

# ASPECTOS CONSTITUCIONAIS ACERCA DA HOMOFOBIA: A CRIMINALIZAÇÃO COMO FORMA DE PROTEÇÃO AOS HOMOSSEXUAIS.

*CONSTITUTIONAL ASPECTS ABOUT THE HOMOPHOBIA: CRIMINALIZATION AS A MEAN OF PROTECTION FOR HOMOSEXUALS*

Letícia Trevizolli de OLIVEIRA<sup>1</sup>

---

ISSUE DOI: 10.21207/2675-0104.2017.665

---

## RESUMO

O objetivo principal do presente trabalho é dissertar acerca da atual problemática referente à lacuna legislativa existente no que se diz respeito aos crimes de ódio motivados unicamente pela discriminação e preconceito por orientação sexual ou identidade de gênero. A pesquisa também trará análise quanto ao projeto de lei da Câmara nº122/2006, que está atualmente arquivado, e visava à alteração da Lei dos Crimes de preconceito (Lei 7.716/89), que abrange raça, cor, etnia, religião e procedência nacional, buscando também a inclusão de gênero, sexo, orientação sexual e identidade sexual para a punição em caso de preconceito ou discriminação. Tendo em vista que todo e qualquer indivíduo possui a garantia de proteção aos seus direitos, bem como à sua dignidade e, estando isto diretamente relacionado a não distinção de qualquer natureza de todos perante a lei, a homossexualidade, bissexualidade e transexualidade, por uma questão protecional, deveriam ser abrangidas e interpretadas extensivamente no caso concreto, justificando assim objetivo da República Federativa do Brasil de promover o bem de todos sem qualquer forma de discriminação.

**Palavras-chave:** Homofobia. Orientação Sexual. Identidade de gênero. Criminalização. Direitos Humanos. Isonomia. Dignidade. Proteção

---

<sup>1</sup> Discente da Faculdade de Direito de Franca/SP. Bolsista do Programa Interno de Iniciação Científica (PIBIC 2017-2018).

**ABSTRACT**

*The main goal of the present essay is to discourse about the current problems linked to the legislative gap, concerning the hate crimes motivated exclusively by the discrimination and prejudice regarding sexual orientation or gender identity. The essay will also bring an analysis regarding the Proposed Bill nº 122/2006, which is currently archived, it's goal was to change the Prejudice Crime's Law (Law 7.716/89), this Law predicts legal punishments in case of crimes motivated by discrimination against race, skin colour, ethnicity, religion and nationality. The main goal of the above mentioned proposal was to also include legal punishment for hate crimes motivated by discrimination or prejudice against gender, sexual orientation and sexual identity. Bearing in mind that every person has a legal protection regarding their fundamental rights, as well as their dignity, and, this being directly related to the equality of all facing the law, the homosexuality, bisexuality, transsexuality, should all be covered and interpreted extensively by the Justice, thus justifying the goal of the Federative Republic of Brazil, which is promoting the wellbeing of all people without any kind of discrimination.*

*Keywords: Homophobia. Sexual Orientation. Gender Identity. Criminalization. Human Rights. Dignity. Protection.*

## 1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, como já comprovado por cientistas e historiadores, tanto no mundo animal como no dos humanos, é fato que a homossexualidade sempre existiu. Com a transformação da sociedade e destruição de paradigmas sobre assuntos que antigamente eram considerados tabus, faz necessário reformular determinados conceitos legais para que não haja prejudicados.

Ao longo de séculos, o preconceito gerado pela não aceitação do suposto diferente, motivado muitas vezes por crenças religiosas, fez com que inúmeras pessoas fossem submetidas a experiências, torturas e tratamentos psicológicos, visando como objetivo sua “cura”, além de sofrerem grande repressão social por um fato inerente à condição humana, tal como é a orientação sexual.

Apesar do decorrer do tempo e de uma maior conscientização social sobre a aceitação do próximo, os homossexuais ainda sofrem pelo preconceito materializado. Segundo estatísticas publicadas anualmente pelo Grupo Gay da Bahia (GGB) – mais antiga entidade de gênero do Brasil- indicam que em 2016, ano considerado como o mais violento desde 1970 contra pessoas LGBTs, 343 pessoas foram mortas em todo o Brasil.

Das 343 pessoas assassinadas, 173 eram gays, 144 trans (travestis e transexuais), 10 lésbicas, 4 bissexuais e 12 heterossexuais (parentes ou conhecidos de LGBTs que foram assassinados por algum envolvi-

mento com eles). Os dados, segundo o GGB, levaram à constatação de que a cada 25 horas um LGBT é assassinado no país.<sup>2</sup>

O Projeto de Lei da Câmara 122/2006 foi criado com a intenção de equiparar os crimes de homofobia aos crimes de racismo, criando uma tipificação de modo a proteger e zelar pela saúde moral e física, numa luta anti-discriminação, encontrando-se atualmente arquivado pelas barreiras impostas pelas bancadas conservadoras do país.

A carência de uma legislação especial é nítida. O arquivamento da Lei da Homofobia fere todos os dias as garantias individuais das minorias, se ausentando de modo que a materialização do preconceito em discriminação poderia vir a ser evitado se houvesse tipificação especial do caso.

A problemática da pesquisa em questão abrange justamente a falta de legislação pertinente à punição dos crimes cometidos e exclusivamente motivados pela discriminação motivada pela orientação sexual ou identidade de gênero, questionado a proteção dada ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como da isonomia, visando à proteção a integridade física e moral daqueles que são discriminados.

Com uma profunda análise histórica e social, junto de informações adquiridas através do método histórico, a pesquisa demonstrará que tal preconceito existe desde a antiguidade, prejudicando e excluindo aqueles que possuem tal qualidade, provando, assim, toda a sua relevância teórica através análise que fará sobre a inexistência de legislação típica no ordenamento jurídico atual, refletindo também sobre a omissão estatal criada no mesmo âmbito, e as prováveis consequências da perspectiva de uma modificação positiva do texto normativo.

## 2 CONCEITO DE HOMOSSEXUALIDADE

A orientação sexual deve ser considerada como uma qualidade intrínseca do ser humano, tal como seja a cor da pele, ou procedência nacional, não se remetendo a uma escolha ou opção, mas sim a essência de ser o que é.

---

<sup>2</sup> ALVES, Alan Tiago. *BA tem média de 5 LGBTs assassinados por mês em 2017, aponta Grupo Gay*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bahia/noticia/ba-tem-media-5-lgbts-assassinados-por-mes-em-2017-aponta-grupo-gay.ghtml>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

A mesma advém justamente de um conjunto de influências sociais, biológicas, psicológicas, sociais e culturais, que leva o ser humano, através da atração e independentemente de qualquer definição de homossexualidade ou heterossexualidade, a ser o que é. Explica-se também, a partir deste conceito, todo o negativismo impregnado na semântica de palavras como, “opção”, “escolha” ou “preferência”, já que deslegitimam e tratam como uma desordem um sentimento formado na inconsciência, que não pode ser voluntariamente mudado, e que ocorre de maneira natural e igual nos heterossexuais.<sup>3</sup>

Além do negativismo semântico, O ódio, preconceito, intolerância, e discriminação contra os homossexuais podem ser sintetizados em uma única palavra: homofobia. É o termo genérico empregado inicialmente em 1971, pelo psicólogo George Weinberg, que inclui todo um conjunto de pessoas, sejam lésbicas, bissexuais, gays ou transexuais, tornadas vítimas sociais graças à sua orientação. Observando a sua etimologia, a palavra homofobia vem da junção do prefixo hómois, de homossexual, como já citado acima, que significa “mesmo ou semelhante” e phobos, traduzido como medo ou aversão. O homofóbico é aquele que pratica a homofobia.<sup>4</sup>

### **3 BREVE HISTÓRICO ACERCA DA HOMOSSEXUALIDADE**

Cabe reforçar que é um equívoco afirmar que a homossexualidade surgiu nos dias atuais, já que ela está presente na história do mundo desde sempre. Pode-se dizer que a homossexualidade existe desde os primórdios, tanto entre seres humanos como entre os animais, sendo considerada uma prática normal e comum por diversos povos por muito tempo.

Ao que se falar dos animais, já foi observado que a prática ocorre entre mais de 1500 espécies, entre elas leões, golfinhos, macacos,

---

<sup>3</sup> FERRAZ, Ana Luiza. Opção ou Orientação Sexual? Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/psicologia/artigos/4123/opcao-ou-orientacao-sexual>>. Último acesso em 02/02/2017

<sup>4</sup> SILVA, Raquel de Melo. A evolução da Luta contra a Homofobia na Sociedade. Disponível em <<http://editorarealize.com.br/revistas/fiped/trabalhos/a1140a3d0df1c81e24ae954d935e8926.pdf>> Último acesso em 02/02/2017.

aves... Atuando por uma prática que entre o reino animal, vai do mero prazer até a afirmação social dentro de seu grupo.<sup>5</sup>

Um exemplo a ser citado é o das tribos de Fiji e nova Guiné:

As tribos das ilhas de Nova Guiné, Fiji e Salomão, no oceano Pacífico, cerca de 10 mil anos atrás já exercitavam algumas formas de homossexualidade ritual. Os melanésios acreditavam que o conhecimento sagrado só poderia ser transmitido por meio do coito entre duplas do mesmo sexo. No rito, um homem travestido representava um espírito dotado de grande alegria. Um dos mais antigos e importantes conjuntos de leis do mundo, elaborado pelo imperador Hamurabi na antiga Mesopotâmia em cerca de 1750 a.C., contém alguns privilégios que deveriam ser dados aos prostitutos e às prostitutas que participavam dos cultos religiosos. Eles eram sagrados e tinham relações com os homens devotos dentro dos templos da Mesopotâmia, Fenícia, Egito, Sicília e Índia, entre outros lugares. Herdeiras do Código de Hamurabi, as leis hititas chegam a reconhecer uniões entre pessoas do mesmo sexo<sup>6</sup>.

Na Grécia e na Roma Antiga, a relação homossexual, segundo interpretações históricas, existia e era praticada de maneira comum e natural e cotidiana nas sociedades. Pode-se associar tal acontecimento ao fato de que muitos Deuses antigos não possuíam um sexo definido que estratificavam o conceito de relação, além desta não existir com o único intuito de procriação. A prática ia muito além, ela ultrapassava o mero fim do prazer sexual, abrangendo todo um contexto social e cultural.

Nos exércitos antigos, acreditava-se que o amor entre homens criava laços profundos, e que tais laços fortaleceriam a tropa, de modo que o amante jamais abandonaria seu amado em uma batalha. A relação quebrava a regra imposta pela faixa etária, não sendo condenado pela sociedade a igual ou próxima idade, mas sim o desvio de sua finalidade. O que regia a relação era a união entre o homem mais másculo com o menos, ou mais “afeminado” do exército.

Ao se tratar da homossexualidade feminina, havia menor exposição, entretanto esta não deixava de existir. Um exemplo que ocorria é o da famosa Tribo das Amazonas, uma sociedade formada exclusivamente por mulheres guerreiras vivendo na região da Ásia Menor. Em sua sociedade era proibida a presença de homens, exce-

---

<sup>5</sup> Redação. Não Somos a Única Espécie Gay. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/nao-somos-a-unica-especie-gay/>> último acesso em 02/02/2017

<sup>6</sup> Humberto Rodrigues apud FAGUNDES, Augusta Isabel Junqueira. Educação um olhar social. Belo Horizonte: Arriba, 2012. P. 58)

to uma única vez por ano e com o fim de procriação. A relação mantida entre as próprias mulheres tinha fundamentos religiosos e a crença de que, através dela, qualidades consideradas exclusivamente masculinas seriam adquiridas.<sup>7</sup>

Com o aparecimento do Judaísmo, a relação sexual era incentivada entre os povos, entretanto, com o intuito de procriar: “Crescei e multiplicai-vos”. E com a história da criação, surgiu Adão e Eva, criados por Deus e reafirmados na Bíblia como única forma de relação possível. O macho e a fêmea, unidos pela ideia do matrimônio e voltados para o propósito da reprodução, já que juntos assim povoariam o mundo.

Com a conversão do Imperador Constantino ao Cristianismo, houve, conseqüentemente, a obrigatoriedade da religião no maior Império do mundo. A ideia da finalidade do sexo para procriação se enraizou e, juntamente com ela, a abominação pela homossexualidade fixou-se pela crença de ser algo antinatural.

A intolerância na época evoluiu de tal forma que fez com que fossem criadas leis que expressamente a proibiam e castigavam fisicamente aqueles que mantinham relações não heterossexuais. O Imperador Justiniano, em 533, criou punições que iam da fogueira à castração, além de pagamento de penitências e equiparação da homossexualidade ao crime de adultério, que levava como castigo a pena de morte.<sup>8</sup>

A ciência também deixou sua marca na história da homossexualidade: primeiramente, considerou-a como doença, já que até 1973 era considerada como um transtorno antissocial da personalidade.<sup>9</sup> Crenças de que a homossexualidade era hereditária, ou associada a problemas mentais fez com que milhares de pessoas enfrentassem a lobotomia (método cirúrgico para tratamentos mentais no qual se retira uma parte do cérebro que está afetada).<sup>10</sup> Foi com o psiquiatra Robert Spitzer que houve a desmistificação da homossexualidade.

---

<sup>7</sup> RAMOS, Paulo. A Homossexualidade na Grécia Clássica 'Atenas-Esparta'. Disponível em: <<http://ramosdahistoria.blogspot.com.br/2009/04/homossexualidade-na-grecia-classica.html>>. Último acesso em 02/02/2017

<sup>8</sup> Humberto Rodrigues e Cláudia de Castro Lima. Vale tudo: Homossexualidade na antiguidade. Disponível em: <<http://guiadoestudante.abril.com.br/estudo/vale-tudo-homossexualidade-na-antiguidade/>>. Último acesso em 02/02/2017.

<sup>9</sup> BAHIA, Claudio José Amaral. Proteção Constitucional à Homossexualidade. Leme: Mizuno, 2006. P. 95 e 96

<sup>10</sup> Fagundes, Augusta Isabel Junqueira. Educação um olhar social. Belo Horizonte: Arroba, 2012. P.

Segundo Spitzer, "Um transtorno médico deve estar associado a uma angústia subjetiva, sofrimento ou incapacidade da função social"<sup>11</sup>. Ou seja, não se deve tratar a homossexualidade como uma doença mental, desde que os homossexuais não se sentissem mal com sua orientação, assim como os heterossexuais.

Com tal raciocínio, nos anos 90 a medicina finalmente retirou a homossexualidade da sua lista oficial de doenças, quebrando as correntes de inúmeras pessoas que se sentiam obrigadas a reprimirem sua essência pelo medo. Houve a "descriminalização" da prática em diversos países que possuíam leis preconceituosas, além de abrir caminhos para novas legislações que começariam então a combater a homofobia, e não a homossexualidade, leis contra a segregação por orientação sexual, que viriam a preservar a integridade física e psicológica contra a discriminação.<sup>12</sup>

No Brasil, há uma lacuna na legislação quando relacionada aos direitos homossexuais. Ainda pode-se ver diariamente pelos meios de informação que a homofobia ainda está presente atualmente, manifestando-se de diversos modos, desde o projeto de "Cura Gay", apresentado em 2013 e que vai contra o conselho de medicina e psicologia, sendo destinado a práticas e tratamentos que "revertam" à homossexualidade, até casos de discursos públicos de ódio ou agressões físicas contra demonstrações de afeto entre dois iguais.

O projeto foi arquivado, pois apenas 15 dias após o deferimento do PDC de sua autoria, o Deputado João Campos levou à Câmara um requerimento que pedia o cancelamento da tramitação de sua proposta, pois o próprio PSDB se demonstrou contrário à solicitação de seu deputado.

Ocorre que dois dias depois da aprovação do requerimento para cancelamento do trâmite do PDC do Deputado João Campos, um novo projeto para extinguir a determinação do Conselho Federal de Psicologia foi apresentado à Câmara, tendo indeferimento imediato, e justificado pelo motivo de que quando o trâmite de uma proposta é cancelado, outra

---

<sup>11</sup> BBC BRASIL: O psiquiatra que derrubou o mito de que homossexualidade seria doença. Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151229\\_psiquiatra\\_homossexualidade\\_jp](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151229_psiquiatra_homossexualidade_jp). Último acesso em 02/02/2017

<sup>12</sup> BAHIA, Claudio José Amaral. *Proteção Constitucional à Homossexualidade*. Leme: Mizuno, 2006. P. 96 e 97

de conteúdo semelhante não pode ser apresentada no mesmo ano em que a primeira cancelada.<sup>13</sup>

#### 4 HOMOSSEXUALIDADE, DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Falar sobre a necessidade de tolerância e respeito à sociedade LGBT, bem como da proteção de sua integridade física e moral, é também falar de Direitos Humanos.

A ideia de Direitos Humanos surgiu com um movimento pós-guerra, pois houve a necessidade de uma declaração que consolidasse determinados direitos, em resposta a uma anterior época de terror e caos para toda uma sociedade que possuiu sua integridade massacrada por ideais como o nazismo, pela ocorrência de duas guerras mundiais e por todo genocídio concebido de maneira política na época.<sup>14</sup>

Dias cita em sua obra:

O termo ‘Direitos Humanos’ é utilizado para designar um amplo espectro de direitos que vão desde o direito à vida até o direito à identidade cultural. Eles envolvem todas as condições prévias elementares para permitir a um indivíduo uma existência Humana digna.<sup>15</sup>

Hoje, por analogia, pode-se usar destes direitos (que combateram e combatem o racismo, sexismo, e anti-semitismo) para o combate de manifestações de preconceito voltados para questões de orientação sexual.

O conceito de discriminação, encontrado no direito internacional dos direitos Humanos, na Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação Racial e Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher está descrito como:

[...] qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconheci-

<sup>13</sup>Exame da OAB. *Entenda o projeto da Cura Gay*. Disponível em: <<https://examedaoab.jusbrasil.com.br/noticias/376191509/entenda-o-projeto-da-cura-gay>>. Último acesso em: 2 fev. 2017.

<sup>14</sup> CF. SACHS, Ignacy. *O desenvolvimento enquanto a apropriação dos Direitos Humanos: estudos avançados*. São Paulo: 1998. p. 149

<sup>15</sup> DIAS, Reinaldo. *Introdução aos Direitos Humanos*. Campinas: Alínea, 2012. p. 49

mento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública.<sup>16</sup>

Desta forma, os Direitos Humanos, em seu texto, não faz distinção entre seres humanos, não determinando quais são merecedores ou não de tudo aquilo que por eles pode e deve ser gozado. Entretanto neste nuança, entra a questão da brecha legislativa existente, na qual a sociedade ainda busca encontrar desculpas para que a homofobia seja justificável.

A homofobia viola inúmeros direitos básicos, assim como direitos jurídicos. Quando manifestada, apresenta-se através da violência, seja física, brutal, atacando a integridade física pessoal e podendo alcançar resultados irreversíveis para a vítima (homicídio), ou a violência não física, moral, que deixa marcar invisíveis, mas não menos graves naqueles que a recebem.

Surge, desta forma, a necessidade de falar também sobre os princípios constitucionais. Contido no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana merece destaque, pelo fato de que o ser humano é a peça essencial para a própria existência do Estado, a dignidade dada a ele e Considerada como principio fundamental pela própria Lei Máxima, é o fruto de uma preocupação e cuidado necessários com todo aquele titular de tal dignidade.

A dignidade é considerada, pelo Jurista Espanhol Jesús González Pères como uma prerrogativa para que todo ser humano seja respeitado como pessoa, sem jamais ser prejudicado em sua existência, seja quanto a vida, a saúde ou ao seu corpo. Que o ser humano exista por si só. Vale retomar a concepção kantiana, de que o ser humano não possui preço, mas sim dignidade e é isso o que o torna insubstituível no mundo.<sup>17</sup>

Trata-se de um princípio base, inalienável e irrenunciável, orientador tanto do Direito internacional, bem como do Direito interno. A Dignidade da pessoa Humana é aquela que inspirou a já citada Declara-

---

<sup>16</sup> RIOS, Roger Raupp. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. In: POCAHY, Fernando (org). *Rompendo o silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea*, Porto Alegre: Nuances, 2007. p. 38

<sup>17</sup> PÉREZ, Jesus Gonzáles. *La Dignidad de la persona y el Derecho*. Madrid: Civitas, 1986.

ção dos Direitos Humanos (1948), implicando na sua indivisibilidade e universalidade.<sup>18</sup>

Ainda com a explicação de tais fatos, mantém-se difícil conceituar o que de fato é a Dignidade da pessoa Humana. A concepção Kantiana dita que “o Homem não tem preço, mas sim dignidade”, exemplifica com maior clareza a qualidade e o valor do ser humano perante a sociedade.<sup>19</sup>

O Princípio da Isonomia, ou também chamado de Princípio da Igualdade, assim como a dignidade, também merece destaque para a compreensão da pesquisa e do presente capítulo.

Consagrado no artigo 5º o Princípio da Isonomia prega segundo seu texto:

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 [...].

A desigualdade através da lei se produz no momento em que a norma distingue de maneira não razoável um tratamento específico para pessoas diversas, fugindo da interpretação de que todos devem ser tratados igualmente, na medida de suas igualdades e desigualmente na medida de suas desigualdades.<sup>20</sup>

É necessário comentar o modo que os grupos homossexuais e transexuais se encaixam na nítida falta de isonomia, sendo prejudicados diariamente por sua orientação ou identidade de gênero. Problemas quando ao emprego ou inserção na sociedade, gerados pela transfobia e homofobia provocam a reflexão acerca de uma possível inserção de medidas afirmativas para o caso.

Sobre tal questão, Boaventura trouxe clara explicação:

[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reco-

---

<sup>18</sup> PIOVESAN, Flavia et al. *Leituras complementares de direito constitucional*. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 52.

<sup>19</sup> Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7 ed. Saraira: 2010, p 34 e 35.

<sup>20</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. - 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

nheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimento ou reproduza as desigualdades.<sup>21</sup>

Sendo que a sociedade possui um débito histórico em relação à população LGBT, como já foi demonstrado nessa própria pesquisa, o nítido prejuízo à dignidade e a isonomia mantém-se sem solução alguma. A propositura de algumas ações afirmativas para combater o preconceito histórico, bem como as discriminações atuais serviria de modo a equiparar os direitos individuais, evitando a existência de grupos privilegiados em detrimento de alguns desprivilegiados por qualidades intrínsecas a sua essência de ser humano.

## 5 O PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 122

Perante todo o débito social existente perante os homossexuais, surgiu a proposta do Projeto de Lei da Câmara nº 122 de 2006 foi criado com a intenção de propor uma alteração da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) para definir os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. Tal projeto estabelecia as tipificações e delimitava as responsabilidades do ato e dos agentes.<sup>22</sup>

O projeto de lei visava a inclusão de tais crimes, motivados exclusivamente pela intolerância acerca da orientação sexual, dentro do rol de crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, contidos na Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.

A proposta trouxe em seu texto uma inclusão, de modo que a homofobia, ainda não tipificada na legislação, encontrasse barreiras no amparo legal, trazendo uma maior isonomia, preservação da dignidade,

---

<sup>21</sup> SOUZA SANTOS, Boaventura. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade". In: \_\_\_\_\_. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003a. p. 56.

<sup>22</sup> PROJETO DE LEI DA CÂMARA nº 122, de 2006 - (CRIMINALIZA A HOMOFOBIA). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>. Acesso em: 2 ago. 2017.

moral e corpo daqueles com orientação sexual diferente da heteronormativa.

Sendo de autoria da Deputada Federal Iara Bernardi. Após 5 (cinco) anos a matéria foi aprovada pela Câmara, porém, ao chegar ao Senado, o projeto não avançou, ao que tudo indica, graças as forças religiosas conservadoras. O projeto tramitou por quase 09 (nove) anos, sendo arquivado em 2015, de acordo com as Regras de Regimento Interno da Casa, que determina que todas as propostas tramitando há mais de duas legislaturas sejam arquivadas, podendo, entretanto, tramitar por mais uma legislatura, caso seja aprovado em Plenário requerimento de pelo menos 27 senadores. Ao final da terceira legislatura, se não houver decisão, a proposta deve ser arquivada definitivamente.<sup>23</sup>

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o perigo iminente de danos pessoais à moral e ao corpo do ser humano vítima de discriminação, somado com a ausência de uma legislação específica para a punição e proteção dos mesmos, caberia ao país uma intervenção alternativa, uma vez que a tipificação encontra-se estagnada.

Ferido o princípio da Isonomia, o surge o questionamento sobre uma nova proposta que possa, mesmo que provisoriamente, atuar sobre o caso concreto, de modo que venha a suprir a ausência da lei, trazendo uma solução eficaz para os casos de discriminação.

Com a divisão dos três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, cada um possui sua função perante a sociedade. É necessário dizer que, entretanto, diante determinadas situações, no momento em o Poder Judiciário julga certos casos, ele cria precedentes e assim, começa a legislar.

A precedência criada nas Cortes Supremas, além equiparar as decisões, trazendo isonomia para os caos, também desvincula a ideia de que o Juiz está submetido exclusivamente à lei, desprendendo-se de uma tradição histórica de épocas autoritárias, no qual havia o arbítrio do governo e a manipulação das instituições.

---

<sup>23</sup> *Projeto que criminaliza homofobia será arquivado.* Disponível em <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/01/07/projeto-que-criminaliza-homofobia-sera-arquivado>>. Acesso em: 7 ago. 2017.

A lei desta forma, apenas serve como um ponto inicial, através do qual o juiz elabora sua decisão, valorando e optando sobre a mesma. A decisão proferida traz significado ao texto legal e expressão à norma, libertando o Juiz de sua submissão à lei e tornando-o um propagador do direito.<sup>24</sup>

A função das Cortes de atribuir tal significado à lei possui extrema relação com a necessidade de uma ordem jurídica coerente, que possua segurança e respeito à liberdade. O direito não pode acomodar-se, este deve seguir e orientar a sociedade no que diz respeito à resolução de conflitos. O uso de precedentes proferidos por Tribunais traz uma maior estabilidade para os jurisdicionados, fazendo uniforme a interpretação jurídica.<sup>25</sup>

Tendo em vista a totalidade exposta, percebe-se que a partir do momento em que o judiciário aliar-se a causa de proteção aos direitos LGBT, a criação de precedentes acerca de casos de discriminação e violência, seja ela física ou moral, pode vir a ser tipificada, vinculando outros Tribunais e trazendo uma maior isonomia.

Percebe-se, diante todo o exposto, a urgência da problemática existente na lacuna legislativa para casos de homofobia e transfobia no Brasil. A necessidade de uma solução imediata encontra respaldo e maior segurança nos precedentes que podem ser criados e utilizados de forma vinculante.

Aguardar por uma posição do poder legislativo é desgastante. A demora e postergação de decisões importantes são nítidas, de modo que as bancadas extremistas, muitas vezes religiosas, comandam os resultados que poderiam vir a preservar a dignidade do ser humano, além de sua integridade física e moral.

A participação do judiciário colaboraria com uma solução imediata. Os precedentes criados pelas Cortes não dependem da aprovação do legislativo, não podendo ser barrados por ideais preconceituosos ou segregacionistas, vinculando outros tribunais com seu efeito erga omnes e trazendo maior isonomia e justiça para os que sofrem discriminação.

---

<sup>24</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 93.

<sup>25</sup> LIMA FILHO, Eduardo Neves. *O uso dos precedentes judiciais no Brasil: uma análise crítica a partir da teoria do direito e da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 57

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Alan Tiago. BA tem média de 5 LGBTs assassinados por mês em 2017, aponta Grupo Gay. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bahia/noticia/ba-tem-media-5-lgbts-assassinados-por-mes-em-2017-aponta-grupo-gay.ghtml>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BAHIA, Claudio José Amaral. Proteção constitucional à homossexualidade. Leme: Mizuno, 2006.

AUTORIA DESCONHECIDA. Conceito de Gênero. Disponível em <<http://conceito.de/genero>>. Último acesso em: 02/02/2017)

BBC BRASIL: O psiquiatra que derrubou o mito de que homossexualidade seria doença. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151229\\_psiquiatra\\_homossexualidade\\_jp](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151229_psiquiatra_homossexualidade_jp)>. Acesso em: 2 fev. 2017.

BRITO, Jaime Domingues. Minorias e grupos vulneráveis: aquilatando as possíveis diferenças para os fins de implementação das políticas públicas. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI – UENEP / Centro de Pesquisa e Pós Graduação (CPEPG), Conselho de Direi-to do Norte Pioneiro, Jacarezinho.

BUTLER, Judith. Críticamente subversiva. In: JIMÉNEZ, Rafael M. Mérida. Sexualidades transgres-soras: uma antología de estudios queer. Barcelona: Icária editorial, 2002.

CANOTILHO, José Gomes. Direito constitucional. 4. ed., Coimbra: Almedina, 1986. p. 234.

CASEMIRO, Poliana. De vestido e salto alto, aluno gay do ITA protesta na formatura em S. José. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2016/12/de-vestido-e-salto-alto-aluno-gay-do-ita-protesta-na-formatura-em-s-jose.html>> Acesso em: 2 fev. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7 ed. São Paulo: Saraiva: 2010.

COLLING, Leandro. Teoria queer. Disponível em: <<http://www.cult.ufba.br/maisdefinicoes/TEORIAQUEER>> Acesso em: 2 fev. 2017.

COSTA, Luana Pereira da. O judiciário enquanto aliado do movimento LGBT: perspectivas positivas e negativas em comparação ao legislativo na busca pela criminalização da homofobia. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/135056/000987082.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

COURI, Aline. A homossexualidade na Grécia antiga e suas representações na arte. Disponível em: <<https://hav120151.wordpress.com/2016/07/03/a-homossexualidade-na-grecia-antiga-e-suas-representacoes-na-arte/>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

DALGALARRONDO, Paulo. Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2008. p. 34.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em [https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm). Último acesso em 26/07/2017.

DIAS, Reinaldo. Introdução aos direitos humanos. Campinas: Alínea, 2012.

DIDIER, Eríbon apud LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento de gays e lésbicas. In: GOLIN, Célso, POCAHY, F e RIOS, Roger Raupp. Porto Alegre: Sulina e Nuances, 2003.

FAGUNDES, Augusta Isabel Junqueira. Educação um olhar social. Belo Horizonte: Arriba, 2012.

FERRAZ, Ana Luiza. Opção ou orientação sexual? Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/psicologia/artigos/4123/opcao-ou-orientacao-sexual>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

FERREIRA, A. B. de H. Novo Aurélio Século XXI : o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999..

FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. Princípio da proibição da proteção deficiente. A outra face do garantismo. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13542/principio-da-proibicao-da-protacao-deficiente/2>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

GONÇALVES, Luiz Carlos. Direito penal: a criminalização da homofobia como forma de proteção de direitos fundamentais. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/07/03/direito-penal-a-criminalizacao-da-homofobia-como-forma-de-protacao-de-direitos-fundamentais>> . Acesso em: 7 jul. 2017.

GRUPO GAY DA BAHIA. Assassinato de LGBT no Brasil: Relatório 2015. Disponível em: <<https://grupogaydabahia.com.br/2016/01/28/assassinato-de-lgbt-no-brasil-relatorio-2015/>> . Acesso em: 2 fev. 2017.

HEUSELER, Denise; LEITE, Gisele. A homossexualidade segundo a ótica de Foucault. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15974&revista\\_caderno=15](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15974&revista_caderno=15)>. Acesso em: 2 fev. 2017.

INCLUSIVE. A guerra sem sentido contra a homossexualidade. Disponível em: <<http://www.inclusive.org.br/arquivos/20272>> . Acesso em: 2 fev. 2017.

LIMA FILHO, Eduardo Neves. O uso dos precedentes judiciais no Brasil: uma análise crítica a partir da teoria do direito e da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LOURO, Guacira Lopes. Teoria queer: uma política pós-identitária para a educação. Rev. Estud. Fem. [online]. 2001, vol.9, n.2.

MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito. São Paulo, Elsevier 2008.

MAIA, Maria Carolina. Entre os 10.000 homossexuais deportados pelo regime nazista, um sobrevive: Rudolf Brazda conta sua experiência. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/meus->

livros/entre-os-10-000-homossexuais-deportados-pelo-regime-nazista-um-sobrevive-rudolf-brazda-  
conta-sua-experiencia/>. Acesso em: 2 fev. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. 2ª ed. rev., atual e  
ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direitos humanos e cidadania: à luz do novo direito internacional.  
Campinas: Minelli, 2002.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. - 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOUGEOLLE, Léa. O conceito de gênero. Disponível em: [http://www.sociologia.com.br/o-  
conceito-de-genero/](http://www.sociologia.com.br/o-conceito-de-genero/)>. Acesso em: 2 fev. 2017.

OAB. Entenda o projeto da cura gay. Disponível em:  
<<https://examedaoab.jusbrasil.com.br/noticias/376191509/entenda-o-projeto-da-cura-gay>>. Acesso  
em: 2 fev. 2017.

PÉREZ, Jesus Gonzáles. La dignidad de la persona y el derecho. Madrid: Civitas, 1986.

PIOVESAN, Flávia et al. Leituras complementares de direito constitucional. 3. ed. Salvador: JusPo-  
divm, 2008.

\_\_\_\_\_, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. Rev. Estud. Fem. vol.16 no.3  
Florianópolis, 2008. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-  
026X2008000300010](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000300010)>. Acesso em: 7 jul. 2017.

\_\_\_\_\_, Flávia. Direitos reprodutivos como direitos humanos.

PORTAL EBC. Projeto de criminalização da homofobia é arquivado no Congresso. Disponível em:  
<[http://www.ebc.com.br/cidadania/2015/01/projeto-de-lei-contr-a-homofobia-deve-ser-arquivado-  
no-congresso](http://www.ebc.com.br/cidadania/2015/01/projeto-de-lei-contr-a-homofobia-deve-ser-arquivado-no-congresso)>. Acesso em: 7 jul. 2017.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. Disponível em <<http://principios-constitucionais.info/>>. Acesso  
em: 7 jul. 2017.

RAMOS, Paulo. A Homossexualidade na Grécia Clássica Atenas-Esparta. Disponível em:  
<<http://ramosdahistoria.blogspot.com.br/2009/04/homossexualidade-na-grecia-classica.html>>. Aces-  
so em: 2 fev. 2017.

REDAÇÃO. Não somos a única espécie gay. Disponível em: < [http://super.abril.com.br/ciencia/nao-  
somos-a-unica-especie-gay/](http://super.abril.com.br/ciencia/nao-somos-a-unica-especie-gay/)>. Acesso em: 2 fev. 2017.

REVISTA FÓRUM: Teoria queer, o que é isso? Disponível em  
<[http://www.revistaforum.com.br/osentendidos/2015/06/07/teoria-queer-o-que-e-isso-tensoes-entre-  
vivencias-e-universidade/](http://www.revistaforum.com.br/osentendidos/2015/06/07/teoria-queer-o-que-e-isso-tensoes-entre-<br/>vivencias-e-universidade/)> . Acesso em: 2 fev. 2017.

RIOS, Roger Raupp. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. In: POCAHY, Fernando (org). Rompendo o silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea, Porto Alegre: Nuances, 2007.

RODRIGUES, Humberto. LIMA, Cláudia de Castro. Vale tudo: Homossexualidade na antiguidade. Disponível em: <<http://guiadoestudante.abril.com.br/estudo/vale-tudo-homossexualidade-na-antiguidade>>. Acesso em: 2 fev. 2017

RODRIGUES, Maria Alice. O Direito à Diversidade Sexual: A Contribuição do Ensino Jurídico na Concretização dos Direitos Humanos. In: POCAHY, Fernando (org). Rompendo o silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea, Porto Alegre: Nuances, 2007.

SACHS, Ignacy. O desenvolvimento enquanto a apropriação dos direitos humanos: estudos avançados. São Paulo: 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. Educação & Realidade. v. 20, Porto Alegre, 1995.

SENADO. Projeto de Lei Da Câmara nº 122, de 2006 - CRIMINALIZA A HOMOFOBIA. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

SENADO. Projeto que criminaliza homofobia será arquivado. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/01/07/projeto-que-criminaliza-homofobia-sera-arquivado>. Acesso em: 7 jul. 2017.

SILVA JUNIOR, Assis Moreira. Diversidade sexual e inclusão social: uma tarefa a ser cumprida. Franca: Lemos e Cruz, 2014.

SILVA, José Afonso da. Os princípios constitucionais fundamentais. Disponível em <[http://files.camolinaro.net/200000095-a6856a703c/principios\\_constitucionais\\_fundamentais.pdf](http://files.camolinaro.net/200000095-a6856a703c/principios_constitucionais_fundamentais.pdf)>. Acesso em 8 jul. 2017.

SILVA, Raquel de Melo. A evolução da Luta contra a Homofobia na Sociedade. Disponível em <<http://editorarealize.com.br/revistas/fiped/trabalhos/a1140a3d0df1c81e24ae954d935e8926.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

SOUZA SANTOS, Boaventura. "Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade". In: \_\_\_\_\_. Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

STRECK, Lenio Luiz (org.). Direito penal em tempos de crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

\_\_\_\_\_, Lenio Luiz. O que é isto – o precedentes judicial e as súmulas vinculantes? 3ª ed. rev. Atual. De acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015.

STF. Mandado de Injunção. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000188542&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 3 jul. 2017

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

STF. Recurso Extraordinário. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000235616&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

TREVISAN, João Silvério. Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 3. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 2000.

UFRGS. O que são as ações afirmativas? Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/acoesafirmativas/acoes-afirmativas/o-que-sao>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Entenda O PLC 122/06. Disponível em: <<http://www.plc122.com.br/entenda-plc122/#axzz4oh35qw7B>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA: o mandado de injunção e a criminalização de condutas. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-26/paulo-iotti-mandado-injuncao-criminalizacao-condutas>. Acesso em: 3 jul. 2017.