta pode se valer de ideologias restaurativas que promovam a inclusão do papel de tal vítima no tratamento criminológico, bem como sua valorização quanto o ser a ser reparado.

Essa é a proposição de Howard Zehr (2008), que acredita que a justiça deveria se concentrar na reparação, "em acertar o que não está certo". Isso ocorre colocando as necessidades da vítima no ponto de partida do processo, sem retirar a responsabilidade e obrigação de reparação do ofensor, visando sanar as *violações* ocorridas em virtude do crime, estas que se representam em quatro dimensões distintas: a vítima; os relacionamentos interpessoais; ao ofensor; e, por fim, a comunidade.

Essas dimensões devem ser o alvo do sistema penal que deve, como primeiro objetivo, reparar e curar as vítimas, depois sanar o relacionamento entre vítima e ofensor, seguida da cura também do ofensor e, finalmente, a cura da comunidade que se viu lesada pelo crime da mesma forma. Essa concepção decorre das necessidades

pujantes das vítimas frente a tutela penal, as quais se expressam através do desejo de apoio e segurança. Elas precisam ser empoderadas, como alude Zehr:

As vítimas precisam se sentir necessárias e ouvidas ao longo do processo. Uma das dimensões do mal é que elas foram despidas de poder, portanto, uma das dimensões da justiça deve ser a restituição desse poder. **No mínimo isso significa que elas devem ser a peça principal na determinação de quais são suas necessidades, e como e quando devem ser atendidas. Mas as vítimas deveriam participar de alguma forma do processo como um todo.** (ZEHR, 2008, p. 18).

Isto posto, é uma vertente que trata de adotar valores diferentes, e não tecnologias de punição diferentes, tendo em vista que muitas já existem e estão em funcionamento - ainda que precário -. É o exemplo das mediações judiciais e outras medidas em que valorizam as vítimas, dando inclusive, certo poder de decisão sobre as penalidades que serão impostas ao ofensor - sempre em posição com um pensamento restaurativo, democrático e digno.

Paulo Iotti (2017) é um opositor da adoção dessa medida ao movimento LGBTI+, na mesma linha de pensamento de não se proceder à hierarquização de opressões, conforme aludido:

Ora, não contesto, e poucas pessoas de esquerda contestarão, a necessidade de se reestruturar o sistema penal brasileiro, para uma linha restaurativa, cujo foco principal não seja o punitivismo, mas a efetiva ressocialização do criminoso e reparação do dano causado à vítima. *Quem propuser uma reforma de todo o sistema penal nesse sentido terá todo o meu apoio.* Ocorre que essa é uma discussão que tem que ser feita para o **sistema penal como um todo.** [...] **Não é justo que apenas a opressão contra pessoas LGBTI seja alvo de uma forma alternativa de punição, criando-se um “Direito Penal Paralelo”, somente a elas, como alguns parecem propor.** [...] **Adotar uma perspectiva punitivista ou efetivamente ressocializadora /restaurativa é uma decisão fundamental da sociedade como um todo, que não pode ser jogada nas costas da população LGBTI e de quaisquer outros grupos vulneráveis vítimas de histórica opressão social.** (IOTTI, 2017) (grifos do próprio autor)

Contudo, por melhores que sejam as intenções de suas alegações - e concordamos que as opressões não podem ser hierarquizadas devido ao seu caráter nocivo às comunidades -, é preciso lembrar que cada movimento social tem sua história e motivações. Igualizar as punições geraria um problema de isonomia, em que as desigualdades não estariam sendo tratadas na medida de suas desigualdades. É como abordado por Salo de Carvalho (2012):

Nesse sentido, acredito que *a via eleita* pelo movimento LGBTs, ao optar pela inclusão da homofobia na Lei 7.716/1989, foi extremamente inadequada [...] porque dilui a ideia de preconceito e discriminação por orientação sexual e identidade de gênero nas questões de raça, cor, religião, etnia e procedência

nacional. Por mais que a homofobia possa ser enquadrada teoricamente nos crimes de ódio (*hate crimes*) e guarde uma significativa identificação com a xenofobia, o racismo e o antissemitismo, cada um destes fenômenos guarda uma complexidade própria que merece ser analisada individualmente. (CARVALHO, 2012).

As violências homotransfóbicas decorrem de séculos de opressão pelo heterossexismo, desinformação e censura quanto ao que se entende como orientação sexual e identidade de gênero. Como já citado por Daniel Borrillo (2010), por muito tempo a homossexualidade (aqui abarcando todas as dissidências de gênero) foi punida em todos os âmbitos normativistas da sociedade, seja pela lei, pela religião e/ou pela medicina. Uma repressão tão pesada não se evade tão facilmente se não for atingida em seu núcleo: a ignorância e a falta de respeito ao desigual.

É claro que, desde o início, foi adotada uma posição de que a criminalização é uma medida imediata, por isso não se busca, neste momento, lutar contra todos os entraves nucleares da homotransfobia em uma legislação única. O que se postula é a vinculação dessa criminalização a uma vertente que se conecta de melhor modo a seus anseios, que não é a Lei de Racismo.

Nesse contexto, é possível, através da tutela penal exercer o papel educativo imediato, como foi visto. Aliado a isso, a vertente restaurativa, colocaria a vítima a par de posições com seu ofensor em casos de crimes que estejam dentro da competência do Direito penal, e ela, munida do apoio e segurança que essa legislação criminológica é capaz de oferecer, poderia ver a resolução de seu problema em reparação de danos, punição do ofensor e, de quebra, um esforço da tutela jurídica em ensinar sobre a nocividade da homotransfobia.

Não seria, desse modo, uma minimização da opressão contra LGBTI+ como posto por Paulo Iotti (2017), mas sim um *plus* como inovação legislativa no tratamento de minorias e grupos vulneráveis, precipuamente no tratamento digno que deve ser dado ao gênero. Tais inovações foram vistas em certa medida na Lei Maria da Penha, que buscou tratar o problema da violência doméstica de maneira global, instituindo sistemas próprios de prevenção, assistência e atendimento às vítimas.

4.2.2 O caso Natalha Claudinei Silva Nascimento

Um caso noticiado recentemente tem chamado atenção devido a sua particularidade. É a história de Natalha Claudinei Silva Nascimento, professora, transexual, agredida fisicamente quando respondeu às ofensas cotidianas por parte de um grupo de homofóbicos. Sua reação foi motivada pela reiteração dos atos discriminatórios praticados por funcionários de uma pastelaria local.

A professora de 35 anos entrou na Justiça buscando reparação de danos, e, ao ganhar a causa, durante a conciliação judicial, ela decidiu trocar a indenização de 20 mil reais pela chance de dar aula ao seus agressores. A BBC reporta que durante

a aula, em vez dos números que ensinou por mais de dez anos como professora de matemática do ensino médio e fundamental, Natalha lecionou sobre gênero, aspectos biológicos e comportamentais dos transgêneros, direitos, violência contra os desiguais e a importância de denunciar atos discriminatórios. (BBC, 2018)

Nas palavras de Natalha, "foi a ignorância que me fez sofrer por todos esses anos e quero acabar com ela com a educação." Ela adiciona ainda que "não tem dinheiro no mundo que valha a minha dignidade e respeito. Moro na favela mais perigosa do Distrito Federal e quero transitar livremente sem ter medo de morrer ou ser assassinada por ser quem sou". Por fim, continuou: "Para mim, o único jeito de viver isso é pela educação, que pode transformar uma sociedade violenta, preconceituosa e corrupta."

Os desdobramentos dessa história inspirou a construção da criminalização restaurativa aqui postulada. É possível ver que há, sim, possibilidade de reparação de danos, tratamento digno do gênero e consequente pauta educativa em sua estipulação, sendo inclusive bastante atual e munida de recursos que o próprio Direito é capaz de fornecer.

O que falta, ao nosso ver, é o simbolismo patente do Direito penal e seus efeitos de normalização e oficialização, o que poderia gerar uma considerável mudança cultural de forma imediata, além de promover o reconhecimento, tanto social como individual, da importante missão de preservar a diversidade e a dignidade.

Uma legislação penal restaurativa que trate de denominar o crime homofóbico com precisão técnica, delimitação e objetividade, bem como de estabelecer princípios e procedimentos próprios para o tratamento das dissidências de gênero traria benefícios ao movimento LGBTI+ que ultrapassam os malefícios. A sua aprovação em âmbito do

Legislativo, cumulada com as políticas públicas pedagógicas em forma de ações afirmativas promovidas pelo Executivo⁶⁴ e o recente ativismo do Judiciário em proteção da igualdade e felicidade dessas pessoas⁶⁵, cumpre a função do Estado Democrático de Direito. Ainda assim, é claro que as lutas por direitos civis estão longe de se concretizarem completamente e há muito em que se avançar para efetivação dos direitos humanos no Brasil, notadamente em sua conjuntura política atual. São muitos os caminhos para se percorrer nessa busca pelo respeito da diferença entre os seres humanos, e o Direito, aparelhado por princípios e valores constitucionais de promoção da dignidade da pessoa humana, terá crucial função reguladora das contingências e seus clamores.

⁶⁴ No sentido de demonstrar à população heterossexual que sua sexualidade não é incontestável tampouco compartilhada por todos e que a hierarquia de sexualidade é tão detestável quanto a de raças. (MASIERO, 2014).

⁶⁵ Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas. (DWORKIN apud MARTINS; MITUZANI, 2011)

CONCLUSÃO

Esta dissertação se comprometeu a analisar o problema da criminalização da homofobia, elencando conceitos, teorias, pesquisas e autores que trataram do tema de forma memorável, independente de seus posicionamentos com relação à medida. Utilizou-se a obra de Clara Moura Masiero como marco teórico e guia para abordagem dos temas que se conectam com o objetivo final do trabalho, valendo-se ainda de autores como Salo de Carvalho, Paulo Iotti, Daniel Borrillo e outros.

Num primeiro momento, por se tratar de uma medida voltada ao combate à homofobia, estudou-se esse conceito e sua característica polissêmica, ou seja, capaz de abranger uma variedade de outros elementos constitutivos que são complexos por si só, como orientação sexual, identidade de gênero e heterossexismo. Abordou-se também o desenvolvimento histórico dessa prática discriminatória, revendo dogmas religiosos e científicos para sua condenação ao longo da história. Foi possível abordar como a homofobia esteve enraizada em diversas épocas da humanidade, sendo uma carga histórica longa demais para ser desconsiderada. As pessoas passaram tanto tempo discriminando a homossexualidade que a concepção de ideias progressistas a favor da diversidade causam desconforto e repressão.

A partir disso, desenvolveu-se a exposição do heterossexismo, um dos elementos da homofobia, e sua posterior desconstrução feita pela teoria *queer*. Com isso, foi possível demonstrar que toda a carga histórica de repressões culminaram numa cultura heteronormativa que se espalha por todas as áreas da comunidade. Elucidou-se também, à luz da teoria *queer*, as diferenças dos sujeitos tidos como LGBTI+, bem como a relação de tal teoria com a criminologia uma área também tomada inicialmente pelo heterossexismo, mas com potencial de ser desconstruída de forma positiva.

Não pode-se ignorar também a importância da composição histórica e doutrinária do direito das minorias, notadamente pela evolução dos movimentos sociais, exposição dos princípios do Estado Democrático de Direito e compreensão das demandas do movimento LGBTI+ no Brasil. Aqui, ficaram evidenciadas as pautas criminalizadoras por parte deste movimento que ensejaram a confecção dos projetos de lei e medidas institucionais nesse sentido.

Por fim, entendendo o surgimento da homofobia e da criminalização, como elementos separados, foi possível correlacioná-los para análise da legitimidade dessa demanda. Foram comprovados os requisitos políticos-criminais, criminológicos e socioculturais para construção de uma tutela penal a favor dos dissidentes de gênero, não esquecendo das duras críticas tecidas contra essa demanda, mas que não obstam sua viabilidade prática. De fato, o valor simbólico da demanda é um de seus pontos positivos mais fortes, ao contrário do que se possa opor, pois há muito o papel de construção social do Direito Penal está consolidado - ainda mais se forem consideradas as consequências da Lei de Racismo e da Lei Maria da Penha, que tiveram efeitos significativos no sentimento geral de repreensão do racismo e misoginia doméstica.

Culminando na aposta da criminalização da homofobia como uma medida positiva, a ilustração de uma vertente restaurativa dentro dela tornou-se factível, considerando que o movimento LGBTI+ possui suas particularidades em relação às outras minorias e, portanto, não é recomendável que seja criminalizado como elas - mesmo que sejam as posições mais defendidas no Poder Público. Essa vertente tem o condão de abarcar o conceito e a história da homofobia, valorizar o gênero e vítima, bem como correlacionar com os ditames principiológicos do Estado Democrático de Direito, tal como se exprime pelo caso da professora Natalha Claudinei Silva Nascimento. Vê-se que há modos, dentro do próprio ordenamento jurídico, de formalizar um sistema único munido de instrumentos que gerem a proteção e o devido tratamento dessa população tão estigmatizada cotidianamente.

A população LGBTI+ é digna, diante da sua pluralidade de integrantes, de ser protegida e defendida pelo Estado Democrático de Direito, ressaltando-se que aqui estão inclusas pessoas de todos os tipos e que integram muitos outros grupos sociais, como negros, mulheres, cadeirantes, idosos, crianças, ricos e pobres. A diversidade inerente, o símbolo formado por diferentes cores, é inspirador suficiente para que se entenda a importância dessa minoria no âmbito social: LGBTI+ compõem empresas, escolas, tribunais, comércios, gabinetes, hospitais e, principalmente, famílias. De fato, o valor que se busca proteger é a possibilidade de cada um ser quem verdadeiramente é, ao mesmo tempo que constitui relações afetivas da forma que os sentimentos se orientarem.

É difícil enumerar valores que estejam acima dos valores de autodeterminação e do afeto de cada ser humano, sendo eles os motivadores para a defesa dessa população. E a partir do momento que os outros ramos do Direito não tem gerado efeitos suficientes, valores tão importantes não podem ser mitigados em prol da manutenção de uma cultura heteronormativa. Pelo contrário, o Direito Penal, como *ultima ratio*, tem a missão de finalmente estender sua tutela à essa população.

Importante frisar que não se espera que as medidas aqui trabalhadas sejam consideradas sem distorções e alterações pelos sujeitos que compõem o Poder Público, contudo, acreditamos ter sido possível abordar o tema da criminalização da homofobia da forma mais desejável ao tratamento aos integrantes da comunidade LGBTI+. Não há como negar, ainda assim, que haverá muito em que se avançar para efetivação de uma sociedade democrática, justa e plural. Mas uma coisa é certa: a resistência dessa comunidade é forte, flexível e politizada, portanto, não faltarão esforços em prol de melhores condições para toda a sociedade, seja hoje, seja no futuro.

REFERÊNCIAS

ALVES, Robson Cosme de Jesus. **Violência homofóbica, processo de criminalização de condutas e efetividade de direitos fundamentais**. In: II Encontro PROCAD - UFAL, UFPE, UFPB - O judiciário e o discurso dos direitos humanos, 2011, Recife. II ENCONTRO PROCAD - UFAL, UFPE, UFPB - O judiciário e o discurso dos direitos humanos. Recife: Editora Universitária UFPE, 2011. v. 1. p. 1245-1257.

ÀVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14 ed. São Paulo: Melhoramentos, 2013.

BASTOS, Vinícius Marasciulo Dias. **A (não) criminalização da homofobia no Brasil: contrastes entre as exigências de proteção penal e direito penal simbólico**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 146, mar 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/id=6301?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16982&revista_caderno=3>. Acesso em 01/07/2018.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas**. 2. ed. rev, atual e ampliada. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

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

COLONNA, Noemia. **A professora transexual que trocou indenização de R\$ 20 mil pela chance de dar aula a seus agressores**. BBC News Brasil. 31 de Agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45347986>>. Acesso em: 31/08/2018.

CONSULTOR JURÍDICO. **Esperança sem Terror: Recrudescimento penal não é solução para a violência**. 15 de maio de 2003. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2003-mai-15/recrudescimento_penal_nao_solucao_violencia>. Acesso em: 01/07/2018.

CARDOSO, Arthur Martins Andrade. **Criminalização da homofobia**. ANO 26 - Nº 304 - MARÇO/2018 - ISSN 1676-3661. p. 17-19.

CARVALHO, Salo de. **Sobre a Criminalização da Homofobia: perspectivas desde a criminologia queer**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 99, p. 187-211, 2012. p. 194.

_____. **Sobre as possibilidades de uma criminologia queer**. Porto Alegre - Volume 4 – Número 2 – p. 151-168 – julho/dezembro 2012. Disponível em:

<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/download/12210/8809>>. Acesso em 01/07/2018.

FACCHINI, Regina. **História da luta de LGBT no Brasil**. In: Regional de Psicologia da 6ª Região – São Paulo: CRPSP, 2011.

FIQUENE, Giselle Torres. **Igualdade material x igualdade formal**: uma discussão sobre o sistema de cotas nas universidades brasileiras. In: Revista Digital Simonsen. Rio de Janeiro, n.2, Mai. 2015.

GONÇALVES, Luiz Carlos. **Direito Penal**: a criminalização da homofobia como forma de proteção de direitos fundamentais. 3 de julho de 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/07/03/direito-penal-a-criminalizacao-da-homofobia-como-forma-de-protecao-de-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 01/07/2018.

GUIMARÃES, Caroline Alves Cardadeiro. **Criminalização da Homofobia**: A tensão entre Direito Penal Simbólico e o Reconhecimento de Minorias. 62 f. Monografia - Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getulio Vargas. 2015.

IOTTI, Paulo. **Pela lógica do Direito Penal Mínimo, Homotransfobia tem que ser criminalizada**. Justificando. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/07/10/pela-logica-do-direito-penal-minimo-homotransfobia-tem-que-ser-criminalizada/>>.

MARCON, Heloisa Helena. **O movimento LGBT e a homofobia**: novas perspectivas de políticas sociais e criminais, de Clara Moura Masiero. Julho de 2015. Disponível em: <http://www.apoa.com.br/correio/edicao/246/o_movimento_lgbt_e_a_homofobia_novas_perspectivas_de_politicas_sociais_e_criminais_de_clara_moura_masiero/169>. Acesso em: 28/06/2018.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; MITUZANI, Larissa. **Direito das Minorias Interpretado**: o compromisso democrático do direito brasileiro. In: Seqüência, n. 63, p. 319-352, dez. 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direito_das_minorias_interpretado.pdf>

MASIERO, Clara Moura. **Criminalização da Homofobia**: *Estratégia Normativa para uma legítima intervenção penal e crítica a PLC 122/2006*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ffa62ed6b346a531>>. Acesso em 28/06/2018.

_____. **Homofobia: História e crítica de um preconceito**. 06 de dezembro de 2013. Emblemas - Revista do Departamento de História e Ciências Sociais - UFG/CAC. Emblemass, v. 10, n. 2, 125-146, jul-dez, 2013

_____. **O movimento LGBT e a homofobia: novas perspectivas de políticas sociais e criminais**. 1. ed. Porto Alegre: Criação Humana, 2014. 168p

MIOLA, Ana Luisa Imoleni; ESPECIATO, Ian Matozo. **Uma aproximação entre o pensamento queer e a criminologia**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5188, 14 set. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59465>> Acesso em: 16 nov. 2018.

PAIVA, Vitor. **Como a revolta de Stonewall, em 1969, empoderou o ativismo LGBT para sempre**. 2018. Disponível em: <<https://www.hypeness.com.br/2018/06/como-as-revoltas-de-stonewall-na-ny-de-1969-empoderou-o-ativismo-lgbt-para-sempre/>> Acesso em 13/11/2018.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FERFERBAUM, Marina. **Metodologia Jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso**. São Paulo : Saraiva - 2012.

REIS, T., org. **Manual de Comunicação LGBTI+**. Curitiba: Aliança Nacional LGBTI / GayLatino, 2018. Disponível em: <<https://unaids.org.br/wp-content/uploads/2018/05/manual-comunicacao-LGBTI.pdf>>. Acesso em: 20/09/2018.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Trad. Edmir Missio. Rev. trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RIOS, Roger Raupp. **O direito da antidiscriminação e a tensão entre o direito à diferença e o direito geral da igualdade**. Direitos Fundamentais & Justiça. Porto Alegre: HS Editora/PUCRS: Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado. Ano 6, n. 18, p. 169-177, jan/mar. 2012.

ROTHERNBURG, Walter Claudius. **Igualdade Material e Discriminação Positiva: O Princípio da Isonomia**. In: NEJ - Vol. 13 - n. 2 - p. 77-92 / jul-dez 2008. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32745-40386-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13/11/2018.

SILVA, Bruna Camilo de Souza Lima e; OLIVEIRA, João Felipe Zini Cavalcante de. **Lei de Identidade de Gênero: Uma Análise Comparativa da Lei Argentina e o PI 5002/2013 do Brasil**. Libertas - Ouro Preto-MG - ISSN 2319-0159 - Volume 2 / n. 1 / jan./jun. 2016

SERRA, Victor Siqueira. **O queer na criminologia**: criminalização da homotransfobia e proteção das dissidências de gênero no Brasil. 87 f. Monografia. Direito, Universidade Estadual Paulista. 2015.

SENADO FEDERAL. **Audiência mostra principais vítimas de discriminação por identidade de gênero**. 2015. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/06/24/audiencia-mostra-principais-vitimas-de-discriminacao-por-identidade-de-genero>>. Acesso em: 29/06/2018.

WELZER-LANG, Daniel. **A construção do masculino**: dominação das mulheres e homofobia. In: Estudos Feministas. ano 9. 2 sem. 2001. p. 460-482.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes** — um novo foco sobre o crime e a Justiça. Palas Athena Editora. Tradução de Tônia VanAcker. 2008.