



HOMOFOBIA: A DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL E A LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Renata Silva*

RESUMO: O presente artigo objetiva a compreensão da violência motivada pela discriminação por orientação sexual. Demonstra como esta prática viola direitos fundamentais contidos na Constituição Federal (princípio da isonomia, dignidade da pessoa humana, não tratamento desumano ou degradante) e a necessidade de ser configurada como crime dentro da legislação penal brasileira. Verifica, também, a correspondência entre atos homofóbicos e demais atos já tidos como criminosos dentro do Código Penal Brasileiro. O trabalho aborda o histórico da homossexualidade nas principais civilizações e nos principais momentos históricos até a problemática atual da discriminação por orientação sexual; estuda a viabilidade da tipificação ao analisar o projeto de lei 5003/2001 de autoria da Deputada Iara Bernardi (PT/SP) que determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual.

Palavras-chave: Discriminação - Direitos - Fundamentais

1 INTRODUÇÃO

Em meados do século XXI, discursar sobre a sexualidade humana, mormente o envolvimento amoroso entre pessoas do mesmo sexo, ainda é considerada uma seara desconfortável e delicada para muitos, vendo-se com certa frequência intolerância, animosidade e apreciações negativas em palavras e ações dirigidas à pessoa homossexual.

Hodiernamente, a discriminação por orientação sexual inclui todo e qualquer ato preconceituoso físico ou psicológico que atente contra a dignidade dos indivíduos homossexuais, sendo as condutas homofóbicas englobadas por ultrajes, galhofas, a discriminação no ambiente familiar e escolar com ações intimidatórias e vexatórias, no exército, nas igrejas, a discriminação por entidades públicas, ameaças, o tratamento humilhante pelos meios de comunicação, a discriminação no acesso ao trabalho, em estabelecimentos comerciais em geral, chegando à tortura, às agressões e, finalmente, aos homicídios, como resultado do preconceito.

Nesse contexto, os homossexuais são tidos como a parcela mais vulnerável da sociedade brasileira. Isto porque, salvo poucos Estados possuidores de leis estaduais e/ou municipais que punem administrativamente a discriminação por orientação sexual, esta grassou indiferença em âmbito federal, não havendo lei ordinária que penalize as condutas homofóbicas, ao contrário do preconceito de cor, etnia, religião etc. Assim, resultado da falta de sustentáculo legal, o Brasil ostenta a posição de campeão mundial

* Estudante de Graduação do Curso de Bacharelado em Direito – CESUMAR – renatasilva86@yahoo.com.br

de assassinatos de homossexuais, com a marca de um homicídio cometido a cada dois ou três dias (MOTT, 2004).

2 MATERIAL E MÉTODOS

O método utilizado foi o dedutivo através da consulta à Constituição Federal, ao Código Penal Brasileiro, incluindo neste a lei 9.455/1997 (Lei de Tortura) e o Projeto de Lei 5003/01 (determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual),

Utilizou-se ainda como procedimento técnico, a pesquisa bibliográfica, a partir de material já publicado, como doutrinas, legislação, jurisprudência, teses, monografias, revistas jurídicas, fontes jornalísticas e ainda a internet.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

O termo homossexual teve sua criação em 1869 pelo húngaro Karoly Maria Benkert (CONDE, 2004). Ao longo da História, a homossexualidade veio sendo por reiteradas vezes associada ao pecado, a distúrbios mentais, a perversão ou a crimes. Entretanto, esta prática sexual nem sempre foi vista de forma desqualificadora ou depreciativa, estando em alguns povos antigos, institucionalizada na sociedade e em uma posição hierárquica superior às relações heterossexuais passando, posteriormente, a ser perseguida e subjugada de forma sistemática.

A maior expressão de liberdade sexual na antiguidade encontra-se na Grécia. A sociedade grega, apesar de patriarcal e de casamento monogâmico, via a homossexualidade como natural e valorizada entre os homens, tendo estes a possibilidade de se relacionar sexualmente com os dois sexos. A pederastia possuía uma importante função civil, pois era através dela que o jovem grego passava a ser considerado cidadão.

Todavia, a homossexualidade lícita baseava-se somente no envolvimento de um homem adulto com um jovem, pois o sexo entre dois homens adultos era algo repudiado. O aspecto relevante para o homem já adulto era o papel ativo na relação sexual, podendo assim, se voltar para quaisquer dos dois sexos. A condição passiva do jovem grego se extinguia com o final da adolescência, não sendo, portanto, perpétua (SOUZA, 2006).

Na Roma Antiga, a homossexualidade também se mostrava corriqueira, porém com uma ressalva. Era inadmissível que um senhor fizesse o papel passivo na relação sexual, isso porque o homem romano se enobrecia pela virilidade e abominava a passividade. O parceiro ativo era sempre um senhor e o passivo, um escravo. (YANAGUI, 2005).

Na Antiguidade, a expressão sexual era notoriamente mais livre com a aceitação de sexualidades multiformes. O relacionamento entre pessoas do mesmo sexo (quase sempre homens) era incentivado socialmente e o sexo voltava-se tanto para a heterossexualidade como também para a homossexualidade. O que se mostrava relevante, como se pode notar, não era o gênero com quem o indivíduo se relacionaria amorosamente, mas, sobretudo, o papel ativo na relação.

A situação se transforma no período que ficou conhecido como Idade Média, marcado pela soberania da fé cristã. A tolerância e a liberdade sexual que outrora eram patentes são comutadas na gênese da perseguição e opressão contra as pessoas não-

heterossexuais. O prazer sexual passa a ser associado ao pecado juntamente com a introdução da cultura exclusivamente heterossexista, difusão de rígidos preceitos de decência e a separação entre o sexo moralmente aceito e o “sexo impuro”; enfim, origina-se um sistema sectário. A homossexualidade é vista como uma perversão diabólica com o advento do cristianismo, que autoriza somente a heterossexualidade com fins meramente reprodutivos (VIERA, 2006).

Passando-se para o século XIX, um dos casos mais conhecidos e ilustrativos da reprovação homossexual aconteceu em 1895 com o escritor irlandês Oscar Wilde, conhecido e famoso por sua obra prima “*O Retrato de Dorian Gray*”, livro que retrata a decadência moral humana e que causou escândalo na rígida Inglaterra Vitoriana. Wilde ao assumir sua homossexualidade, proibida pela lei inglesa, foi condenado em seu julgamento a dois anos de cárcere e trabalhos forçados. Após isso, é excluído socialmente, seus livros não são mais vendidos, sua vida econômica se deterioriza e seus filhos são tirados de sua tutela. O escritor jamais conseguiu recuperar o seu prestígio social, morrendo no esquecimento (PIRES, 2005).

A ideologia homofóbica teve também grande evidência no período em que decorreu a 2ª Guerra Mundial (1939-1945). Os indivíduos que se envolviam amorosamente com o mesmo sexo sofreram perseguições feitas pela política segregacionista do nazismo. Juntamente com judeus, comunistas, ciganos, negros, maçons, deficientes físicos, doentes mentais e outras minorias étnicas e sociais, os homossexuais foram torturados e mortos, indiscriminadamente, nos centros de concentração em nome da pureza e da suposta superioridade ariana (WIKIPEDIA, 2007).

Nesse ínterim, a palavra homofobia começou a ser divulgada em 1972 por George Weimberg, psiquiatra norte-americano (SANTANA, 2007) com o fito de designar a opressão premeditada ao homossexual incluindo o assédio moral, a generalização de insultos, agressões verbais ou físicas, homicídios, e ainda, todo tipo de aversão e discriminação desfavorável aos mesmos. Sendo assim, o termo homofobia refere-se ao ódio dirigido ao homossexual e suas conseqüências nefastas.

É importante sublinhar que um dos pontos altos da estigmatização das minorias sexuais se deu com o surgimento da AIDS, nos anos 80 (VIEIRA, 2006). Tida, inicialmente, como uma doença de homossexuais foi denominada por alguns como o “câncer gay” provocando multifárias formas de discriminação e aumentando consideravelmente preconceitos preexistentes. “Ouviram-se certas autoridades religiosas, americanas, principalmente, explicarem que Deus queria castigar a liberação da *gay culture*” (CATONÉ, 2001)

Contudo, frente ao recrudescimento dos preconceitos gerados pela Aids, os homossexuais começaram a tomar medidas que aumentassem a visibilidade para a causa e exigissem políticas públicas de saúde e cidadania, como as passeatas *gays* (VIEIRA, 2006) que, nos dias atuais, agregam milhões de pessoas em todo o mundo; movimentos criados, inicialmente, não visando apenas o entretenimento e o lazer, mas também para buscar o firmamento de posições políticas frente à sociedade na busca da igualdade de direitos, da diminuição da discriminação, do respeito à liberdade de pensamento e autodeterminação sexual e, sobretudo, na busca do respeito ao homossexual como pessoa humana.

Os chamados direitos fundamentais foram enunciados e tutelados por todas as Constituições brasileiras, desde a Carta Política do Império do Brasil de 1824 até a *Lex*

Mater de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”. Esta inovou ao trazer os direitos fundamentais antes mesmo de tratar da organização do Estado, tal é a importância dos direitos e garantias fundamentais em um Estado que aspira ao triunfo da democracia.

No que tange à questão terminológica, diversas denominações são utilizadas como sinônimas de direitos fundamentais, como direitos naturais, direitos humanos, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas, entre outros. Devido à amplitude do assunto, não há um termo único, preciso ou mesmo exaustivo. Porém, a expressão direitos fundamentais é a mais utilizada pelos doutrinadores e pelos juristas brasileiros.

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como os direitos implícitos à própria condição de pessoa humana, instrumentos de realização física, emocional e psicológica do ser racional animado por vida, sendo, portanto, necessários ao total, exemplar e salutar desempenho da liberdade, dignidade, isonomia e das demais condições inerentes ao cidadão garantidas pelo Estado de Direito democrático.

A não-discriminação por orientação sexual, como direito fundamental, não se encontra de forma explícita na Carta Magna de 1988, isto é, não está expressamente prevista no Texto Constitucional. Todavia, tal fato não constitui obstáculo ao seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois a Lei Maior não foi exaustiva na enumeração dos direitos fundamentais (FERREIRA FILHO, 2005) abrindo a prerrogativa de reconhecimento de direitos individuais implícitos através de interpretação das normas da Constituição. Os preconceitos de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero vieram proibidos e repudiados por determinados valores, princípios e direitos fundamentais consagrados, protegidos pela Lei Ápice e reconhecidos pela sociedade brasileira. Entre eles encontram-se princípios elementares da democracia como igualdade, dignidade da pessoa humana e não tratamento desumano ou degradante.

Pela dignidade da pessoa humana encontra-se um valor central de onde emerge a justiça social do ordenamento pátrio. Pode ser considerado como valor constitucional supremo ou cláusula nuclear de proteção aos direitos fundamentais, englobando ao redor de si todos os outros direitos individuais como o direito à vida e as demais liberdades públicas.

Alexandre de Moraes explica que:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2003, p. 60)

Do excerto colacionado conclui-se que, a pessoa enquanto ser humano merece que sua dignidade seja respeitada da forma mais ampla possível e desejável, tendo ela o direito de conduzir sua vida em sociedade desde que por meios lícitos, buscando saciar seus anseios, seus sentimentos, suas mais profundas aspirações e afetos, sem que seja tolhida física ou emocionalmente; a pessoa enquanto ser humano merece atingir a felicidade idealizada nos diversos setores da vida (trabalho, família, amor, sexo etc.). Por derradeiro, considerar as relações homoafetivas como indignas, é sem dúvida, uma

interpretação equivocada do Texto Constitucional, violação explícita aos direitos fundamentais do homem, propagação de uma pseudo-igualdade e de uma democracia falaciosa.

Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE.

É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.[...] (TJ/RS, Apelação Cível nº. 70012836755, 2005)

No que se refere aos direitos fundamentais, a igualdade é uma das normas mestras expressa na Lei Maior, no sentido de que é utilizada como vetor interpretativo para o restante das prescrições constitucionais. A dicção do artigo 5º ressaltou o decantado princípio isonômico, difundido já em constituições pretéritas do Brasil.

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...] (art. 5º, caput, CF 88).

Sabe-se que o conceito clássico de justiça consiste em tratar os iguais igualmente e os desiguais, desigualmente, na medida de suas desigualdades. Nesse prisma, deve-se sublinhar que a Constituição Federal de 1988 não aboliu as desigualdades, pois estas encontram-se, incontestavelmente, inseridas na sociedade e devem ser tratadas de forma especial, dando-se proteção aos notoriamente hipossuficientes em direitos, para que se possa atingir uma substancial igualdade.

Os homens nunca foram iguais e jamais o serão no plano terreno. A desigualdade é própria da condição humana. Por possuírem origem diversa, posição social peculiar é impossível afirmar-se que o homem é totalmente idêntico ao seu semelhante em direitos, obrigações, faculdades e ônus. Daí se buscar uma *igualdade proporcional*, porque não se pode tratar igualmente situações provenientes de fatos desiguais. (BULOS, 2000, p. 78).

A Lei Maior, assim, proíbe as diferenciações arbitrárias, despóticas, contrárias à razão e ao bom senso, ao arrepio dos valores democráticos. Veda, portanto, as cláusulas discriminatórias (origem, raça, sexo, cor, idade etc.).

Todavia, as cláusulas supramencionadas não são *numerus clausus*, ou seja, não são taxativas, mas apenas exemplificativas. Desta forma, o Poder Constituinte Originário deixou em aberto a vedação de outras formas de discriminação como religião e orientação sexual, por exemplo.

No tocante à discriminação aos homossexuais, o Superior Tribunal de Justiça reconhece a igualdade e aparta tal tipo de segregação:

RESP- PROCESSO PENAL – TESTEMUNHA – HOMOSSEXUAL – A história das provas orais evidencia evolução, no sentido de superar preconceito com algumas pessoas. Durante muito tempo, recusou-se credibilidade ao escravo, ao estrangeiro, preso, prostituta. Projeção, sem dúvida, de distinção social. Os romanos distinguiam – patrícios e plebeus. A economia rural, entre o senhor do engenho e o cortador de cana, o proprietário da fazenda de café e quem se encarregasse da colheita. Os Direitos Humanos buscam afastar distinção. O Poder Judiciário precisa ficar atento para não transformar essas distinções em coisa julgada. O requisito moderno para uma pessoa ser testemunha é não evidenciar interesse no desfecho do processo. Isenção, pois. O homossexual, nessa linha, não pode receber restrições. Tem o direito-dever de ser testemunha. E mais: sua palavra merecer o mesmo crédito do heterossexual. Assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San Jose de Costa Rica. (STJ, Recurso Especial, Ementário nº. 1997/0081208-1, 26 Maio 1998).

O não tratamento desumano ou degradante atribui proteção à integridade física e moral do ser humano sendo, portanto, corolário do direito à vida (PINHO, 2003). Conseqüentemente, os atos discriminatórios que atentem direta ou indiretamente à vida tanto em aspectos materiais como em aspectos subjetivos como honra, auto-estima, dignidade e apreço da pessoa, deverão ser punidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Da mesma forma, possíveis leis ou decisões que propagarem atos preconceituosos que incidam contra a integridade física e/ou moral da pessoa serão consideradas inconstitucionais.

TRANSEXUAL. ALTERAÇÃO DE SEXO. AUTORIZAÇÃO. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. Decididamente, não há falar em reprovabilidade nem em censurabilidade na prática da cirurgia de "mudança de sexo" em face das condições expostas na inicial, pois é inadmissível exigir que o interessado suporte o conflito psicológico que vivencia atualmente, o qual está acarretando graves prejuízos para a sua saúde física e mental. De acordo com o disposto no artigo 5º da Constituição Federal, ninguém será submetido a tratamento desumano.

E, obviamente, exigir que o interessado continue suportando a sua atual situação, nas condições acima mencionadas, proibido de se submeter à necessária cirurgia terapêutica, constitui, certamente, uma forma odiosa de lhe infringir um inaceitável "tratamento desumano", em flagrante violação aos direitos humanos e ao referido dogma constitucional. (Vara da Comarca de Campinas – rel. Juiz José Henrique Rodrigues Torres).

Tramita hoje no Congresso Nacional o projeto de lei 5003/2001 (Deputada Iara Bernardi), já aprovado pela Câmara dos Deputados, o qual determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual. Com a aprovação desse projeto, haverá alterações significativas na lei nº. 7716/89 (tipifica a discriminação por raça, cor, etnia, religião e procedência nacional) que passará a tipificar também a discriminação e o preconceito por gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

O Estatuto Supremo de 1988 apesar de trazer as obrigações constitucionais de incriminação, dispõe, concomitantemente, sobre o princípio da legalidade ou da reserva

legal (artigo 5º, XXXIX). Como explica Luiz Régis Prado, por esse princípio “não há crime, nem pena ou medida de segurança sem prévia lei. [...] a criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas conseqüências jurídicas está submetida à lei formal anterior (garantia formal)” (PRADO, 2002, p. 111).

Devido o projeto de lei 5003/2001 ainda não ter ultrapassado todas as fases previstas no Processo Legislativo brasileiro, não é considerado lei formal. A discriminação por orientação sexual, até agora, não pode ser caracterizada como crime pela legislação penal, inexistindo conseqüências jurídicas, em âmbito federal, em relação a esse tipo de discriminação.

Contudo, é oportuno lembrar que, é possível uma subsunção indireta, pois determinadas ações dirigidas à pessoa homossexual, mesmo não sendo tratadas por lei própria, são passíveis de punição. Tais atitudes mantêm relação com outras já consideradas como criminosas pelo Código Penal.

Para auxiliar a compreensão, é útil que se mostre, *ad exemplum*, ações dirigidas ao homossexual em casos concretos e as respectivas conseqüências penais já existentes.

Injúria:

T.H.S, 17, estagiário, sua mãe e o seu padrasto estavam discutindo com um vizinho, o menor chamando sua mãe para entrar em casa, foi agredido em sua homossexualidade com palavras de baixo calão pelo Sr. Hugo Nascimento e a Sra. Milu. A vítima procurou a 5ª DP de Periperi onde foi orientado a procurar o GGB. (Fonte: Registo de Violência e Discriminação Anti-Homossexual, GGB, 12-3-2000).

Art. 140 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

Constrangimento Ilegal:

A diretora da Escola Estadual Professora Albertina Fortanel, Neuza Lopes, obrigou um garoto de 10 anos a desfilar pelo pátio da escola com um o cartaz colado nas costas com os dizeres: “Eu sou gay”. Maria Angélica, mãe do garoto disse: “O menino colocou o cartaz nas costas de meu filho, que revidou, colocando-o nas costas do mesmo colega”. A mãe do estudante registou a ocorrência no 5ºDP de Jundiá e entrou em contato com uma organização não governamental que defende os direitos dos homossexuais. “Além de constranger meu filho, ela também foi preconceituosa”. [Fonte: *Diário Popular /SP*, 30/6/2000].

Art. 146 – Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda.

Pena – detenção, de três a um ano, ou multa.

Ameaça:

[...] Policiais civis e militares de Cabo Frio estão investigando quem espalhou por diversos pontos da cidade cartazes incitando à violência contra gays. Os cartazes, colados em vários postes do município, são assinados por um grupo que se identifica como de extermínio de homossexuais. [...] O delegado Daniel Goulart, da 126 DP (Cabo Frio), também alertou os policiais civis sobre o grupo que divulgou as ameaças. [...] Quando forem identificadas, essas pessoas poderão ser autuadas pelo crime de ameaça. [Fonte: *Walmor Freitas, Folha de São Paulo*, 13/07/2004]

Art. 147 – Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único – somente se procede mediante representação.

Quadrilha ou Bando:

SKINHEADS PROMOVEM VIOLÊNCIA CONTRA HOMOSSEXUAIS

[...] No dia 14 de dezembro passado, dois estudantes foram obrigados a saltar de um trem em movimento por três skinheads, em Mogi das Cruzes, SP. Um deles - Flávio Augusto - teve o braço direito decepado. O outro - Clayton Leite - morreu, com traumatismo craniano e perda de massa encefálica. Os nomes dos assassinos: Vinícius Parizatto, Juliano Aparecido Freitas e Danilo Gimenez Ramos. Lembro que em fevereiro de 2000, na Praça da República, em São Paulo, cerca de 30 "carecas" espancaram até a morte um homossexual adestrador de cães. Fizeram isso pelo prazer de matar "um gay a mais". Ou seja: o prazer do exterminador, que não é mais do futuro, mas de um presente que se revela cruel, desumano e absurdo. Não por mera semelhança e coincidência, esses skinheads assassinos são jovens de classe média e abortos de uma civilização metropolitana em explícita decadência.

Os skinheads neonazistas brasileiros, além de São Paulo, concentram-se em Pelotas, Blumenau, Florianópolis e Curitiba. [...] Espera-se que a sociedade brasileira comece a atuar de maneira organizada e veloz, usando instrumentos legais, para impedir um provável crescimento desses assassinos em outras cidades do país. [Fonte: *Correio da Paraíba*, 6/1/2004]

Art. 288 – Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena – reclusão de um a três anos.

Parágrafo único: A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

Lesões Corporais:

“Um grupo de rapazes no Parque da Cidade vem agredindo diversas pessoas quando supõem que são gays”, declarou Augusto Andrade, representante em Brasília da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Travestis (ABGLT). [Fonte: *Correio Brasiliense*, 2-6-2000].

Art. 129 – Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena – detenção, de três a um ano.

Tortura:

Policiais civis de Maceió sequestraram e torturaram por mais de cinco horas o homossexual Ricardo Francisco da Silva, despejando gasolina sobre seu corpo, ameaçando atear fogo, quando moradores do bairro do Bebedouro avistaram a agressão, levando os policiais a fugirem. [...] [Fonte: *Registro de Queixas do Grupo Gay de Alagoas*, 2000]

Lei 9.455/97 (Define os crimes de tortura e dá outras providências)

Art. 1º - Constitui crime de tortura:

I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

Pena – reclusão, de dois a oito anos.

Nota-se que, apesar de determinadas atitudes decorrentes da discriminação em análise já se encontrarem ao abrigo da lei penal, tal fato se mostra insuficiente para a total punição das condutas homofóbicas. Ações como preterimento do homossexual na relação

empregatícia e proibição de ingresso e permanência, entre outras de mais relevante gravidade, ainda estão ao desamparo da lei e necessitam ser o quanto antes tipificadas. O projeto de lei supracitado alterará dispositivos do Código Penal e também a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que passará a proibir a discriminação por orientação sexual nas relações empregatícias.

A função central do Direito Penal se encontra na guarda dos bens jurídicos penais. Assim, ao se iniciar o processo de criação de lei ordinária de fundo penal, é imprescindível que se delimite o bem jurídico que deverá ser tutelado, ou seja, a relevância social e penal existente e a necessidade de proteção de determinados valores em uma determinada sociedade.

No que se refere à criminalização de condutas, não há uma valoração estática de bens jurídicos. Tal valoração modifica-se de acordo com as mudanças sociais e o momento histórico em que se encontre uma sociedade. Na seara das condutas homofóbicas, a tipificação que outrora e alhures talvez se mostrasse desnecessária, no momento atual, diante da agilidade com que ocorrem tais mudanças, mostra-se primordial. Em um Estado Democrático de Direito, onde se prima pela dignidade da pessoa humana e que objetiva “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e **quaisquer outras formas de discriminação**” (grifou-se, art. 3º, IV, CF), indubitável é a necessidade de criminalizar os atos homofóbicos e de se proteger a não-discriminação por orientação sexual como bem jurídico de valor capital para a manutenção da sociedade brasileira.

Outrossim, o artigo 5º, XLX da Constituição Federal ao consignar que a lei deverá punir qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais, revela a antecipação na escolha e valoração de determinados bens jurídicos, impondo ao legislador infraconstitucional o dever de criminalizar a lesão que afronte os direitos e garantias fundamentais e o regime democrático, ou seja, que afronte os bens jurídicos previamente protegidos. Deste modo, é recomendável que o próprio legislador penal tenha espaço próprio para a escolha dos bens jurídicos penais reconhecidos (Smanio, 2004).

A Ciência Jurídica, dada sua imparcialidade, necessita fazer o possível para acompanhar as rápidas mudanças da sociedade, criando normas que assegurem a justiça, o bem-estar social e, sobretudo, a equidade entre todos, sem distinções de cor, raça, credo, convicção política, origem, idade, gênero ou orientação sexual.

O Projeto de Lei 5003/2001 irá criminalizar a discriminação por orientação sexual em todo o território nacional, estabelecendo direitos e deveres afetos à pessoa homossexual da mesma forma que o são à pessoa heterossexual. Assim, sua aprovação será significativo avanço no que tange ao reconhecimento e proteção dos direitos humanos, conforme compromissos firmados pelo Brasil nacional e internacionalmente.

4 CONCLUSÕES

A defesa dos direitos e garantias fundamentais requer a inclusão e proteção jurídica de todos os homens, sem exceção. A pessoa homossexual não deve ser apartada da sociedade em direitos e obrigações devido a uma característica que a própria Constituição Federal brasileira assegura aos seus cidadãos: a orientação sexual.

Diversos fatores, como foi exposto, corroboram para a criminalização das condutas homofóbicas: **a)** a dignidade da pessoa humana; **b)** a igualdade; **c)** o não tratamento

desumano ou degradante; **d)** posicionamentos jurisprudenciais; **e)** obrigações constitucionais de incriminação; **f)** a transformação de bens jurídicos conforme a época; **g)** agilidade das mudanças sociais; **h)** vulnerabilidade jurídica do segmento homossexual na sociedade brasileira.

Destarte, fica assente a urgência e o dever de criminalizar a discriminação por orientação sexual, tão disseminada e, concomitantemente, negligenciada pelos Poderes brasileiros. Criminalizar a homofobia é respeito aos direitos fundamentais, às obrigações constitucionais de incriminação, é repúdio à intolerância camuflada por uma democracia ilusória; mas acima de tudo, é respeito à condição humana inerente a todos.

REFERÊNCIAS

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada: jurisprudência e legislação infraconstitucional em vigor. São Paulo: Saraiva, 2000.

CATONNÉ, Jean-Philippe; KORALEK, Michèle Iris. A sexualidade, ontem e hoje. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001. (Coleção Questões da nossa época v.40).

CONDE, Michele Cunha Franco. O Movimento Homossexual Brasileiro, sua Trajetória e seu Papel na Ampliação do Exercício da Cidadania. 2004. 351f. Dissertação (Pós Graduação em Sociologia)- Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2004.

CONTRIBUIDORES DA WIKIPEDIA. Holocausto. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Especial:Cite&page=Holocausto&id=6627571>>. Acesso em: 03 jul. 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 31 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. 396 p.

GARCINDO FILHO, Alfredo de Oliveira. Jurisprudência Criminal do Superior Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 6. ed. ver. ampl. Curitiba: Ed. do Autor, 2001.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003 – (Coleção temas jurídicos).

MOTT, Luiz. Brasil sem Homofobia. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/jb/papel/opiniao/2004/05/30/joropi20040530007.html>>. Acesso em: 04 mar. 2006.

PINHO, Rodrigo César Rebello. Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais, volume 17. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. (Coleção sinopses jurídicas).

PIRES, Eliane Cristine Raab. Oscar Wilde: a tragicidade da vida de um escritor. Bragança –Portugal: Instituto Politécnico de Bragança, 2005.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1. 3. ed. rev. atual e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTANA, Uziel. Homofobia ou Heterofobia. Disponível em: <<http://www.infonet.com.br/noticias/ler.asp?id=60246&titulo=Noticias>>. Acesso em: 01 mar. 2007.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. O bem jurídico e a Constituição Federal . Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 432, 12 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5682>>. Acesso em: 01 out. 2006.

SOUZA, Luana Neres de. A Pederastia Ateniense no Período Clássico: Uma Análise de 'O Banquete de Platão'. Disponível em: <<http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=alunos&id=39>>. Acesso em: 08 jul. 2007.

VIEIRA, Anco Márcio Tenório. A Igreja e o Homossexualismo. Caros Amigos, São Paulo SP, n. 106, p.21-22, jan. 2006.

YANAGUI, Viviane Brito. União Homossexual – Necessidade de Reconhecimento Legal das Relações Afetivas entre Pessoas do Mesmo Sexo no Brasil. 2005. 39 f. Trabalho Final (Especialização em Direito Legislativo) – Universidade do Legislativo Brasileiro, Brasília, 2005.