

Sistema Penal & Violência

Revista Eletrônica da Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Porto Alegre • Volume 5 – Número 2 – p. 171-186 – julho/dezembro 2013

Criminalização da homofobia e política-criminal brasileira:

Análise-crítica do PLC 122/2006

Criminalization of homophobia and brazilian criminal policy:

Critical analysis of PLC N. 122/2006

CLARA MOURA MASIERO

DOSSIÊ

PENSAMENTO POLÍTICO E CRIMINOLÓGICO

Editor-Chefe

JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO

Organização de

RICARDO JACOBSEN GLOECKNER

JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO



Os conteúdos deste periódico de acesso aberto estão licenciados sob os termos da Licença [Creative Commons Atribuição-UsaNãoComercial-ObrasDerivadasProibidas 3.0 Unported](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/).

Criminalização da homofobia e política-criminal brasileira: **Análise-crítica do PLC 122/2006**

Criminalization of homophobia and brazilian criminal policy:
Critical analysis of PLC N. 122/2006

CLARA MOURA MASIERO^a

Resumo

Este artigo trata da política criminal brasileira e, em especial, àquela voltada à criminalização da homofobia. É que, apesar de perceber-se, atualmente, na produção legislativo-penal uma tendência expansionista e punitivista, tal diagnóstico não se confirma no que tange à criminalização da homofobia. Quanto a isso, tramita no Congresso Nacional brasileiro o Projeto de Lei da Câmara (PLC) 122/2006, que visa a definir “crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero”. Dentro desse panorama, este artigo realiza uma análise crítica da estratégia normativa presente neste projeto de lei, bem como propor uma estratégia adequada para o fim a que se propõe o projeto, dentro de uma perspectiva crítica e minimalista do Direito penal.

Palavras-chave: Política criminal. Criminalização. Homofobia. PLC 122/2006.

Abstract

This paper focuses on the brazilian criminal policy, especially in wich pretend to turn homophobic behavior into a crime. In this context there has been proposed a controversial bill (PLC 122/2006), still pending in the Brazilian National Congress, which aims to define “crimes resulting from discrimination or prejudice of gender, sex, sexual orientation and gender identity”. Within this framework, this paper aims to analyzes the normative strategy of this bill and to propose what would be the most appropriate regulatory strategy for this purpose, within a critical and minimalist view of criminal Law.

Keywords: Criminal policy. Crime. Homophobia. PLC N. 122/2006.

^a Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-graduada em Direito Penal Económico e Europeu pela Universidade de Coimbra/IBCCRIM.

Introdução

A questão dos direitos humanos da população LGBT e, conseqüentemente, a criminalização da homofobia, está mais do que nunca na ordem do dia, seja pelo crescente protagonismo do movimento LGBT em nível de sociedade civil, seja pela necessidade premente de enfrentamento da intolerância social e da violência que atinge a este grupo.

Veja-se que, apesar de ser um atributo da personalidade, a orientação sexual e a identidade de gênero permanecem um obstáculo à plena realização dos direitos. Com efeito, o Brasil, mesmo agrupando o maior número de pessoas em paradas de orgulho LGBT no mundo – em média 3,5 milhões de pessoas por ano na Parada de São Paulo/SP –, ainda é uma sociedade marcada por altos índices de violência e de violação dos direitos sociais por motivo de orientação sexual não-heterossexual e identidade de gênero discordante ao sexo biológico.

Segundo o último relatório divulgado pelo Grupo Gay da Bahia, em 10 de janeiro de 2013, estima-se que 338 homossexuais foram assassinados no país, o que significa uma morte a cada 26 horas.

Os movimentos de negros e de mulheres, por exemplo, conseguiram a aprovação e implementação de seus estatutos repressivos, por meio das Leis 7.716/1989 e 11.343/2006; o movimento LGBT, entretanto, permanece estagnado em praticamente todas as suas demandas legislativas, seja a de criminalização, seja a de efetivação de outros direitos civis (como o casamento civil, a adoção, entre outros).

Quanto à demanda político-criminal do movimento, há o Projeto de Lei da Câmara (PLC) 122/2006 tramitando no Congresso Nacional há aproximadamente doze anos. Esta situação torna-se curiosa, na medida em que, ao se analisar a política criminal brasileira dos últimos anos, percebe-se uma crescente tendência à expansão penal, com uma grande facilidade, por parte do parlamento, na aprovação de leis penais.

De qualquer sorte, a questão da criminalização da homofobia é muito polêmica, devendo ser amplamente debatida; como deveria ser, a propósito, com toda e qualquer legislação criminal, sobretudo a que pretenda instituir novos tipos penais, haja vista o elevado potencial de carregar consigo graves prejuízos político-criminais.

Com isso, o artigo inicia apresentando um panorama da política criminal brasileira atual para, em seguida, passar à análise do PLC 122/2006, à sua crítica e, por fim, à proposta de uma estratégia normativa para a utilização do instrumento penal diante da homofobia.

1 Renovação e crise do modelo jurídico tradicional e repercussão na política criminal brasileira

Durante muito tempo, a política criminal foi sinônimo de teoria e prática do sistema penal. Hoje, contudo, ela tem se destacado tanto do Direito penal, quanto da criminologia e da sociologia jurídica. Isto é, adquiriu uma significação autônoma. Apesar de que muitos autores contemporâneos, bem como atores sociais relevantes, ainda a concebem como limitada ao Direito penal (DELMAS-MARTY, 2004).

A política criminal deve ser entendida, hoje, como o “conjunto dos procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal, aparecendo, portanto, como ‘teoria e prática das diferentes formas de controle social’” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 3-4). Assim, não se fala especificamente em Estado, mas em corpo social; e, ao invés de reação criminal, fala-se em respostas de controle social; e, ainda, substitui-se crime por fenômeno criminal, conceito mais abrangente.

Percebe-se, então, que a política criminal designa um campo “não apenas ampliado em relação ao direito penal, mas também aberto e não delimitado, cujo conteúdo não pode ser exposto de forma exaustiva” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 5).

Contudo, o que se percebe na prática é que a política criminal continua muito baseada tão-somente na rede penal.¹ O que decorre da mentalidade jurídica que se mantém-vinculada à concepção de Estado e de Direito da ideologia liberal do século XVIII na Europa. Afinal, política criminal, como qualquer política, é influenciada por uma ideologia; mas não é só, também decorre de muitos outros fatores além do político, como os econômicos e culturais (DELMAS-MARTY, 2004, p. 59).

A ideologia liberal entende que as funções que se atribuem ao Direito e ao Estado teriam como único fim a consolidação e a garantia da segurança de um marco racional-formal de autonomia protegida, por meio, principalmente, do princípio da legalidade. Dentro desse fechamento da razão jurídica, pensam o Direito penal como o conjunto específico de normas que pouca relação têm com as demais normas do direito.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que o pensamento penal clássico permanece ainda muito presente, como uma espécie de mito fundador que anima muitos discursos políticos e muitas práticas (legislativas, judiciais ou policiais), ele também é muito questionado. Isso porque, em verdade, passou por algumas crises decorrentes de mudanças estatais e sociais.

Quanto às mudanças estatais, tem-se que o Estado liberal entra em declínio com o acréscimo de intervenção que o Estado se vê obrigado a operar diante da crise de 1929. Com essa evolução do Estado para um modelo intervencionista, chamado de Estado Social de Direito, advém uma nova concepção de Direito a que Manuel Calvo García (2007) denomina de “Direito Regulativo”.² Paralelamente, dá-se a aprovação de Constituições com abundantes conteúdos sociais, ligados à proteção dos direitos fundamentais e ao estabelecimento de princípios norteadores da atuação política (DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, p. 72).

Dessa forma, o direito positivo em geral passa a ter “um papel importante a desempenhar na regulação de certos problemas e conflitos sociais, ainda que ele não constitua, via de regra, a solução definitiva nem necessariamente a mais eficaz ou, ainda, a mais desejável para esses problemas” (PIRES, 1999, p. 64). Trata-se da consagração de um ativismo jurídico no qual à já perdida racionalidade da lei se acrescenta a abundância de regulamentos e normas.

Quanto às mudanças sociais, tem-se a configuração das chamadas “sociedades de risco”.³ É dizer, a partir da década de setenta do século XX, tem-se uma insegurança social difundida, haja vista os inúmeros riscos a que a sociedade está submetida. Nesse sentido, Winfried Hassemer (2008, p. 56) afirma que hoje:

El combate de peligros es timoneado por sensaciones tales como angustia por el riesgo, temor por el crimen y necesidades de control, en lugar de la tranquilidad de la experiencia —; ello hace crecer las posibilidades de una política criminal populista y, con ella, la probabilidad de liberar las fronteras de los intereses preventivos.

Ora, esse clima de insegurança favorece, ainda mais, a criação de normas penais, já que, segundo entendimento de Blanca Mendoza Buergo (2002), o destinatário de todas as demandas de segurança é o Direito penal, incluindo aqui o Direito processual penal. Com isso, “*la demanda de seguridad no se dirige a su ‘lugar natural’ que sería más bien el Derecho administrativo, produciéndose así una evidente tendencia a la aplicación de la intervención penal en vez de a su limitación*” (MENDOZA BUERGO, 2002, p. 283-4).

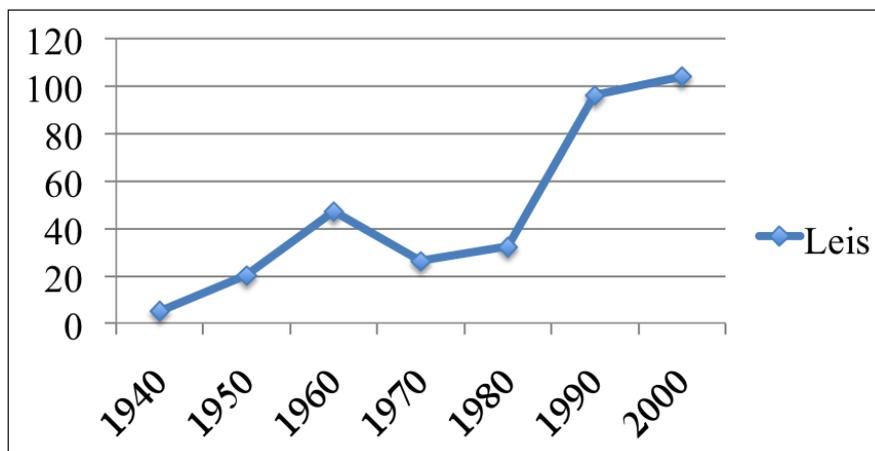
¹ El Derecho penal moderno tiene sus orígenes ideológicos en la filosofía de la Ilustración, en la segunda mitad del siglo XVIII, y está fuertemente unido a las transformaciones políticas del Estado posteriores a la Revolución Francesa de 1789. La nueva visión de Derecho penal se caracterizo por una premisa básica hasta entonces extraña al mismo: el carácter necesario e irrenunciable de la aplicación de las penas” (BACIGALUPO, 2006, p. 199-200).

² Segundo o autor, a utilização do Direito como meio para realização de política “gera uma profunda ‘legalização’ ou ‘colonização’ da sociedade civil e determina o desenvolvimento de um novo tipo de Direito: o ‘Direito útil’ ou ‘Direito Regulativo’” (CALVO GARCÍA, 2007, p. 16).

³ Formulação teórica do sociólogo alemão Ulrich Beck (1998) a respeito da nova forma social vivenciada a partir da globalização (e o advento da “modernidade reflexiva”).

De fato, como decorrência desse movimento, dá-se uma avalanche de normas⁴ nos ordenamentos, como se pode visualizar, no tocante ao Brasil, pela curva do gráfico abaixo que mostra a quantidade de leis de matéria penal aprovadas no país no decorrer das décadas, de 1940 a 2010:

Gráfico 1 – Leis penais aprovadas no Brasil × década



Fonte: Dados retirados a partir do levantamento "Projeto de Pesquisa CAPES e CNJ Acadêmico: Descarcerização e Sistema Penal – A construção de políticas públicas de racionalização do poder punitivo"⁵ (2011).

Com efeito, percebe-se no Brasil, nas últimas décadas, em especial nos anos que se seguiram à Constituição de 1988, a aprovação de vários diplomas legais que indicam criminalização primária de setores até então fora do controle penal.

Daí percebe-se, com Mireille Delmas-Marty (2004), que, apesar de o fenômeno contemporâneo de inflação legislativa não ser próprio do direito penal, desenvolveu-se nele com singular amplitude, conforme já se poderia imaginar a partir da conjuntura acima descrita (decorrente das mudanças do Estado e da sociedade). Nesse sentido, o diagnóstico de Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (2004a, p. 3):

novos delitos são criados, novas áreas de criminalização aparecem, novos procedimentos são propostos, tudo na tentativa de recuperar a legitimidade perdida e um mínimo de eficácia frente a uma realidade social que cada vez mais foge ao controle dos mecanismos institucionais de controle penal.

Com efeito, “o fortalecimento das políticas de controle do delito, apoiado quase exclusivamente no recurso fácil do aumento das penas e na extensão penal, costuma ser o primeiro ao qual se recorre e se amplia” (CALVO GARCÍA, 2007, p. 82). A dinâmica é bastante simples: em situações de alarme social (ex. terrorismo e drogas) – seja ele real ou fictício – dá-se um clima de insegurança, o qual dá lugar a uma demanda de endurecimento repressivo, que tende a ser rapidamente satisfeita pelo governos, propensos a cair na tentação dos rendimentos propagandísticos demagógicos que rendem este tipo de medida (CALVO GARCÍA, 2007, p. 82).

⁴ “O aumento em termos de quantidade não traz paralelamente maior qualidade, mas sim o contrario: uma profunda degradação dos instrumentos de produção de normas jurídicas, tanto do ponto de vista das técnicas legislativas, como do ponto de vista da ‘relevância’ dos instrumentos utilizados” (BALDWIN, 1995 apud CALVO GARCÍA, 2007, p. 9).

⁵ Trata-se de projeto de pesquisa desenvolvido em conjunto por três instituições: PUCRS (Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais), UnB (Programa de Pós-Graduação em Direito) e UFPE (Programa de Pós-Graduação em Sociologia).

Veja-se, contudo, que o endurecimento desencadeado por uma situação de risco específica tende a se generalizar e a se separar das causas que justificaram seu excepcional desdobramento (CALVO GARCÍA, 2007, p. 12).

Enfim, como bem coloca o autor (2007), o problema aqui não é que experiências e inseguranças condicionem a criação e aplicação do direito – algo legítimo e qualquer sociedade democrática – o problema é que as demandas são atendidas sem intermediários, sem a interposição de núcleos que façam a reflexão dos valores e das complexas consequências que toda reflexão penal envolve. Nesse sentido, referindo-se à política criminal latino-americana, Carlos Alberto Elbert (2009, p. 151) adverte: “nossa Política Criminal não consegue programas baseados em ideias claras e precisas, com médio sustento científico, qualitativo e quantitativo. A legislação de fundo e forma é errática, porque sofre intromissões e retoques de todo tipo na redação de textos que perdem coerência e sistemática”.

De fato, a forma como se tem produzido leis penais e políticas criminais merece ser objeto de crítica. Pois, a despeito da importância estratégica que representam para a segurança das sociedades, sua reflexão e racionalidade são extremamente limitadas. Veja-se a análise que Mireille Delmas-Marty faz referindo-se ao Estado francês, mas que poderia ter sido dirigida ao brasileiro com as mesmas palavras:

Com exceção de algumas circulares de orientação, gerais mas muito vagas, as grandes estratégias institucionais permanecem ‘anônimas e quase mudas’ em um campo tão sensível quanto a política criminal, em que o poder Executivo prefere a liberdade de agir como entende, quase sempre sem plano previamente definido, conforme as exigências do momento (2004, p. 96-7).

No que tange especificamente à criação da lei penal, José Luis Díez Ripollés adverte que a escassa atenção dedicada atualmente⁶ à problemática relacionada à criação do Direito decorre de ter sido deixado de lado este processo durante todo o século XX, momento em que se concentrou esforços no processo de aplicação racional das leis vigentes (apesar de a produção legislativa ser seu pressuposto e condição prévia) (DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, p. 5).

É a conclusão a que se chegou por ocasião do Seminário de Peritos Sobre a Recente Política Legislativa Penal Ibero-Americana, em que professores reuniram-se para analisar a evolução recente da política legislativa em matéria penal nas suas respectivas nações, nestes termos: “a política criminal e o subsequente processo de elaboração das leis penais adoptou ou reforçou, nos últimos tempos, características especialmente insatisfatórias” (DÍEZ RIPOLLÉS; GARCÍA PÉREZ, 2008, p. 552).

Por fim, cumpre destacar um último arranjo político-criminal verificável nos Estados ocidentais em geral, de particular importância neste estudo. Trata-se do chamado “direito dos direitos humanos” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 6), o qual advém tanto no plano interno (por meio dos princípios constitucionais, e das demandas sociais) quanto no internacional (por meio da ordem jurídica internacional). E, por vezes, exige expansão do direito penal para a proteção de direitos humanos, o que gera uma tensão entre dois polos. Afinal, está no âmago do direito penal atentar contra direitos fundamentais do indivíduo, começando pelo ir e vir livremente; e, todavia, o sistema penal exerce também uma função de proteção dos direitos fundamentais (DELMAS-MARTY, 2004, p. 22).

⁶ “Nem sempre as coisas foram assim. No período codificador novocentista, a preocupação fundamental dos juristas consistia na elaboração de um corpo racional de leis” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, p. 13).

Realmente, a institucionalização dos conflitos sociais tem sido uma das principais estratégias da sociedade política para responder aos movimentos sociais. A cada onda de movimentos surgem uma série de leis e novos órgãos públicos para cuidar da problemática, sobretudo no âmbito penal (GOHN, 2002). No âmbito da sexualidade, entretanto, percebe-se uma resistência maior, conforme já se pode perceber e que será esmiuçado no decorrer do capítulo.

Enfim, compilando as tendências e as vicissitudes apresentadas neste tópico, bem como recorrendo a pesquisas empíricas a respeito do tema, pode-se apreender algumas características da política criminal brasileira atual: (a) sua parte mais aparente é o sistema penal,⁷ mas há a descoberta de outras redes de sanções: administrativas, civis e de mediação, as quais, contudo, ainda precisam ser melhor combinadas entre elas, de forma a não se dar sua utilização cumulada; (b) dentro da rede penal, percebe-se um modelo híbrido, na medida em que amplia a criminalização de condutas, caminhando, nesse aspecto, para um modelo bastante repressor, mas que adota soluções em termos de penalização em sentido totalmente oposto: por meio de alternativas penais à reclusão (SANTOS, 2011, p. 261); (c) no procedimento penal, percebe-se uma tendência paralela de criação de um processo penal de emergência e de um processo simplificado e até mesmo informalizado, para os delitos de menor potencial ofensivo (AZEVEDO, 2004a).

É nesse contexto que se encontra a demanda por criminalização da homofobia por parte do movimento LGBT e, conseqüentemente, o movimento legislativo para atender a esta demanda. Atualmente, o que se tem de mais avançado neste campo é o PLC 122/2006, que será analisado a seguir.

2 Análise do PLC 122/2006 e de sua tramitação

O PLC 122/2006 é o que trata da tutela penal da homofobia e provavelmente a maior polêmica em trâmite no Congresso Nacional atualmente. O *site* do Senado Federal (que é a Casa onde ele se encontra) informa que 80% das ligações que a Casa recebe são manifestações contrárias à aprovação do projeto. Internamente, são os grupos religiosos que se opõem de forma veemente à adoção do projeto, por entenderem que o mesmo violaria as liberdades religiosas e de expressão.⁸

Contudo, importante destacar, em primeiro lugar, que a ordem jurídica não se confunde com a ordem aceitável pela maioria, se assim o fosse ficaria de lado um aspecto fundamental da democracia, que é justamente a proteção aos direitos das minorias. Em segundo lugar, religião e Estado não se confundem, afinal “a ordem jurídica de um Estado democrático não se funda em razões religiosas de nenhum dos grupos que compõem a cidadania daquele Estado” (LOPES, 2006, p. 25). Esses são, portanto, senso-comuns que têm sido reproduzidos, com ares de seriedade, mas que não se sustentam juridicamente.

Apesar disso, são esses os entraves legislativos à sua aprovação, o que demonstra a vigência do conservadorismo de matriz religiosa que está interferindo decisivamente de modo a comprometer a constitucional laicidade do Estado brasileiro, “impedindo de operacionalizar políticas públicas mais abrangentes no campo dos direitos humanos, sobretudo no que tange aos direitos da população LGBT” (AVELAR; MELLO; BRITO, 2010, p. 351).

⁷ “A resolução de conflitos é vista ainda prioritariamente sob a perspectiva criminalizadora-penalizadora, como apontam as leis mais punitivas e muitas vezes a legislação criminalizante. Produzir a criminalização de setores e grupos sociais é uma das características centrais desta legislação aprovada pós-1988” (CAMPOS, 2010, p. 33).

⁸ Ex.: discurso do Deputado Federal Jefferson Campos (PTB/SP), para quem “a discriminação que o projeto de lei pretende promover é arbitrária, desproporcional, atentando contra a natureza das coisas. Portanto, o projeto é flagrantemente inconstitucional porque significa a implantação do totalitarismo e do terrorismo ideológico de Estado, com manifesta violação à livre manifestação do pensamento, à inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença. (Art. 5º da Constituição)”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=3&nuSessao=132.2.53.O&nuQuarto=30&nuOrador=1&nuInsercao=18&dtHorarioQuarto=19:46&sgFaseSessao=BC%20%20%20%20%20%20%20%20&Data=10/06/2008&txApelido=JEFFERSON%20CAMPOS&txFaseSessao=Breves%20Comunicações%20%20%20%20%20%20%20%20&dtHoraQuarto=19:46&txEtapa=Com%20redação%20final>>.

Dessa forma, tendo em vista que já se afirmou a legitimidade jurídica, política e, inclusive, criminológica da tutela penal da homofobia, ultrapassa-se esses argumentos para ingressar na discussão da estratégia normativo-penal presente no PLC 122/2006.

O PLC 122/2006 (originário do PL 5.003/2001, da Câmara dos Deputados) é de autoria da Deputada Federal Iara Bernardi (PT/SP) e tem a seguinte ementa:

Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor,⁹ dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências (BRASIL, 2006).

A proposição tem por objeto alterar os diplomas legais referidos na ementa para definir os “crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero” (BRASIL, 2006).

O Projeto de Lei originário foi analisado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, em que foi aprovado por unanimidade na forma do substitutivo, que igualmente fora aprovado pelo Plenário da Câmara, em 23 de novembro de 2006.

Este Projeto amplia, mais uma vez, a abrangência do objeto de proteção antidiscriminatório da Lei 7.716/1989, acrescentando à ementa e ao art. 1º desta lei as discriminações de “gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero”. Assim, o projeto em exame altera os demais artigos da referida lei para que, em todos os tipos penais ali previstos, seja também considerada a motivação da discriminação ou preconceito de “gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero”.

Não é só, há, também, inserção de novos verbos nucleares do tipo e, até mesmo novos tipos penais. Assim, o art. 4º do Projeto acrescenta, no art. 4º da lei vigente, referente à discriminação no âmbito do trabalho, cuja redação tipifica como crime “Negar ou obstar emprego em empresa privada” (BRASIL, 1989), o art. 4º-A, que tipifica como conduta criminosa a motivação preconceituosa que resulte em “Praticar, o empregador ou seu preposto, atos de dispensa direta ou indireta” (BRASIL, 2006).

O artigo 5º do projeto dá nova redação aos artigos 5º, 6º e 7º da Lei 7.716/89, de modo a inserir-lhes novos verbos nucleares do tipo. O art. 5º passaria a ter sua redação alterada, de “Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador” (BRASIL, 1989), para “Impedir, recusar ou proibir o ingresso ou a permanência em qualquer ambiente ou estabelecimento, público ou privado, aberto ao público”. O artigo 6º, voltado à discriminação no âmbito educacional, cuja atual redação caracteriza como criminosa a conduta de “Recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau” (BRASIL, 1989) teria a redação substituída por uma tipificação mais ampla, definida por “Recusar, negar, impedir, preterir, prejudicar, retardar ou excluir, em qualquer sistema de seleção educacional, recrutamento ou promoção funcional ou profissional” (BRASIL, 2006). E o art. 7º que tem como texto vigente “Impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem ou qualquer estabelecimento similar”, seria substituído por “Sobretaxar, recusar, preterir ou impedir a hospedagem em hotéis, motéis, pensões ou similares”.

⁹ Embora a ementa da Lei 7.716/1989 se refira apenas a duas hipóteses de motivação discriminatória passíveis de tipificação penal, o art. 1º da mencionada lei, com base na alteração efetuada, por sua vez, pela Lei nº 9.459/1997, estabelece que “Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” (BRASIL, 1997); isto é, houve inclusão de “etnia”, “religião” e “procedência nacional” no âmbito da lei.

O artigo 6º do Projeto, acrescenta um tipo penal referente às relações de locação e compra de imóveis, com o novo art. 7º-A com a seguinte redação: “Sobretaxar, recusar, preterir ou impedir a locação, a compra, a aquisição, o arrendamento ou o empréstimo de bens móveis ou imóveis de qualquer finalidade”.

O artigo 7º do Projeto acrescenta dois novos tipos (com as penas mais altas de toda a Lei) no artigo 8º: o art. 8º-A, “Impedir ou restringir a expressão e a manifestação de afetividade em locais públicos ou privados abertos ao público, em virtude das características previstas no art. 1º desta Lei”; e o art. 8º-B, “Proibir a livre expressão e manifestação de afetividade do cidadão homossexual, bissexual ou transgênero, sendo estas expressões e manifestações permitidas aos demais cidadãos ou cidadãs”.

O artigo 8º do Projeto amplia a redação dos artigos 16 e 20, ainda da Lei nº 7.716/1989. Quanto ao art. 16, acrescenta-lhe mais efeitos à condenação (“inabilitação para contratos com órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional; proibição de acesso a créditos concedidos pelo poder público e suas instituições financeiras ou a programas de incentivo ao desenvolvimento por estes instituídos ou mantidos; vedação de isenções, remissões, anistias ou quaisquer benefícios de natureza tributária; e multa de até 10.000 (dez mil) UFIRs, podendo ser multiplicada em até 10 (dez) vezes em caso de reincidência, levando-se em conta a capacidade financeira do infrator”). A nova redação do art. 16 prevê, ainda, a destinação dos recursos provenientes das multas estabelecidas na lei a campanhas educativas contra a discriminação. Da mesma forma, na hipótese de o ato ilícito ser praticado por contratado, concessionário ou permissionário da administração pública, além das responsabilidades individuais, acrescenta a pena de rescisão do instrumento contratual, do convênio ou da permissão, sendo que, em qualquer caso, o prazo de inabilitação será de doze meses contados da data da aplicação da sanção. Ainda fica previsto neste artigo que “As informações cadastrais e as referências invocadas como justificadoras da discriminação serão sempre acessíveis a todos aqueles que se sujeitarem a processo seletivo, no que se refere à sua participação” (BRASIL, 2006).

Quanto ao artigo 20, o projeto em exame propõe estender a proteção prevista para abarcar, claro, a discriminação ou o preconceito de “gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero”. Acrescenta, também ao artigo 20, o § 5º, com a seguinte redação: “O disposto neste artigo envolve a prática de qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória, de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica” (BRASIL, 2006).

O artigo 9º do Projeto adiciona dois novos artigos: o artigo 20-A, que prevê procedimento para a apuração dos atos discriminatórios a que se refere a norma; e o art. 20-B, que dispõe sobre a interpretação dos dispositivos da Lei no momento de sua aplicação, que deverá atender ao suposto “princípio da mais ampla proteção dos direitos humanos” e interpretação “mais benéfica em favor da luta antidiscriminatória”.

As duas últimas propostas do PLC no 122/2006 (artigos 10 e 11), referem-se ao Código Penal e à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Ao Código Penal, acrescenta à denominada “injúria racial” as motivações decorrentes de “gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”.

À Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), a proposição acrescenta um parágrafo único ao vigente art. 5º, com a seguinte redação:

Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego ou sua manutenção, por motivo de sexo, orientação sexual e identidade de gênero, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição Federal (BRASIL, 2006).

Encaminhado ao Senado Federal, durante o ano de 2007, o projeto esteve em tramitação na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa desta Casa, em que, na última sessão deliberativa do plenário, foi aprovado requerimento do Senador Gim Argello (PTB/DF) para que o projeto fosse analisado pela Comissão de Assuntos Sociais (CAS).

O PLC 122/2006 foi, então, analisado e aprovado na Comissão de Assuntos Sociais na forma do substitutivo da Relatora, Senadora Fátima Cleide (PT/RO), em que considerou quatro pressupostos: (i) não discriminação: a Constituição Federal em seu artigo 3º, IV, estabelece que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; (ii) intervenção mínima para um direito penal eficaz: na contramão das correntes conservadoras que pregam um direito penal máximo, um Estado Penal, o substitutivo partiu da ideia de que o direito penal, por ser o mais gravoso meio de controle social, deve ser usado sempre em último caso e visando tão somente ao interesse social, nesse sentido, as condutas a serem criminalizadas devem ser apenas aquelas tidas como fundamentais; (iii) simplicidade e clareza: o substitutivo faz a nítida opção por uma redação simples, clara e direta, com pequenas modificações na Lei nº 7.716/1989, e no Código Penal; (iv) ampliação do rol dos beneficiários da Lei nº 7.716/1989, que pune os crimes resultantes de preconceito e discriminação, para incluir além da orientação sexual, pessoa idosa ou com deficiência.

Desse modo, além da criminalização da homofobia (orientação sexual e identidade de gênero) e do machismo (gênero e sexo), presentes no texto aprovado pela Câmara dos Deputados, o Substitutivo tipifica como crime a discriminação e o preconceito de condição de pessoa idosa ou com deficiência. O que o Substitutivo faz, então, é trazer para a Lei 7.716/1989 esses dois segmentos que já são beneficiados pelo atual § 3º do art. 140 do Código Penal.

Na Comissão de Direitos Humanos e Minorias fora relatado pela Senadora Marta Suplicy (PT/SP), que também apresentou parecer pela aprovação do Projeto de Lei, porém com um outro substitutivo, com os seguintes princípios/dispositivos: (i) necessidade de que as práticas homofóbicas sejam objeto de uma lei específica exclusiva para esta matéria, ficando preservada a Lei 7.716/89 ao seu atual âmbito de abrangência; (ii) com isso, cria novos tipos penais a respeito de discriminação no mercado de trabalho, nas relações de consumo e na prestação de serviços públicos, por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero, bem como o delito de indução à violência; (iii) altera artigos do Código Penal para contemplar ou criar, nas agravantes genéricas (artigo 61 do Código Penal), na agravante específica do homicídio (artigo 121, § 2º, inciso IV), na majorante da lesão corporal (artigo 129, § 12), na majorante dos maus-tratos (artigo 136, § 3º), na qualificadora da injúria (artigo 140, § 3º) e na majorante da incitação ao crime (artigo 286), a motivação por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero; e (iv) seu ponto mais delicado: excluir do alcance da Lei, os casos de manifestação pacífica de pensamento decorrente da fé e da moral fundada na liberdade de consciência, de crença e de religião de que trata o inciso VI do artigo 5º da Constituição Federal.

Este parecer/substitutivo ainda não foi submetido à votação na Comissão (inclusive a pedido do movimento LGBT), pois acredita-se que não seria aprovado da forma como está, tendo em vista discordância da bancada evangélica-cristã.

Atualmente, com a saída da Senadora Marta Suplicy do Senado (por ter assumido o Ministério da Cultura em setembro de 2012), avocou a relatoria do projeto perante a Comissão o Senador Paulo Paim (PT/RS). Em recente discurso, datado de 22 de fevereiro de 2013,¹⁰ o Senador afirmou ter assumido a relatoria com

¹⁰ Disponível em: <<http://www.senadorpaim.com.br/verImprensa.php?id=3537-homofobia>>. Acesso em: fev. 2013.

o objetivo de “buscar um equilíbrio entre as partes radicais e conseguir a aprovação do Projeto perante a Comissão”, prometendo, para tanto, novo texto para o Projeto (PAIM, 2013).

Quanto a isso, há muita apreensão por parte do movimento LGBT, em virtude da possibilidade de haver uma descaracterização do projeto.

Resta, enfim, neste trabalho proceder à crítica da estratégia normativa em tramitação, tendo em vista o que se acredita ser o melhor instrumento legislativo em termos de utilização de legislação penal para a tutela da comunidade LGBT, desde uma perspectiva minimalista e de redução de danos da política criminal.

3 Crítica da estratégia normativa em tramitação

Veja-se que só no que tange ao PLC 122/2006, perpassam pelo menos duas estratégias normativas distintas: (i) a do PLC 122/2006 propriamente dito (e do Substitutivo da CAS); e, (ii) a do Substitutivo da Senadora Marta Suplicy.

A primeira, como já esmiuçado, opta pela inclusão da homofobia na Lei 7.716/1989, enquanto a segunda destaca a necessidade de haver uma legislação específica para o tratamento da homofobia. Resta avaliar, afinal, qual estratégia normativa seria a mais adequada ao tratamento da matéria, tendo em vista as linhas já traçadas do que se entende como a forma legítima de tutela penal diante do problema da população LGBT.

Para proceder à avaliação, Salo de Carvalho (2012a e 2012c) sugere que se reflita, primeiro, a respeito das experiências penais já promovidas em matérias semelhantes, como é o caso das Leis 7.716/1989 e 11.340/06, as quais atendem ao movimento de negros e de mulheres, respectivamente; pois são dois *cases* distintos em termos de criminalização que são referenciais.

É interessante notar as distintas configurações dos projetos político-criminais a partir da consolidação normativa das reivindicações do movimento negro e do movimento de mulheres. A Lei 7.716 simplesmente nomina as condutas resultantes de preconceito de raça ou de cor e as insere dentro do tradicional sistema repressivo, ou seja, trata-se de uma inovação de tipos incriminadores no âmbito do direito penal. Em sentido distinto, a Lei 11.340 projetou a construção de um novo modelo de gestão de conflitos, com a intenção de superar e ultrapassar as estruturas dogmáticas que reduzem os problemas às esferas penal, civil ou administrativa.

Nesse quadro normativo, Salo de Carvalho (2012a) entende que a Lei Maria da Penha, ao contrário da Lei 7.716/1989, produziu o menor dano possível no que tange à expansão do sistema de criminalização, tendo, inclusive, rompido com padrões dogmáticos; pois, produziu um novo sistema jurídico para tratar da violência contra a mulher. E, no que tange à criminalização, limitou-se a nominar uma espécie de violência contra a pessoa, já devidamente criminalizada, como “violência doméstica”. O que, desde o ponto de vista do autor, por mais que represente, para além da denominação, uma maior rigidez na intervenção penal, não gera uma contradição insuperável com o modelo político-criminal minimalista. Tendo resultado, ainda, na produção “de um significado cultural de expressão de intolerância em relação à violência contra as mulheres” (CARVALHO, 2012a).

A Lei 7.716/1989, por sua vez, não buscou inovar no tratamento penal da matéria, trata-se de uma lei de vinte e dois artigos, dos quais, quinze criam novos tipos penais, que se referem, em sua maioria, a obstaculizações ou impedimentos de acesso em situações concernentes ao mercado de trabalho, às relações de consumo, aos serviços de ensino, de hospedagem, de restaurantes, de clubes, enfim de comércio em geral. Situações essas que, conforme destaca Salo de Carvalho (2012c, p. 205), “desde uma perspectiva garantista/

minimalista, poderiam ser geridas de forma mais adequada fora do âmbito penal, como, por exemplo, nas esferas civil, trabalhista, consumerista ou administrativa”.

É bem verdade, não são essas as situações que demandam a atuação do Direito penal de forma a exercer seu poder simbólico. Tanto que, anos mais tarde, percebeu-se a necessidade e procedeu-se à inclusão – por meio da Lei 10.741/2003 – no Código penal da “injúria racial”, isto é, uma qualificadora específica para os casos de preconceito de raça ou de cor no delito de injúria. Operou-se, assim, a nomeação do racismo no Código penal, estratégia esta que melhor se amolda ao efeito simbólico esperado pelo Direito penal, bem como ao problema empírico enfrentado pelos negros.

Com isso, tanto o PLC 122/2006, quanto o Substitutivo proposto pela Senadora Marta Suplicy equivocam-se: o primeiro, por utilizar a própria Lei 7.716/1989, diluindo a ideia de preconceito e discriminação por orientação sexual e identidade de gênero nas questões de raça, cor, religião, etnia e procedência nacional; e o segundo, por manter a criação de tipos penais atinentes às discriminações no mercado de trabalho, nas relações de consumo e na prestação de serviços públicos, por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero. Situações que, como já criticado em relação à Lei 7.716/1989, seriam melhor solucionadas fora do âmbito penal.

Entende-se, porém, que o Substitutivo da Senadora Marta Suplicy acerta no momento em que destaca a necessidade de uma legislação específica para a questão da homofobia – isto é, preservando a Lei 7.716/1989 para seus atuais âmbitos de abrangência – e, principalmente, porque faz inserir no Código penal as agravantes, qualificadoras ou majorantes da motivação homofóbica nos tipos penais em que, de fato, está o problema da homofobia, ou seja, na lesão corporal, no homicídio, nos maus-tratos e na injúria. É dizer, em delitos que já são tutelados pelo Direito penal e que representam, na realidade cotidiana, as violências sofridas por esta parcela da população.

O PLC 122/2006, por sua vez, não procede a esta necessária nomeação do “crime homofóbico” nas condutas violentas já tipificadas das quais é vitimada a população LGBT (ou alguém que seja confundido com este grupo social), exceto pelo delito de injúria. Sendo que, como destaca Salo de Carvalho (2012c), são justamente os delitos violentos, como a lesão corporal e o homicídio, impulsionados pela homofobia, que justificam empiricamente a demanda de criminalização.

Com efeito, a violência real cotidiana contra bens jurídicos tradicionais, que mesmo dentro de uma pauta minimalista estariam contemplados no Código penal, acaba não sendo contemplada no projeto.

Para além dos equívocos já apresentados, tanto o PLC 122/2006, quanto o Substitutivo da Senadora Marta Suplicy, não inovam sequer na atribuição das penas, mesmo em sendo amplamente conhecida a realidade das cadeias e os malefícios da prisionalização, eles prevêm desproporcionais penas privativas de liberdade para os seus novos tipos penais.

Ora, conforme critica Mariana Salomão Carrara (2010), é claro que o projeto poderia ter abdicado completamente da pena privativa de liberdade e ter procurado uma execução engajada, de forma a colaborar, também, na difusão do ideal de igualdade, ao invés de prejudicá-lo com os malefícios da prisão. No mesmo sentido, Salo de Carvalho (2012c, p. 209) também demonstra seu descontentamento a respeito desta escolha normativa que o movimento tem defendido: “sigo defendendo que o movimento LGBTs poderia superar esta lógica criminalizadora (vontade de punir), demonstrando aos demais movimentos sociais os riscos que a provocação do Direito penal gera”.

Mas essa situação ilustra justamente a advertência feita por Álvaro Pires (2004, p. 46) de que a representação da pena afluiva como necessária ou obrigatória produz um paradoxo: pode apresentar-se como uma maneira de proteger os direitos humanos, mas representa certa degradação dos direitos humanos no Direito

penal; enquanto, por outro lado, um observador externo poderá ver os direitos humanos como um objetivo ou um ideal de reduzir as penas e diversificar as sanções.

É por isso que o autor (1999) diz que esta ambivalência que o direito penal mantém com os direitos das pessoas pode constituir-se em obstáculo para uma mutação humanista do direito criminal, na medida em que há uma variação entre a utilização desses direitos para humanizar e aperfeiçoar o direito (penal) e, ao mesmo tempo, a crença de que “é preciso tornar-se cada vez mais repressivo para reagir contra as agressões aos direitos da pessoa” (PIRES, 1999, p. 68).

Assim, percebe-se em que sentido os direitos da pessoa constituem obstáculo, quando se utilizam esses direitos para “demandar ou justificar uma repressão maior, o aumento das penas, as penas mínimas, a obrigação de punir, etc.” (PIRES, 1999, p. 75-6). Nesse caso, confunde-se reprovação com repressão e esquece-se que a noção de gravidade é um envelope vazio – tudo pode ser considerado grave em determinado contexto.

Quanto aos tipos penais previstos, tanto no PLC 122/2006, quanto no Substitutivo, critica-se sua imprecisão técnica, cuja redação não prevê tipos objetivos, pelo contrário, descrevem, em sua maioria, condutas cuja abrangência traz incompreensão quanto à sua incidência, podendo provocar dúvidas na hora de sua aplicação e, inclusive, violar o princípio da taxatividade do direito penal (CARRARA, 2010). Como, por exemplo, no § 5º, acrescido ao art. 20, da Lei 7.716/1989, que utiliza os termos “vexatório” e “constrangedor”, os quais não deveriam ser abarcados na tipificação, devido à falta de delimitação e objetividade quanto ao seu significado.

Ainda na crítica à técnica legislativa do PLC 122/2006, importante registrar a constitucionalidade duvidosa do seu art. 9º, que impõe ao juiz seguir linha interpretativa atenta ao “princípio da mais ampla proteção dos direitos humanos” e “em favor da luta antidiscriminatória”, sugerindo que não se adote interpretação em favor do réu.

Enfim, acredita-se que a tutela penal da homofobia pode contribuir para a prevenção e o enfrentamento da homofobia e que para tanto é desnecessária a criação de novos tipos penais. É possível e até recomendável proceder-se à “criminalização” da homofobia de forma legítima e de acordo com os postulados de uma política criminal racional e democrática, por meio do que se chamou, neste trabalho, de “denominação” do crime homofóbico, em situações já criminalizadas, quando ocorrerem por motivação de discriminação ou preconceito de orientação sexual ou identidade de gênero.

Mesmo porque, uma vez tutelados os âmbitos de raça, cor, procedência nacional, religião, mulheres e idosos, seria desfavorável à luta pela igualdade LGBT e combate à homofobia, afirmar-se a desnecessidade do instrumento penal.

Desnecessárias e ilegítimas são as propostas que tramitam no Congresso Nacional de criminalização da homofobia (PLC 122/2006 e o respectivo Substituto da Senadora Marta Suplicy), que carregam as contradições do Direito penal, por meio de criação de tipos penais vagos, com penas privativas de liberdade desproporcionais, cuja situações, certamente, seriam melhor resolvidas fora do âmbito penal. Não é só, possivelmente a aprovação deste projeto tenderia a revelar-se contraproducente para o próprio movimento – mesmo com toda a apreensão que tem gerado na sociedade –, porque, de fato, apresenta uma lacuna com o problema empírico em que pretende atuar, na medida em que não atua sobre as situações de violência real de que é vítima a população LGBT.

A inserção do “crime homofóbico” no ordenamento jurídico-penal é recomendável, porém, desde que não seja a única atuação estatal na promoção da igualdade no âmbito das sexualidades; afinal, este instrumento legal será, tão-somente, um dos impulsionadores de uma mudança cultural mais profunda no sentido de reconhecimento da pluralidade existente na sociedade.

Até porque, a arena jurídica mais apropriada para essa luta é, ainda, a do Direito constitucional porque “diferentemente do Direito penal, que constitui o campo, por excelência da negatividade, da repressividade (...) o Direito constitucional constitui um campo de positividade, onde o homem e a mulher podem, enquanto sujeitos, reivindicar, positivamente, direitos” (STRECK, 2001, p. 47).

E é avançando na pauta dos direitos civis positivos – como por intermédio da conquista de direitos conjugais e parentais, do próprio casamento, da adoção, da possibilidade de alteração de nome nos documentos civis (no caso de transexuais e travestis) – que se conseguirá maior efeito para o alcance da cidadania LGBT e, conseqüentemente, quebrar com o preconceito e a homofobia.

É de se comemorar, portanto, a despeito da ausência normativa, as decisões proferidas pela Corte Constitucional brasileira no sentido de estender direitos civis à comunidade LGBT, de forma a conferi-lhe visibilidade e retirar-lhe de uma concepção de cultura ou de estilo de vida, para ser um problema de direitos. Claro que ter direitos como LGBT não protege contra a violência, mesmo assim, seu reconhecimento é importante pelo peso de seu valor simbólico, de seus efeitos sobre a autopercepção e a identidade social das pessoas.

Conclusão

Por meio da legítima denominação da violência homofóbica, não seria necessário criar novos tipos penais, bastando a identificação e a adjetivação de determinados crimes, quando motivados pelo preconceito ou discriminação de orientação sexual, como crime homofóbico. Isto significa que, mesmo dentro de uma pauta minimalista de política criminal, seria possível utilizar da intervenção penal diante da homofobia.

Quanto a isso, inclusive, Salo de Carvalho (2012a) entende que mesmo havendo – o que seria muito provável – uma maior gradação de pena, como por meio de uma agravante ou uma qualificadora de motivação homofóbica, ter-se-ia um *plus* criminalizador, o qual, porém, dentro de uma lógica de tutela de direitos humanos, se trataria do menor dano possível.

Assim, “crime homofóbico” poderia ser conceituado, nas palavras de Salo de Carvalho (2012a, por ocasião da palestra sobre o tema no 18º Seminário Internacional de Ciências Criminais) como “condutas ofensivas a bens jurídicos criminalmente protegidos motivadas por preconceito ou pela discriminação contra pessoas que não aderem ao padrão heteronormativo”.

Trata-se, sem dúvida, de um conceito aberto, mas que daria conta das variadas espécies de manifestações de violência homofóbica.¹¹ Sendo indispensável, para sua consumação, a aferição da motivação por preconceito ou discriminação em razão da orientação sexual ou identidade de gênero (isto é, que não adere à heterossexualidade), a qual configuraria um elemento subjetivo especial do tipo (dolo específico) ou, como já se aventou, uma agravante ou qualificadora de tipos penais já existentes. Veja-se que apesar do conceito aberto, não será fácil sua aferição, vez que a prova da motivação é difícil de ser produzida.

A partir da avaliação do projeto em trâmite no Congresso Nacional (do PLC 122/2006 e seus substitutivos), chegou-se à conclusão de que, por mais que seja legítima a criminalização da homofobia, há um equívoco na estratégia político-criminal eleita para este fim.

¹¹ O rol dessas violações inclui assassinatos, torturas, maus-tratos; além desta violência de cunho material, há uma verdadeira cultura do ódio em relação a essa parcela da população, gerando, ainda, outras formas de discriminação, como negação de oportunidades de emprego, de educação e de consolidação de uma série de direitos garantidos, entretanto, aos heterossexuais. “É o que confirma pesquisa promovida pelo National Institute of Justice dos Estados Unidos, onde os homossexuais foram apontados como o grupo mais vitimizado dentre as minorias; no mesmo sentido, relatório do National Gay and Lesbian Task Force revelou que um em cada cinco homens homossexuais foi vítima de ofensa física em virtude de sua orientação sexual” (RIOS, 2001b, p. 60).

Propõe-se, então, que, ao invés de se associar à Lei 7.716/1989 (como o faz o PLC 122/2006), melhor seria trilhar um caminho próprio, que tivesse criatividade para romper com a racionalidade penal moderna. Isto é, um caminho que procurasse se apropriar do poder simbólico que o Direito penal exerce perante a cultura social punitivista e utilizá-lo de forma a produzir o menor dano possível, dentro de uma pauta racional e democrática de política criminal.

Ora, tendo em vista que é tão somente no plano simbólico que se pode esperar algum efeito virtuoso da criminalização da homofobia e que esse poder simbólico, conforme visto no trabalho, adviria da simples denominação do “crime homofóbico” no Código Penal e, ainda, percebendo-se que a violência homofóbica atinge bens jurídicos tradicionais já tutelados pelo Direito penal, então, definitivamente, não é necessário proceder-se a “neocriminalizações” neste campo, bastando que se insiram agravantes, ou qualificadoras ou mesmo causas de aumento de pena nesses delitos, quando motivados pelo preconceito de orientação sexual ou identidade de gênero, de forma a nominá-lo “crime homofóbico”.

Ao que tudo indica, a ausência de um quadro normativo de proteção explícita à população LGBT – são inúmeros os projetos em tramitação para a afirmação de direitos civis LGBT (direitos conjugais, parentais e que permita a alteração de nome e sexo nos documentos, por exemplo), sem que sejam aprovados, em virtude da atuação de parlamentares que insistem em negar a legitimidade das demandas desse movimento social – contribui para a perpetuação da homofobia.

Certamente a lei (inclusive, a penal) pode facilitar e impulsionar a mudança relativamente à imagem social da comunidade LGBT; porém, ela será ineficaz se não for acompanhada por um trabalho pedagógico, no sentido de demonstrar à população que a sexualidade heterossexual não é incontestável e tampouco compartilhada por todos e que a hierarquia de sexualidades é tão detestável quanto a de raças.

Importante frisar que a pauta de direitos civis representa um impacto político muito maior do que qualquer criminalização, pois conseguem quebrar com muito mais vigor o preconceito e, contribuir, assim, para a diminuição da violência (CARVALHO, 2012a).

Enfim, a verdade é que há muito em que se avançar para a efetivação dos direitos humanos no Brasil e, principalmente, da parcela da população com que se preocupa este trabalho. Recentemente, teve-se prova concreta desta realidade: foi escolhido, como presidente da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, o Deputado pastor Marco Antônio Feliciano (PSC/SP), publicamente declarado homofóbico e racista, o que dá mostras da pouca força política desta pauta no Estado brasileiro. Portanto, ainda existem muitos caminhos a percorrer para que, no futuro, possamos alcançar uma sociedade verdadeiramente justa e plural, na qual haja o efetivo respeito pela diferença entre os seres humanos, e todos possam, ainda, em harmonia, vincular-se à natureza de uma forma racional e sustentável. Até lá, haverá muitas tarefas, muitas ações, para cuja realização devemos contar com os melhores esforços de todos os espíritos visceralmente democráticos. Eis pois as tarefas que nos cabem.

Referências

AVELAR, Rezende Bruno de; BRITO, Walderes; MELLO, Luiz. A (in)segurança pública que o estado brasileiro oferece à população LGBT: mapeamento crítico preliminar de políticas públicas. In: *Políticas públicas para população LGBT no Brasil: um mapeamento crítico preliminar*. Goiânia: UFG, Ser-tão, 2010.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina. In: *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n. 1, jan./mar. 2004a.

BACIGALUPO, Enrique. *Hacia el nuevo Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

- CALVO GARCÍA, Manuel. *Transformações do Estado e do direito: do direito regulativo à luta contra a violência de gênero*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2007.
- CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006*. São Paulo: IBCCRIM, 2010.
- CARRARA, Mariana Salomão. Ponderações sobre a criminalização de condutas homofóbicas. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, ano 18, n. 84, p. 312-368, maio/jun. 2010.
- CARVALHO, Salo de. Criminalização da homofobia. In: XVIII Seminário Internacional de Ciências Criminais. 2012a.
- _____. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia *queer*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n. 99, p. 210, 2012.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Tradução de Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ELBERT, Carlos Alberto. *Novo manual básico de criminologia*. Tradução de Ney Fayet Júnior. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- GOHN, Maria da Glória. *Teorias dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2002.
- HASSEMER, Wilfried. Seguridad por intermedio del Derecho penal. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Director). *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María de Mar Díaz Pita*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 25-64.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. “O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas”. In: RIOS, Roger Raupp. *Caderno de Direito Constitucional*. Porto Alegre: EMAGIS, 2006. p. 24-54.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid: Ministerio de Justicia, 2002. Tomo LII, n. 1999, p. 279-321.
- PIRES, Álvaro Penna. Alguns obstáculos a uma mutação ‘humanista’ do direito penal. In: *Sociologias*, Porto Alegre: PPGS/UFRGS, ano 1, n. 1, p. 64-95, jan./jun. 1999.
- SANTOS, André Leonardo Copetti. “É constitucional a expansão normativa do controle social no Brasil?”. In: *Revista Direito e Justiça – Reflexões Sociojurídicas: Novos Direitos*, Santo Ângelo: EDIURI, ano XI, n. 16, p. 255-286, abr. 2011.
- STRECK, Lênio. O ideal normativo da masculinidade. In: *Cadernos Themis Gênero e Direito*, Porto Alegre: Sulina, n. 1, p. 40-47, 2001.