

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA: A INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO

Valdebergue Lucio De Almeida¹

Luciano Silva Alves²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo informar sobre este tema que não é tão conhecido da forma adequada, além de demonstrar algumas das faces do assunto da homofobia, bem como a falta de leis específicas, a inércia do poder legislativo com relação à discriminação por orientação sexual e o clamor social por providências eficazes. O primeiro tópico falará sobre o desenvolvimento histórico do conceito de família e como os aspectos de família homoafetiva foi se instaurando ao longo dos anos. Em seguida, no segundo tópico, será exposto grande parte dos clamores sociais pelo reconhecimento constitucional da proteção da minoria LGBT. Neste mesmo tópico também será mostrado como ocorre a impunidade com relação aos crimes discriminatórios contra a sexualidade e, por fim, serão abordadas as questões jurídicas sobre o assunto, trazendo à tona todo ativismo judicial do STF da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e posicionamento jurisprudencial do CNJ.

Palavras-chave: Homofobia. Criminalização. Direitos LGBTQ. Inércia Legislativa.

INTRODUÇÃO

A homofobia nasce da intolerância contra a diversidade sexual, pois as vítimas pertencem a diferentes grupos minoritários de orientação sexual ou até mesmo de identidade de gênero.

A grande questão da homofobia é que ela é limitante de direitos, deixando de lado os direitos fundamentais e constitucionais dessa minoria. Dentre as diversas formas de manifestar-se, a homofobia pode se apresentar principalmente como: injúria, assédio moral, recusa de atendimento, violência física em diversos graus.

Ocorre que, com relação a alguns dos atos elencados acima, existe sim punição no ordenamento, que é o caso da injúria e violência física, entretanto, a homofobia vai além disso. Ela pode se manifestar de formas menos agressivas, mas igualmente danosas a quem é alvo dela.

Ou seja, é um assunto extremamente pertinente no mundo jurídico e deve ser debatido com ênfase. Dessa forma pode-se destacar que o assunto tem uma notória importância e irá trazer os pontos igualmente importantes que concernem esses crimes.

Por esse motivo, neste trabalho será abordado também a inércia do Poder Legislativo com relação ao assunto, que apesar de muito recente, têm sido muito discutidos em pautas formais e informais por todo o Brasil.

Desta maneira, passemos à discussão do desenvolvimento teórico

¹ UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciência Social Aplicadas. Curso de Direito. Aluno da disciplina TCC II, turma 15 1BM, E-mail: begue.almeida@gmail.com

² UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciência Social Aplicadas. Curso de Direito. Mestre em Educação UFMT. Especialista em Direito Civil. Orientador. E-mail: proflucianoalves10@gmail.com.

1 CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR E A FAMÍLIA HOMOAFETIVA AO LONGO DOS ANOS

A família é a instituição mais antiga da história, visto que ninguém sabe dizer exatamente onde ela começou. Há quem diga que foi no jardim do éden e há quem diga que foi no interior de uma caverna devido às necessidades de sobrevivência. Mas a verdade é: a família é a instituição mais importante da vida do ser humano.

Um fato curioso é que a palavra ‘família’ tem um significado que é diferente da ideia que temos hoje, pois a palavra vem do latim *famulus* e ela significa: “grupo de escravos ou servos pertencentes ao mesmo patrão.”

O conceito de família é muito volátil e mutável, uma vez que ela sempre acompanha as evoluções e mutações da sociedade, dos avanços científicos e dos costumes de uma sociedade, sendo assim, difícil de se construir uma ideia fixa da palavra e seus atributos.

Ora, no passado, a família era instituída através do matrimônio (hétero) e o modelo de família mais comum e mais aceito era o patriarcal. Desse modo, tínhamos a figura do “chefe de família”, essa figura, em sua maioria, era representada por alguém do sexo masculino. Ele era o líder da família e era a ele incumbido a tomada de todas as decisões do lar. Ele deveria ser o provedor maior da casa (e único).

Ao longo do tempo, esse modelo de família acabou caindo por terra, principalmente depois da instauração da constituição de 1988. E hoje em dia, o conceito de família é completamente diferente. De acordo com a CF/88 a família hoje é um conceito de poliformismo familiar que sentem algum tipo de afeto uma pela outra e decidem morar juntas, podendo elas serem casadas ou não, que é o caso da união estável, que já é reconhecida como um dos métodos de se formar uma família. Essa mudança filosófica da instituição ainda não está completamente sólida, mas está se espalhando e crescendo cada vez mais.

Neste novo conceito de família, passam a serem inseridas, então, as famílias homoafetivas. Contudo, devido ao novo conceito ainda não ser um consenso no meio das famílias mais tradicionais conservadoras, a família homoafetiva acaba se tornando um grande afronte para esse grupo, pois ela rompe drasticamente com o conceito de família que eles ainda pretendem preservar, que é um modelo patriarcal, matrimonial e patrimonial.

Falando de lei, no Código Civil constava que família deveria ser formada por um homem e por uma mulher, conceito bastante condizente com o modelo antigo da instituição familiar. Ocorre que em maio de 2011, o STF mudou esse conceito, passando a permitir, então, as uniões estáveis entre indivíduos do mesmo sexo. Decidiu-se que o reconhecimento das uniões estáveis entre casais homoafetivos e heteroafetivos, deveriam seguir as mesmas regras, ou seja, ter os mesmos direitos e deveres.

A partir dessa decisão do STF, os casais homoafetivos começaram a pedir que a união estável em que eles estavam passasse a ser um casamento. Essa conversão é garantida pelo próprio código civil. Entretanto, muitos desses casais encontraram dificuldade nos cartórios para fazer tal ação. E em maio de 2013, o CNJ publicou uma resolução onde os cartórios são proibidos de se recusar a fazer essas conversões.

Apesar de não haver diferença legal entre um tipo de casal e outro, todas essas decisões tomadas pelos superiores não querem dizer que os casamentos homoafetivos são aprovados lei, uma vez que, nenhuma lei foi aprovada nesse sentido. Apesar de já haver projetos de lei correndo no congresso para isso, o que dá garantia a esses casais compostos por indivíduos de um mesmo sexo é a jurisprudência. E para o alívio desses casais, a única diferença legal entre o casamento e a união estável e o casamento é a formalização.

Neste diapasão, seguimos para o próximo tópico onde falaremos sobre o clamor social atual para o reconhecimento dos direitos dessa comunidade

2 O CLAMOR SOCIAL AOS RECONHECIMENTOS BÁSICOS DE DIREITOS HUMANOS – INÉRCIA DO LEGISLATIVO

Para entender os porquês dos clamores sociais pelos direitos iguais da comunidade LGBT é importante que se entenda um pouco de como funciona a sexualidade humana, veja.

2.1 A SEXUALIDADE HUMANA

Falar sobre sexualidade ainda é um grande tabu na nossa cultura, entretanto, é necessário falar sobre isso, pois o desconhecimento sobre o assunto só ajuda a perpetuar o sofrimento que milhares de pessoas vivem todos os dias.

A sexualidade humana se manifesta de várias formas, e para podermos falar sobre ela, é importante que primeiro saibamos a diferença entre sexo, gênero, identidade de gênero e orientação sexual. Conforme Dalgarrondo (2000):

A sexualidade compreende três dimensões básicas: uma biológica que corresponde ao impulso sexual, determinado por processos fisiológicos; uma psicológica relacionada aos desejos eróticos subjetivos e a vida afetiva; e por último a dimensão cultural que corresponde aos padrões de desejos e comportamentos sexuais criados e sancionados historicamente pelas diversas sociedades e grupos sociais.

2.1.1 Sexo

Quando falamos sobre sexo, estamos falando sobre a biologia do ser humano, e na realidade é algo muito simples de se entender, ou seja, o ser humano pode nascer macho, fêmea ou intersexo (hermafroditas). Isso é determinado pelo órgão sexual que aquele ser possui e é o que consta na certidão de nascimento daquele indivíduo.

2.1.2 Orientação sexual

A orientação sexual reflete em quem aquele indivíduo se atrai física e emocionalmente baseado no sexo/gênero dessa pessoa. Na orientação sexual, temos dois extremos: o heterossexual e o homossexual. O heterossexual é o que sente atração por uma pessoa do sexo oposto, o homossexual é aquele que sente atração por alguém do mesmo sexo. Mas além desses dois extremos ainda existem outras pessoas que ficam não são englobadas por esses dois extremos, como é o caso dos bissexuais, dos assexuados, dos pansexuais entre outros.

2.1.3 Identidade de Gênero

A identidade de gênero tem a ver com como a pessoa se vê dentro de sua cabeça, independente de seu sexo biológico. Pode-se haver, por exemplo, alguém do sexo masculino que se vê como sendo alguém do sexo feminino, ou seja, aquela pessoa que possui um órgão genital masculino se vê como uma mulher dentro de sua cabeça. A pessoas como a do exemplo, se dá o nome de transgênero. As pessoas que se identificam com o sexo com o qual nasceu, por exemplo, alguém do sexo masculino, se vê como um homem dentro de sua cabeça, são chamadas de cisgênero. E existem ainda as pessoas que são chamadas de não-binárias, que são aqueles que não se identificam nem como um homem e nem como uma mulher.

2.2 HOMOSSEXUALIDADE

Desde o século 19, muitas teorias são apresentadas de forma não comprovada e contraditória sobre porque alguém sente atração por pessoas do mesmo sexo. A Homossexualidade, na verdade, não é algo inerente apenas ao ser humano, uma vez que é possível encontrar casos de animais homossexuais na natureza, como, por exemplo, as zebras, macacos, golfinhos, ovelhas, búfalos, raposas, patos entre muitos outros.

Ao estudar a orientação sexual, é possível perceber que a homossexualidade é algo mais antigüíssima do que imaginamos. A civilização grega, por exemplo, conferiu à homossexualidade masculina, três estatutos variando da época e do local, conforme esclarece Capellano (2009):

Em Creta, a homossexualidade era um rito de passagem, uma etapa necessária entre a infância e a idade adulta; em Atenas havia um estatuto social favorável na medida em que o ato sexual com indivíduos de sexo oposto só se dava para atender a necessidade de procriação, ficando o amor e o prazer para os indivíduos do mesmo sexo e em Esparta, era claramente estimulada para favorecer a criação de vínculos afetivos e companheirismo no seio do exército, ao qual o cidadão pertencia dos 7 aos 35 anos de idade.

2.3 A ETIMOLOGIA E A MILITÂNCIA

As homossexualidades sempre estiveram presentes em nossa sociedade. A palavra ‘homossexual’ tem origem dupla do grego e do latim com o primeiro elemento derivado do grego *homos*, ‘mesmo’ significando então, ‘atos sexuais e afetivos entre membros do mesmo sexo’ e nisso está incluído o lesbianismo também. A primeira aparição conhecida do termo ‘homossexual’ foi encontrada em um panfleto de 1869, publicado anonimamente, pelo romancista alemão, Karl-Maria Kertbeny.

Ao longo dos anos, a militância da causa sofreu diversas mutações. E não poderia ser diferente mesmo, uma vez que a própria sociedade em si se transformou drasticamente nos últimos anos e continua mudando todos os dias. Antigamente, as primeiras pessoas que começaram a militar nesse sentido se intitulavam como a comunidade “GLS” que significava “gays, lésbicas e simpatizantes”. Entretanto, a sigla foi mudando porque havia a necessidade de incluir mais rótulos para alcançar mais pessoas, então passou-se a usar a sigla “GLBT” que significava “gays, lésbicas, bissexuais e transexuais”.

Após essas mutações, a militância constatou a necessidade de se dar mais visibilidade às lésbicas que sempre foram subjugadas na sociedade, porque além de ter que enfrentar o preconceito contra a orientação sexual, ainda enfrentava toda uma sociedade machista e patriarcal, então a sigla da causa passou a ser “LGBT” sendo assim a sigla que perdurou por mais tempo e consequentemente sendo a mais conhecida de todas e sendo usada até hoje.

Contudo, estima-se que existem até 11 títulos diferentes para definir os diferentes tipos de atração (ou não) afetiva e sexual do ser humano. Por isso a sigla mais usada no Brasil hoje em dia é “LGBT” que significa “lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, transexual ou travesti”. Todavia, essa sigla não engloba todos os títulos que existem. A verdade é que os rótulos foram (e ainda estão) sendo descobertos conforme o acesso a informação e as pessoas foram descobrindo suas diferentes nuances ao longo do tempo.

Não é por acaso que a discriminação acontece, muitas vezes a falta de conhecimento leva a atitudes ignorantes. A sexualidade se transformou em um objeto de luta política e social no Brasil ao longo dos anos, pois temos o contraste de pessoas que se informaram e descobriram a importância da causa com as pessoas que decidiram não se informar e ainda continua

perpetuando uma ignorância infundada. E principalmente porque a foram construídas diversas formas de subordinação em decorrência das diferentes orientações sexuais.

Mesmo com a visibilidade da comunidade tendo aumentado, ainda temos dados alarmantes contra essas pessoas. O número de assassinato de homossexuais tem números assustadores no Brasil, estima-se que somos o país que mais mata homossexuais no mundo todo³. E a falta de leis específicas e punitivas para esse tipo de crime só incentiva ainda mais para que eles aconteçam. Prado (2012, p. 65) aduz:

Mesmo que não tenhamos legislações não gravemente homofóbicas e, ou machistas, como alguns países do Oriente Médio, Ásia e África, é importante que não percamos de vista nossas próprias mazelas e (des) humanidades.

Dessa forma passasse a questionar alguns dos direitos humanos básicos que são garantidos a todos.

2.4 PRINCÍPIOS BÁSICOS PARA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E A FUNÇÃO SOCIAL DO PODER LEGISLATIVO.

A função social incumbida ao poder legislativo é observar a evolução sociocultural e identificar as demandas desta. Quando falamos de inércia do poder legislativo é quando nos deparamos com dados alarmantes e desesperadores como os que já apresentamos neste tópico, mas ainda se observa a falta de leis específicas que protejam as pessoas LGBT.

Dias (2016, p.50) complementa:

A sociedade evolui, transforma-se, rompe com tradições e amarras, o que gera a necessidade de oxigenação das leis. A tendência é simplesmente proceder à atualização normativa, sem absorver o espírito das silenciosas mudanças alcançadas no seio social, o que fortalece a manutenção da conduta de apego à tradição legalista, moralista e opressora da lei.

No Brasil, a expectativa de vida média para homossexuais é de apenas 35 anos contra 73 anos do restante da população. Além disso, 40% dos assassinatos de transexuais e travestis no mundo todo acontecem no Brasil.⁴ Essa situação pode piorar ainda mais, como de fato vem acontecendo a cada ano, isso pela ausência de uma lei que especifique o crime da homofobia que por muitas vezes a queixa prestada pela vítima é registrada como uma agressão qualquer.

A seguir, veja os dois princípios mais importantes para a causa LGBT para a petição de criminalização da homofobia.

2.4.1 Princípio da Dignidade da pessoa humana

A militância das minorias tem lutado desde sempre por direitos iguais. Hoje em dia negros, estrangeiros, religiosos e mulheres quando sofrem algum tipo de agressão, possuem amparos específicos em suas respectivas delegacias. Entretanto, a discriminação por orientação sexual continua negligenciada por parte do legislativo. Consonante, podemos trazer a toda então, um dos artigos mais falados da constituição.

Artigo 1º, Inciso III da Constituição Federal:

³ Levantamento realizado por Luiz Mott e pelo Grupo Gay da Bahia (Mott, 2000a; 2002).

⁴ Mapa dos assassinatos transexuais e travestis no Brasil em 2017 feito pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA).

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

Estamos falando sobre o famoso princípio da dignidade da pessoa humana, A dignidade da pessoa humana ao longo dos séculos foi interpretada sob vários aspectos, na Idade Média, por exemplo, já existia o termo dignidade, porém, este estava ligado a um status pessoal, totalmente diferente do conceito moderno. Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p.60) propôs uma conceituação jurídica para a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana, a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade implicando neste sentido um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

2.4.2 Princípio da Isonomia

O princípio da isonomia ou também chamado de princípio da igualdade é o pilar de sustentação de qualquer Estado Democrático de Direito. Isonomia significa igualdade entre todos perante a lei. Refere-se ao princípio da igualdade previsto no art. 5º, "caput" e inciso I, da Constituição Federal, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza:

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:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Sobre igualdade, Silva diz (2001, p.5):

O entendimento da igualdade material deve ser o de tratamento equânime de uniformizado de todos os seres humanos, bem como a sua equiparação no que diz respeito a possibilidades de concessão de oportunidades. As chances devem ser oferecidas de forma igualitária para todos os cidadãos na busca pela apropriação dos bens de cultura.

Não há crime sem lei que antes o condene, contudo, é preciso que as leis tentem, mesmo que minimamente, acompanhar as mudanças socioculturais para que seja possível atender a todas as demandas emergentes de sua época.

Podemos concluir que não cabe ao Estado decidir acerca da vida pessoal de cada cidadão. Fazendo isso ele pode estar violando a personalidade de cada pessoa e negando a ele o direito de viver conforme a sua essência. “Negar ao homem o poder de decidir de que modo vai conduzir a sua vida privada é frustrar sua possibilidade de realização existencial” (Sarmento, 2006).

3 ATIVISMO JUDICIAL DO STF DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DO TEXTO

Para falar sobre ativismo judicial é importante que se entenda tal conceito. O ativismo judicial é uma postura, ou melhor dizendo, uma decisão de um certo jeito específico que o Judiciário tem de interpretar a Constituição, e por consequência, expandindo seu alcance social. Assim, podemos dizer que o ativismo judicial, por exemplo, supre a falta que muitas vezes o Poder Legislativo faz quando deixa de atender a sua função social que é de criar leis para as diferentes demandas advindas da evolução sociocultural. Enquanto que, a declaração de inconstitucionalidade se resume em encarar certas interpretações das leis como sendo contrárias à constituição, mas sem mudar o seu texto, apenas trazendo uma interpretação mais correta. Entendido essa parte, podemos trazer tal tema para o assunto da criminalização da homofobia.

Muito se tem falado atualmente sobre a criminalização da homofobia, e muitas decisões tem surgido que podem ser consideradas como ativismo judicial. Como por exemplo uma decisão recente do CCJ que aprovou o PLS 191/2017, que diz que os transgêneros também devem ser amparados pela Lei Maria da Penha. Este projeto visa, não a modificação, mas a ampliação da lei, de forma que não só as mulheres cisgênero possam ser protegidas, mas também as mulheres transgêneros (mulheres que nasceram homens, mas que se identificam com o gênero feminino). A Relatora do texto foi a senadora Rose de Freitas.

Embora legítimo, esse ativismo judicial esbarra em muita rejeição por grande parte da população conservadora. O Projeto de Lei 672/19 que visa a criminalização de qualquer tipo discriminação ou preconceito de orientação sexual e/ou identidade de gênero, ainda está em tramitação no senado, contudo, o nível de rejeição do projeto no site é alto, o que certamente acaba dificultando essa decisão de ser tomada.

3.1 ADO Nº 26

Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, tendo como relator o ministro Celso de Mello, e está em tramitação no STF desde 2013 com a finalidade de se instaurar a “criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia”, vide parte da peça inicial:

A homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo, na medida em que racismo é toda ideologia que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro (e a homofobia e a transfobia implicam necessariamente na inferiorização da população LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras que se identificam com o próprio gênero). A homofobia e a transfobia inequivocamente se enquadram no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, donde enquadradas, nesta hipótese subsidiária (caso não se as entenda como espécies do gênero racismo), no disposto no art. 5º, inc. XLI, da CF/88, que, no presente caso, impõe a elaboração de legislação criminal que puna tais condutas. Considerado o princípio da proporcionalidade em sua vertente da proibição de proteção deficiente, tem-se que é necessária a criminalização específica das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima porque o atual quadro de violência e discriminação contra a população LGBT tem tornado faticamente inviável o exercício dos direitos fundamentais à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero das pessoas LGBT em razão do alto grau de violência e discriminação contra elas perpetradas na atualidade, donde inviabilizado, inclusive, o direito fundamental à segurança desta população.

Além disso, o relator traz sobre a necessidade de cumprimento do dever estatal de indenizar vítimas de homotransfobia enquanto não houver a criminalização de tal. Pede que:

(a) seja reconhecido que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo, de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar o racismo constata-se do art. 5º, inc. XLII, da CF/88, já que elas inferiorizam pessoas LGBR relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras ou, subsidiariamente, reconhecê-las como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar constante do art. 5º, inc. XLI, da CF/88; (b) seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e transfobia; (c) cumulativamente, seja fixado prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima; (d) caso transcorra o prazo fixado pela Suprema Corte, seja efetivamente tipificada a homofobia e a transfobia como crime específico e fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia.

A notícia é que a ação foi considerada parcialmente procedente por unanimidade e agora o estado reconhece muitos dos direitos fundamentais que a comunidade vem requerendo ao longo dos anos. Veja parte da decisão do STF em Julgamento da Sessão Extraordinária no dia 13/06/2019:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, caput, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente.

Ou seja, resumidamente, a partir de agora o estado reconhece a sua inércia legislativa e a mora constitucional no que tange ao assunto da homotransfobia e a sua devida proteção penal; que até que sobrevenha uma legislação específica para criminalizar a homotransfobia, o estado interpretará que os atos de discriminação contra a diversidade sexual e afetiva serão considerados de gênero racista.

Outro tópico importante da decisão é o segundo ponto, onde relata brevemente o papel das instituições religiosas no meio do assunto todo, veja:

2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;

Esse tópico assegura a liberdade religiosa para se pregar, doutrinar e falar de acordo com o acreditam ser correto. Logo, a nova visão do estado com relação à homofobia não deverá interferir na liberdade pessoal de cada indivíduo em suas crenças religiosas e seus atos.

Por fim, a decisão nos traz que o “conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos”, ou seja, a discriminação social é muito mais abrangente que apenas a diferença de cor de pelo ou nacionalidade, pois as diferenças são usadas muitas vezes como motivador para a subjugação, desigualdade e preconceito.

4 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL E DO CNJ

Apesar de não haver lei específica, o STF já classifica as práticas homofóbicas como crime de racismo e determina que a pena para tal seja inafiançável e prevê três anos de reclusão e multa. Ainda sobre o assunto do tópico anterior, mas já iniciando este, podemos ver a seguir a jurisprudência que deu ensejo ao que foi falado acima, veja:

CONSTITUCIONAL. ART. 5º, XLI e XLII, DA CONSTITUIÇÃO A REPÚBLICA. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS A VÍTIMAS DE HOMOFOBIA. MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA. CONFIGURAÇÃO DE RACISMO. LEI 7.716/1989. CONCEITO DE RAÇA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. MORA LEGISLATIVA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O CONGRESSO NACIONAL LEGISLAR. 1. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui natureza eminentemente objetiva, sendo inadmissível pedido de condenação do Estado em indenizar vítimas de homofobia e transfobia, em virtude de descumprimento do dever de legislar. 2. Deve conferir-se interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). Não se trata de analogia in malam partem. 3. O mandado de criminalização contido no art. 5º, XLII, da Constituição da República, abrange a criminalização de condutas práticas homofóbicas e transfóbicas. 4. Caso não se entenda que a Lei 7.716/1989 tipifica práticas homofóbicas, está em mora inconstitucional o Congresso Nacional, por inobservância do art. 5º, XLI e XLII, da CR. Fixação de prazo para o Legislativo sanar a omissão legislativa. 5. Existência de projetos de lei em curso no Congresso Nacional não afasta configuração de mora legislativa, ante período excessivamente longo de tramitação, a frustrar a força normativa da Constituição e a consubstanciar inertia deliberandi. 6. A ausência de tutela judicial concernente à criminalização da homofobia e da transfobia mantém o estado atual de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional. 7. Parecer pelo conhecimento parcial da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, no mérito, pela procedência do pedido na parte conhecida.

Nessa jurisprudência, podemos ver que o pedido de se indenizar as vítimas de homofobia não foi reconhecido pelo Estado, enquanto que no segundo ponto ele reconhece como crime as práticas discriminatórias contra pessoas LGBT. Além disso ele também reconhece a mora constitucional em legislar.

Apesar de todo esse esforço, a justiça ainda continua receosa em suas decisões. Isso também pode estar ligado ao fato de que muitos dos casos em que se há homofobia resultam em assassinatos. A seguir, veremos alguns casos de homofobia e suas respectivas condenações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluímos que a homofobia consiste na discriminação, intolerância e/ou qualquer manifestação de repúdio à homossexualidade ou homoafetividade. De acordo com o levantamento obtido pelo GLOBO, a cada 19 horas um indivíduo LGBT é assassinado ou até mesmo comete suicídio, por consequência da homofobia, o que torna o Brasil como o país que mais mata homossexuais no mundo todo.

Ou seja, é um assunto extremamente pertinente no mundo jurídico e deve ser debatido com ênfase. Dessa forma pode-se destacar que o artigo tem uma notória importância e trouxe os pontos igualmente importantes que concernem esses crimes.

A justiça caminha a passos lentos para a evolução. A sociedade em si tem evoluído muito mais rápido do que a legislação e alguns cidadãos tem ficado à sombra da lei.

É princípio do direito que não há crime sem lei que antes o condene, e é por isso que a luta dessa minoria tem se tornado cada vez mais volumosa, pois, há uma necessidade que não está sendo atendida e não há como se condenar alguém por discriminação homofóbica sem que o legislativo determine que aquela pratica é criminosa.

É preciso que as leis tentem, mesmo que minimamente, acompanhar as mudanças socioculturais para que seja possível atender a todas as demandas emergentes de sua época, uma vez que à todo cidadão é assegurado o direito de segurança, igualdade perante a lei e vida.

REFERENCIAL*

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996

CAPPELLANO, Carlos Luiz. **Breve Histórico da Homossexualidade**. Disponível em: <<http://lucappellano.sites.uol.com.br/Homossexualidade.htm>> Acesso em 24.Abr.2019

CONTEÚDO aberto. In: Wikipedia: **Homossexualidade**. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Homossexualidade>> Acesso em: 26.Abr. 2019.

CONTEÚDO aberto. In: Wikipedia: **a diferença entre sexo e gênero**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Diferen%C3%A7a_entre_sexo_e_g%C3%AAnero> Acesso em: 26.Abr.2019.

CONTEÚDO aberto. In: **Vivendo a Adolescência: identidade de gênero**. Disponível em: <<http://www.adolescencia.org.br/site-pt-br/identidade-de-genero>> Acesso em: 26.Abr. 2019.

CONTEÚDO aberto. In: **JusBrasil: A Evolução da Ideia e do Conceito de Família**. Disponível em: <<https://advocaciapa.jusbrasil.com.br/artigos/176611879/a-evolucao-da-ideia-e-do-conceito-de-familia>> Acesso em: 10.Out. 2019.

CONTEÚDO aberto. In: **Estado de Direito: Uniões Homoafetivas e o atual conceito de família**. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/unioes-homoafetivas-e-o-atual-conceito-de-familia/>> Acesso em: 10.Out. 2019.

CONTEÚDO aberto. In: **Folha Uol: Casamento Gay não é Lei mas é direito garantido pela justiça**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/11/casamento-gay-nao-e-lei-mas-e-direito-garantido-pela-justica-entenda.shtml>> Acesso em: 11. Out. 2019.

CONTEÚDO aberto. In: **Medium: O que significa a sigla LGBTQ e quais as outras siglas utilizadas**. Disponível em: <<https://medium.com/@pinkads/o-que-significa-a-sigla-lgbtq-e-quais-s%C3%A3o-as-outras-siglas-utilizadas-e3db6ec5181f>> Acesso em: 11.Out. 2019.

CONTEÚDO aberto. In: **JusBrasil: Homofobia e a Inércia do Legislativo**. Disponível em: <<https://raphaelperucci.jusbrasil.com.br/artigos/676541526/homofobia-e-a-inercia-do-legislativo>> Acesso em: 12 Out. 2019.

CUNHA, Thaís. **Rotina de exclusão e violência**. Disponível em: <<http://especiais.correiobraziliense.com.br/brasil-lidera-ranking-mundial-de-assassinatos-de-transexuais>> Acesso em 24.Abr. 2019

DALGALARRONDO, Paulo, **Psicopatologia e Semiologia dos transtornos mentais**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade: o que diz a Justiça**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_640\)44__a_familia_homoafetiva.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_640)44__a_familia_homoafetiva.pdf)> Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1527-Manual-de-Direito-das-Familias-Maria-Berenice-Dias-11-ed-2016.pdf>> Acesso 17.Out. 2019

OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros D'. Breve análise do princípio da Isonomia. Disponível em:< [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_640\)44__a_familia_homoafetiva.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_640)44__a_familia_homoafetiva.pdf)> Acesso em: 25.Abr. 2019

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. **Os princípios da constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2006.

SILVA, Marcelo Amaral da. **Princípio constitucional da Igualdade**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/14284-14285-1-PB.htm>> Acesso em 24.Abr. 2019.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010.