

A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL: Uma Análise à Luz da Teoria Sociológica do Desvio

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2024.61.12729>

Submetido em: 13/9/2021

Aceito em: 28/11/2023

Eduardo Barbuto Bicalho

Universidade Federal Fluminense. Niterói/RJ, Brasil. <https://orcid.org/0000-0003-3575-3961>

Maria Alice Nunes Costa

Universidade Federal Fluminense. Niterói/RJ, Brasil. <http://orcid.org/0000-0002-3437-2238>

RESUMO

O presente trabalho visa a refletir sobre a criminalização da homofobia no Brasil à luz da teoria sociológica do desvio. Baseado nas reflexões de Becker (2008), entende-se que uma conduta é desviante quando a sociedade assim a considera, independentemente da conduta em si ou da pessoa que a comete. Assim, a homossexualidade é considerada um desvio, tendo em vista que a maior parte das sociedades existentes a condena, principalmente a partir do início da era judaico-cristã. Após modificações ocorridas nas últimas décadas, contudo, muitas nações passaram a criminalizar atos homofóbicos, incluindo o Brasil, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal ocorrida em 2019. A metodologia deste trabalho consiste em análise bibliográfica e na dialética envolvendo a teoria sociológica do desvio e a realidade sociojurídica da criminalização da homofobia no Brasil. Como resultados, aponta-se a conclusão de que a imposição do Direito não é suficiente para tornar a conduta homofóbica um desvio e nem transfere, por si só, a figura do *outsider* do homossexual para o homofóbico, apesar de contribuir neste sentido. Somente uma mudança cognitiva e social profunda é capaz de alterar a concepção do indivíduo LGBTQIA+ como inferior.

Palavras-chave: desvio; criminalização da homofobia; *outsider*.

THE CRIMINALIZATION OF HOMOPHOBIA IN BRAZIL: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE SOCIOLOGICAL THEORY OF DEVIANCE

ABSTRACT

This work aims to reflect on the criminalization of homophobia in Brazil in the light of the sociological theory of deviance. Based on Becker's (2008) reflections, it is understood that a conduct is deviant when society considers it so, regardless of the conduct itself or the person who commits it. Thus, homosexuality is considered a deviation, considering that most existing societies condemn it, especially from the beginning of the Judeo-Christian era. However, after changes in recent decades, many nations started to criminalize homophobic acts, including Brazil, after the decision of the Supreme Court in 2019. The work methodology consists of bibliographic and dialectic analysis involving the sociological theory of deviation and the socio-juridical reality of the criminalization of homophobia in Brazil. As a result, it is possible to conclude that the imposition of Law is not enough to turn homophobic behavior into a deviation, nor does it transfer, by itself, the figure of the *outsider* from the homosexual to the homophobic, despite contributing in this sense. Only a profound cognitive and social change is able to change the conception of the LGBTQIA+ individual as inferior.

Keywords: deviation; criminalization of homophobia; *outsider*.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a refletir sobre a criminalização da homofobia no Brasil à luz da teoria sociológica do desvio. Na história, a conduta homossexual vem sendo repreendida e seus praticantes tratados com escárnio e violência. A maior parte das nações já criminalizaram ou ainda criminalizam os atos homossexuais. A homofobia, durante muitos anos, foi a regra institucionalizada pelos Estados e ainda é em muitos países.

A partir do momento em que um Estado criminaliza os atos homofóbico, busca-se uma inversão nesses valores, procurando-se transformar a conduta homofóbica em desviante, transferindo do homossexual para o homofóbico a categoria de *outsider*. Basta, porém, a criminalização de uma conduta para que tal resultado se efetive? Esta é a reflexão do presente estudo.

A fim de estruturar esta reflexão, o presente artigo partirá das concepções de Becker (2008) sobre a conduta desviante e a figura do *outsider*. Posteriormente, far-se-á uma análise do homossexual como *outsider*, partindo do pressuposto de que a maior parte das sociedades, principalmente desde a tradição judaico-cristã, enxerga qualquer manifestação afetiva ou sexual diferente da heterossexualidade como desviante.

Em seguida, o texto traçará um breve cenário da homofobia no Brasil e abordará a decisão do Supremo Tribunal Federal que criminalizou tais condutas, equiparando ao crime de racismo. Por fim, será realizada uma análise crítica sobre tal mudança de paradigma em uma sociedade que ainda é tolerante com os atos homofóbico (principalmente os transfóbicos).

Utiliza-se como metodologia a pesquisa bibliográfica e documental, a qual inclui material acadêmico (artigos, livros), leis, decisões judiciais, etc. Após, busca-se, mediante método dialético, relacionar e contrapor conceitualmente os dois pontos centrais da discussão: a teoria sociológica do desvio e a criminalização da homotransfobia no Brasil.

2 BECKER E A SOCIOLOGIA DO DESVIO

Becker (2008), em sua obra *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*, estuda a figura daqueles que possuem uma conduta social desviante, chamando-os de *outsiders*¹. Os *outsiders*, assim, são os que se desviam das regras do grupo social (p. 17).

Segundo Becker (2008),

Todos os grupos sociais fazem regras e tentam, em certos momentos e em algumas circunstâncias, impô-las. Regras sociais definem situações e tipos de comportamento a elas apropriados, especificando algumas ações como “certas” e proibindo outras como “erradas”. Quando uma regra é imposta, a pessoa que presumivelmente a infringiu pode ser vista como um tipo especial, alguém de quem não se espera viver de acordo com as regras estipuladas pelo grupo. Essa pessoa é encarada como um outsider (p. 15).

Busca, então, o mencionado autor, uma definição do conceito de desvio, partindo de uma ideia geral pela qual desvio são as condutas contrárias às normas de determinado grupo. O próprio autor critica, contudo, esta ideia, argumentando que os grupos sociais não possuem uma homogeneidade no que se refere às condutas desviantes, ou seja, dentro do próprio grupo as pessoas consideram diferentes coisas como desviantes. Assim, Becker (2008) sustenta que o caráter do julgamento de uma conduta é variável conforme o tempo e o espaço.

Após, este autor aponta algumas concepções do desvio, uma mais simples, pelo qual o desvio é verificado, estatisticamente, como sendo tudo o que varia excessivamente em relação à média. Nesse sentido, Becker (2008) destaca que ser canhoto é desviante, pois a maioria das pessoas é destra. O autor também apresenta uma segunda concepção, na qual o desvio decorre de uma doença. Assim, a conduta desviante ocorre quando a pessoa sofre um desajuste de natureza patológica. Também argumenta, contudo, também, que não há consenso sobre o que seria um comportamento saudável (Becker, 2008, p. 18-19).

¹ A tradução literal do termo *outsider* relaciona-se às palavras intruso, terceiro, forasteiro.

Essa noção do desvio como doença é usada em termos sociológicos para atribuir um caráter desviante a condutas que possam levar ao rompimento da estabilidade social, revelando sociedades disfuncionais. Nesse ponto, Becker (2008) informa que os objetivos e metas de um grupo social envolve uma questão política, em que setores sociais vão disputar para que seus objetivos e metas prevaleçam. Então, essa função da sociedade é decidida no conflito político. Se é assim, definir quem é *outsider* é uma questão política (p. 20).

Nesse momento, Becker (2008) defende que o desvio é criado pela sociedade:

Quero dizer, isto sim, que grupos sociais criam desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio, e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como outsiders. Desse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um infrator. O desviante é algum a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal (p. 21-22).

Nesse modo de ver, o desvio é uma consequência das reações dos outros ao ato de uma pessoa. O grupo, nesse ponto, de uma forma geral, enxerga uma conduta como desviante por diversas razões, por valores, cultura, normas morais ou jurídicas, que ali prevalecem.

É por essa razão que existem graus em que uma pessoa é considerada *outsider*, pois depende de como a sociedade avalia a conduta praticada. Há transgressões que são tratadas com maior tolerância pela sociedade e outras não. Um exemplo prático em nossa sociedade seria comparar a transgressão de dirigir sem cinto de segurança ou após consumir bebida alcoólica; ou, ainda, a conduta de fazer uso da maconha. São duas formas de se porta reprovadas pela ordem jurídica vigente, contudo, em determinados grupos sociais, dirigir alcoolizado é tolerado e fumar maconha não; já em outros grupos ocorre justamente o contrário.

Observa-se que é o grupo social que define a conduta desviante. Fumar maconha, em si, não é um desvio, mas passa a ser à medida que a sociedade assim enxerga tal modo de portar-se. Nesse raciocínio, trazido por Becker (2008), quanto mais desviante é considerada uma conduta, maior é o grau em que o indivíduo é considerado *outsider*.

Em uma sociedade moderna e plural, o conceito de desvio, em sentido sociológico, supradescrito, encontra guarida nas teorias políticas pelas quais os diversos líderes se enfrentam na arena democrática, a fim de obterem maior poder decisório e, assim, promoverem os seus interesses e valores (Schumpeter, 1961). Em outras palavras, uma pessoa pode ser mais ou menos *outsider* a depender do grupo político que produz as normas.

Nesse mesmo sentido, também podemos relacionar essa ideia com a teoria do agendamento no âmbito das políticas públicas, a fim de entender quais são os temas que entram nas pautas de discussão dos governos e quais não. Muitas vezes um determinado comportamento pode ser considerado desviante se, por diversos motivos (grupos de pressão, lobistas, a mídia, as instituições, dados científicos, entre outros), o tema foi levado para discussão nas arenas de poder e prevaleceu a ideia de que se trata de um desvio. Aprofundaremos este ponto mais adiante.

3 O HOMOSSEXUAL COMO *OUTSIDER*

Partindo do conceito de desvio tratado no item anterior, podemos aferir que a conduta afetiva e/ou sexual entre pessoas do mesmo sexo não é, em si, um desvio. O próprio Becker (2008), contudo, expressamente situa o homossexual como uma pessoa desviante. Vemos isso claramente no seguinte trecho: “No extremo, alguns desviantes (homossexuais e viciados em drogas são bons exemplos) desenvolvem ideologias completas para explicar por que estão certos e porque os que os desaprovam e punem estão errados” (p. 16-17).

Além disso, é possível afirmar que a maioria das sociedades consideraram ou ainda consideram a homossexualidade um desvio, tendo em vista as inúmeras legislações punitivas de tais condutas que já existiram e ainda existem. Em uma simples busca na internet podemos encontrar a evolução da situação das pessoas LGBTQIA+ no mundo (Wikipedia, 2019). No Brasil, por exemplo, as relações homossexuais foram proibidas entre 1533 e 1830.

Nota-se que, ainda que na Antiguidade tenha havido aceitação às relações homoafetivas ou homoeróticas em algumas sociedades, como a grega por exemplo, em um período posterior tais condutas foram severamente reprimidas, sendo, muitas vezes, criminalizadas. Segundo uma reportagem do globo.com do ano de 2018, mais de 70 países ainda criminalizam os atos homossexuais atualmente.

Diante de tais informações, é possível aferir que o homossexual ou o LGBTQIA+ foi ou ainda é visto como *outsider* na maior parte das sociedades modernas. Na prática, enxergar a homossexualidade como desvio, muitas vezes, foi acompanhada do que chamamos de homofobia. Segundo Borrilo (2016),

O termo “homofobia” designa, assim, dois aspectos diferentes da mesma realidade: a dimensão pessoal, de natureza afetiva, que se manifesta pela rejeição dos homossexuais; e a dimensão cultural, de natureza cognitiva, em que o objeto da rejeição não é o homossexual enquanto indivíduo, mas a homossexualidade como fenômeno psicológico e social (p. 22).

Borrilo (2016), em seu trabalho sobre a homofobia, descreve a sua origem afirmando que “os elementos precursores de uma hostilidade contra lésbicas e gays emanam da tradição judaico-cristã” (p. 43). Segundo este autor, o Cristianismo acentuou a hostilidade da Lei judaica e começou a situar os homossexuais como contrários à natureza, ou seja, deixa de participar da natureza humana (p. 43-44). Em suas palavras:

(...) se a origem do androcentrismo deve ser procurada no pensamento pagão, como é ilustrado pelo estudo de F. Valdes (1996), as fontes do heterossexismo e da homofobia encontram-se, sem qualquer dúvida, na concepção sexual do pensamento judaico-cristão. Segundo esse autor, as elites judaico-cristãs, assim como as do universo greco-romano, acreditavam na superioridade do masculino e da ordem patriarcal que é sua consequência. Mas elas introduziram, igualmente, um elemento novo que modificará radicalmente o paradigma da sexualidade: a abstinência. A única exceção a esse ideal asceta que, ao mesmo tempos, permite confirmar seu *status* é o ato sexual reprodutor no âmbito do casamento religioso. A sexualidade não reprodutora – e, em particular, a homossexualidade, forma paradigmática do ato estéril por essência – constituirá, daí em diante, a configuração mais acabada do pecado contra a natureza (p. 44).

Um outro aspecto importante é que o homossexual passa a ser visto como um risco para a sociedade, uma causa de desorganização social, uma causa de anomia. O conceito de anomia é de Durkheim e representa a desagregação social na qual as pessoas não estão compartilhando os mesmos valores e, por isso, as normas são inefetivas e há o enfraquecimento dos controles sociais na modernidade. Merton (1970) destaca que Durkheim considerava anomia como a ausência de normas (p. 207). Segundo Dahrendorf (1987),

Sabemos que o termo anomia foi introduzido nas ciências sociais modernas por Emile Durkheim, em sua tentativa de classificar, e talvez explicar, o suicídio. Seria a anomia não um estado de espírito, mas um estado da sociedade? Como procurou mostrar Robert Merton, em seu famoso ensaio sobre “Estrutura social e anomia”, “a anomia é concebida como uma ruptura na estrutura cultural, ocorrendo especialmente quando houver uma aguda disjunção entre, de um lado, as normas e os objetivos culturais e, de outro, as capacidades socialmente estruturadas dos membros do grupo em agirem de acordo com essas normas e objetivos” (p. 6).

Nesse contexto, a conduta homossexual era criminalizada, pois era vista como um fator de desestabilização social, no sentido apontado por Merton (1970) quando trata do comportamento desviado. Para ele,

Se uma das funções mais gerais da estrutura social é a de fornecer uma base para a previsibilidade e a regularidade do comportamento social, essa função torna-se crescentemente limitada em eficiência, à medida que esses elementos da estrutura social se tornam dissociados. No ponto extremos, a previsibilidade é diminuída e sobrevém o que se pode chamar corretamente de anomia ou caos cultural (p. 234).

Também na esteira desta ideia do comportamento homossexual como desagregador, como violador da conduta heterossexual padrão e como um risco da própria manutenção da sociedade, juntamente com outros fatores já mencionados, é que se desenvolve a homofobia, ou seja, o ódio, o medo, a reprovação, a aversão, a repulsa em relação a condutas homoafetivas ou homossexuais.

Esses sentimentos justificaram e ainda justificam uma série de sanções e punições aos indivíduos LGBTQIA+, sejam institucionalizados pela legislação, como vimos anteriormente, sejam dispersos no seio

social. Borrilo (2016) explica que a homofobia (também a transfobia) se desenvolve tanto no aspecto pessoal quanto no cultural: o pessoal traduz-se na rejeição direta à pessoa LGBTQIA+.

No aspecto cultural, apesar de não haver uma rejeição direta à pessoa LGBTQIA+, não há qualquer estranhamento no fato de tais pessoas não usufruírem dos mesmos direitos que os heterossexuais. Tais pessoas não discriminam; convivem com e possuem amigos gays, lésbicas, trans, mas não defendem a igualdade de direitos (Borrilo, 2016, p. 24).

Sobre a vulnerabilidade de certos indivíduos em uma sociedade, Agamben (2002) traz a figura do *Homo sacer*, que consiste em um indivíduo no direito romano arcaico, coberta de ambiguidades, mas que é entendida pelo citado autor como uma vida humana matável, ou seja, aquele que pode ser morto sem maiores consequências; são as vidas nuas (Agamben, 2002, p. 91). Agamben (2002) ainda liga as vidas nuas à própria essência da soberania, ao afirmar: “Soberana”, e complementa:

Mais interessante, em nossa perspectiva, é o fato de que à soberania do homem vivente sobre a sua vida corresponda imediatamente a fixação de um limiar além do qual a vida cessa de ter valor jurídico e pode, portanto, ser morta, sem que se cometa homicídio. A nova categoria jurídica de “vida sem valor” (ou “indigna de ser vivida”) corresponde ponto por ponto, ainda que em uma direção pelo menos aparentemente diversa, à vida nua do *homo sacer* e é suscetível de ser estendida bem além dos limites imaginados por Binding (p. 146).

Deste modo, com base no exposto neste item, podemos concluir que a conduta homossexual vem sendo, ao longo da história, considerada desviante das normas postas na sociedade, ou seja, existe um padrão considerado normal e aceito em praticamente todas as culturas do mundo, que é a heterossexualidade. O que não se adequa é considerado, na maior parte das vezes, um desvio, o qual merece algum tipo de punição, represália, condenação. Quer dizer, ser homossexual é ser *outsider*, é ser “errado” e inferior e, por isso, esses indivíduos podem ser ridicularizados, invisibilizados e, até mesmo, mortos, pois são vidas nuas.

De fato, essa realidade não é cem por cento verdadeira nos dias atuais em todos os lugares. O último século trouxe inúmeras mudanças em relação à homossexualidade, por exemplo, a retirada da homossexualidade da Classificação Internacional de Doenças pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 17/5/1990. Além disso, muitas mudanças culturais ocorreram, principalmente nas sociedades ocidentais, impulsionadas pela mídia, pelas artes (cinema, música) e pelo próprio sistema capitalista, que colocaram os homossexuais não mais como vidas nuas, pelo menos não todos.

Hoje podemos identificar variações a depender do local e do nível social e econômico do indivíduo. A população trans ainda continua sendo mais vista como *outsider* do que o homem cis gay ou a mulher cis lésbica. São processos distintos e relativos.

4 A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL

Nesta seção faremos uma breve descrição da situação da homofobia (aqui considerada de forma abrangente, incluindo, também, a lesbofobia e a transfobia) bem como da decisão do Supremo Tribunal Federal que criminalizou tais condutas.

4.1 A homofobia no Brasil

Em uma rápida consulta às páginas de busca na internet pode-se encontrar diversas notícias com manchetes como: “Brasil registra uma morte por homofobia a cada 16 horas, aponta relatório...”, “Levantamento aponta recorde de mortes por homofobia no Brasil em 2017”, “Relatório registra 420 vítimas fatais de discriminação contra LGBTs no Brasil em 2018”, dentre tanto outros.

Na página eletrônica do Senado Federal consta notícia informando que o Brasil é o país onde mais se assassina homossexuais no mundo:

O Brasil registrou 445 casos de assassinatos de homossexuais em 2017, segundo o levantamento do Grupo Gay da Bahia. De acordo com a ONG Transgender Europe, entre 2008 e junho de 2016, 868 travestis e transexuais perderam a vida de forma violenta. O alerta para essas mortes é o tema da reportagem da Rádio Senado no Dia Internacional de Combate à LGBTFobia, celebrado em 17 de maio (Brasil, 2018).

No mesmo sentido, publicou a ONU Brasil:

Segundo pesquisa da organização não governamental “Transgender Europe” (TGEU), rede europeia que apoia os direitos da população trans, trata-se do país onde mais se matam travestis e transexuais no mundo. Entre janeiro de 2008 e março de 2014, foram registradas 604 mortes de homens e mulheres trans brasileiras.

Outro relatório sobre violência homofóbica e transfóbica no Brasil, publicado em 2012 pela Secretaria de Direitos Humanos, apontou quase 10 mil denúncias de violações de direitos humanos relacionadas à população LGBTI registradas pelo governo federal. Em 2011, esse número era de quase sete mil casos. Apesar disso, o país ainda não dispõe de uma legislação específica que criminalize delitos com motivações homofóbicas ou transfóbicas (Nações Unidas Brasil, 2016).

Dados como estes demonstram que a população LGBTQIA+ ainda se encontra em uma posição de vulnerabilidade social. Mesmo que não se fale apenas em violência direta, em homicídios, é certo que em nosso país a visão sobre tais indivíduos ainda é de inferiorização, apesar de grandes avanços nas últimas décadas. Piadas, julgamentos, escárnio, dificuldade de acesso ao mercado de trabalho (principalmente para os indivíduos trans), dificuldade em estar em ambientes hostis, como os estádios de futebol, e tantos outros tipos de manifestação da homofobia, estão presentes no Brasil e na maior parte dos países.

Por outro lado, muito se tem discutido e alguns pontos se modificaram. Com efeito, desde que a OMS retirou a homossexualidade da classificação de doença outras medidas foram tomadas, como a Resolução 01/1999, do Conselho Federal de Psicologia, que proíbe tratamento para curar o “homossexualismo”.

Ainda assim, o preconceito e a discriminação estão enraizados em nossa cultura, o que nos leva a afirmar que a pessoa LGBTQIA+ é vida nua no Brasil, é *homo sacer*, nos termos supradefinidos por Agamben (2002). São pessoas que podem ser ridicularizadas, violentadas e mortas.

4.2 A criminalização da homofobia no Brasil

Assim como quase todos os direitos reconhecidos à população LGBTQIA+, foi também por meio do Poder Judiciário que a criminalização da homotransfobia ocorreu no Brasil. É notório que as discussões envolvendo a temática LGBTQIA+ não prosseguem nas arenas do Legislativo, os debates não avançam em qualquer sentido e os projetos de lei permanecem paralisados durante anos.

No caso da criminalização da homotransfobia, a discussão ocorreu no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, movida pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexos em 2012, e do Mandado de Injunção 4.733 movido no ano de 2013 pelo Partido Popular Socialista (PPS). O Supremo Tribunal Federal, em 13 de junho de 2019, julgou as duas ações, determinando a criminalização da homofobia e transfobia, equiparando tais condutas ao crime de racismo, conforme voto da maioria dos ministros.

Entendeu o STF que a Constituição Federal prevê, em certos casos, uma obrigação para o Congresso Nacional legislar e, algumas vezes, trata-se de mandados de criminalização, ou seja, a Constituição determinou que o Congresso Nacional fizesse lei para criminalizar certas condutas, como a do racismo (incluindo em sua abordagem social). Uma vez que o Congresso não elabora a norma, estamos diante de uma omissão inconstitucional que autoriza o seu suprimento pelo Judiciário em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Conforme notícia publicada na página eletrônica do próprio STF:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia.

(...)

Por maioria, a Corte reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT. Os ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes votaram pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989) até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria. Nesse ponto, ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, por entenderem que a conduta só pode ser punida mediante lei aprovada pelo Legislativo. O ministro Marco Aurélio não reconhecia a mora (Brasil, 2019).

Vale a pena trazer, no presente momento, maiores detalhes sobre o julgamento do STF que criminalizou a homotransfobia, nos termos da Tabela 1 a seguir.

Tabela 1 – Dados sobre a ADO 26

<p>ADO 26² – criminalização da homotransfobia</p>	<p>Decisão do STF: enquadrar atos de homofobia e transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei nº 7.716/1989), até que o Parlamento edite lei sobre a matéria. Dessa forma, crimes de ódio contra integrantes da população LGBT+ tornaram-se inafiançáveis e imprescritíveis, consolidando o poder estatal de punir qualquer forma de preconceito por orientação sexual e identidade de gênero. Na prática, o efeito da decisão é a tipificação da homotransfobia como crime, por equiparação e por via Judicial, até que o Poder Legislativo venha a se posicionar sobre o assunto, editando lei própria.</p> <p>Relator: ministro Celso de Mello.</p> <p>Autor da ação: Partido Popular Socialista.</p> <p>Amicus Curiae: Manifestando-se de forma contrária ao acolhimento do pleito inicial: “Frente Parlamentar ‘Mista’ da Família e Apoio à Vida”, “Convenção Brasileira de Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas – Cobim” – e “Associação Nacional de Juristas Evangélicos – Anajure” – e, de outro lado, pronunciando-se, favoravelmente, à pretensão de inconstitucionalidade, as seguintes entidades: “Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros” –, “Partido Socialista dos Trabalhadores Unificados – PSTU” –, “Conselho Federal de Psicologia, Associação Nacional de Travestis e Transsexuais – Antra” –, “Defensoria Pública do Distrito Federal”, “Grupo Gay da Bahia – GGB” –, “Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT” – e “Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual – GADVS” (grifei).</p> <p>Principais fundamentos da decisão:</p> <p>a) inércia estatal, caracterizada pela omissão do Congresso Nacional em editar a lei protetiva. O Estado de Mora Inconstitucional;</p> <p>b) o dever de proteção Estatal da integridade e liberdade, principalmente de grupos vulneráveis e a interpretação da Constituição que possa extrair a máxima eficácia aos valores constitucionais;</p> <p>c) a justificação da técnica de interpretação conforme a Constituição para enquadrar a conduta homotransfóbica no conceito de racismo previsto na Lei nº 7.716/1989, mediante a noção de racismo social;</p> <p>d) a citação a diversas obras especializadas sobre o assunto da homotransfobia para delimitar diversos conceitos, como gênero, sexualidade, orientação sexual, identidades cisgêneras e transgêneras, ideologia de gênero, o próprio conceito de homofobia e transfobia, etc.</p> <p>e) o voto também se utiliza sobremaneira da doutrina jurídica a fim de fundamentar diversos entendimentos firmados, como a função contramajoritária do STF, o controle judicial das omissões inconstitucionais do legislativo, a impossibilidade do STF em tipificar delitos;</p> <p>d) a preocupação em justificar que esse enquadramento não significa analogia <i>in malam partem</i> e que não configura usurpação da função legislativa do Congresso Nacional;</p> <p>e) o Judiciário, na sua atividade hermenêutica, deve tornar efetiva a reação do Estado na prevenção e repressão aos atos de preconceito e discriminação;</p> <p>f) o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório dispensado à comunidade LGBT+ no Brasil, como as Ordenações do Reino, registros da atuação do Tribunal do Santo Ofício na inquisição no Brasil;</p> <p>g) a posição dos organismos internacionais, como o Conselho de Direitos Humanos da ONU, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os Princípios de Yogyakarta (2006); Resolução nº 17/19 sobre “Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero”.</p> <p>h) a aplicação dos princípios constitucionais como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade.</p>
---	---

Fonte: Elaboração própria dos autores.

² É importante ressaltar que este trabalho não defende a ideia de que a criminalização da homotransfobia resolve o problema da discriminação, do ódio e do preconceito que atinge essa população, principalmente quando combinada com questões de raça e classe social (interseccionalidade). Ainda, todavia, que haja aspectos negativos (como um reforço ao Estado Penal), a criminalização denota um certo reconhecimento, pelo Estado brasileiro, de que as condutas homotransfóbicas devem ser repreendidas. Além disso, a tipificação penal pode contribuir para a prevenção dessas ações, posto que os crimes são as condutas penalizadas com mais rigor em nossa realidade jurídica, podendo, gerar, inclusive, a pena privativa de liberdade (ciente de que a prender mais pessoas gera inúmeros outros problemas sociais, principalmente ligados a quem, de fato, é preso nesse país).

É importante destacar que este trabalho não tem por objetivo analisar o mérito da decisão do STF que criminalizou a homotransfobia, mas refletir sobre uma situação posta, qual seja, a homotransfobia está criminalizada no Brasil por força de uma decisão judicial. O STF, neste caso, assumiu a sua posição de proteção dos direitos constitucionais de grupos minoritários, o que demanda uma posição mais efetiva do Estado, que, em uma situação de inércia, viola direitos fundamentais desses indivíduos, caracterizando uma omissão inconstitucional.

5 ANÁLISE DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA À LUZ DA TEORIA SOCIOLÓGICA DO DESVIO

Pois bem, criminalizar a homofobia é rejeitar a conduta homofóbica. A criminalização de uma conduta tem por objetivo evitar que ela seja cometida e punir o agente caso a cometa. Nota-se um empenho que parte do Direito a fim de conformar as condutas, ao contrário de outras situações em que o Direito apenas reconhece o que já existe.

No caso deste trabalho, reflete-se sobre a seguinte questão: Mediante uma decisão judicial que criminaliza a homofobia, estamos diante da transferência da figura do *outsider* do homossexual para o homofóbico? O Direito procura alterar a conduta reprovável, desviante, que, até então, são os atos homossexuais e, agora, passam a ser os atos discriminatórios. Nesse cenário, em nossa sociedade brasileira, após a criminalização da homofobia por via judicial, qual a conduta considerada desviante? A homossexualidade ou a homofobia?

É claro que apenas uma pesquisa empírica poderia trazer tais respostas, mas, em termos teóricos, é possível pensar: é comum ao direito buscar modificar a conduta social, mudar os costumes. Por vezes, ele apenas reflete o que já ocorre na prática social, mas, em outras, ele tenta forçar um comportamento determinado. Muitas vezes uma lei que obriga um novo comportamento não é cumprida e aí se diz que “a lei não pegou”. Isso porque não havia substrato, uma espécie de lastro social para a concretização da legislação.

Por exemplo, a lei que obrigou a usar o cinto de segurança pegou; ela promoveu uma mudança no comportamento social e hoje as pessoas usam mais o cinto de segurança. A proibição de fumar em espaços fechados também. Em relação à homofobia, porém, a sua criminalização tem o condão de transformação da realidade social?

Como vimos no primeiro item deste trabalho, o desvio existe na medida em que é visto desta forma pelos outros. Há graus de desvios, graus de *outsiders*, a depender da conduta desviante praticada. Há condutas igualmente proibidas com níveis de reprovação distintos. Uma pessoa pode ser mais ou menos *outsider* perante o grupo social, a depender da conduta. Dirigir alcoolizado é menos reprovável do que uma agressão direta; é menos reprovável que o consumo de certas drogas.

A conduta homossexual, homoafetiva, não deixa de ser reprovável em razão da criminalização da homofobia pelo STF, mas produz efeitos positivos no combate à violência contra a população LGBTQIA+, pois demonstra uma preocupação com a existência de uma agenda pública para combate a este problema geral. O STF, ao criminalizar a homotransfobia, envia uma mensagem no sentido de que a instituição judiciária de cúpula no Brasil está engajada no combate aos crimes motivados pelo ódio aos grupos mencionados.

A nosso ver, há um efeito claro da decisão do STF no sentido de demonstrar um apoio do Estado com a causa LGBTQIA+, mas não se pode afirmar que é o bastante, pois não atinge o âmago da questão, que é a inferiorização desses indivíduos.

Assim, perguntamo-nos: Criminalizar a homofobia torna o homofóbico um *outsider*? Em resposta, não de forma isolada. É preciso uma mudança cultural, social, a fim de que os indivíduos LGBTQIA+ não sejam vistos como seres inferiores pelos demais. Punir agressores não vai gerar, necessariamente, a mudança de pensamento no sentido de serem os indivíduos LGBTQIA+ inferiores, mas pode ser um dos fatores.

Como esclarece Borrillo (2016), a homofobia é um fenômeno psicológico e social. Até os próprios indivíduos LGBTQIA+ podem ser, em alguma medida, homofóbicos. Está enraizado nas relações sociais, partindo de uma estrutura psíquica que nos é ensinada desde os primeiros anos. “Ela está tão arraigada na

educação que, para superá-la, impõem-se um verdadeiro exercício de desconstrução de nossas categorias cognitivas” (Borrilo, 2016, p. 87).

A criminalização de uma conduta é parte, sim, deste processo de modificação cognitiva, pois aponta para uma obrigação de se respeitar, uma coação no sentido de não se agir de forma violenta contra a população LGBTQIA+. Esses indivíduos, contudo, apenas deixarão de ser *outsiders* quando a conduta afetiva e sexual que praticam deixar de ser vista, pelo grupo social, como desviante. Isso exige modificações nos processos de socialização; uma mudança de valores morais e éticos como temos visto acontecer, aos poucos, pela influência da mídia, artes, meios de comunicação e, até mesmo, pela influência de personalidades, como o Papa Francisco.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou refletir sobre a criminalização da homofobia no Brasil à luz da teoria sociológica do desvio. Partindo do pressuposto de que a conduta é desviante à medida que o grupo social assim a considera, apenas uma mudança na forma que a sociedade enxerga a conduta homoafetiva ou homossexual poderia retirar os indivíduos LGBTQIA+ da posição de *outsiders*.

Uma decisão judicial que criminaliza a homofobia não é o bastante, por si só, para que o homofóbico seja visto como um desviante, como alguém que merece punição. Ele pode ser um criminoso para o Direito, mas sua conduta pode ser tolerada pela sociedade. Da mesma forma, a conduta homossexual permanece na categoria de desviante, pois assim é vista pela maioria.

Esses graus de desvio ou o grau em que o homossexual e o homofóbico são *outsiders*, vão variar conforme o meio, a conduta praticada e os valores predominantes em determinado grupo, sendo a criminalização da homofobia pelo Direito apenas um dos elementos que podem interferir nesta abordagem.

Para que a população LGBTQIA+ deixe de ser vista como inferior e passe a ser reconhecida como merecedora de direitos iguais, a criminalização é apenas uma das diretivas. Ela mostra a preocupação estatal em encontrar soluções para o problema da violência contra esse grupo, e interfere, de alguma maneira, na compreensão social sobre o tema. Isso, porém, não é o bastante. Apenas um processo de resignificação, de reeducação para a diversidade sexual, de desconstrução dos papéis de gênero predefinidos socialmente, pode ser capaz de promover as mudanças e realmente reduzir os índices de violência contra a população LGBTQIA+.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- BECKER, Houward Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Tradução Maria Luiza X. de Borges. Revisão técnica Karina Kuschnir. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2008.
- BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Tradução Guilherme João de Freitas Teixeira. 1. ed. 3. reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa*. 13/6/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 9 jan. 2020.
- BRASIL. Senado Federal. *Brasil é o país onde mais se assassina homossexuais no mundo*. 16/5/2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-homossexuais-no-mundo>. Acesso em: 9 jan. 2020.
- DAHRENDORF, Ralf. A lei e a ordem. Tradução Roberto Fendt. *Revista Banco de Ideias*, n. 50. Brasília: Instituto Tancredo Neves: Fundação Friedrich Naumann, 1987.
- GLOBO.COM. *Homossexualidade ainda é criminalizada em mais de 70 países*. 10/9/2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/09/10/homossexualidade-ainda-e-criminalizada-em-mais-de-70-paises.ghtml>. Acesso em: 7 jan. 2020.
- MERTON, Robert K. Estrutura social e anomia. In: *Sociologia: teoria e estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *ONU lembra Dia Internacional contra a homofobia e a transfobia* – veja principais ações no Brasil. Publicado em 17/5/2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-lembra-dia-internacional-contra-a-homofobia-e-a-transfobia-veja-principais-acoes-no-brasil/>. Acesso em: 9 jan. 2020.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Plenário do STF discute se há omissão legislativa para criminalização de homofobia*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403183>. Acesso em: 20 jan. 2020.

WIKIPEDIA. *Legislação sobre pessoas LGBT no mundo*. 3 de outubro de 2019. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Legisla%C3%A7%C3%A3o_sobre_pessoas_LGBT_no_mundo. Acesso em: 19 dez. 2019.

Autor correspondente:

Eduardo Barbuto Bicalho

Universidade Federal Fluminense

Rua Miguel de Frias, 9 - Icaraí, Niterói/RJ, Brasil. Cep 24220-900

E-mail: eduardobarbuto@yahoo.com.br

**Todo conteúdo da Revista Direito em Debate
está sob Licença Creative Commons CC – By 4.0.**