

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

LOUISE PREMOLI DO NASCIMENTO

**CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA: A TENSÃO ENTRE O PRECONCEITO
SOCIAL E O RECONHECIMENTO DAS MINORIAS LGBTs SOB A ÓTICA DOS
DIREITOS HUMANOS**

CRICIÚMA

2015

LOUISE PREMOLI DO NASCIMENTO

**CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA: A TENSÃO ENTRE O PRECONCEITO
SOCIAL E O RECONHECIMENTO DAS MINORIAS LGBTs SOB A ÓTICA DOS
DIREITOS HUMANOS**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador(a): Profa. Dra. Fernanda da Silva Lima

CRICIÚMA

2015

LOUISE PREMOLI DO NASCIMENTO

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA: A TENSÃO ENTRE O PRECONCEITO SOCIAL E O RECONHECIMENTO DAS MINORIAS LGBTs SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direitos Humanos.

Criciúma, 03 de dezembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Fernanda da Silva Lima - Doutora - Orientador

Prof. Jackson Silva Leal - Mestre

Prof. Ismael Francisco de Souza - Mestre

Dedico a presente monografia ao casal, que desde a mais tenra idade, me ensinou a importância de amar, sem qualquer tipo de preconceito: Izabel e Denise.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meu pais. À minha mãe, Rita, por ser meu porto seguro, por ter dedicado todos os dias da sua vida à me ensinar como ser uma mulher de caráter, e nunca me deixar desistir diante dos obstáculos os quais a vida apresenta. Ao meu pai, Jacques, o qual é o maior incentivador e promovedor da minha educação, além de ser responsável pelas melhores conversas filosóficas que já tive em minha curta existência. Em conjunto, os dois são os pilares que sustentam o meu “ser”.

Ao meu irmão, e sobretudo amigo, Jacquinho, por fazer meus dias mais felizes, além de ser um companheiro fiel na minha caminhada.

Aos meus familiares, os quais tanto me propiciam amor e carinho, sentimentos que são capazes de transformar qualquer ser humano em alguém melhor.

Aos meus amigos – poucos e preciosos - responsáveis por fazerem minha vida mais leve, me propiciando boas risadas e diversos momentos memoráveis ao decorrer dos anos.

À Deus, por toda a luz, e especialmente, pela vida.

E finalmente, à minha orientadora. Correndo o risco de parecer clichê, afirmo que não poderia ter escolhido alguém melhor para orientar e concretizar este trabalho. Fernanda, obrigada pelo auxílio, pela disponibilidade, pelas importantes indicações bibliográficas, e claro, pelo seu bom humor contagiante.

À todos, o meu muito obrigada, e todo a minha gratidão.

“Ninguém nasce odiando o outro pela cor de sua pele, ou por sua origem, ou sua religião. Para odiar as pessoas precisam aprender, e se elas aprendem a odiar, podem ser ensinadas a amar”.

Nelson Mandela

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a possível criminalização da homofobia, de acordo com a visão dos direitos humanos, assim como explicar os princípios inerentes à legitimação do movimento LGBTs. Possui como problemática avaliar se a criminalização da homofobia contemplaria a necessidade de efetivação de direitos da comunidade LGBT, sob a ótica dos direitos humanos.

O método de pesquisa utilizado será o dedutivo, em pesquisa teórica com emprego de material bibliográfico e documental legal. No decorrer do trabalho, o objetivo será analisar os direitos humanos, direitos fundamentais e a legislação que protege as minorias sexuais, estudar o conceito de homofobia, demonstrando a importância da efetivação de princípios como a dignidade da pessoa humana e da igualdade, e por fim, investigar a possibilidade e viabilidade de criminalização da homofobia, juntamente com uma análise em torno do sistema penal.

Palavras-chave: criminalização; dignidade da pessoa humana; homofobia; homossexualidade; igualdade;

ABSTRACT

This paper aims to analyze the possible criminalization of homophobia, according to the view of human rights, as well as explain the principles inherent to legitimation of LGBT movement. The problematic is to assess if the criminalization of homophobia contemplate the need for enforcement the rights of the LGBT community, from the perspective of human rights.

The research method used is deductive, in theoretical research with the use of library materials and legal documents. During the paper, the goal will be to analyze the human rights, fundamental rights and the laws protecting sexual minorities, to study the concept of homophobia, demonstrating the importance of effective principles such as human dignity and equality, and finally, investigate the possibility and viability of homophobia criminalization, with an analysis about the penal system.

Key-words: criminalization; equality; homophobia; homosexuality; human dignity;

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

LGBTs Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transexuais

PNDEH Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DIREITOS HUMANOS E LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL: PRINCÍPIOS E DIREITOS INERENTES AO SER HUMANO	13
2.1 TERMINOLOGIA: DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
2.1.2 Características dos Direitos Humanos	14
2.1.3 Direito Internacional dos Direitos Humanos	14
2.1.4 Os Direitos Fundamentais e a aplicabilidade dos Direitos Humanos na Constituição Federal de 1988.....	15
2.2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE	18
2.3 PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO	22
3 HOMOFOBIA	27
3.1 SEXUALIDADE E GÊNERO	27
3.1.2 O Conceito de Homofobia	32
3.2 O DIREITO À HOMOSSEXUALIDADE DIANTE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	33
3.3 O DIREITO PENAL SIMBÓLICO E SUA (IN)EFICÁCIA	35
3.4 A HOMOFOBIA ENQUANTO PRÁTICA SOCIOCULTURAL E A AFRONTA À ENUNCIÇÃO DE DIREITOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS.....	38
4 EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS: CONHECER PARA EDUCAR	40
4.1 DIREITOS HUMANOS E CRIMINOLOGIA: O PODER DE PUNIR.....	40
4.2 CRIMINOLOGIA <i>QUEER</i>	44
4.3 A LUTA CONTRA A HOMOFOBIA: POR UMA EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS.....	47
4.4 HOMOFOBIA: CRIMINALIZAR É A SOLUÇÃO?	51
5 CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

A proteção jurídica do Estado é tutela fundamental para a garantia de direitos e proteção do ser humano, sendo indispensável no atual contexto de Estado Democrático de Direito em que se vive. A comunidade formada por Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transexuais, dessa forma, segundo a óptica dos direitos humanos e segundo a nossa Constituição Federal Brasileira, é considerada igualitária, isso porque todos são considerados iguais perante a lei, tanto em dignidade quanto em direitos.

É tema recorrente na mídia a possibilidade de criminalização da homofobia, sendo que a aprovação de um projeto de lei pelo legislativo, objetivando criação de uma punição penal aos praticantes da homofobia, mesmo enfrentando uma grande oposição tradicionalista social e religiosa, poderia trazer um grande reconhecimento aos direitos da comunidade LGBT, tanto de seus direitos humanos como a consequente observância de seus direitos de minorias, podendo a criminalização ser um meio de obter respeito a condição sexual do indivíduo. Dessa forma, cabe investigar se a criminalização da homofobia contemplaria a necessidade de efetivação de direitos da comunidade LGBT, sob a ótica dos direitos humanos.

A presente monografia, então, tem por objetivo investigar se a criminalização da homofobia atende ao propósito de reconhecimento de igualdade tão procurado pelo movimento LGBT ao longo da história. O método de pesquisa utilizado será o dedutivo, em pesquisa teórica com emprego de material bibliográfico e documental legal.

A relevância social da pesquisa está na constatação de que a comunidade LGBT é alvo de muito preconceito social, porém é tratada, na teoria, como igualitária em direitos, tanto sob o ponto de vista da Constituição Federal de 1988, quanto na Declaração Universal de Direitos Humanos. Nesse sentido, faz-se necessidade de analisar se há uma real necessidade de criminalização da homofobia para atender a contemplação e materialização dos direitos desse movimento.

Quanto à sistemática adotada pelo presente trabalho, no primeiro capítulo, analisar-se-á os direitos humanos, os direitos fundamentais e princípios constitucionais. Posteriormente, no segundo capítulo, definir-se-á a diferenciação

entre sexualidade e gênero, conceituar-se-á a homofobia, assim como tratar-se-á do princípio da dignidade da pessoa humana, analisando a homofobia como uma prática sociocultural.

Por fim, no terceiro capítulo, explanar-se-á à respeito de uma educação em direitos humanos, objetivando verificar se a criminalização de condutas homofóbicas é um meio necessário para afirma-los, ou se práticas preventivas seriam mais adequadas e condizentes para a garantia de efetivação dos direitos do movimento LGBT.

2 DIREITOS HUMANOS E LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL: PRINCÍPIOS E DIREITOS INERENTES AO SER HUMANO

A homofobia é uma grande dissipadora da intolerância às diferenças, tendo se tornado um grave problema social, o qual muitas vezes leva ao desrespeito dos direitos fundamentais do ser humano.

Dessa forma, para compreender a real dimensão do problema, é primeiramente necessário estudar os direitos constitucionais e humanos que garantem o respeito e liberdade do indivíduo, assim como princípios constitucionais tais como o da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

2.1 TERMINOLOGIA: DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos fundamentais são aqui tratados por esta terminologia visto que é o termo utilizado na Carta Magna de 1988, sendo o direito constitucional positivado por um Estado, e por se tratarem de um rol mínimo de direitos, os quais podem ser ampliados – se assim for a vontade do legislador – mas jamais podem ser diminuídos, visto que já se encontram garantidos. (MARINS; DIMOULIOS, 2007).

Já a terminologia direitos humanos refere-se a “ênfase e valorização da condição humano como atributo para o exercício desses direitos. Assim, o adjetivo “humanos” significa que tais direitos são atribuídos a qualquer indivíduo” (RAMOS, 2014, p. 51).

Ressalta-se que os direitos fundamentais espelham os direitos humanos, sendo possível, através da Corte Internacional de Direitos Humanos, corrigir alguma espécie de falha do Estado brasileiro em defender os direitos inerentes ao homem. Assim como, os direitos humanos possuem uma grande influência no direito nacional brasileiro, já que existe a possibilidade de incorporação dos Tratados Internacionais no plano interno. Além dessas características, ambos os direitos – tanto os humanos quanto fundamentais – protegem o princípio da dignidade da pessoa humana. Na Constituição Federal de 1988, é estabelecido o princípio como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, e na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 da ONU, a necessidade da proteção do princípio da dignidade da pessoa humana é assegurada em seu preâmbulo. (RAMOS, 2014)

2.1.2 Características dos Direitos Humanos

Os direitos humanos possuem algumas características principais e notórias, tais como a universalidade, indivisibilidade, indisponibilidade e proibição de retrocesso.

Têm-se como universalidade sua capacidade de serem direitos atribuídos a todos seres humanos, sem qualquer distinção e de forma universal, possuindo aplicação *erga omnes*, e podendo se estender até ao reconhecimento dos direitos do ser humano em formação no ventre materno, como é o caso do ordenamento jurídico brasileiro. (ANNONI, 2006). As pessoas detêm os direitos pelo simples fato de serem humanas, não havendo nenhum requisito a mais, assim como são internacionais, ou seja, garantidos em toda parte do mundo (ANNONNI, 2006, apud PECES-BARBA, 1999, p. 299)

A indivisibilidade por não poder um direito ter maior proteção jurídica do que outro: todos devem possuir o mesmo resguardo. Objetiva também que o Estado reconheça os direitos sociais, garantindo o mínimo existencial. A indisponibilidade por serem direitos irrenunciáveis, dos quais o ser humano não pode abrir mão, já que, ao abster-se desses direitos, estará abrindo mão de sua condição humana, fato que é inviável. E finalmente, a proibição de retrocesso, o qual impede que um direito já adquirido seja eliminado, podendo somente ser aprimorado, nunca extinto (RAMOS, 2014.)

2.1.3 Direito Internacional dos Direitos Humanos

Para se entender a evolução histórica dos direitos humanos no âmbito internacional, e sua conseqüente evolução aos moldes atuais, há que se reportar ao sistema global e regional americano de direitos, e as conseqüências deixadas pelo fim da 2ª Guerra Mundial, as quais acabaram por influenciar diretamente a construção e positivação de direitos humanos.

A Carta da ONU foi um dos resultados causados pelo impacto da abolição do estado de ordem durante a guerra, o qual instalou um caos capaz de extinguir premissas e mandamentos básicos. Dessa forma, têm-se a Carta como um novo direito adquirido, uma tentativa de evitar que o ser humano sofra novamente os

horrores de uma guerra mundial, a qual possui a capacidade de abalar todo o alicerce de direitos humanos e fundamentais já garantidos pelo homem (LAFER, 1995).

Tratando-se então dos Direitos Humanos, em seu sistema universal, há de se reconhecer como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o qual refletiu a positivação desses direitos no século XX. Mais tarde, em 1966, houve uma segunda etapa dessa positivação: a aprovação dos Pactos Internacionais de direitos civis e políticos e dos direitos sociais econômicos e culturais, tendo a doutrina consagrado o conjunto da Declaração Universal e os dois pactos internacionais pelo termo “Carta Internacional de Direitos Humanos”. Na atualidade, no entanto, o sistema global compreende vários tratados multilaterais de direitos humanos, e não só a Carta Internacional. (RAMOS, 2014)

Além do sistema global, há a existência do sistema regional americano, o qual compreende a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), que foi responsável por proclamar “o dever de respeito aos direitos humanos por parte de todo estado-membro da organização” (RAMOS, 2014, p. 247), assim como a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, a qual reconheceu os direitos humanos como universais.

Por fim, ao entrar-se em uma reflexão acerca da conquista e positivação desses direitos, Celso Lafer, ao analisar os pensamentos e escritos de Hannah Arendt, acaba por afirmar que as duas gerações de direitos humanos e sua asserção histórica foram resultados de uma inspiração deixada pelo liberalismo e socialismo, tendo, a partir do século XVIII, sido encontrado nos direitos humanos a reflexão do valor da pessoa humana como uma fonte a qual ordena a vida em sociedade. Observa-se assim, que ao passar dos séculos, houve e há o aprimoramento da coletividade como reflexão do desenvolvimento e evolução dos direitos humanos. (LAFER, 1997)

2.1.4 Os Direitos Fundamentais e a aplicabilidade dos Direitos Humanos na Constituição Federal de 1988

Na Constituição Federal Brasileira, encontra-se exemplificado, em diversas partes do texto constitucional, quais são os direitos fundamentais inerentes ao homem, assim como define a aplicabilidade dos direitos humanos em território nacional.

De acordo com MARTINS e DIMOULIS (2007, p. 54):

Direitos Fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

No ordenamento brasileiro, os direitos fundamentais estão contidos explicitamente no Título II da Constituição Federal de 1988, compreendido entre os artigos 5º ao 17º da Carta Magna. Porém, é importante ressaltar que tais direitos não estão concentrados somente nesta parte da Constituição Federal Brasileira, podendo ser encontrados em outras partes, de forma dispersa. (MARTINS, DIMOULIS. 2007).

Têm-se com a Constituição Federal Brasileira de 1988 um novo constitucionalismo democrático, onde há de haver um respeito aos direitos fundamentais, além de uma espécie de soberania popular, sendo que “na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular” (BARROSO, 2011, p. 6)

Entre os diversos direitos garantidos pela Constituição Federal Brasileira, está o direito à igualdade, o qual afirma que todas as pessoas são iguais, sem distinção de cor, raça ou sexo, devendo todos os seres humanos serem respeitados como tais, independentemente de suas opções (BARROSO, 2011).

No entanto, antes de iniciar um estudo aprofundado acerca da homofobia e suas implicações na sociedade atual, além de sua influência na aplicabilidade dos direitos fundamentais, como o direito à igualdade e liberdade, é necessário ressaltar a influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 da ONU no ordenamento jurídico brasileiro e na proteção do direito à liberdade sexual.

Consta na Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, parágrafo 2º e 3º, o seguinte dispositivo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Sendo assim, observa-se a aplicabilidade dos Direitos Humanos na ordem constitucional brasileira, visto que mesmo com direitos e garantias já expressos no mesmo, tratados e convenções internacionais acerca de direitos humanos aprovados no Congresso Nacional terão a equivalência de normas constitucionais brasileiras. Para Piovesan (2011, p.89) a Constituição Federal de 1998 “é a primeira Constituição brasileira a elencar o princípio da prevalência dos direitos humanos, como princípio fundamental a reger o Estado nas relações internacionais.”

Face as disposições presentes, é tarefa do Estado assegurar à sua população a aplicabilidade dos direitos humanos em seu território.

Há também que se observar a mutação das necessidades da sociedade com o passar dos séculos, a qual acaba refletindo em uma maior necessidade em reconhecer novos direitos, assim como suprimir velhos, visto que com o reconhecimento de um novo direito, há sempre a supressão de outro inerente à uma categoria de pessoas, como afirma Norberto Bobbio:

Não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outra categoria de pessoas: o reconhecimento do direito de não ser torturado implica a supressão do direito de torturar. (BOBBIO, 2010, pg. 20)

Os Direitos Fundamentais e Humanos estão então, diretamente relacionados a evolução histórica e afirmação de determinadas necessidades humanas, as quais vão se mostrando cada vez mais claras e necessárias de acordo com a mutação histórica da civilização. Quanto maior o desenvolvimento da civilização, maior a necessidade de alargar-se o rol de direitos assegurados.

Dentre o rol de direitos fundamentais e princípios assegurados pela Constituição Federal de 1988, deve-se atentar para o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, exemplificado no art. 1º, inciso III da mesma.

Existe uma concepção universal na sociedade da importância da defesa deste princípio, mesmo que às vezes haja controvérsias a respeito de quais direitos ao homem ele abrange. No entanto, há um consenso de que o mesmo é o pilar que garante os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, o qual são divididos pela maioria doutrinária em três categorias: direitos políticos, sociais e individuais. Sendo que na atribuição de direitos individuais, há identificado os direitos inerentes à liberdade, os quais deram origem a conquista do direito a liberdade religiosa e de opinião. (BARCELLOS, 2008)

2.2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Na Constituição Federal Brasileira encontra-se a igualdade disposta não só como um princípio, mas também como um direito fundamental inerente ao ser humano, devendo ser um valor garantido não só pelo Estado, mas também assegurado pela sociedade.

Há a divisão da igualdade em material e formal, onde a segunda trata-se da igualdade perante à lei, objetivando aplicar o mesmo ordenamento jurídico a todos, sem qualquer tipo de distinção e de forma universal. Ocorre que, a universalização deste direito só terá plena aplicação quando ocorrer” a ruptura do modelo abstrato do sujeito de direito como pessoa heterossexual” (RIOS, 2001, p.283).

Ora, não deveria haver a necessidade de estipular o direito à diferença, pois em momento algum do ordenamento jurídico brasileiro está explícito qual o modelo ideal de sujeito de direito, e de acordo com a igualdade formal, não deveria haver qualquer distinção: todos são seres humanos, portanto todos merecem tratamento igualitário perante a norma. Porém, a sociedade e a história, de forma abstrata, acabaram por estipular o que seria um modelo de sujeito ideal, digno de todos os direitos: o indivíduo heterossexual. Sendo assim, surgiu a consequente necessidade de numerar critérios para prevenir a discriminação. (RIOS, 2001)

Á vista disso, a legislação por muitas vezes acaba por ser contraditória: ao mesmo tempo que estipula o direito de todos seres humanos serem tratados de uma forma igualitária – afirmando não haver distinções - acaba muitas vezes por beneficiar somente pessoas as quais a moral e os bons costumes consideram por ser um modelo de cidadão ideal, digno de todos os direitos existentes. Já que, se diante dos olhos do legislador, todo indivíduo nascesse digno de direitos fundamentais – atribuídos simplesmente pelo fato de serem dotados de uma condição humana – não haveria a necessidade da população homossexual, por exemplo, ter lutado tantos anos pelo reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo.

Acontece que, na igualdade formal, qualquer tipo de diferenciação é vedada, devendo a norma ser aplicada de forma igualitária, independente de os indivíduos encontrarem-se em situações distintas, equiparando homossexuais e heterossexuais. No entanto, o cenário difere ao tratar-se da igualdade material, a qual prega a importância de saber avaliar diferentes situações, as quais podem sim receber tratamentos diversos, se assim for necessário. (RIOS, 2001)

Nas atribuições feitas pela doutrina em torno do tema, frisa-se a relevância e importância da igualdade material, a qual recentemente, também passou a ser considerada como uma premissa para o reconhecimento da igualdade de identidade, legitimando, conseqüentemente, a luta pelo reconhecimento da orientação sexual dos LGBT. Sendo assim, ao interpretar o art. 5º da Carta Magna, pode-se reconhecer o direito fundamental à livre orientação sexual, visto que se trata de um direito inerente à igualdade material, o qual impõe respeito à preferência sexual de cada indivíduo. (RAMOS, 2014).

A igualdade consiste em um atributo de comparação dado a todos os seres humanos, visando assegurar uma vida digna a todos, sem privilégios odiosos. Conseqüentemente, o direito à igualdade consiste na exigência de um tratamento sem discriminação odiosa, que assegure a fruição adequada de uma vida digna. (RAMOS, 2014, p. 473)

A igualdade é pressuposto para uma vida digna e livre de discriminação pela diferença, sendo atributo essencial para constituir-se a convivência pacífica em sociedade e o respeito pela dignidade e diversidade do ser humano, além de ser requisito para a funcionalidade de um Estado Democrático de Direito.

No entanto, ao tratar do Princípio da Igualdade e suas implicações, há que se entender a necessidade de analisar essa igualdade através das diferenças existentes entre as pessoas titulares deste princípio. Existem diversos casos em que uma espécie de discriminação em razão de determinado fator pode ocorrer, sem desacatar o princípio da isonomia, por tratar-se de um mecanismo necessário para equilibrar a relação entre a diferença exposta e o tratamento desigual dado, sendo que, “fator objetivo algum pode ser escolhido aleatoriamente, isto é, sem pertinência lógica com a diferenciação procedida” (MELLO, 1999, p. 18).

A respeito das vedações e particularidades do presente princípio, dispõe Alexandre de Moraes:

O que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito. (MORAES, 2008, p.17)

Analisando as possíveis razões históricas e sociológicas capazes de explicarem a desigualdade gritante vivida hoje pela sociedade mundial – e a conseqüente necessidade de tratamento desigual para casos desiguais - remete-se ao grande poder detido por grupos hegemônicos, os quais ditam quais regras devem ser respeitadas e seguidas: tudo que transpor as ideologias ou crenças por eles estabelecidas se tornarão uma transgressão, marginalizando, de certa forma, os grupos sociais que não respeitarem os seus parâmetros de normalidade, estando assim, inseridos neste contexto, os homossexuais. Desta forma, “quando falamos de igualdade e diferença, estamos necessariamente condicionados por um contexto que não é, pois, neutro”. (SANTOS, 2003, p. 339).

Para poder-se então aplicar tratamentos diferenciados a situações não equiparadas, deve-se investigar uma razão lógica, a qual justifique a aplicabilidade do tratamento desigual, já que “a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo” (MELLO, 1999, p. 39).

Segundo André de Carvalho Ramos:

Em diversas passagens, a Constituição de 1988 demonstra o apego à igualdade, na perspectiva formal e material. O direito à igualdade implica dever de promoção da igualdade, o que traz como consequência um *dever de inclusão*, não se aceitando a continuidade de situações fáticas desiguais. Esse *dever de inclusão* leva a tratamentos desiguais aos desiguais. (RAMOS, 2014, p. 477/478)

De certa forma, coloca-se em uma balança, de um lado o fator discriminatório, e de outro, a justificativa para o mesmo: a balança não deve pender demasiado para nenhum lado, devendo permanecer em um determinado equilíbrio. Não existem normas reguladoras as quais exemplifiquem o que seria uma razão gratuita para o tratamento desigual aplicado ou o que seria uma razão plausível e justificada, ficando a determinação de tais motivos a cargo do bom-senso dos legisladores.

O temor à diferença e a concepção de que o “outro” possui menos dignidade e direitos, acarretou, durante a história, grandes períodos de violações aos direitos fundamentais e humanos, tais como o nazismo e a escravidão. O ser humano possui grande dificuldade em aceitar a pluralidade de identidades, e acaba por transformar sua repulsa pelo diferente em práticas de intolerância. Sendo assim, há uma real necessidade de analisar o indivíduo em sua peculiaridade, e não de modo genérico, para conseqüentemente, tomar-se medidas diferenciadas às violações de direitos em casos referentes à homofobia, assim como outras formas de intolerância. (PIOVESAN, 2010)

Não existe, em nenhuma hipótese plausível, como buscar um tratamento genérico para seres humanos com culturas, sexualidade ou gêneros diferentes, visto que cada um enfrenta desafios diversos na sociedade, com suas próprias particularidades.

Neste contexto, percebe-se a importância de ter o cuidado necessário para a aplicação do princípio da igualdade não descaracterizar um determinado grupo historicamente excluído, como os LGBT, evitando tomar-se medidas homogêneas, visto que, tais mensurações atentariam justamente contra a principal característica do movimento LGBT: a diversidade. Há, então, a necessidade explícita de atentar para a especificidade de suas necessidades, promovendo a inclusão sem tentar mudar suas particularidades, onde suas diferenças sejam consideradas um fator de enriquecimento cultural e social, e não de exclusão. (SANTOS, 2003)

Assim, justamente devido à carência de soluções para lidar com variadas demandas sociais, há cada vez mais, uma aclamação por um novo modo de justiça social, a qual visa o conhecimento. A finalidade principal dessa política consiste em extinguir o pensamento comum de que para se obter respeito, seja necessário fazer parte da cultura dominante. Como reflexo, nos encontramos frente a um novo discurso social, o qual têm buscado uma vertente que seja capaz de solucionar as demandas por justiça, acabando por requerer, segundo Nancy Fraser, uma necessidade de junção da redistribuição e do reconhecimento na justiça, e não só a aplicabilidade dessas políticas de forma excludente. (FRASER, 2010)

Ocorre então, a inevitabilidade da combinação dessas políticas, aplicando-se tanto a política de redistribuição quanto a de reconhecimento às classes exploradas, com a finalidade de assim combater as injustiças sociais, a desigualdade e a discriminação, e obter-se como consequência, o sucesso na aplicação do princípio da igualdade.

Existe, no âmbito constitucional, a fim de combater a discriminação e garantir a igualdade, o instrumento repressivo e o promocional. No primeiro, constatado no art. 5º, XLII, afirma que a lei punirá atos que atentem aos direitos fundamentais, dando abertura ao legislador para criar sanções penais em razão de atitudes discriminatórias. Já o segundo instrumento, foi criado com o objetivo de promover a inclusão de pessoas em situação inferior. (RAMOS, 2014)

Tais medidas objetivam a proteção de grupos vulneráveis, assim como tentam assegurar a aplicabilidade do princípio da igualdade em âmbito nacional, abrindo também espaço para a criação de novo tipos penais – se assim for necessário – para punir a discriminação.

2.3 PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO

Ao buscar-se os pilares que estruturam e garantem os direitos da comunidade LGBT, encontra-se como uma das principais bases da busca por reconhecimento de tais direitos e garantias, o princípio da não-discriminação.

De acordo com o artigo 3º, inciso IV, contido na Carta Magna, um dos objetivos fundamentais da Federação Brasileira constitui-se em “promover o bem de

todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL, 1988)

Isto posto, não encontra-se especificamente explanado a proibição de discriminação por orientação sexual, porém, inegavelmente, abre-se margem para esta interpretação e entendimento, quando o dispositivo trata da questão de proibir a discriminação por sexo, ou mesmo qualquer outra forma de discriminação, cabendo assim, o reconhecimento da não-discriminação por condição sexual. (BAHIA, 2010)

Destaca-se então, a amplitude de interpretações possíveis ao ler-se a linha final do disposto no artigo 3º, inciso IV, dado que ao afirmar a objeção à qualquer forma de discriminação, acaba por alegar como objetivo desta Federação a não-discriminação da homoafetividade.

Ainda, ao discriminar um indivíduo por sua condição sexual, há um preconceito relativo ao sexo, já que a discriminação estará fundada no fato de um indivíduo do sexo masculino se envolver amorosamente com um indivíduo do mesmo sexo, ou uma mulher se sentir atraída por outra. Sendo assim, à título de exemplo, “Pedro sofrerá ou não discriminação por orientação sexual precisamente em virtude do sexo da pessoa para quem dirigir seu desejo ou sua conduta sexual” (RIOS, 2001, p.284)

Portanto, o homossexual sofre a conduta discriminatória de acordo com o direcionamento de seu desejo ou afeto por uma pessoa de igual gênero, sendo então explícita a relação com o estabelecido no artigo 3º, inciso IV da Lei Maior, o qual veta o preconceito relacionado ao sexo.

Acompanhando este entendimento, diversas decisões judiciais tomam por base o princípio da não-discriminação para garantir a extensão de direitos e benefícios à homossexuais, tal como jurisprudência fixada em 1996, a qual garantiu o direito do companheiro do mesmo sexo de beneficiário de plano de saúde ser incluído como dependente. No entanto, tais avanços são de pequeno porte ao observar-se a real necessidade de reconhecimento de direitos dos homossexuais, tanto em um âmbito social quanto democrático. (RIOS, 2006)

Ampliando a visão acerca do Princípio da não-discriminação e trazendo a temática para o âmbito dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, o Brasil é signatário de importantes documentos internacionais os quais estabelecem a proibição da discriminação por orientação sexual. Ressalta-se também, que a

própria Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, estabelece, em seu artigo 2º, que o ser humano tem direito de gozar de tratamento igualitário, sem distinções de qualquer espécie. (PEREIRA, Graziela; BAHIA, Alexandre, 2011)

É de total importância para o direito nacional que os direitos humanos reconheçam a necessidade de medidas de proteção à comunidade LGBTI, já que “temos acrescentado aos nossos direitos nacionalmente previstos direitos fixados em parâmetros internacionais” (PIOVESAN, 2001, p.170), sendo um marco inicial relevante a fixação de declarações e resoluções internacionais tratando do assunto, pois, futuramente, as mesmas podem dar uma boa margem para a efetiva aplicação no ordenamento jurídico nacional, principalmente ao tratar-se de possíveis sanções à condutas ou atos homofóbicos.

Ressalta-se a Declaração A/63/635, de 22/12/08 firmada pelo ONU, juntamente com 66 países, incluindo o Brasil, a qual condena explicitamente qualquer discriminação por razão de orientação sexual e identidade de gênero, assim como a Resolução nº 2435/2008 da OEA, a qual expressa a preocupação com atos de violência motivados por preconceito relativos a orientação sexual. (VECCHIATTI, Paulo; VIANA, Thiago, 2014)

Todavia, em se tratando de importantes marcos a respeito do combate à homofobia, têm-se a aprovação, em Junho de 2013, da Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, a qual “Trata-se do primeiro documento internacional juridicamente vinculante que, de forma expressa, condena a discriminação baseada em orientação sexual, identidade e expressão de gênero” (VECCHIATTI, Paulo; VIANA, Thiago, 2014, p. 13)

A citada convenção, em seu artigo 1º, traz a conceituação de discriminação, explanando:

Discriminação é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2013)

Por conseguinte, pode-se relacionar o Princípio da Igualdade com o Princípio da Não-Discriminação, já que um ato discriminatório ocorre quando o indivíduo deixa de tratar o outro como igual e passa a julgá-lo por suas diferenças,

buscando diminuí-lo como ser humano, através de uma conduta de ódio ou preconceito.

A Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância também tratou de diferenciar discriminação de intolerância, onde define em seu artigo 1.5, a intolerância como “um ato ou conjunto de atos ou manifestações que denotam desrespeito à dignidade, características, convicções ou opiniões de pessoas por serem diferentes ou contrárias” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2013), possuindo a possibilidade de manifestar-se através da exclusão de grupos vulneráveis da vida pública ou privada, ou até mesmo com atos de violência contra os mesmos.

Sendo assim, um ato discriminatório é capaz de anular ou restringir os direitos humanos e liberdades fundamentais de um determinado grupo, deixando de tratá-lo em condição de igualdade, enquanto que, um ato intolerante desrespeita a dignidade ou opiniões de pessoas por simplesmente serem diferentes de alguma forma, tendo como consequência a exclusão social de grupos vulneráveis ou a materialização de violência contra os mesmos. Tal distinção torna-se vital para garantir a repressão e condenação de qualquer forma de exclusão de um grupo ou anulação de seus direitos motivados pelo repúdio à diversidade.

Em uma abordagem psicológica, ao analisar-se a raiz do preconceito e da consequente discriminação sofrida por homossexuais, encontra-se uma tendência em os praticantes de atos preconceituosos partilharem de crenças ético-morais e religiosas as quais condenam, de certa forma, um indivíduo envolver-se com outro de mesmo sexo. Alguns praticantes de atos preconceituosos recorrem a crença de haver algo de errado na natureza biológica ou psicológica do indivíduo com uma diferente condição sexual. (PEREIRA; TORRES; FALCÃO apud LACERDA)

Dessa maneira, é possível afirmar que o preconceito surge devido à valores sociais os quais estão há muito tempo enraizados na cultura ocidental, os quais acabam por fixar o entendimento de que a pessoa com uma diferente condição sexual deve possuir algum desvio psicológico ou defeito biológico, na tentativa de justificar a repulsa de alguns indivíduos à diversidade.

Vale ressaltar que, as raízes deste preconceito são tão profundas, que até mesmo em nosso ordenamento jurídico, há um grande histórico de atos discriminatórios contra a homossexualidade, visto que nas Ordenações Filipinas, era

considerado crime – intitulado sodomia – pessoas do mesmo sexo se relacionarem, tendo a morte como sanção aplicada, e só sendo abolida com a criação do Código Criminal do Império, em 1830. (RIOS, 2001)

É evidente, portanto, a falta de uma base principiológica nos antigos ordenamentos jurídicos, ausência a qual acarretou uma grande carência de observância de direitos de indivíduos vulneráveis, fazendo com que o Estado deixasse de reconhecê-los como sujeitos de direito e merecedores de um tratamento digno.

Logo, os princípios inseridos em um Estado democrático de direito possuem uma base moral crítica, o que justamente o acaba distinguindo de um Estado opressivo, devendo ser o direito uma solução para práticas de caráter autoritário. (LOPES, 2005)

É através da aplicação fiel de princípios como o da não-discriminação e da igualdade que uma sociedade se torna capaz de aceitar e conviver com a diferença.

Conseqüentemente, um Estado, ao aceitar a propagação de condutas discriminatórias ou intolerantes, acaba por estimular a sua perpetuação, visto que “a intolerância, uma vez aceita na vida social, não conhece limites, criando-se um círculo vicioso de exclusões” (LOPES, 2005), o qual finda por estimular a violência e preconceito contra determinados grupos.

Resta claro, portanto, o dever de acatamento dos princípios aqui citados, visto que a não observância da aplicação do princípio da igualdade e da não-discriminação pode acarretar em um conseqüente descumprimento dos direitos humanos internacionais, assim como de direitos fundamentais contidos na Constituição Federal Brasileira, além de uma carência de amparo à grupos vulneráveis, os quais já toleraram grandes rejeições ao longo da história.

3 HOMOFOBIA

Atos discriminatórios encontram-se frequentemente presentes no cotidiano do grupo social. Os mesmos são praticados na escola, na Igreja, e até mesmo no seio familiar. A homofobia é uma das manifestações dessas práticas, devendo ser um problema real à ser enfrentado e estudado.

No entanto, para entendê-la, torna-se necessário primeiramente saber diferenciar alguns conceitos, tais como sexualidade e gênero, para posteriormente, poder-se relacionar suas causas a falta de educação em direitos humanos a qual permeia nossa sociedade, como estará exposto no desenrolar deste capítulo.

3.1 SEXUALIDADE E GÊNERO

Ao conceituar sexualidade, Elizabeth Kipman Cerqueira (2011, p. 86) dispõe:

Afirmar que a pessoa humana é portadora de sexualidade significa que apresenta a qualidade sexual, de ser sexuada, de poder experimentar o conjunto dos fenômenos sexuais e neste “ser-assim” tem contato com o mundo. [...] A abordagem fenomenológica evidencia que a sexualidade humana impregna toda a pessoa, constituindo uma dimensão fundamental de sua identidade, enquanto à genitalidade se refere a determinados órgãos do corpo humano.

Ora, para entender o conceito preliminar de sexualidade, primeiramente, há que fazer-se uma distinção vital: sexualidade não se reduz simplesmente à genitalidade. Um indivíduo não pode mais ter sua sexualidade traduzida e simplificada ao seu órgão sexual, visto que a sexualidade em si é uma qualidade capaz de influenciar o ser humano desde o seu nascimento até sua morte.

De acordo com Freud (1923 *apud* CERQUEIRA, 2011) “a pessoa se apresenta como um sistema fechado, movido por duas forças: o impulso de auto conservação e os impulsos sexuais”. O primeiro, seria responsável por uma espécie de sofrimento, provocando tensão no indivíduo, enquanto o segundo, geraria uma sensação de prazer.

Dessa forma, os fenômenos pessoais seriam divididos em três partes: Ego – a consciência do indivíduo em contato com a realidade, sendo o responsável

pelo pensamento próprio do ser humano a respeito do que o mesmo entende por ser sua identidade. Superego – sua consciência moral, a qual persiste no inconsciente. Id – formada pelo estímulo da libido, objetivando o encontro do prazer. Sendo assim, as normas sociais são capazes por afetar o indivíduo até mesmo de uma forma inconsciente, entrando em conflito com a força da libido presente em cada um. (CERQUEIRA, 2011)

Portanto, a pessoa vive em um conflito constante, visto que muitas vezes as normas culturais e sociais impostas diferem dos desejos impulsionados por sua libido: há a existência de uma tensão palpável em um ser que deseja outro do mesmo sexo, porém, que vive em uma sociedade a qual prega o relacionamento entre homem-mulher, e condena a homossexualidade.

Ao analisar a história da sexualidade, Foucault (2001) afirma a relação da sexualidade com estruturas de poder, em especial, ao tratar da burguesia no século XVIII, onde a mesma “converteu o sangue azul dos nobres em um organismo são e uma sexualidade sadia” (FOUCAULT, 2001, p. 119).

Foucault (2001) também acaba por questionar a hipótese repressiva da sexualidade, e afirmar que ao em vez de as sociedades terem mantido o sexo em um lado obscuro, acabaram dando ênfase ao mesmo através de sua atitude de procurar manter e tratar sua temática em segredo: isso acabou por valorizar sua discussão.

Sexualidade é decorrente da condição humana, sendo um direito fundamental inalienável e imprescritível. Há a necessidade de ter-se direito a uma livre expressão da sexualidade, das chamadas liberdade sexual e livre orientação sexual. Sem esta liberdade, o indivíduo acaba por frustrar-se como pessoa, visto que lhe está faltando a efetivação e garantia de um direito fundamental inerente à sua condição de ser humano (DIAS, 2007).

Constata-se assim, que a sexualidade humana é muito mais ampla e complexa do que sua simples conexão com a genitalidade, constituindo importante fator para a formação de sua identidade e aceitação pessoal. O fato de um ser humano possuir um órgão genital masculino não significa necessariamente sua aceitação de identidade como um homem: o mesmo pode nascer homem, sentir-se mulher, e tornar-se mulher.

Já ao tratar do significado de gênero, encontra-se uma discussão doutrinária vasta acerca de seu real significado. Alguns escritores referem-se ao gênero como a tradução de uma identidade social, enquanto outros veem o gênero como um reflexo das interações sociais e de instituições formadas entre grupos (BEASLEY, 2005). Identifica-se três visões distintas à respeito de debates sobre o tema: em um primeiro debate, haveria uma análise de práticas e identidades sexuais a fim de discutir as relações entre grupos de homens e mulheres. Em uma segunda discussão, há a afirmação de que o gênero não precisa corresponder necessariamente à genitalidade do indivíduo, sendo assim, uma pessoa com a genitália masculina, não precisa necessariamente ter uma identidade masculina. Já um terceiro debate, afirmaria a interconexão entre o sistema reprodutor do ser humano, sua sexualidade e seus relacionamentos sociais (BEASLEY, 2005).

Em meados dos anos 60, Robert Stoller e John Money – dois estudiosos da medicina em áreas ligadas à psicologia – foram responsáveis por perceber a falta de conectividade que muitas vezes existia entre o órgão sexual de seus pacientes e seu real sentimento em relação à sua identidade de gênero, sendo então, que a mesma corresponderia a um processo social (PHILIPP, 2010).

De acordo com Rita Philipp:

[...]para subrayar que en las conductas efectivas de mujeres y hombres a parte de los aspectos propriamente individuales intervienen además de modo explícito elementos culturales y sociales histórico concretos, distinguimos hoy el concepto gênero. (...)De modo preciso emergen de las participaciones, experiencias y vivencias sociales activas de los sujetos a base de las diferencias sexuales, y desde um punto de vista sociológico incluyen las experiencias sociales, culturales y psicológicas de los sujetos, por cuyo motivo el comportamiento y la identidad de género de una persona no son pensables sin su pertenencia de sexo (PHILLIP. 2005, p.138)¹.

Assim, o gênero acaba por ser definido através de elementos culturais e sociais, os quais acabam por ser refletidos nas experiências do indivíduo em sociedade.

¹ (Tradução livre) “de salientar que, o comportamento real de homens e mulheres, à parte dos aspectos envolvidos no modo individual, além de expressamente os elementos culturais e sociais históricos específicos, é necessário distinguir o conceito gênero hoje em dia. [...] De tal modo, precisamente emergir das explorações, experiências e vivências sociais ativas dos sujeitos sobre a base das diferenças sexuais, e a partir de um ponto de vista sociológico, incluem as experiências sociais, culturais e psicológicas do sujeito, que foi o motivo pelo qual o comportamento e a identidade de gênero de uma pessoa são inconcebíveis sem a adesão do sexo”.

Para Nara Batista Cardoso (2008 apud Dorola, 1989), gênero é o reflexo da identidade sexual adquirida pela pessoa de cada sexo. Dessa forma, trata-se uma aquisição propiciada pela vida em sociedade: resulta da cultura e do processo responsável por determinar os papéis sociais os quais devem ser desempenhados por cada indivíduo em razão de sua natureza.

Seria o gênero então responsável pela criação do sexo, e não o contrário. Dessa forma, o sexo biológico não possui função determinante no gênero do indivíduo (TONELI, 2012).

Simone de Beauvoir, ao proferir a frase “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher”, foi responsável por levantar uma série de reflexões à respeito da construção da identidade de gênero. Entre elas, houve uma forte consolidação do entendimento de que ser homem ou ser mulher seria resultado de um processo o qual se desenvolve no âmbito cultural, e não algo proveniente da natureza (LOPES, 2008).

No terreno dos gêneros e da sexualidade, o grande desafio, hoje, parece não ser apenas aceitar que as posições se tenham multiplicado, então, que é impossível lidar com elas a partir de esquemas binários (masculino/feminino, heterossexual/homossexual). O desafio maior talvez seja admitir que as fronteiras sexuais e de gênero vêm sendo constantemente atravessadas e o que é ainda mais complicado admitir que o lugar social no qual alguns sujeitos vivem é exatamente a fronteira (LOPES, 2008. p. 21).

No entanto, a filósofa Juridith Butler acabou por questionar essa anterior concepção de sexo natural e gênero cultural. A mesma não concordava com o modelo binário de sociedade definido por ser macho ou ser fêmea, e passou a questionar certas premissas estabelecidas em torno da palavra “gênero”. A filósofa afirmava que entender o sexo apenas como feminino e masculino acabava por traduzir a ideia da sociedade de firmar uma conduta heterossexual, visto que à título de exemplo, os travestis não se encaixariam nesse binômio. O corpo também é uma construção social, ou seja, antes mesmo de ter-se a concepção do gênero, o corpo já é interpretado pela sociedade (SOUZA, 2012).

Nas palavras de BECKER; TONELI (2010), discorre-se à respeito da problematização do gênero feita por Butler:

Ao problematizar a distinção entre sexo e gênero que até então vinha sendo apregoada [...], Butler introduz a ideia de que o gênero emerge no mundo performaticamente inscrito nas práticas discursivas cotidianas, expressas e constituídas pelo vestuário, maneiras e comportamentos, de sorte que é somente dentro da cultura e do pensamento político que podemos desenhar uma linha entre sexo e gênero (entre o natural e o social, entre o político e o não político, etc.) [...] Gênero seria então uma repetição estilizada que cria a ilusão do que seria “natural” para o corpo sexuado e do que pareceria “natural” para aqueles dos quais se diz terem esse corpo porque agem assim. Ora, as normas que regem o gênero (com força de lei) e impõem ideais de gênero exercem uma violência mundana sobre esses corpos performaticamente produzidos a partir delas mesmo - uma operação de poder normativo. (BECKER; TONELI. 2010. p. 1 – 2)

Juridith Butler entende por normas que regem o gênero aquelas impostas para definir o que é o ideal humano: entre elas a heterossexualidade. Há a produção de normas reguladoras as quais em princípio parecem uma lei, mas acabam por ter sua eficácia garantida à partir da expectativa sexual. Trata-se da intenção de produzir sujeitos que tenham seu sexo, gênero e desejos em comum acordo, sem contradições. Leis que firmam normas sobre casamento, adoção, uso de banheiros – entre outros – acabam por realmente produzir uma heteronormatividade. Tanto o legislativo, quanto o judiciário e o executivo acabam por contribuir e incentivar a conduta hétero na sociedade através da normatização, acabando por ser vistos como marginalizados os que não se comportam de acordo com o preconizado. (BECKER; TONELI. 2010). Por conseguinte, a autora deu início à uma nova visão à respeito de concepções anteriormente estabelecidas em razão do assunto, onde “a teoria de gênero radicalizou-se até definir o próprio sexo, o ser macho e o ser fêmea como implantações culturais no corpo” (JÚNIOR. 2010. p. 25).

Em suma, em uma sociedade onde se busca fabricar estereótipos machistas, acaba-se por se entender a mulher como objeto, a qual possui a finalidade de propiciar prazer. Um macho é viril, oculta suas emoções, cuida do seu físico, além de ser isento de fragilidades. Faz-se loucuras e comete-se violências a fim de afirmar essa masculinidade. Todavia, com as transformações históricas e culturais as quais têm sido presenciadas pela coletividade - e apesar desse “modelo de macho” ainda ser super valorizado e imposto pelo contrato social - a mesma também acaba por se encaminhar para uma era de sexualidades múltiplas e de grandes mudanças em relação a estes estereótipos pré-estabelecidos (JÚNIOR, Durval. 2010).

3.1.2 O Conceito de Homofobia

O termo “homofobia” foi desenvolvido pelo psicólogo George Weinberg, o qual acabou por agrupar dois radicais, em grego, os quais significavam: “semelhante” e “medo”. Destarte, em uma tradução literal, a palavra indica o medo de homossexuais. “Homofobia” então, é utilizada para definir sentimentos desfavoráveis – tal como o desprezo - a seres humanos os quais mantêm relações afetivas com outros de um mesmo sexo. Essa aversão, em determinadas situações, é capaz de traduzir um próprio receio do indivíduo - o qual comete o ato homofóbico - de ser ele próprio homossexual, ou de que a sociedade pense que ele seja. Por outro lado, pode também caracterizar-se como uma espécie de ódio generalizado contra relações homoafetivas (JUNQUEIRA, 2007).

A prática de atos homofóbicos acaba por ser uma maneira de inferiorizar o indivíduo, sendo semelhante a outros atos de exclusão presenciados no grupo social, tais como o racismo e a xenofobia. O fenômeno acaba muitas vezes por ser “invisível”, acontecendo de forma cotidiana e impregnada no corpo social, objetivando repudiar todos os indivíduos que não se enquadrem à ordem clássica dos gêneros, e sendo veiculado por uma ideologia heterossexista predominante na coletividade, tanto que conta com uma cumplicidade cultural e até mesmo jurídica. (BORRILLO, 2010)

Por conseguinte, a sociedade atual pode ser classificada como androcêntrica, visto que há uma lógica de construção da identidade sexual: a mulher encontra-se oposta ao homem, e o homossexual acha-se oposto ao heterossexual, negando-se o feminino e rejeitando-se o homossexual. (BORRILLO, 2010)

A realização e prática de condutas homofóbicas acabam por ser inerentes a concepção de “ser homem”, onde conseqüentemente muitos atos de repúdio são praticados com o intuito de alcançar a autoafirmação da identidade masculina, em que o homem estaria cumprindo um papel social de assegurar a efetivação da heterossexualidade.

Roger Raupp Rios (2001), ao tratar das afirmações de Michel Foucault, dispõe que para o indivíduo sobreviver e ter direitos em uma sociedade criada pelos parâmetros do homem branco heterossexual, há a necessidade de que os primeiros aceitem e se comportem de acordo com o estabelecido pelos últimos.

De acordo com Junqueira (2007), há os que ainda definam a homossexualidade como doença, e por outro lado, os que definam a homofobia como uma. O autor ressalta que somente em 1990 a Organização Mundial da Saúde (OMS), retirou a homossexualidade do Código Internacional de Doenças (CID), e que a homofobia passou a ser considerada “como fator de restrição de direitos de cidadania, como impeditivo à educação, à saúde, ao trabalho, à segurança, aos direitos humanos e, por isso, chega-se a propor a criminalização” (JUNQUEIRA, 2007, p.7).

Desdenha-se, repugna-se, e humilha-se o considerado diferente, construindo-se práticas de preconceito as quais acabam por ser consideradas aceitáveis e rotineiras em determinados grupos, tendo a finalidade de garantir a imposição de normas culturais conservadoras e solidificadas através dos tempos. Omite-se a existência de um real problema social, pois de certa forma, os homossexuais ainda são tratados como um grupo invisível – como se vivessem à parte da sociedade- os quais não merecem visibilidade a ponto de considerar-se a efetivação de normas impeditivas para atos de intolerância contra os mesmos.

3.2 O DIREITO À HOMOSSEXUALIDADE DIANTE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Conceituar o que seria exatamente o Princípio da dignidade da pessoa humana é um desafio: tal definição é tão ampla e complexa que até a maioria dos doutrinadores encontra dificuldade em sintetizá-lo em poucas palavras.

De acordo com Luís Roberto Barroso (2010), tal princípio acabou por tornar-se um consenso no mundo ocidental, visto que é citado tanto em legislações quanto em Jurisprudências, ou até mesmo em diversos documentos internacionais. No entanto, tal adesão acaba muitas vezes por dificultar sua aplicação, posto que cada indivíduo acaba por aplicar e defender sua ideia de dignidade, a qual muitas vezes é interpretada de forma equivocada e contrária até mesmo à outros princípios estabelecidos pelos Direitos Humanos, conforme cita o autor:

Não por acaso, pelo mundo afora, ela tem sido invocada pelos dois lados em disputa, em temas como interrupção da gestação, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, hate speech, negação do Holocausto, clonagem, engenharia genética, inseminação artificial post mortem, cirurgias

de mudança de sexo, prostituição, descriminalização de drogas, abate de aviões sequestrados, proteção contra a autoincriminação, pena de morte, prisão perpétua, uso de detector de mentiras, greve de fome, exigibilidade de direitos sociais. A lista é longa (BARROSO, p. 3, 2010).

Ressalta-se que no neoconstitucionalismo, dá-se uma ampla importância e centralidade às normas constitucionais, as quais possuem a atrelação de valores dos direitos fundamentais, em razão dos mesmos conterem disposições essenciais para a manutenção de uma democracia. Tais normas são consideradas e tratadas como hierarquicamente superiores à outras (BARCELLOS, 2007).

Foi na Constituição Federal de 1988 que o princípio da dignidade da pessoa humana ganhou maior visibilidade, tendo sido inserido como um fundamento da República Federativa do Brasil, trazendo, mesmo que ainda de forma tímida, uma maior efetividade de direitos (CAVALCANTE, 2007).

A dignidade da pessoa humana possui valores ligados ao conceito de bom e de justo, dada seu berço na filosofia. Dessa forma, o princípio possui um plano ético, sendo para muitos doutrinadores uma espécie de justificativa para a aplicação dos direitos humanos e fundamentais. Primeiramente, a aplicação da dignidade da pessoa humana foi tratada como um atributo do legislativo e do executivo, sendo somente no final do século XX também atrelada ao conceito jurídico, tornando-se parte do direito em si (BARROSO, 2010).

Vale destacar que o princípio da dignidade da pessoa humana não se confunde com qualquer direito material fundamental, e não trata-se de um direito fundamental em si: ela é justamente usada como meio de avaliar e solucionar um conflito que envolva o atrito de outros direitos fundamentais, sendo aplicável tanto às relações privadas quanto as da pessoa diretamente com o Estado. (BARROSO, 2010)

Sendo assim, após abordar genericamente no que consiste tal basilar princípio, remete-se a sua aplicação ao direito de escolha do ser humano em optar pela sua sexualidade, e conseqüentemente, poder viver de maneira digna com tal opção.

“Ninguém pode realizar-se como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, albergando a liberdade da livre orientação sexual.” (DIAS, 2007, p.3), por conseguinte, a dignidade da pessoa humana também acaba por ser um dos grandes

aparatos da homoafetividade, já que é um princípio inerente a realização do ser humano.

Ora, para viver-se de maneira digna, há que se ter seus direitos mais básicos respeitados, tais como a liberdade de escolha da livre orientação sexual. O indivíduo necessita ter o direito de viver em paz com sua condição, e mais importante ainda, ter a mesma respeitada, não sendo tratado como um ser distinto, e sim, simplesmente como um ser humano.

A título de exemplo, poder caminhar pelas ruas de mãos dadas com um namorado ou marido do mesmo sexo, deveria ser tido como algo perfeitamente cotidiano e aceitável, visto que não há nenhuma atitude condenável em amar e demonstrar livremente este sentimento. Trazendo então, o princípio da dignidade da pessoa humana para o tema da homoafetividade, o mesmo significaria, principalmente, poder viver de forma pacífica com suas demonstrações de carinho públicas: existir com dignidade, neste caso, seria poder conviver em sociedade de forma pacífica, sem precisar tolerar olhares ou até mesmo ações de preconceito.

Ir ao mercado com o marido, dar um beijo em público, casar com quem se ama: são ações vistas como algo perfeitamente cotidiano se os personagens de tais atos forem heterossexuais. O que casais homoafetivos buscam é justamente essa sensação de inclusão, de ter as mesmas garantias e deveres que outros indivíduos, visto que são seres humanos.

3.3 O DIREITO PENAL SIMBÓLICO E SUA (IN)EFICÁCIA

O direito penal atua reprimindo ilicitudes, seja através de medidas coercitivas ou até mesmo preventivas. Ao abordar-se a temática do simbolismo atrelada à sua aplicação, encontra-se forte crítica e rejeição por parte da doutrina, visto que reduzir a aplicação do direito penal apenas ao seu lado simbólico seria uma afronta aos princípios fundamentais e à concepção de um Estado Democrático de Direito. No entanto, apesar da desaprovação, é inegável que o simbolismo encontra-se atrelado ao Direito Penal, simplesmente não sendo viável, por conseguinte, que o mesmo seja reduzido somente à esse lado simbólico. (SANTOS, 2014)

Bordieu (2007), ao discorrer em torno do significado da simbologia, afirma:

Os símbolos são os instrumentos por excelência da integração social: enquanto instrumentos de conhecimento e de comunicação, eles tornam possível o *consensus* acerca do sentido do mundo social que contribuiu fundamentalmente para a reprodução da ordem social: a integração lógica é a condição da integração moral. (BORDIEU, 2007 p. 10)

Dessa forma, os símbolos fazem parte da sociedade e encontram-se associados ao corpo social, já que se tratam de instrumentos facilitadores da comunicação entre os seres, contribuindo para o estabelecimento de uma ordem geral, sendo, segundo o autor, o campo jurídico dotado de imenso poder simbólico.

A codificação das normas intenta refletir um interesse em atender as necessidades sociais, acabando por ser uma espécie de acordo - até mesmo tácito - do legislador com o indivíduo. É no campo jurídico que se busca a ordem, onde um agente acaba por interpretar um texto legal a fim de propositar uma visão legítima do mundo social. A linguagem jurídica concorre para produzir dois grandes efeitos: o da neutralização – o qual busca por construir um direito impessoal, neutro – e o da universalização, o qual pretende apresentar uma generalidade nas normas (BORDIEU, 2007).

Por conseguinte, é necessário que o legislador atente-se ao fato de elucidar qual a finalidade buscada com a criação de uma legislação penal, podendo encontrar-se, dessa forma, um consenso entre a ideia inicial do mesmo e a aplicação da norma pelo jurista, havendo assim uma compatibilidade de objetivos, já que a simples formalização positiva da norma não significa que seu objetivo geral foi alcançado. Visto que, o direito penal busca prover a segurança jurídica – mediante a coerção penal preventiva ou reparadora - tendo como função a proteção de bens jurídicos, causando até mesmo um sentimento de segurança pessoal para o indivíduo conviver livremente em sociedade, e perceber que também possui um espaço e visibilidade no grupo social (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013).

Através da edição e criação de determinadas normas penais, o Estado buscaria “criar uma impressão de segurança jurídica (...) de modo a restaurar a confiança no direito e nas instituições penais” (QUEIROZ, 2008, p. 51).

A atrelação do Direito Penal à um mero simbolismo acaba por acarretar uma exagerada produção de leis, com o fim de atender ao clamor público – o qual muitas vezes é devido à grande visibilidade dada pela mídia em torno de um problema – assim como dar credibilidade tanto ao Poder Legislativo quanto ao Executivo, visto que estes buscam mostrar que estão atendendo à sua tarefa intrínseca de tranquilizar a sociedade. No entanto, esse simbolismo puro acaba por não solucionar o real problema público que deu causa à criação de uma nova norma penal, já que o propósito do legislador foi simplesmente o de satisfazer um desejo da população, e não o de amenizar o problema, atentando para as reais finalidades do Direito Penal (SANTOS e SANTOS, 2014).

Segundo os defensores do direito penal máximo, este deve atuar como *prima ratio*, e punir qualquer conduta intolerável, não importando sua amplitude. Tal ideia acaba por trazer um falso conforto social, já que nem todos comportamentos antissociais podem ou devem ser punidos, visto que isto traria uma sobrecarga ao sistema penal e desviaria o mesmo do seu real sentido. Quanto maior a criação de leis penais desnecessárias e exageradas, maior o enfraquecimento dos prestígios e valores inerentes ao Direito Penal (GRECO, 2005).

Há que se encontrar, então, um equilíbrio: o direito penal meramente simbólico deve ser absolutamente rejeitado, pois de nada vale a criação de normas com o simples intuito de dar credibilidade ao legislador e ao político, e não objetivar atacar efetivamente a raiz do problema que deu origem à norma. Ao criar-se um novo ilícito penal, deve-se primeiramente atender a sua real necessidade e ter-se um objetivo válido com a sua criação: uma lei – por mais que possa parecer idealista – deve possuir um intuito sincero de resolução de um “conflito”.

A segurança jurídica deve sim ser buscada, e para a sua efetivação, deve-se reconhecer como uma das funções da pena o simbolismo, o qual é de vital importância para autenticar a força e eficácia do Direito Penal.

Dessa forma, a pena sempre acabará por cumprir uma função também simbólica, o que não pode ocorrer, no entanto, é sua redução à apenas esta função, visto que, se tal fato ocorresse, haveria uma clara violação à princípios que garantem e efetivam os Direitos Humanos, já que o ser humano seria utilizado como uma espécie de instrumento para garantir a simbolização, acabando por ser um ato incongruente e antijurídico (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013).

3.4 A HOMOFOBIA ENQUANTO PRÁTICA SOCIOCULTURAL E A AFRONTA À ENUNCIÇÃO DE DIREITOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS

Como exposto no tópico anterior, encontra-se como pressuposto do Estado Democrático de Direito o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual encontra-se como um dos fundamentos da Constituição Federal Brasileira de 1988, assim como está previsto no preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, a qual considera que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (ONU, 2015).

Concebendo a dignidade como um dos fundamentos de liberdade, justiça e paz, abre-se uma reflexão e um questionamento inegável: há a existência de liberdade e paz para indivíduos que sofrem com atos discriminatórios e preconceito? Lamentavelmente, não há, já que os homossexuais vivem cerceados desses direitos inerentes ao ser humano.

O problema real está na contradição de usar as garantias e direitos asseguradas pela Declaração Universal de Direitos Humanos como um dos fundamentos da República Brasileira, e na prática a homossexualidade ser considerada um pecado ou até mesmo doença, além de o tratamento igualitário só ser aplicado para aqueles que de fato são considerados iguais. Ora, para quem considera o homossexual um “diferente”, não vê a necessidade e importância de tratá-lo como um semelhante.

A homofobia é uma prática enraizada na sociedade, sendo um dos atos mais preconceituosos existentes, fazendo ocorrer o estímulo ao ódio e desprezo por seres semelhantes. Sofrer um ato de preconceito é um constante desgaste na vida cotidiana de qualquer pessoa, já que “uma vítima dessa conduta não leva apenas um soco na cara, ou uma paulada na cabeça, ou um simples tiro no peito. As vítimas desse mal sofrem, e muito.” (VAZ, 2013)

De acordo com Luís Carlos Mott:

[...] os dados comprovam inegavelmente que, de todas as minorias sociais, os homossexuais são os mais vulneráveis: em Brasília, 88% dos jovens entrevistados pela Unesco consideram normal humilhar gays e travestis, 27% não querem ter homossexuais como colegas de classe e 35% dos pais e mães de alunos não gostariam que seus filhos tivessem homossexuais como colegas de classe. Mais grave ainda: no Brasil, um gay, travesti ou lésbica é barbaramente assassinado a cada dois dias, vítima da homofobia.” (MOTT apud MOTT, p. 511, 2006)

Isto posto, mesmo quem afirma de certa forma “aceitar” a homoafetividade, não gostaria que seus filhos convivessem em um mesmo ambiente com um homossexual. Trata-se daquele velho dizer popular: “Aceito, mas não concordo”.

Ser homofóbico parece ser algo tão comum e corriqueiro, que em algumas situações as próprias pessoas que praticam o ato não o sabem porque o estão fazendo: o fazem porque os pais assim ensinaram, ou porque algum amigo o fez. Esquecem que estão propagando o ódio ao próximo, e principalmente afrontando diversas enunciações estabelecidas na Declaração Universal de Direitos Humanos.

Em um contexto histórico cultural, percebe-se que ao longo dos séculos houve uma criação de papéis distintos inerentes ao sexo feminino e masculino, e dessa forma, a opção sexual de uma pessoa acabou por ser considerada relevante à ponto de estabelecer diferenças de trato. A título de exemplo da influência de um contexto cultural nesse aspecto, têm-se diversos lugares no globo terrestre onde a homoafetividade é considerada irrelevante, dado a sua diferente conotação (RIOS, 2002).

Há uma visível premissa de que a heterossexualidade é um padrão ditador de normalidade, sendo então o homossexual um desviante (RIOS, 2002), já que não atende aos padrões estabelecidos. Por conseguinte, o divergente é excluído e afastado do convívio social com aqueles ditos “normais”, já que a orientação sexual é motivo para classificar alguém como “diferente”, pois quem não segue o estabelecido pela massa, não é visto com bons olhos, e muito menos com respeito.

4 EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS: CONHECER PARA EDUCAR

Muitos indivíduos não tem a mínima ideia de seus direitos e garantias, ou simplesmente não sabem como garantir a sua efetivação. No presente capítulo, irá se discorrer a respeito de uma educação voltada para os Direitos Humanos, assim como a sua importância para a propagação de práticas antidiscriminatórias relacionadas a homofobia.

4.1 DIREITOS HUMANOS E CRIMINOLOGIA: O PODER DE PUNIR

Nilo Batista, ao conceituar criminologia, parafraseia Lola Aniyar de Castro, afirmando que à criminologia é inerente a análise tanto de normas penais quanto sociais, as quais se relacionam com um transvio de comportamento, além de estudar a reação social ocasionada por tais infrações, assim como o seu processo de concepção e suas consequências. (BATISTA, 2007 apud CASTRO, 1983).

Salo de Carvalho (2013), ao definir uma criminologia pós-moderna, dispõe sobre sua relação com um pensamento crítico pós-moderno, e atribui-lhe “o reconhecimento do fim das grandes narrativas e a impossibilidade de aceitação de qualquer tipo de verdade universal” (CARVALHO, 2013, p. 79), reconhecendo a vulnerabilidade da penologia quando se trata de aceitar este novo pensamento crítico, principalmente devido à saturação do discurso penal legitimante.

BECCARIA (2010), ao refletir à respeito da origem das penas, dispõe o seguinte:

As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos. (BECCARIA, 2010, p. 10)

Entretanto, diante de tal afirmação, é possível indagar: no que consiste o “depósito da salvação pública? Existe como, em uma sociedade tão distinta, definir esta necessidade de forma genérica? Difícil dizer.

O que se pode afirmar, no entanto, é que há uma espécie de ideal romancista no discurso de legitimação do direito penal: afirmar que o mesmo é um instrumento utilizado para efetivar direitos sociais e possui a finalidade de tutelar

bens jurídicos é, no mínimo, romântico em demasia. O direito penal aumenta a lista de condutas puníveis acobertado pelo fundamento de proteção dos direitos humanos, no entanto, acaba por violá-los de maneira explícita ao potencializar as formas de punição (CARVALHO, 2013).

Trata-se da ideologia de defesa social inerente ao sistema penal, a qual nasceu, juntamente com a revolução burguesa, tendo sido passada da escola clássica para a positivista, a qual passou a dominar ideologicamente o direito penal. Tal ideologia é exemplificada em diversos princípios, quais sejam: o princípio da legitimidade, o qual afirma a legitimidade do Estado para combater a criminalidade de forma repressiva. O Princípio do bem e do mal, responsável por estabelecer a ideia do delito como algo danoso para o corpo social, sendo o mesmo um mal, e em oposto, a sociedade estruturada, um bem (BARATTA, 2011).

Há também o princípio da finalidade, sustentando que o objetivo da pena é além de retribuir, prevenir. O Princípio da igualdade, atestando que as normas penais são iguais para todos, e por fim, o princípio do interesse social e do delito natural, afirmando que o direito penal protege interesses do conjunto, da sociedade em geral (BARATTA, 2011).

Ao buscar uma legitimação do sistema penal, atribuindo-lhe como justificativa e missão a garantia de direitos humanos, a mesma acaba por se tornar contraditória: não é visto, de forma alguma, no sistema penal brasileiro a garantia de um dos princípios basilares dos direitos humanos – o princípio da dignidade da pessoa humana – visto que os apenados e os demais sujeitos do direito penal são submetidos à condições precárias e desumanas dentro do sistema prisional e outras modalidades de pena não restritivas de liberdade, sendo tratados como seres que devem ser excluídos da sociedade. Ao invés de buscar sua ressocialização, busca-se o seu descarte.

Michel Foucault, ao escrever à respeito do objetivo da pena, afirma:

O afrouxamento da severidade penal no decorrer dos últimos séculos é um fenômeno bem conhecido dos historiadores do direito. Entretanto, foi visto, durante muito tempo, de forma geral, como se fosse fenômeno quantitativo: menos sofrimento, mais suavidade, mais respeito e “humanidade”. Na verdade, tais modificações se fazem concomitantes ao deslocamento do objeto da ação punitiva. Redução de intensidade? Talvez. Mudança de objetivo, certamente. [...] Pois não é mais o corpo, é a alma. À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente,

sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições. (FOUCAULT, 2013, p. 21).

Busca-se então, ao em vez de infligir o lado físico, atuar contra um dos bens mais preciosos da humanidade: a liberdade. Encarcerar o indivíduo, cercear seu direito de ir e vir, colocando-o atrás das grades, é o objetivo da modalidade de pena privativa de liberdade. Sendo assim, atenta-se contra o lado sentimental do ser humano, contra seu lado psicológico, sua alma.

Existem duas concepções as quais relacionam direitos humanos, criminologia e direito penal: uma otimista, e outra pessimista. A primeira afirma que a política criminal age de maneira a assegurar e efetivar os direitos humanos, visto que o Estado garantiria a segurança da sociedade punindo a perversidade do homem, e assim proporcionaria um ambiente civilizado para a sociedade. E a segunda, é responsável por pressupor que o direito penal acaba por contrariar os direitos humanos, visto que agride direitos individuais e coletivos, acabando por potencializar as condutas desviantes do homem, visto que incentiva a violência (CARVALHO, 2013).

O Estado acaba por entender que alguns direitos individuais são passíveis de sacrifício em detrimento de alguns direitos coletivos: entende que os primeiros podem ser sacrificados em favor da efetivação de uma ordem pública. No entanto, tal ideia acaba por ser totalmente errônea, visto que não há como enxergar as garantias individuais como interesses somente de ordem privada, visto que, acaba por ser de interesse da coletividade a proteção destas garantias individuais (CARVALHO, 2013).

O grupo social é formado por uma soma de indivíduos, desta forma, é a garantia dos direitos inerentes a cada ser humano que termina por formar a coletividade, sendo o respeito ao próximo e às necessidades individuais de cada pessoa uma das bases da democracia, já que, se as mesmas não fossem observadas, viveríamos em uma completa ditadura.

Dessa forma, a política criminal usa dos direitos humanos para se justificar, no entanto, na prática, os viola e desrespeita, sendo ofendido os direitos tanto da vítima quanto do réu no processo penal (CARVALHO, 2013).

Em séculos passados, quando o castigo corporal era regra, o que acontecia era um espetáculo de violência, tendo como protagonistas o executor e o

condenado. Com a evolução das penas, as quais passaram a cercear a liberdade do indivíduo, o espetáculo passou a ser a vergonha a qual é atribuída ao condenado, sendo a “própria condenação que marcará o delinquente com sinal negativo e unívoco: publicidade, portanto, dos debates e da sentença” (FOUCAULT, 2013, p. 13)

Por conseguinte, os castigos corporais em praças públicas podem não ser mais infligidos, porém, a intenção de “marcação” do indivíduo ainda perdura: o espetáculo que anteriormente era ofertado pelo Estado para satisfazer sua sede de vingança e violência, transforma-se, e em pleno século XXI, o atual espetáculo é traduzido pelo rastro o qual o sistema penal deixa pelo resto da vida do condenado.

O indivíduo que já passou pelo cárcere, será sempre taxado como “ex-presidiário”, tendo seu passado dificilmente apagado. Poucos são os capazes de enxergá-los como pessoas dignas de uma nova chance na sociedade, e acima de tudo, como indivíduos os quais merecem uma atenção especial, visto que o corpo social lhe virou as costas: serão eternamente vistos como seres errantes.

O direito penal é, por muitos, definido como igualitário, todavia, funciona de modo seletivo, já que termina por não ser aplicado de forma semelhante para pessoas de classes sociais distintas ou diferentes raças. Também é apresentado como sinônimo de justiça, no entanto, possui um desempenho repressivo. E por último, defende-se que as políticas criminais atuam em favor do princípio da dignidade da pessoa humana, quando na prática, acabam por degradar o ser humano. (BATISTA, 2007)

O sistema prisional trata o ator de um delito como escória: os enjaula, os reprime e os deixa à mercê de condições de vida inimagináveis. O condenado não vive, ele simplesmente sobrevive dentro do ambiente ao qual encontra-se enclausurado. O mesmo não aprende como se reinserir, aprende simplesmente a agir cada vez mais como um criminoso, pois ao ser completamente negado pela sociedade em que vivia, passa somente a conhecer o mundo atrás das grades, passando a agir então como um ser humano solitário, o qual não necessita pensar no bem da coletividade, visto que no cárcere ensina-se justamente a agir de forma individual.

O cárcere finda por causar a reinserção do indivíduo na criminalidade, e não na sociedade, como propõe. É dentro das prisões que promove-se a

individualidade do indivíduo, assim como sua degradação. A sociedade acaba por excluir o apenado, sendo então, posteriormente inviável a sua inclusão, visto que não há como realizar em consonância dois atos absolutamente opostos (BARATTA, 2011).

O que acontece é uma teoria sonhadora e romântica do direito penal, a qual, quando posta em prática, acaba por ser absolutamente contraditória aos seus ideais. Não há como afirmar que o sistema dá tratamento igualitário à todos, independentemente de cor, raça ou classe social. Ademais, com as atuais condições das instalações penais e das políticas públicas, não há garantia alguma de respeito aos direitos humanos e fundamentais.

4.2 CRIMINOLOGIA *QUEER*

A criminologia *queer* teve seu surgimento no final da década de 1980, nos Estados Unidos, emergindo como uma objeção aos estudos até então já realizados à respeito das minorias sexuais e de gênero (MISKOLCI, 2009).

A respeito da definição da palavra “*queer*”, Salo de Carvalho dispõe:

Como adjetivo, o significado de *queer* se aproxima de estranho, esquisito, excêntrico ou original. Como substantivo normalmente é traduzido como homossexual; mas o seu uso cotidiano e a sua apreensão pelo senso comum denota um sentido mais forte e agressivo, com importante conotações homofóbicas: “gay”, “bicha”, “veado” e “boneca”. (CARVALHO, 2012, p. 189)

Dependendo da pessoa quem o emprega, o termo pode variar. Seu uso então, acaba por refletir a personalidade de quem o pronuncia: “veado”, à título de exemplo, é frequentemente usado por homofóbicos para definir uma pessoa homossexual.

Sendo assim, o termo *queer* pode tanto ser tipo como algo original e raro tanto quanto algo esquisito, podendo ter um significado pejorativo. De acordo com Guacira Lopes Louro (apud Juridith Butler, 1999), o lado pejorativo do termo refere-se à um insulto muito praticado por grupos homofóbicos, o qual discrimina e afasta os homoafetivos. Por conseguinte, o termo foi adquirido por uma vertente de homossexuais com o intuito de justamente opor-se ao uso do termo no seu sentido

desdenhativo, sendo seu objetivo principal posicionar-se versus a normalização (LOURO, 2001).

Ao adotar o termo, os homoafetivos acabam por de certa forma, driblar o preconceito, já que trouxeram para o seu lado uma palavra a qual é usada com a finalidade de lhes insultar cotidianamente.

Os teóricos da criminologia *queer* passaram a investigar “a dinâmica da sexualidade e do desejo na organização das relações sociais” (LOURO, 2001, p. 151), tendo os estudos surgido a partir de um encontro de estudos norte-americanos e o pós-estruturalismo francês² (LOURO, 2011).

Estuda-se, então, a sexualidade no enredo da heteronormatividade, ou seja, em razão da materialização da homofobia através de normas criadas para manter o estigma heterossexual, as quais controlam condutas homoafetivas. (LOURO, 2011)

Posto que, se o ponto de partida para a consolidação do tratamento desigual parte das normas, é então de vital necessidade o estudo das mesmas, buscando compreender sua atuação e criação. Tal análise possui o intuito de atrair o conhecimento necessário para enfrentar a normatização opressora. (MISKOLCI, 2009)

Tal heteronormatividade é proveniente de um contexto cultural, o qual foi construído através dos séculos pelo Estado, pela igreja, pela família e até mesmo pela ciência, de forma conjunta. Visto isto, Ricardo Pimentel Mélo reflete acerca do modelo heterossexual:

Criados os corpos inertemente sexuados, ou seja, corpos tatuados pela natureza que nos ditam como devemos habitá-los, sendo a tatuagem principal a que se encontra nas genitálias, temos consequências importantes: se existem diferenças e o corpo feminino é perfeito à maternagem (portanto ao privado) e o masculino é perfeito à guerra (portanto ao público), os corpos só devem se unir também de modo perfeitamente normal: um homem com uma mulher. A heterossexualidade é o modelo de normalidade. Fora desse modelo temos patologias: um corpo mal tatuado pela natureza ou um ser que deseja mudar a tatuagem natural.

² Escola que se propôs a superar o estruturalismo, tendo nascido da linguística. De acordo com a ideia central do estruturalismo, a definição do comportamento humano é proveniente de diferentes estruturas. Partia-se do pensamento de que a iniciativa humana é constantemente influenciada, e consequentemente, limitada por questões as quais rodeiam a nossa sociedade e existência, tais como fatores linguísticos e econômicas. Por conseguinte, o pós-estruturalismo partia da seguinte premissa: se o modo de agir e pensar do ser humano é condicionado por determinadas estruturas pré-existentes, então a própria concepção estruturalista seria condicionada, ou seja, uma resposta lógica estabelecida por estruturas influenciadoras do pensamento humano. (VASCONCELOS, 2014)

Vemos que não se trata de um preconceito exclusivamente religioso, mas uma afirmação científica (MÉLLO, 2012, p. 199).

A ideia de que a mulher foi criada para, de certa forma, complementar o homem, é proveniente da concepção de que o ser humano é feito para reproduzir, para ter filhos e dar continuidade à humanidade. Por consequência, o discurso homofóbico muitas vezes é pautado pela justificativa de que pessoas do mesmo sexo, ao viverem um relacionamento amoroso, são incapazes de reproduzirem-se, e dessa forma, iriam contra a natureza humana.

Assim sendo, a teoria *queer* expõe a grande necessidade existente de representação das identidades diversas, representando minorias, as quais são excluídas da sociedade devido a uma heteronormatividade centralizadora. Em vista disso, a teoria engloba a proteção da diversidade que compõe o grupo Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transexuais (MIRANDA; GARCIA, 2012).

No mundo contemporâneo, um dos desafios das ciências criminais trata-se de entender a posição de comando que o masculino assume na sociedade, assim como seus meios de produção de violência. Dessa forma, “o olhar feminista no que diz respeito ao patriarcalismo e à misoginia e a perspectiva *queer* sobre a heteronormatividade e as masculinidades (não) hegemônicas, convocam as ciências criminais a mergulhar no empírico.” (CARVALHO, 2012, p.3)

Também dispõe Salo de Carvalho:

A teoria *queer* não se constitui como um corpus orgânico ou um sistema dogmático de pensamento. A pluralidade de perspectivas teóricas, mais ou menos identificadas com o ativismo político dos movimentos LGBTs, marca esta linha de pesquisa acadêmica que dialoga com a teoria feminista, os estudos culturais, a sociologia da sexualidade, a psicologia social e, principalmente na tradição jurídica da *common law*, o direito (*queer legal theory*). (CARVALHO, 2012, p. 154)

Busca-se uma desestabilização em alguns dogmas impostos pela sociedade heretossexista, os quais impõem um controle social, tal como o nítido confronto dos interesses femininos em detrimento dos do masculino. A teoria *queer* também objetiva quebrar a hierarquização social pautada entre hétero e homossexual, independentemente do gênero, além de ultrapassar a barreira do binômio heterossexual/homossexual o qual rotula o indivíduo em razão da sua condição sexual (CARVALHO, 2012).

4.3 A LUTA CONTRA A HOMOFOBIA: POR UMA EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS

A importância da educação para a evolução da sociedade foi reconhecida desde o surgimento de grupos sociais organizados, tais como Grécia e Roma. Neste tempo, a educação era visada somente pelas classes dominantes, visto que as mesmas procuram se instruir, para posteriormente poderem governar. Em tempos atuais, a educação encontra-se consolidada como um direito fundamental, previsto na Constituição Federal Brasileira de 1988, e embora a percepção de sua importância já tenha sido reconhecida à séculos atrás, há pouco tempo passou a ser reconhecida a importância de educar o indivíduo para com os direitos humanos: é possível que tal fato tenha sido desencadeado devido à época conturbada de distorção de valores a qual o mundo se encontra (GORCZEVSKI, 2009).

No entanto, ao falar de uma educação voltada especificamente para os direitos humanos, a problemática inicial encontra-se na concepção que foi construída em torno dos mesmos: afirma-se, muitas vezes, que os direitos humanos foram feitos a fim de proteger o delinquente, sendo grosseiramente visto como o direito da bandidagem (TESSMANN; SANGOI, 2009).

Dessa forma, inicialmente cabe ao cidadão entender o que são direitos humanos, perdendo qualquer preconceito que tenha sido concebido e construído em relação à estes, para posteriormente apreender a aplicá-los e defendê-los.

A educação é um direito inerente ao ser humano, o qual é inalienável e imprescritível, caracterizando-se por um direito social, o qual pode e deve ser exigido do Estado. É através da instrução que o ser humano exerce sua garantia de direitos, devendo o próprio Estado fornecê-la tanto no plano legal como no material, através de investimento no sistema educacional (RITT; CAGLIARI, 2009).

“Educar para os direitos humanos é criar uma cultura preventiva, fundamental para erradicar a violação dos mesmos” (GORCZEVSKI, 2009, p.221). Ora, não adianta combater ações violentas com mais violência. Há que se atacar a raiz da problemática, a qual, entre outros fatores, inicia-se com a falta de instrução do ser humano, principalmente durante o seu desenvolvimento.

A violência está presente por todos os lados, e em todas as relações, desde as familiares até as sexistas e religiosas. É algo que faz parte da natureza humana, sendo causada pelos mais diversos motivos. Dessa forma, o Estado tenta combatê-la através de medidas repressivas, e conseqüentemente, ao tentar resolver o problema, termina por contribuir para a sua disseminação, já que ao buscar reprimir condutas violentas, o mesmo também pratica atos violentos (ANDRADE, 2007).

A educação é compreendida como um direito em si mesmo e um meio indispensável para o acesso a outros direitos, o que a transforma em um instrumento privilegiado na luta por e para os direitos humanos. Essa concepção de educação busca a efetivação da cidadania plena para a construção de conhecimentos, o desenvolvimento de valores, crenças e atitudes, defesa sócio-ambiental, da cultura e da justiça social, em consonância com as diretrizes da Década das Nações Unidas da Educação para o Desenvolvimento Sustentável. (TEISSMAN; SANGOI, 2009, p. 328)

É, portanto, a instrução que possibilita ao indivíduo desenvolver sua personalidade, sendo através dela que o mesmo se torna capaz de entender seus direitos, para posteriormente poder exigir sua aplicação e eficácia. Sem conhecimento, o indivíduo não é capaz de exercer sua cidadania plena.

Ressalta-se, no entanto, que não é somente a instrução a solução para a homofobia ou quaisquer outros problemas sociais: a educação é o ponto de partida, para que mais tarde, o indivíduo consiga aceitar as diferenças, independente da cultura em que vive.

Os ensinamentos em direitos humanos são voltados para a mudança, sendo de natureza permanente e inculcando valores. Seu objetivo maior é atingir o lado sentimental do ser humano, implantar tais conhecimentos em seus corações, e conseqüentemente, influenciar de maneira positiva seu modo de agir para com seus semelhantes (BENEVIDES, 2000).

Não se trata, portanto, de um conhecimento que deve ser gravado, decorado, para posteriormente ser esquecido. Não se assemelha, a título de exemplo, com decorar e aplicar uma fórmula de física. São ensinamentos os quais devem ser levados para o cotidiano do indivíduo, para serem aplicados nas suas relações diárias, promovendo o respeito à dignidade do ser humano, além da compreensão ao próximo.

Para se entender os direitos humanos, é necessário ter uma consciência crítica. Há que se saber pensar, construindo-se um plano para uma

sociedade alternativa da que se vivencia. (DEMO, 2003). A construção de tais direitos se deu justamente por consequência de catástrofes desumanas no decorrer da história, então, para os mesmos poderem ser aplicados com eficácia, há que se ter o pensamento aberto para a mudança do cenário social em que vive-se atualmente. É através do saber pensar que o indivíduo poderá encontrar meios de gradualmente, ir transformando o ideal de “normalidade” tão enraizado no sendo comum da população.

Objetivando implantar um maior conhecimento dos direitos humanos, o Estado implantou o Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH), baseado nos fundamentos do Estado Democrático Brasileiro, os quais firmam como seus fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

O programa orienta como deve-se instituir a instrução para com a matéria, assim como fomenta as políticas públicas que devem ser formadas para atingir a meta de educar o cidadão. Em consonância com o PNDEH, são três dimensões que coordenam a metodologia da educação em direitos humanos: primeiramente, deve-se compreender tais direitos, assim como seus meios de proteção. Posteriormente, busca o fortalecimento de valores que contribuem para a manutenção destes direitos. E por último, instaura atividades que promovam e defendam estes direitos (TESSMANN; SANGOI, 2009).

Na apresentação do PNEDH, o Estado se compromete com a promoção da igualdade e diminuição de diferenças em seu território, assim como proporcionar uma educação de qualidade, respeitando a diversidade, “reforçando um instrumento de construção de uma cultura de direitos humanos, entendida como um processo a ser apreendido e vivenciado na perspectiva da cidadania ativa” (PNDEH, 2008, p. 13).

Todavia, mesmo que a ideia inicial de criação de um plano para orientar a educação em direitos humanos seja uma evolução em tal matéria, o mesmo não é a solução efetiva, haja visto que a problemática é muito mais profunda, além de envolver outros fatores, tais como a falta de profissionais capacitados para aplicar as diretrizes estabelecidas no PNDEH. Inicialmente, há que se mudar a mentalidade do educador, para que o mesmo possa realmente passar à seus alunos um sólido e sincero ensinamento à respeito do que é “ser humano” (TESSMANN; SANGOI, 2009).

Ora, toda e qualquer educação começa com quem educa. O Estado deve, primeiramente, capacitar e investir nos profissionais, ampliar a visão dos mesmos, para que posteriormente, estes possam passar seus ensinamentos à diante. O docente – qualquer que seja – deve ser capaz de passar para o seu aluno, desde o início da escola, a ideia de humanização, assim como a importância de respeitar as pessoas ao redor.

Deve-se fomentar a aplicação prática dos ensinamentos. Pelo fato dos mesmos tratarem-se de uma educação voltada para a cidadania, é imprescindível que ocorra a promoção de valores como a liberdade e igualdade. Há a necessidade, portanto, de entender-se a ideia de que a “a nação não é um todo homogêneo, mas um todo heterogêneo, com conflitos, classes sociais, grupos e interesses diferenciados” (BENEVIDES, 2000, p.1).

Um dos pontos centrais para entender e aplicar os direitos humanos é justamente respeitar a diversidade presente no corpo social, sabendo aceitá-la de forma sincera, para assim poder exercer uma cidadania plena, e o mais importante, permitir que o outro também exerça. Quando um indivíduo realmente entende a essência dos direitos humanos - que os mesmos são inerentes à todos - ele para de seguir o dogma moral de normalidade imposto pela sociedade, e aprende a aceitar e respeitar qualquer pessoa que distancia-se desta imposição.

De acordo com Flávia Piovesan:

O direito à igualdade material, o direito à diferença e o direito ao reconhecimento de identidade integram a essência dos direitos humanos, em sua dupla vocação em prol da afirmação da dignidade da pessoa humana e da prevenção do sofrimento humano. A garantia da igualdade, da diferença e do reconhecimento de identidades é condição e pressuposto para o direito à auto-determinação, bem como para o direito ao pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, transitando-se da igualdade abstrata e geral para um conceito plural de dignidade concretas (PIOVESAN, 2010, p. 76).

É então, somente através de uma educação voltada para o entendimento dos direitos humanos – a qual deve-se iniciar o mais cedo possível na vida da criança – que a população será capaz de começar a entender a vital importância do direito à igualdade e respeito à diversidade.

4.4 HOMOFOBIA: CRIMINALIZAR É A SOLUÇÃO?

Relacionando-se a homofobia com o direito penal, surge a dúvida se o primeiro seria capaz de ser resolvido e combatido pelo segundo, ou se a tutela penal e suas implicações seriam capazes de intervir de forma positiva na prevenção e punição de condutas homofóbicas.

Já dizia Beccaria (2004):

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males desta vida. (2004, p. 125)

Sendo assim, é preferível, antes de buscar a tutela penal, prevenir o delito. De nada adianta criar novos tipos penais, aumentar as penas e instituir novas políticas de repressão, se não se investe na prevenção. Criminalizar toda conduta considerada repulsiva não soluciona o problema inicial, que seria entender qual o motivo que levou o sujeito à praticar o delito. Mais vale, dessa forma, investir na prevenção para que o delito não ocorra, e conseqüentemente, não precisar posteriormente fazer uso do sistema penal para todo problema social existente.

No centro de uma cultura que preserva e promove a punição, a possibilidade de criminalizar novas condutas surge diariamente, principalmente em razão do efeito simbólico que é dado à pena. Trazendo tal afirmação para a possibilidade de criminalização da homofobia, há a necessidade inicial de questionar se haveria a produção de um efeito simbólico positivo na visibilidade que seria dada à homofobia, caso houvesse sua tipificação (CARVALHO, 2012).

Condenar desenfreadamente traduz o modo como o Estado e a população lida com os problemas da sociedade: descarta o indesejável, para não ter que tratar a origem do problema. Usa-se como justificativa a ressocialização do indivíduo, através da prisão, como validade das práticas punitivas (CARVALHO, 2006).

Ora, é imensamente mais fácil descartar aquele com o qual não se sabe lidar. Isolar, condenar e colocar atrás das grades. Esconde-se o delinquente, tira-o das ruas, para que não precise buscar alternativas eficazes de solução para a

problemática. No caso da homofobia, criminalizar a conduta não ensinaria ao autor da mesma à como lidar com a diferença ou a importância da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

O uso do direito penal deve ser feito com muita cautela, e dessa forma, é perfeitamente possível que o movimento LGBT abdique de utilizá-lo para firmar a sua causa, “sobretudo porque as políticas antidiscriminatórias não punitivas de reconhecimento dos direitos civis têm sido eficazes na nomeação e na exposição do problema das violências homofóbicas” (CARVALHO, 2012, p. 209).

Como já demonstrado, a educação em direitos humanos é uma válida política pública para fazer as pessoas entenderem a importância da aplicação e efetivação de princípios, tais como o da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Para que o movimento LGBT deixe de ser visto como uma anomalia na sociedade, há, antes de tudo, a necessidade de trabalhar o pensamento daqueles que a incorporam. O indivíduo precisa aprender a aceitar o diferente, devendo o mesmo ser realizado através de medidas antidiscriminatórias, e não através da incorporação do direito penal na problemática.

Ao procurar evitar o acontecimento do crime, a prevenção é o caminho mais lógico. Deve-se, primeiramente, atentar para as relações sociais do indivíduo, preservando-as e incentivando-as para que aconteçam de uma forma saudável. Sendo assim, as causas de desvio de condutas devem ser estudadas e aprofundadas por diversos critérios científicos, os quais envolvem a aplicação da sociologia, criminologia, aspectos jurídicos, psicológicos, entre diversos outros. Somente identificando a causa, será possível entender porque determinado indivíduo pratica determinada conduta delitativa, para posteriormente, poder saber qual medida seria capaz de inibir tal ato (FERNANDES; FERNANDES, 2010).

Já foi demonstrado, com o passar dos anos, que se preocupar somente com a aplicação da punição não resolve nem atenua a prática do delito: o direito penal é aplicado depois que o mesmo ocorre, não participando da etapa anterior à ele. Criminalizar uma conduta não impede ninguém de praticar um ato ilícito, visto que a punição não tem a capacidade preventiva, ela apenas reprime uma situação que já aconteceu.

De acordo com Paulo Queiroz:

[...] a intervenção penal revela-se claramente inadequada, porque constitutiva de simples castigo, que nada resolve; antes, agudiza um processo de exclusão e marginalização social, pois trabalha com falsas imagens da realidade e acaba por coisificar o conflito; desumanizando-o em nome de um sistema que, embora abstratamente possa parecer coerente e justo; concretamente se auto deslegitima, por encerrar uma resposta maquinal a um problema demasiado humano, e para o qual desserve, simplesmente porque não se destina a máquinas, mas a homens; e o homem, e não o sistema ou a lei, há de ser sempre a medida de todas as coisas (QUEIROZ, 2010, p. 137).

Por conseguinte, criminalizar a homofobia não faria com que as pessoas as quais praticassem o ato típico deixassem de ser preconceituosas, pois tal medida não faria com que de repente o autor de tal prática desumana passasse a deixar de ser preconceituoso ou tivesse sua mentalidade mudada pelo simples fato da existência de um novo artigo no Código Penal. Ora, a situação deplorável em que vive o sistema penal atualmente, além das altas taxas de criminalidade já comprovaram por si só que a prevenção geral e especial atrelada ao direito penal não é eficaz.

Não buscar assegurar os seus direitos através da atuação do direito penal, seria justamente uma forma do movimento LGBTs romper com a cultura homofóbica, visto que o sistema penal atua de forma preconceituosa (CARVALHO, 2012).

5 CONCLUSÃO

Muitas vezes, a fim de consolidar uma causa, busca-se a tutela penal como forma de garantir visibilidade e proteção de um bem jurídico. No entanto, essa busca por legitimação acaba por constituir-se numa ideia de “vingança” contraditória: a tutela penal não inibe a perpetuação da criminalidade, muito menos é capaz de ressocializar aqueles os quais foram mantidos em cárcere ou em cumprimento de penas alternativas.

O movimento LGBTs luta diariamente pelo reconhecimento de seus direitos, sofre com atos de preconceito, é excluído da sociedade em que habita e constantemente possui suas garantias desrespeitadas, principalmente pelo Estado. Vivem em um grupo social o qual mantem a heteronormatividade como dogma, o qual condena tudo o que foge ao seu ideal de modelo de “ser humano”.

Buscar criminalizar a homofobia não resolveria nem modificaria essa realidade: não se pode buscar no direito penal aquilo que ele não é capaz de dar, visto que a solução não se encontra em uma mera letra de lei.

Não será atrás das grades, ou através de uma pena de multa, que o delinquente aprenderá à respeitar o princípio da igualdade ou da dignidade da pessoa humana. Ninguém sairá do cárcere com novos pensamentos à respeito da liberdade sexual ou respeitando a diversidade: tais premissas devem ser ensinadas.

Os homoafetivos possuem, sem dúvida, diversos direitos negados pela tutela do Estado. São um grupo excluído, pouco visto e muitas vezes rechaçado pela população. Todavia, conseguir a tipificação da homofobia não seria uma vitória para o movimento, visto que sua inserção no Código Penal não mudará as concepções preconceituosas que cercam a sociedade.

A repulsa à diferença foi algo construído historicamente e culturalmente, só podendo ser transformada através de uma forte educação em direitos humanos, posto que, à partir do momento em que um indivíduo aprender a enxergar o homossexual como semelhante, ele passará a respeitá-lo e trata-lo como igual. Nenhuma norma legal o obrigará à isso: o respeito deve ser algo sincero, proveniente do caráter de cada um.

Importante salientar, no entanto, que o presente trabalho não aponta uma solução ou cura para a homofobia, muito menos define algum procedimento a ser

seguido, apenas revela que a via penal não é o caminho, e entende que o ponto de partida é, então, a educação. Não uma educação tradicionalista, mas sim uma voltada para a diferença, capaz de desmitificar conceitos pré-estabelecidos pela cultura e pela história.

À vista disso, o direito penal atua justamente em contraposição aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, possuindo condutas seletivas e preconceituosas. Consequentemente, um movimento que busca com tanto fervor exterminar a discriminação, assegurar uma existência de forma digna e promover toda forma de amor, deve justamente negar qualquer conexão com um sistema que não respeite a base principiológica que defende.

Se tem algo que o movimento LGBTs pode fazer para continuar contribuindo na vasta e cansativa luta contra o preconceito, é permanecer, incansavelmente, ensinando que toda forma de amor é válida e possível. O amor é capaz de ensinar, o amor é capaz de curar: seja um indivíduo ou uma sociedade inteira.

REFERÊNCIAS

- ANNONI, Danielle. **O direito humano de acesso à justiça em um prazo razoável**. 2006. 346 p. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina –UFSC. Florianópolis, 2006.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. “**A não-discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais - LGBT**”. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, ano 47, n. 186, p. 89-106, abr./jun. 2010.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 254 p
- BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 380 p.
- _____. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista Diálogo Jurídico. Numero 15, janeiro-fevereiro-março de 2007. Salvador, Bahia. 31 p.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Constitucionalismo democrático no Brasil: crônicas de um sucesso imprevisto**. Conferencista Visitante – Universidade de Poitiers, França, e Universidade de Wroclaw, Polônia. Visiting Scholar – Harvard Law School ,2011.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.
- BEASLEY, Chris. **Gender & Sexuality: Critical Theories, Critical Thinkers**, London. Sage Publications. 2005.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Rio de Janeiro: Duetto, 2004. 159 p.
- BECKER, Simone. TONELI, Maria Juracy Figueiras. **A violência normativa e os processos de subjetivação: contribuições para o debate a partir de Judith Butler**. In: Fazendo Gênero 9: Diásporas, Diversidade, Deslocamentos. Florianópolis: UFSC. Agosto 2010. P. 1 – 8.
- BENEVIDES, Maria Vitória. **Educação em Direitos Humanos: de que se trata?** In: Seminário de Educação em Direitos Humanos, São Paulo, 18/02/2000.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 9ª reimpressão. 212 p.

BORILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010. 141 p.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 10. ed Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. 311 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 15 out. 2014a.

BRASIL (2009). **Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 04 junho 2015.

CARVALHO, Amilton Bueno. **O (im)possível julgar penal**. 2006. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/151447519/Amilton-Bueno-de-Carvalho-O-Impossivel-Julgar-Penal#scribd>> Acesso em: 23-10-2015

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 451 p.

_____. **Sobre a Criminalização da Homofobia: perspectivas desde a criminologia queer**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, agosto de 2012a.

_____. **Sobre a possibilidade de uma criminologia queer**. 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 4 – Número 2 – p. 151-168 – julho/dezembro 2012b.

_____. **Três hipóteses e uma provocação sobre homofobia e ciências criminais: queer (ing) criminology**. Boletim IBCCRIM. Ano 20, n 238, Setembro de 2012c.

CAVALCANTE, Lara Capelo. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento da produção da existência em todas as suas formas**. 115 f. Dissertação. Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Fortaleza, 2007.

CERQUEIRA, Elizabeth Kipman. **Sexualidade, gênero e desafios bioéticos**. Difusão Editora. 1 edição. 2011.

DEMO, Pedro. **POBREZA POLÍTICA, DIREITOS HUMANOS E EDUCAÇÃO**. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Educando para os Direitos Humanos. Porto Alegre: Síntese, 2003. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/a_pdf/livro_unb_educando_dh.pdf> Acesso em : 22-10-2015.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e o direito à diferença**. Agosto 2007. Disponível em: <http://www.blogdoflg.com.br>. Acesso em: 22 – 09 – 2015

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007. 334 p.

DOROLA, E. 1989. In: CARDOSO, NMB. **Psicologia e relações de gênero: a socialização do gênero feminino e suas implicações na violência conjugal em relação às mulheres**. Psicologia e práticas sociais [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008. pp. 260-272. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/886qz/pdf/zanella-9788599662878-25.pdf>> Acesso em: 23 – 09- 2015

FERNANDES, Valter; FERNANDES, Newton. **Criminologia Integrada**. 3 edição. Editora Revista dos Tribunais. 2010.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**. 14 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001. v.1

_____. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 41 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. 291 p.

GRECO, ROGÉRIO. **Direito Penal do Equilíbrio – uma visão minimalista do Direito Penal**, Editora Impetus, 2005.

GORCZEVSKI, Clovis. **Direitos humanos, educação & sociedade**. Porto Alegre: [s.n.], 2009. 340 p.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. **Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas**. In: Revista Bagoas, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, 2007

LAFER, Celso. **A ONU e os direitos humanos**. ESTUDOS AVANÇADOS 9 (25), 1995.

_____. **A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt**. ESTUDOS AVANÇADOS 11 (30), 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas**. Sur, Rev. int. direitos humanos. vol.2 no.2. São Paulo, 2005.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero e Sexualidade: pedagogias contemporâneas**. Pró-posições. São Paulo, v. 19, n. 2. Maio – agosto 2008.

_____. Teoria queer - uma política pós-identitária para a educação. **Rev. Estud. Fem. vol.9 no.2 Florianópolis, 2001**.

LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença**. Ijuí, RS: UNIJUÍ, 2010. 312 p.

MACHADO, CJS., SANTIAGO, IMFL., and NUNES, MLS., orgs. **Gêneros e práticas culturais: desafios históricos e saberes interdisciplinares**. Campina Grande: EDUEPB, 2010. 256 p.

MOTT, Luiz. **Homo afetividade e direitos humanos**, Revista Estudos Feministas, Florianópolis, 14(2): 248, maio-agosto/2006, p. 509 – 521.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 48 p.

MÉLLO, Ricardo Pimentel. **Corpos, heteronormatividade e performances híbridas**. Psicologia & Sociedade; 24 (1), 197-207, 2012.

MISKOLCI, Richard. **A Teoria Queer e a Sociologia: o desafio de uma analítica da normalização**. Sociologias, Porto Alegre, ano 11, nº 21, jan./jun. 2009, p. 150-182

MIRANDA, Olinson Coutinho; GARCIA, Paulo César. **A Teoria Queer como representação da cultura de uma minoria**. In : III Encontro Baiano de Estudos em Cultura, Cachoeira, Recôncavo da Bahia, abril de 2012.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2008. 900 p.

Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: < http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php> Acesso em 09 out. 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de direitos humanos. **Declaração americana dos direitos e deveres do homem**. 1948. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br> . Acesso em: 04 jun. 2015.

PEREIRA, Graziela Raupp; BAHIA, A. G. M. F. **Direito fundamental à educação, diversidade e homofobia na escola: desafios à construção de um ambiente de aprendizado livre, plural e democrático**. Educar em Revista, Curitiba, Brasil, n. 39, p. 51-71, jan./abr. 2011. Editora UFPR

PEREIRA, Cícero R.; TORRES, Ana Raquel R. R.; PEREIRA, Annelise; FALCÃO, Luciene C. Preconceito contra homossexuais e representações sociais da homossexualidade em seminaristas católicos e evangélicos. **Psic.: Teor. e Pesq. vol.27 no.1 Brasília Jan./Mar. 2011**

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12 ed. Editora Saraiva. 2011. São Paulo. 552 p.

PIOVESAN, Flávia. RIOS, Roger Raupp. **Discriminação por Gênero e por orientação sexual**. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL AS MINORIAS E O

DIREITO, 2001, Brasília. Anais... Brasília: CJF, 2003. P. 155-175 (Série Cadernos do CEJ, v. 24).

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 3. ed. rev. e atual São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 143 p.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014. 656 p.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 38, n. 149, p. 279-295, jan./mar. 2001

_____. **O princípios da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 192 p.

_____. Para um direito democrático da sexualidade. **Horiz. antropol. vol.12 no.26 Porto Alegre July/Dec. 2006**.

SOUZA, Greice Redlich. **Criminalização da homofobia: possibilidade de utilização legítima da função simbólica do Direito Penal**. 75 f. Monografia – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2012.

SANTOS, Andréia Colhado Gallo Grego; SANTOS, Bruno Baltazar. Do Simbolismo Penal e da Lei Maria da Penha: **A (in)efetiva proteção da mulher**. In: XXII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/ UNICURITIBA .Centro Universitário Curitiba / Curitiba – PR , Editora Clássica, 2014, p. 297 – 317.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.) () (). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 945 p.

TONELI, MJF. **Sexualidade, gênero e gerações: continuando o debate**. In JACÓ-VILELA, AM., and SATO, L., orgs. Diálogos em psicologia social [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2012. p. 147-167. Disponível em :< <http://books.scielo.org/id/vfgfh/pdf/jaco-9788579820601-12.pdf>>. Acesso em : 23-09-2015.

VASCONCELOS, José Antonio. **História e Pós-Estruturalismo**. In: RAGO, Margareth. GIMENES, Renato. Narrar o passado, repensar a história. Série IDÉIAS 2 – 2ª Edição Instituto de Filosofia e Ciências Humanas Universidade Estadual de Campinas Campinas – 2014.

VAZ, Leonardo Pereira de Mello. **Por que Criminalizar a homofobia?** 2013, 2 p. Disponível em:

<http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/106__30b590b655156c36320993d63574c187.pdf> Acesso em: 08-10-2015.

VECHIATTI, Paulo Roberto Iotti; VIANA, Thiago Gomes. **Seminário Internacional de Diversidade Sexual: Direitos e Cidadania.LGBTI e o Sistema Interamericano de direitos humanos: a construção da cidadania internacional arco-íris**. 2014. (Seminário). Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a3f66d3a6aab9fa2>> Acesso em: 02/06/2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.