

O DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO: A QUESTÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL

Marli Marlene Moraes da Costa

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Professora na Universidade de Fortaleza.

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3841-2206>

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2928694307302502>

Thalles Ferreira Costa

Pós-graduado em Direitos Humanos, Responsabilidade Social e Cidadania Global pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e vinculado a Universidade de Santa Cruz do Sul.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4179-1497>

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2089041956977276>

Resumo

O presente artigo cinge-se à análise do Direito Antidiscriminatório no que toca à repressão penal dos casos de homofobia. Orienta-se por pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Justifica-se tendo em vista o número crescente de violências perpetradas contra gays, lésbicas, travestis e transexuais. Percebe-se uma tendência omissa no que toca à subsunção das condutas na lei de racismo. É que os operadores do direito, à revelia da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, insistem em classificar as condutas racistas no crime de injúria racial, desconsiderando, portanto, a decisão do órgão constitucional. Deste modo, necessário esquadrihar as razões da decisão, bem assim o seu alcance ante a persistente omissão do Poder Legislativo e, sobretudo, ante a crescente onda de violência que assola esse grupo vulnerável.

Palavras-chave: homofobia, racismo, Supremo Tribunal Federal.

Abstract

This article is limited to the analysis of Anti-Discrimination Law with regard to the criminal repression of cases of homophobia. It is guided by bibliographical and jurisprudential research. It is justified in view of the growing number of violence perpetrated against gays, lesbians, transvestites and transsexuals. An omitted trend can be seen with regard to the subsumption of conduct in the racism law. The operators of the¹law, contrary to the jurisprudence of the Federal Supreme Court, insist on classifying

racist conduct in the crime of racial injury, disregarding, therefore, the decision of the constitutional body. Thus, it is necessary to scrutinize the reasons for the decision, as well as its scope in the face of the persistent omission of the Legislative Power and, above all, in the face of the growing wave of violence that devastates this vulnerable group.

Key-words: homophobia, racism, Federal Supreme Court

Permita que eu fale, não as minhas cicatrizes
Elas são coadjuvantes, não, melhor, figurantes
Que nem devia tá aqui
Permita que eu fale, não as minhas cicatrizes
Tanta dor rouba nossa voz, sabe o que resta de nós?
Alvos passeando por aí...
[Pablo Vittar, Majur, e Emicida]

A presente pesquisa assenta-se na discussão acerca da discriminação por orientação sexual e sua repercussão no âmbito de justiça criminal. É certo que a discriminação por orientação sexual encontra ressonância nas mais diversas esferas da vida social, baseando-se, primordialmente, na expressão do desejo sexual e suas relações com os sentidos sociais de gênero.

Cumpre destacar que discriminação é qualquer conduta que impõe distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito de anular ou prejudicar direitos e a autonomia garantida aos demais cidadãos. A homofobia se enquadra nesse amplo conceito de discriminação. Todavia, o conceito de homofobia suplanta o próprio conceito de discriminação, ocupando um lugar de destaque no ordenamento das sociedades, porquanto causador de exclusão e condição marginalizante. Nesse ponto, pensa-se, reside um fundamento essencial para sua punição. Vejamos, primeiramente, o conceito de homofobia segundo Marco Aurélio Máximo Prado e Rogério Diniz Junqueira:

O termo homofobia em sido comumente empregado em referência a um conjunto de emoções negativas (aversão, desprezo, ódio, desconfiança, desconforto ou medo) em relação aos “homossexuais”. No entanto, entende-lo assim implica limitar a compreensão do fenômeno e pensar o seu enfrentamento somente com base em medidas voltadas a minimizar os efeitos de sentimentos e atitudes de “indivíduos” ou de “grupos homofóbicos”. As instituições sociais pouco ou nada teriam algo a ver com isso. [...] Assim, além de empregado em referência a um conjunto de atitudes negativas em relação aos homossexuais, o termo, pouco a pouco, também passou a

ser usado em alusão a situações de preconceitos, discriminações e violência contra a comunidade LGBT. Passou-se da esfera estritamente individual e psicológica para uma dimensão mais social e potencialmente mais politizadora. Mais recentemente, verifica-se a circulação de uma compreensão da homofobia como dispositivo de vigilância de fronteiras de gênero que atinge todas as pessoas, independentemente de suas orientações sexuais, ainda que em distintos graus e modalidades. [...] As normas de gênero costumam aparecer, numa versão nua e crua da pedagogia do insulto e da desumanização. Estudantes, professores/as, funcionários/as identificados como “não heterossexuais” costumam ser degradados à condição de “menos humanos”, merecedores da fúria homofóbica cotidiana de seus pares e superiores, que agem na certeza da impunidade, em nome do esforço corretivo normalizador (Prado et Junqueira, 2011, p. 57).

Percebe-se que o termo homofobia é o preconceito e/ou a discriminação que desumaniza em virtude de uma condição especial e natural de um indivíduo; qual seja sua orientação sexual e sua identidade de gênero. Tendo em vista o referido conceito, é imperioso definir orientação sexual e identidade de gênero.

Segundo os Princípios de Yogyakarta, orientação sexual é a “capacidade de cada pessoa ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas” (VECCHIATTI, 2013, p.96).

Identidade de gênero é:

“a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos e outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos” (VECCHIATTI, 2013, p.96).

Ressai dos conceitos que a orientação sexual traz a diferença entre homossexuais, heterossexuais e bissexuais. Lado outro, a identidade de gênero traz a diferença entre travestis, transexuais e transgêneros em geral e cisgêneros.

Nesse contexto, por diferirem dos papéis designados para os sexos, homens e mulheres homossexuais correm risco de vida constante dentro de nossa sociedade (MOREIRA, 2020, p.620).

As ações discriminatórias em virtude de orientação sexual são, repita-se, intituladas homofobia. Vislumbra-se que a homofobia revela uma violência que pode assumir um sentido físico, voltado a atingir o corpo dos indivíduos, como também uma violência simbólica, manifestada por xingamentos, tratamento diferenciado e menosprezo. A homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo, posto que implica, necessariamente, na inferiorização da população LGBTQIA+. Ainda, é imperioso ressaltar que a homofobia e a transfobia se enquadram, igualmente, no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, porquanto negam o próprio status de cidadão aos indivíduos pertencentes a esse grupo. Isso porque, no contexto do exercício do poder, os processos hierárquicos de dominação que estruturam a sociedade situam os grupos minoritários, em especial a população LGBTQIA+, à margem da sociedade.

Adilson José Moreira, nesse ponto, leciona:

O sexismo e a homofobia são dois sistemas de dominação por meio dos quais ocorre a ordenação da vida sexual na maioria das sociedades contemporâneas. Como afirmado anteriormente, eles têm o objetivo de promover a conformidade das pessoas a papéis sociais, mecanismos que legitimam sistemas de significação por meio dos quais as pessoas constituem identidades e vivenciam sua sexualidade. Além de determinarem parâmetros que regulam aspectos essenciais da vida sexual, esses sistemas de dominação também podem ser identificados como diferentes formas de configuração de poder: o sexismo designa relações assimétricas de poder entre homens e mulheres e a homofobia entre heterossexuais e homossexuais. Esses sistemas de significação cultural e de relações de poder impedem o pleno exercício da vida autônoma dos indivíduos, além de situarem mulheres e homossexuais em condição de vulnerabilidade social permanente, situação contrária ao que determina o nosso texto constitucional, documento que estabelece a cidadania como um princípio estruturante da nossa ordem jurídica (MOREIRA, 2020, p. 640)

Registra-se que o quadro de violência e discriminação contra o público LGBTQIA+ tem impossibilitado o exercício pleno dos direitos fundamentais do referido grupo. Nesse cenário, primordial reforçar as bases da repressão penal à homofobia, destacando seus fundamentos e entraves à efetividade da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, em apertada síntese, registrou que o cenário brasileiro é de má vontade do Congresso Nacional em produzir a criminalização específica da homofobia. Deixou consignada, ainda, que é imperiosamente salutar a atuação do Supremo Tribunal Federal em sua função contramajoritária, de modo a ordenar que o Poder Legislativo Federal proceda à criminalização específica das ofensas (individuais e coletivas), agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima para garantir que não seja inviabilizada materialmente a cidadania e/ou direitos fundamentais à segurança, à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero.

A fundamentação da criminalização sustenta-se no seguinte tripé: a) existência da ordem constitucional de criminalizar (mandado de criminalização), relativa ao racismo (artigo 5º, XLII); b) ordem constitucional de combater qualquer discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, XLI) e, c) reconhecimento de força cogente ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (artigo 5º. LIV, da CF/88).

O primeiro tripé assenta-se no fato de que a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo. Racismo, por sua vez, é toda ideologia que proclama a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro. Sobre o tema do racismo, o STF posicionou-se anteriormente. É o caso Ellwanger. No referido julgado, o STF definiu um conceito de racismo ressaltando que a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. O ministro Mauricio Correa, à época, lecionou: “a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial. No caso da população LGBTQIA+ temos o racismo homofóbico e transfóbico.

Guilherme de Souza Nucci afirma que a discriminação contra homossexuais constitui espécie do gênero racismo. Em suas palavras:

[...] Do voto vencedor: “[...] Com efeito, limitar o racismo a simples discriminação de raças considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade para a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria natureza e prevalência dos direitos humanos. Condicionar a discriminação como crime imprescritível apenas aos negros e não aos judeus é aceitar como desiguais aqueles

que na essência são igual perante tal garantia. Parece-me, data vênua, uma conclusão inaceitável. [...] Portanto, raça é termo infeliz e ambíguo, pois quer dizer tanto um conjunto de pessoas com os mesmos caracteres somáticos como também a um grupo de indivíduos de mesma origem étnica, linguística ou social. Raça, enfim, um grupo de pessoas que comunga de ideias ou comportamentos comuns, ajuntando-se para defende-los, sem que, necessariamente, constituam um grupo homogêneo ou um conjunto de pessoas fisicamente parecidas. Aliás, assim pensando, homossexuais discriminados podem ser, para os fins de aplicação desta lei, considerados grupo racial.

O segundo tripé preceitua que a homofobia e a transfobia se enquadram em casos de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais. Nesse ponto, registra-se que os demais ramos do ordenamento jurídico não têm se mostrado aptos a coibir tais práticas, devendo incidir, portanto, o princípio da proibição da proteção insuficiente.

O terceiro tripé aponta que as condutas discriminatórias, responsáveis por uma escalada de violência, inviabilizam o exercício de direitos fundamentais das pessoas LGBTQIA+, incorrendo na proteção deficiente, o que é vedado.

Diante disto, o sistema de justiça criminal, após decisão do Supremo Tribunal Federal conta com um arcabouço jurisprudencial que define a homofobia como espécie de racismo, de modo que se possa perseguir qualquer forma de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente), das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima. Assim, é passível de punição: a violência física, os discursos de ódio, bem assim a prática, o induzimento e a incitação ao preconceito e à discriminação por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero.

No que toca à definição posta é digno de registro que o termo racismo não pode ser encarado em sua vertente puramente biológica ou referente apenas a determinados grupos sociais específicos ou, ainda, relacionado à cor de pele. Racismo é, portanto, o pensamento voltado à existência de divisão entre seres humanos, constituindo alguns seres superiores, por qualquer pretensa virtude ou qualidade, aleatoriamente eleita, a outros, cultivando-se um objetivo segregacionista, apartando-se a sociedade em camadas e estratos, merecedores de violência distinta (ADO nº 26).

Vejamos o conceito de racismo, afirmado pelo STF:

“O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTQIA+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito (ADO nº 26, STF)”.

Percebe-se que racismo é conceito político-social, como o é o de raça. Assim, enquanto dispositivo político-social de poder, que visa garantir privilégios a um grupo dominante em detrimento de um desumanizado e inferiorizado grupo dominado, promove estigmatização, desqualificação moral e marginalização.

Nesse aparato, homofobia, em termos técnicos, segundo Daniel Borrillo: é um preconceito e uma ignorância que consiste em crer na supremacia da heterossexualidade, logo, uma conduta racista à luz do entendimento do STF no HC 82.424/RS. Segundo o autor:

“A homofobia é a atitude de hostilidade contra as/os homossexuais; portanto, homens ou mulheres. [...] Do mesmo modo que a xenofobia ou o antissemitismo, a homofobia é uma manifestação arbitrária que consiste em designar o outro como contrário, inferior ou anormal; por sua diferença irreduzível, ele é posicionado à distância, fora do universo comum dos humanos. [...] Confinado no papel de marginal ou excêntrico, o homossexual é apontado pela norma social como bizarro ou extravagante. [...] À semelhança do negro, do judeu ou de qualquer estrangeiro, o homossexual é sempre o outro, o diferente, aquele com quem é impensável qualquer identificação. (BORRILLO, 2000, p. 106).

Em síntese, homofobia é o preconceito e/ou a discriminação contra homossexuais e bissexuais, ao passo que a transfobia é o preconceito e/ou discriminação contra travestis, transexuais e transgêneros em geral.

Assim, dentro do sistema de justiça criminal brasileiro, os atos de ofensas (físicas e verbais), homicídios, ameaças e discriminações praticadas contra pessoas LGBTQIA+ têm motivação racista, porquanto se tratam de atos violentos, constringedores,

intimidatórios e vexatórios perpetrados simplesmente pelo motivo de as pessoas terem um orientação sexual não-heterossexual ou um identidade de gênero não coincidente com o gênero socialmente imposto a seu sexo biológico (ADO nº 26). No que toca a punição é imperioso que as condutas devem ser punidas da mesma forma que as outras formas de racismo reconhecidas pela legislação, sob pena de hierarquização de opressões.

Como anteriormente afirmado, as condutas homofóbicas são também atos atentatórios à direitos e liberdades fundamentais. Isso porque violam o direito fundamental à liberdade, pois implicam negação à população LGBTQIA+ de realização plena de sua autonomia, violam o direito fundamental à igualdade e violam o direito fundamental à segurança.

O terceiro tripé refere-se ao direito de segurança, que, como sabido não é garantido à população LGBTQIA+. Desse modo, à medida que o Estado não garante o direito fundamental de segurança desse público incorre em proteção deficiente.

Pode se argumentar que inexistente conduta homofóbica, visto que amparada pelo direito à liberdade de expressão. Todavia, é preciso salientar que criticar a homossexualidade é algo tão incompreensível como criticar a negritude. A liberdade de expressão não garante o direito a discursos de ódio e à disseminação do preconceito e da discriminação contra determinado grupo social.

Logo, diante disso, tem-se que a homotransfobia foi considerada espécie de racismo e enquadrada nos crimes raciais (“por raça, por exemplo, artigo 20 da Lei nº 7.716/89): não por “analogia”. É que a criminalização por analogia implicaria afirmar que a homotransfobia seria tão grave quanto o racismo, a merecer a mesma punição. Todavia, não foi isso que o Supremo Tribunal Federal reconheceu.

A Corte Constitucional promoveu uma verdadeira interpretação literal do termo *lega raça* e do termo constitucional *racismo*. Cuida-se de interpretação evolutiva, porquanto abandona a compreensão biológica do termo. De acordo com o Supremo Tribunal Federal somente teremos racismo quando houve a inferiorização desumanizante de um grupo social relativamente a outro, em sistema de relações de poder em que grupo dominante oprime grupo dominado, em opressão estrutural, sistemática, institucional e histórica.

Cumpra registrar que a conclusão do Supremo Tribunal Federal foi: “por maioria, o plenário aprovou a tese proposta pelo relator da ADO, ministro Celso de Mello, formulada em três pontos nevrálgicos. O primeiro prevê que, até que o Congresso nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, se enquadram nos crimes previstos na lei nº 7.716/89 e, no caso de homicídio doloso, constitui circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe. No segundo ponto, a tese prevê que repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio. Por fim, a tese estabelece que o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis.

É inegável que, enquanto país democrático, passamos do momento de proteger a população LGBTQIA+. Tal proteção, registra-se, demanda uma atenção diferenciada. É que se faz necessário não só o reconhecimento da homofobia como racismo, mas promover educação sobre violência de gênero e identidades. É preciso entender que ser diferente não é uma escolha, mas sim, um descobrimento e que ao promover a intolerância e o desrespeito o que se processa é o afastamento e a segregação marginalizante, fatos incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. É imperioso, por fim, ressaltar que o Direito Penal, por si, não será capaz de coibir o absurdo crescimento da violência contra a população LGBTQIA+. O Estado deverá assumir ações que promovam políticas públicas eficazes para inserção de tal público nos sistemas de saúde, de trabalho, de assistência social e etc. Deverá, igualmente, promover educação generalizadora, liberta de preconceitos, conservadorismo e discursos de ódio. É preciso promover a divulgação da decisão do Supremo Tribunal. É preciso conscientizar o cidadão de sua existência e de seus termos. É preciso, por fim, que o Congresso Nacional faça editar lei específica de proteção ao público LGBTQIA+.

Conclui-se que a educação é medida urgente e deve ser pautada: pela educação sexual científica em todos os níveis escolares, ensinando crianças e jovens sobre o respeito à livre orientação sexual e identidade de gênero, além do básico sobre doenças sexualmente transmissíveis e gravidez indesejada; legislação severa, com aplicação efetiva que puna exemplarmente crimes contra o público LGBTQIA+; políticas públicas

em favor das minorias sexuais, garantindo a sobrevivência física, a segurança, a prevenção contra a AIDS eo acesso de pessoas “trans” a outras profissões que não seja prostituição e conscientização da própria comunidade LGBTQIA+ para que denuncie sempre que for vítima de qualquer tipo de violência e reivindique igualdade, isonomia de todos os direitos de cidadãos.

O sistema de justiça é um importante caminho de inclusão e exclusão de minorias. O Supremo Tribunal Federal adotou uma interpretação humanitária para preservar a vida e o direito das pessoas LGBTQIA+, não legislando e nem criminalização com recurso de analogia.

Referências Bibliográficas

BORRILLO, Daniel. **Homofobia. História e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2000.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CLAM. **Princípios de Yogyakarta**. Centro Latino-americano em sexualidade e direitos humanos, 2011. p. 5. Disponível em: http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf.

PRADO, Marco Aurélio Máximo; JUNQUEIRA, Rogério Diniz. “Homofobia, hierarquização e humilhação social”. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma. **Diversidade Social e Homofobia no Brasil**. São Paulo: Ed Perseu Abramo, 2011.

VECCHIATI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**. Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da Adoção por casais homoafetivos, 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2013.