

QUAL JUSTIÇA QUEREMOS?: UMA ANÁLISE SOCIOJURÍDICA DA PERPETRAÇÃO DA VIOLÊNCIA HOMOFÓBICA E A PROPOSTA DE CRIMINALIZAÇÃO DESSA PRÁTICA¹

Breno de Araújo Assis²(UESB)

Luciana Santos Silva³(UESB)

RESUMO

A homofobia constitui uma forma de inferiorização, consequência direta da hierarquia das sexualidades, que corrobora em práticas de exclusão e violência àqueles entendidos como desviantes do padrão estabelecido. A proposta desse artigo é, nesse sentido, analisar a homofobia para além de um problema individual dos sujeitos, mas como uma construção estrutural da sociedade, afim de problematizar as medidas que podem ser adotadas para a cessação dessa prática. A partir de estudos da Lei Maria da Penha, única legislação sistemática que visa interferir na ordem patriarcal, o foco da pesquisa está no questionamento quanto à eficácia da criminalização da homofobia, ao trazer discussões sobre a crise do sistema penal brasileiro enquanto solução para os problemas sociais.

Palavras-chave: Violência LGBT+; Seletividade; Eficácia penal.

INTRODUÇÃO

O movimento homossexual brasileiro, hoje conhecido como movimento LGBTQ – englobando as identidades lésbica, gay, bissexual, trans e *queer*⁴ – nasce no final dos anos 1970, predominantemente formado por homens homossexuais. A epidemia do HIV/AIDS, na década de 80, teve um grande impacto no movimento, tendo como consequência a redução dos grupos, visto que a doença era taxada pela mídia como “praga gay”. Ao mesmo tempo, essa visibilidade acabou trazendo à discussão pautas importantes na luta por direitos à comunidade. O movimento que, inicialmente, apresentava-se com uma identidade de

¹ Trabalho apresentado no V Encontro Nacional de Antropologia do Direito, no GT. 2 – Sentidos de justiça, direitos e criminalidade em perspectiva.

² Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Integrante do NAJA - Núcleo de Assessoria Jurídica Alternativa. Bolsista de Iniciação Científica CNPq. E-mail: brenoassis.law@gmail.com

³ Doutora e Mestra em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora do curso de Direito da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). E-mail: moedadotipatinhas@hotmail.com.

⁴ Agrupa todos aqueles e todas aquelas que adotam identidades sexuais e/ou identidades de gênero em diferença com as normas heterossexuais.

resistência à identidade legitimadora da hegemonia heterossexual, passou então a reivindicar direitos universais e civis, a fim de que as ações não fossem destinadas a guetos⁵, mas tendo um efeito social mais amplo.

Apesar do avanço conquistado pelo movimento no Brasil, não há uma lei que puna, especificamente, a homofobia⁶, de modo que os LGBTQs mostram-se vulneráveis à disseminação de insultos e agressões físicas. Existem tipos penais que punem os crimes de injúria, lesão corporal ou homicídio, mas não há a tipificação do crime de homofobia, como o que ocorre com o racismo. Essa é uma pauta que repercute no movimento desde o século passado em decorrência da necessidade de cessação da violência, pois o Brasil é o país que mais mata LGBTQs no mundo, apresentando um crescimento acelerado de homicídios a cada ano.

O objetivo desse trabalho é, nesse sentido, ampliar as discussões sobre a luta por direitos da comunidade LGBTQ, a partir da problematização a respeito da criminalização da homofobia. Para tanto, a pesquisa volta-se a uma construção bibliográfica, fundada numa análise dialética dos discursos que fabricam os sujeitos em suas diversas concepções.

Para tanto, em um primeiro momento, a fim de entender como os discursos homofóbicos estigmatizantes se fundam, utilizamos os conceitos trazidos pelo argentino Daniel Borillo e pelo sociólogo francês Daniel Wezer-Lang. A partir da teoria apresentada, buscamos expor como a violência e a violação de direitos ocorre. Para tanto, fez-se necessário a utilização de dados que evidenciam que a falta de políticas públicas estatais corroboram para a perpetuação da violência.

Com o aporte na criminologia crítica, orientamo-nos, em um segundo momento, na tese de doutoramento da Prof. Dra. Luciana Silva – “Bater em Mulher dá Cadeia! Análise Sociocultural da Punição na Lei Maria da Penha.” –, que estudou, entre outros pontos, os impactos e a seletividade penal da Lei Maria da Penha. A partir do que fica evidenciado no estudo, buscamos questionar a real necessidade de uma lei que puna especificamente a homofobia, levando em consideração a eficácia da justiça tutelada pelo Direito Penal.

⁵ Referência a regiões onde vivem ou espaços de convivência de grupos minoritários, devido a pressões ou circunstâncias sociais.

⁶ Optamos pelo uso da palavra “homofobia” ao invés de “homotransfobia” em decorrência da base teórica utilizada valer-se daquele termo. Contudo, é passível o entendimento de que a transfobia, violência direcionada às pessoas travestis, transexuais e transgêneros, é uma forma de inferiorização também ligada ao patriarcado e à subjetivação dos sujeitos, devendo a esta caberem os mesmos mecanismos na defesa de direitos.

Por fim, tornou-se necessário analisar quais seriam as medidas que tornaria efetiva a cessação da homofobia, para além do Direito. A educação, enquanto um direito em si, é básico para a concretização de uma série de direitos, de modo que analisar os moldes em que a educação brasileira se encontra pode ser uma saída para entender como a estrutura de poder e exclusão é perpetuada.

1. A HOMOFOBIA: SIGNIFICADOS, ORIGEM, VIOLAÇÕES E VIOLÊNCIAS

O Brasil constitui-se sob o escopo do patriarcado – palavra originada do grego “pater”-pai mais “arkhé”-poder –, ou seja, de um sistema de dominação que privilegia a figura do homem e a conseqüente desvalorização do lugar da mulher como sujeito social. A construção desses discursos seguem a lógica de desconstrução do lugar do outro e da afirmação do espaço público como masculino. Esse masculino é entendido, aqui, como decorrente das masculinidades limitantes que, ao mesmo tempo em que constitui o homem como pertencente a um *status* superior, também o molda dentro de determinados padrões.

Nesse sentido, o machismo estabeleceu-se em consonância com a constituição da figura do homem, que, ao estabelecer a superioridade em relação à mulher, nega e tem rejeição a tudo que, numa visão limitante, são associados ao ideário feminino. A homofobia, definida, a partir de BORILLO (2010, p. 34), como uma “hostilidade geral, psicológica e social contra aquelas e aqueles que, supostamente, sentem desejo ou têm práticas sexuais com indivíduos de seu próprio sexo”, serve, principalmente aos homens, como uma forma de inferiorização daqueles que fogem aos papéis de gênero impostos socialmente.

A homofobia, enquanto um processo de subjetivação de indivíduos entendidos como desviantes do padrão heterossexual estabelecido, estabelece-se a partir de uma estrutura, arraigada na cultura e nas instituições, não se restringindo à individualidade dos sujeitos sociais. Nesse sentido, entender a origem e os elementos percussores dessa forma de segregação são fatores importantes. Ao situar o problema a partir de uma visão mais globalizante, há a possibilidade de traçar propostas de cessação dessa prática, que sejam efetivas e reais, não se restringindo ao *mundo das ideias*⁷.

⁷ Referência à contraposição “mundo das ideias *versus* mundo dos sentidos”, teorizada por Platão. O uso desse termo se dá no sentido de que devem ser traçadas perspectivas reais que não fiquem apenas no plano ideal, mas que se materializem na realidade concreta.

A tradição judaico-cristã, segundo Borillo (2011), disseminou os elementos percussores de uma hostilidade contra lésbicas e gays, tendo em vista que no universo antigo havia uma legitimidade das relações entre homens e mulheres, caracterizando uma determinada sexualidade (hétero). Por outro lado, “a sexualidade não reprodutora – e, em particular, a homossexualidade (...) – constituirá, daí em diante, a configuração mais acabada do pecado contra a natureza” (p. 44), cabendo às disposições penais a justificação da punição de gays e lésbicas a partir do *mito de Sodoma e Gomorra*⁸.

1.1.A construção do masculino: machismo e homofobia

Os seres humanos situados em um determinado tempo e espaço são constituídos enquanto sujeitos sociais, que sofrem influências e coerções de forma plurilateral, tendo em vista que a sociedade é fruto de um processo histórico de construção. Os indivíduos são dotados de uma identidade social que é, portanto, construída socialmente. A delimitação de espaços masculinos e femininos serve, também, como uma forma de delimitação de poderes, determinando com precisão os lugares onde pode operar a mulher (espaço doméstico), assim como o terreno que cabe aos homens (espaço público). De uma forma geral, esse processo acaba por ser castrador, como analisa Saffioti (1987, p. 36), “ainda que o saldo negativo seja incomparavelmente maior para os elementos femininos”⁹.

Ao analisar as relações homens/mulheres, percebe-se um processo de dominação masculina estrutural, pelo qual os homens dominam coletiva e individualmente as mulheres, atribuindo privilégios materiais, culturais e simbólicos. Para Welzer-Lang (2011, p. 461), “a opressão das mulheres pelos homens é um sistema dinâmico no qual as desigualdades vividas pelas mulheres são os efeitos das vantagens dadas aos homens”. A partir desse sistema, têm-se uma atribuição de um *status* superior ao homem, que tem uma masculinidade construída tendo o feminino como centro: são a partir dos padrões femininos que se estabelecem os traços de virilidade que passam a constituir os homens, como aquilo com o qual se tenta distanciar e negar.

⁸ Construção judaico-cristã que atribui a destruição de Sodoma e Gomorra por Deus devido a conceitos morais relacionados principalmente com a sexualidade dos povos daquela região, justificando como causa a perversidade, a promiscuidade sexual e o homossexualidade como castigo na destruição dessas cidades.

⁹ Nota-se que Saffioti usa o termo “elementos femininos”, pois como será trabalhado adiante, a construção da homofobia contra gays se dá, entre outros motivos, pela associação da imagem do homem aos traços tidos como femininos.

A construção do masculino estabelece-se, como pontua Welzer Lang, como uma guerra que os homens estabelecem contra eles mesmos, que passa a, posteriormente, ser uma guerra contra o outro. Esse processo de autoconstrução incorre em um silenciamento das subjetividades dos sujeitos, que, para integrar o círculo restrito dos homens, deve aprender a aceitar o sofrimento e inibir a sensibilidade, pois “o homem será considerado *macho* na medida em que for capaz de disfarçar, inibir, sufocar seus sentimentos. A educação de um *verdadeiro macho* inclui necessariamente a famosa ordem: “Homem (com H maiúsculo) não chora”” (SAFFIOTI, 1987, p. 25). O outro é entendido como aqueles que fogem aos padrões de masculinidade estabelecidos socialmente, os homens gays e as mulheres, de modo que as relações entre os homens se estruturam de igual forma à relação hierarquizada homens/mulheres. Os homens designados como homossexuais são segmentados e deslocados da posição de dominante em que se encontravam. Para essa concepção hegemônica, esses sujeitos renegam o *status* historicamente estabelecido e passam a ser entendidos como desviantes.

A aversão, o distanciamento e a subjetivação negativa dos sujeitos “desviantes” estruturam a homofobia, que para Welzer Lang (2001, p. 465), é a “discriminação contra as pessoas que mostram, ou a quem se atribui, algumas qualidades (ou defeitos) atribuídos ao outro gênero”. Os homens homossexuais são aqueles que apresentam sinais de feminilidade de forma explícita, não mostrando sinais redundantes de virilidade. A lesbiandade é invisibilizada nesse sentido, pois, em decorrência da estrutura machista na qual estamos situados, a relação entre duas mulheres é *fetichizada* pelos homens.

A partir da construção ideológica da homofobia, estatui-se uma hierarquia das sexualidades por meio da promoção de uma forma de sexualidade (hétero) em detrimento de outra (homo). Com a imposição do paradigma heterossexual como linha de conduta para os homens, o heterossexismo surge como a opressão em decorrência da orientação sexual, na qual toda forma de sexualidade que se distingue da heterossexualidade é desvalorizada e renegada.

O processo de violência é tão constitutivo dos sujeitos, a partir das construções sociais, que os próprios homossexuais interiorizam a homofobia na tentativa de rejeitar a própria sexualidade. A esse respeito, assinala Borillo (2011, p. 101):

Em uma sociedade em que os ideais de natureza sexual e afetiva são construídos com base na superioridade psicológica e cultural da heterossexualidade, parece difícil esquivar os conflitos interiores

resultantes de uma não adequação a tais valores. Além disso, os gays e as lésbicas crescem em um ambiente que desenvolve abertamente sua hostilidade anti-homossexual. A interiorização dessa violência, sob a forma de insultos, injúrias, afirmações desdenhosas, condenações morais ou atitudes compassivas, impele um grande número de homossexuais a lutar contra seus desejos, provocando, às vezes, graves distúrbios psicológicos, tais como sentimentos de culpa, ansiedade, vergonha e depressão.

1.2. A violência LGBT no Brasil e a violação da dignidade da pessoa humana

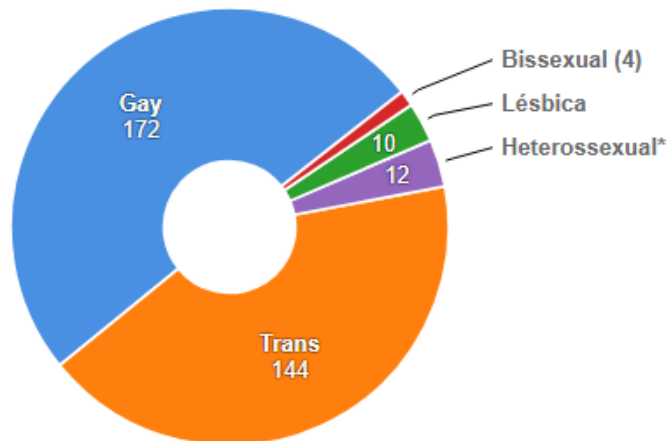
O Brasil é o país que mais mata LGBTQs no mundo. Segundo o último relatório divulgado pelo Grupo Gay da Bahia (GGB), que há 37 anos coleta e divulga tais homicídios, 343 LGBTQs (lésbicas, gays, bissexuais e transexuais) foram assassinados no Brasil em 2016. Desse modo, a cada 25 horas, um LGBTQ é assassinado brutalmente. Para Luiz Mott, antropólogo e autor do relatório, 99% destes homicídios têm como motivo a LGBTfobia, sendo ela individual, cultural ou institucional. O número é crescente, sendo que de 130 homicídios em 2000, houve um salto para 260 em 2010. Ainda segundo Ele, os números não abarcam a totalidade dos crimes, já que não existem estatísticas governamentais sobre crime de ódio, de modo que os números levantados são subnotificados.

O relatório aponta que, geralmente, os gays são mortos dentro de casa, com objetos domésticos. Essa questão sinaliza para uma importante observação levantada por Borillo (2011, p. 40), que, diferentemente das outras formas de hostilidade, na homofobia “o homossexual sofre sozinho o ostracismo associado à sua homossexualidade, sem qualquer apoio das pessoas à volta”. Traçando um contraponto com o problema do racismo, em geral, quando os negros sofrem algum tipo de violência (física ou verbal), encontram no seio familiar apoio.

De acordo com o levantamento (figura 1), dos 343 assassinatos, 173 eram gays (50%), 144 (42% trans (travestis e transexuais), 10 lésbicas (3%), 4 bissexuais (1%), incluindo 12 heterossexuais. Foram documentados assassinatos em 168 municípios brasileiros, sendo que o Estado de São Paulo notificou o maior número de LGBT assassinados, com 29 homicídios, seguido da Bahia, 32, e Rio de Janeiro, 30. Quanto à idade, predominaram as morte de LGBTQs entre 19-30 anos (32%), enquanto os menores de 18 anos representaram 20,6%. Quanto à cor, 64% eram brancos e 36% negros, tendência destoante do perfil demográfico predominante, de acordo com o relatório.

Vítimas por segmento LGBT

No Brasil em 2016



**Inclui parentes e conhecidos de pessoas LGBT assassinados por algum envolvimento com a vítima*

Fonte: Grupo Gay da Bahia / Assassinatos de LGBT no Brasil (Relatório 2016)

Figura 1 – Gráfico que mostra as vítimas da LGBTfobia, por segmento, no ano de 2016.

O Brasil, entendido como Estado Democrático de Direito, deve dedicar-se a garantir o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, assegurando “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos”, como preceitua a Carta Magna (1998). Portanto, a partir da igualdade formal, estabelecida no art 5º do mesmo diploma, não deve haver distinção de qualquer natureza aos brasileiros e residentes no País.

A violação aos direitos da comunidade LGBTQ constitui, desse modo, uma grave violação à dignidade da pessoa humana, fundamento constitucional (art 1º, inciso III da Constituição Federal) que assegura a cada ser humano o mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. A violência latente contra essa minoria social impossibilita as condições existências mínimas para uma vida saudável, ou melhor, condições mínimas de viver, pois como foi apresentado, o número de homicídios motivados por crime de ódio cresce aceleradamente.

2. CRIMINALIZAÇÃO, SELETIVIDADE E EFICÁCIA PENAL

O Direito foi estruturado com o intuito de manter a coesão social, a partir da concepção de que todos os homens abdicariam de uma parte de sua liberdade para o bem comum de todos. Coube ao Estado, desse modo, a responsabilidade pela tutela desses direitos, reservando-se a este a organização social. O Direito Penal, como um dos ramos do Direito Público, reservou-se ao controle social, cabendo a este o uso de penas como forma de punição àqueles que desviassem do que está instituído enquanto legislação. A função primordial desse ramo, dentro do ordenamento jurídico, é a proteção de bens jurídicos fundamentais, isto é, valores ou interesses reconhecidos pelo Direito e imprescindíveis à satisfação do indivíduo ou da sociedade.

O pensamento jurídico ocidental tem, na consolidação de suas bases, a forte influência das ideias do jurista e filósofo austríaco Hans Kelsen, materializadas na sua *Teoria Pura do Direito*. Nessa obra, Kelsen desenvolve sua teoria jurídica positiva, redimensionando o Direito enquanto uma ciência pura e naturalmente anti-ideológica. Parte dessa teoria a premissa de que a norma é o elemento fundamental que rege o ordenamento jurídico, ficando, restrita a ela, os meios de mediação de conflitos. Contudo, como acentua Zaffaroni e Pierangiele (2015), a legislação penal não pode ser interpretada como objeto que se esgota em si mesmo, e sim como um objeto que se realiza, de modo que não podemos afirmar que “a simples institucionalização formal realiza o programa, quando simplesmente o enuncia” (p. 80).

A análise a respeito da aplicabilidade do Direito Penal, nesse sentido, deve ser feita com o amparo da criminologia crítica e na sociologia jurídica, de modo que as discussões não fiquem restritas ao puro legalismo formal em dissonância com a realidade política e social na qual se insere. Ao entendermos o sistema penal como aquele responsável pelo controle social punitivo institucionalizado, a “punição”, por meio da pena, deve servir à manutenção da segurança e jurídica, bem como para a prevenção de futuras condutas delitivas.

De acordo com o Princípio da Intervenção Mínima¹⁰, a intervenção penal só é legítima quando a proteção de um determinado bem ou interesse não pode ser tutelado por outros ramos do ordenamento jurídico. Como a intervenção punitiva é a “técnica de controle social

¹⁰ Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “A missão do Direito Penal moderno consiste em tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Em decorrência disso, a intervenção penal deve ter o caráter fragmentário, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes e em casos de lesões de maior gravidade.” HC 50.863/PE, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª Turma, j. 04.04.2006. (MASSON, 2016)

mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos” (FERRAJOLI, 2006, p. 427), ao buscar a criminalização de novas condutas, deve-se atentar para a real necessidade dessa postura, tendo em vista os efeitos reais que podem ser proporcionados.

O Direito Penal não pode servir de instrumento único de controle social, sob pena de banalizar-se a sua atuação, que deve ser subsidiária. A partir do Princípio da Subsidiariedade, temos que o Direito Penal deve ser utilizado para proteger a sociedade quando outros meios estatais de controle social não forem suficientes para tanto. Assim, diz-se que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, o último recurso a utilizar à falta de outros meios menos lesivos, considerando-o como um executor de reserva, como analisa Masson (2016), devendo ser utilizado em caso de necessidade extrema em decorrência de sua lesividade.

A criação exagerada de figuras penais desnecessárias, ou o aumento desproporcional e injustificado de penas para os casos penais, servindo à uma mera função simbólica, é incongruente com a função que cabe ao Direito Penal, de manter a segurança jurídica e inibir a prática de novos delitos. A função simbólica do Direito Penal não produz efeitos externos, acarretando em uma sensação de promoção da paz pública para os governantes e, para os cidadãos, uma falsa impressão de que o problema da criminalidade tenha sido resolvido. Desse modo, o Direito Penal passa a ser utilizado como políticas públicas a curto prazo, contudo “querer combater a criminalidade com o Direito Penal é querer eliminar a infecção com analgésico (TELES *apud* MASSON, 2016). Nesse sentido, discorre Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 104):

É lógico que a pena, ainda que cumpra em relação aos fatos uma função preventiva especial, sempre cumprirá também uma função simbólica. No entanto, quando só cumpre esta última, será irracional e antijurídica, porque se vale de um homem como instrumento para a sua simbolização, o usa como um meio e não como um fim em si, “coisifica” um homem, ou, por outras palavras, desconhece-lhe abertamente o caráter de pessoa, com o que viola o princípio fundamental em que se assentam os Direitos Humanos.

As consequências advindas do enrijecimento das leis penais e das políticas neoliberais têm levado à construção de um Estado autoritário e punitivista. De acordo com os dados do último relatório do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), divulgado em 2015, o Brasil encontra-se na quarta colocação em relação à população prisional, com um total de 607.731 presos. Ainda de acordo com os dados, no período de 1995 a 2010, o Brasil registrou, entre os países com maior população prisional, a segunda maior taxa de variação na taxa de

aprisionamento, com um crescimento da ordem de 136%. Desse modo, nota-se a ineficácia desse sistema enquanto meio de controle social, tendo em vista que o aumento do encarceramento é o indício de que a solução do problema não está no aumento do número de prisões ou na hipertrofia do Direito Penal. Como adverte Foucault (2013, p. 251), “as prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crime permanece estável, ou, ainda pior, aumenta”.

2.1. A pena de prisão como solução (?)

A sociedade, ao abdicar de “pequenas parcelas de liberdade”, nas palavras de Beccaria (2000, p. 15), instituiu o fundamento do direito de punir. Esse direito, nesse sentido constitui-se como uma usurpação e nunca deve ser tomado como um poder legítimo, mas necessário, podendo ser exercido dentro dos limites estabelecidos. Contudo, se formos analisar o histórico da aplicação das penas, temos que a prisão como um espaço violento no qual eram aplicadas medidas de sofrimento físico. A justiça, nesse sentido, esteve ligada por muito tempo, à ideia de violência e sofrimento.

O Direito Penal nasce como a negação da vingança, de modo que “o direito de punir se deslocou da vingança do soberano à defesa da sociedade” (FOCAULT, 2013, p. 87). O castigo seria a resposta dada à sociedade à violação de determinados bens. Desse modo, essas punições deveriam se mostrar em tamanha desvantagem em relação ao crime e seus benefícios. O aprisionamento de corpos servia, assim, como uma resposta à sociedade que clamava por uma resposta do Estado, pouco importando os efeitos reais a que essas penas serviam.

Ao pensar a sociedade do século XXI, influenciada por um forte sensacionalismo midiático, nota-se que pouco mudou no senso comum popular. As penas ainda são vistas como forma de punição imediata dos problemas sociais, pouco importando na resolução ou não do problema em questão. O delito é constituído somente por uma convenção jurídica, decorrendo disso a exclusão de “toda função ética ou pedagógica da pena, concebida como aflição taxativa e abstratamente preestabelecida pela lei, que não pode ser alterada com tratamentos diferenciados do tipo terapêutico ou correcional” (FERRAJOLI, 2006, p. 42).

A respeito da pena privativa de liberdade, Cezar Roberto Bitencourt (2011) questiona a validade da pena de prisão no campo da teoria e do idealismo, propondo o deslocamento da

análise para o campo prático, para o momento final, que é o cumprimento da pena institucional. Para ele, “a prisão está em crise” (p. 162), sinalizando para a impossibilidade de obter algum efeito positivo sobre o apenado, em decorrência da crueldade e da desumanidade existente no ambiente carcerário.

2.2. A Lei Maria da Penha: eficácia e seletividade penal

A Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, surgiu a partir de uma condenação sofrida pelo Brasil, em 2001, na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização Dos Estados Americanos (OEA). Ficou recomendado ao País a adoção de políticas públicas voltadas à prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher, levando o governo brasileiro a criar um novo dispositivo legal que trouxesse maior eficácia no combate dessa violência no âmbito doméstico. Optou-se, nesse sentido, por uma regulamentação de esfera penal.

De acordo com os dados do IPEA (Estudo “Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil, 2003), houve um leve decréscimo nos feminicídios no ano de 2007, ano posterior à entrada em vigor da Lei Maria da Penha, com o retorno nos anos seguintes ao patamar registado no período inicial da pesquisa. Logo, a vigência da Lei não impactou no número de feminicídios. A partir da representação gráfica (figura 2) do número de feminicídios no Brasil, nos questionamos se a criação de uma lei que criminalizasse a homofobia teria efetividade no campo penal ou fomentaria apenas um maior rigor punitivo.

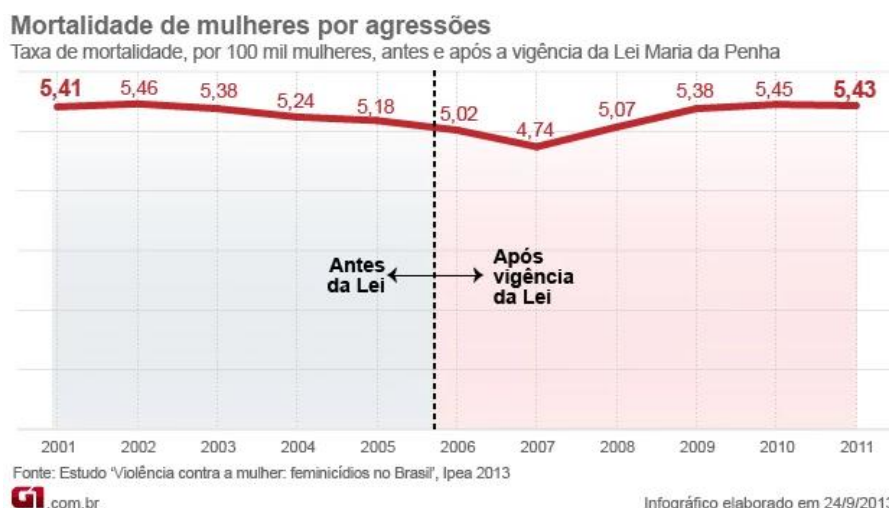


Figura 2 – Infográfico que mostra a taxa de mortalidade de mulheres antes e após a vigência da Lei Maria da Penha.

O Direito Penal apresenta-se, teoricamente, a partir de seu caráter de generalidade, segundo o qual teria aplicabilidade a todos os sujeitos sociais. No entanto, uma das críticas direcionadas a esse campo é a sua seletividade, pois o sistema não atinge a todos de igual maneira. Ao analisarmos o perfil de quem é preso no Brasil, ocupando as penitenciárias brasileiras, notamos que há uma predominância de homens, negros, com baixa escolaridade, baixa condição financeira, moradores de regiões periféricas. Logo, o cárcere no Brasil tem gênero, cor, classe, e endereço estabelecidos: homens, negros, pobres, periféricos.

De acordo com o relatório do Departamento Penitenciário Nacional (2015) a maior parte da população prisional é formada por jovens (31%). Analisando a raça, cor e etnia, a proporção de pessoas negras presas é de dois em cada três presos, equivalendo a 67% da população prisional. Ao relatar o número em relação ao gênero, temos que 75% (3/4) dos estabelecimentos penais são voltados ao público masculino, enquanto 7% são voltados ao público feminino e 17% são estabelecimentos mistos. O estudo indica, ainda, que a superlotação nas unidades masculinas e mistas é mais pronunciada do que entre as unidades femininas, ratificando o aprisionamento massivo de homens em relação às mulheres.

Destarte, nota-se que as ideias trazidas por Baratta, à respeito das funções seletivas e classistas da justiça penal se confirmam em certo sentido. De acordo com o autor, existem dois processos de criminalização: a *criminalização primária*, que corresponde ao processo formal de seleção dos tipos penais a serem tutelados, e a *criminalização secundária*, identificada na atuação das instâncias criminais, na aplicação da lei. Para essa última, podemos tratá-la como a seletividade que o sistema tem ao atuar na punição de grupos vulneráveis, estabelecendo um determinado perfil daqueles que são atingidos pela norma, “no recrutamento de uma circunscrita população criminal, selecionada dentro do mais amplo círculo dos que cometem ações previstas na lei penal” (BARATTA, 2011, p. 179). O sistema penal brasileiro, a partir dos dados levantados, selecionam uma determinada parcela da população marginalizada, servindo como meio de higienização social, ao afastar do convívio social apenas aqueles que estão em maior condição de vulnerabilidade.

O perfil de quem é atingido pela criminalidade nos processos que compõem o *corpus* da tese confirmam a teoria da seletividade penal. A pesquisa indica que “o sistema penal tem como clientela pessoas de baixo nível de escolaridade sendo que em sua maioria possuem o fundamental incompleto e minoritariamente nível superior” (SILVA, p.173). Além disto, “as

ocupações laborais dos acusados são caracterizados pela informalidade, baixo prestígio social e baixa remuneração” (p.174).

3. PERSPECTIVAS DE ATUAÇÃO: PENSANDO ALÉM DO DIREITO

A proposta de criminalização da homofobia, a exemplo do Projeto de Lei Complementar nº 122/2006, arquivado em 2015, busca, a partir do aumento do rigor punitivo, a cessação da violência homofóbica. No entanto, como já foi mostrado, tomando como base os estudos sobre a eficácia da Lei Maria da Penha, a violência não diminui em decorrência da inflação legislativa, ou pelos efeitos simbólicos provocados no meio social. O Direito Penal, enquanto instrumento de resolução de conflitos tem, desse modo, uma atuação limitada a fim de manter a coesão social, não podendo ser utilizado como meio de promover políticas públicas.

A partir do entendimento, já traçado, de que a homofobia é uma construção histórica-social, as medidas a serem tomadas na resolução do problema parecem estar relacionadas à educação de um povo que ainda reproduz os preconceitos e discriminações naturalizados por uma ideologia dominante. A tutela penal não tem uma função pedagógica, não servindo à conscientização ou promoção da tolerância. A lei penal não corrige nem anula o preconceito, tão somente o tutela. Desse modo, como brilhantemente pontua Flávia Schilling (2004, p. 29), “a difusão do direito penal cobre o vazio deixado pelo direito social”.

3.1. A escola e a domesticação de corpos

A educação, na apreensão de seu sentido verdadeiro, é o meio pelo qual o homem se humaniza na ação consciente. Deve ser encarada, nesse sentido, como comunicação e diálogo, na visão de Paulo Freire¹¹, pois a busca por significações e significados acompanha os seres humanos durante toda a vida. Nesse percurso, as pessoas passam por pedagogias culturais diversas, na medida em que não é só a escola quem educa, mas essa tem um papel

¹¹ FREIRE, Paulo. **Extensão ou comunicação?**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

fundamental na formação daquelas. A educação proposta nas escolas constituem, assim, uma educação formal, enquadrada em padrões, diretrizes¹² e objetivos-fim.

A escola apresenta-se como reflexo dos padrões da sociedade em que se insere. Em consonância com o processo de globalização, seguem a lógica de homogeneização do sistema. Dessa forma, em uma sociedade globalizada, marcada pela coisificação dos indivíduos, maquinação das forças de trabalho e exaltação de modelos ideais, a escola é atingida em sua essência – formar cidadãos críticos que tenham uma postura consciente frente à sociedade – ao se fechar ao discurso polarizador dos gêneros.

Apreende-se que as escolas são instituições fortemente marcadas pela reprodução dos papéis de gênero, seja nas ações e posturas dos professores, na abordagem dos conteúdos e nos materiais didáticos, seja na apropriação dos espaços e discursos pelos alunos. Ao perpetuar uma hierarquia de gênero e sexualidades, a escola serve à manutenção de um padrão, misógino cis-heteronormativo, excludente das diferenças, sendo um lugar que (re)produz a homofobia. O diferente, nesse contexto, encontra-se desamparado em um ambiente que deveria ser de (re)conhecimento das diferenças e desconstrução de padrões e estereótipos.

Partindo da concepção de que o gênero e a sexualidade são construções sociais, sendo formadas, assim, por meio das relações de poder, valores morais e culturais, a construção de discursos unívocos, que delimitam os corpos, servem como dispositivos de reprodução da ordem social. A partir da divisão de gêneros e da determinação de um desejo social específico (heterossexual), a sociedade ordena-se a partir desses discursos excludentes, de modo que a internalização de comportamentos homofóbicos são traços constitutivos da formação dos indivíduos. A multiplicação de violências são, dessa forma, a expressão daquilo que foi apreendido no decorrer da vida, em suas diversas pedagogias culturais de escolarização.

A escola aparece nesse cenário como mais um instrumento responsável pela perpetuação da desigualdade de gênero e, conseqüentemente, da naturalização da homofobia numa ordem heterossexista, isto é, uma forma de dominação “que se define como a crença na

¹² O Ministério da Educação (MEC), no documento entregue no dia 06/04/2017 ao Conselho Nacional de Educação (CNE), retirou a expressão “orientação sexual” e o conceito de gênero do texto da Base Nacional Comum Curricular, que define as competências e os objetivos de aprendizagem dos estudantes a cada etapa da vida escolar, o que representa um grande retrocesso, comprometendo a concepção de educação e a formação de cidadania.

existência de uma hierarquia das sexualidades, em que a heterossexualidade ocupa a posição superior” (BORILLO, 2010, p. 31).

Para Guacira LOURO (1997, p.80-81), “a escola não apenas reproduz ou reflete as concepções de gênero e sexualidade que circulam na sociedade, mas ela própria as produz”. A sexualidade, para ela, está nas escolas porque faz parte dos sujeitos, de modo que o silenciamento ou a tentativa de ocultamento da expressão das sexualidades constituem formas de repressão. A esfera da sexualidade é política, de modo que a tentativa de interdito desta servem à modulação de corpos, consciências, condutas e expressões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As minorias sociais (LGBTQs, negros, mulheres, e índios) são violentados cotidianamente sob o escopo de um sistema patriarcal que subjetiva, exclui e segrega os sujeitos do meio social. Como já mencionado, o problema é estrutural, ou seja, encontra suas bases e origem na formação do Estado brasileiro, de modo que a reprodução de opressões são constitutivos dos sujeitos que se encontram em posições privilegiadas de poder. A violação da dignidade da pessoa humana, desta maneira, é também uma violação às bases do Estado Democrático de Direito, de modo que o Estado, servindo a seu fim de promover condições igualitárias, deve ter uma atuação efetiva no combate ao preconceito e discriminação.

O Direito Penal, enquanto ramo do direito responsável pela tutela de bens jurídicos fundamentais, tem atuação limitada, não alcançando eficazmente a garantia das liberdades individuais. A pena de prisão que surgiu, originariamente, como uma forma de mostrar a eficiência do poder estatal no controle social, apresenta-se na atualidade em crise. As prisões brasileiras, em condições de superlotação, abandono e descaso por parte das autoridades, são meios reprodutores de violência. O caráter educativo da pena não se cumpre nesses espaços, de modo que o cárcere funciona como um ofuscamento e silenciamento dos problemas sociais estruturais da sociedade.

A partir dos estudos da Lei Maria da Penha, fica evidente que a lei é um importante avanço na promoção da igualdade de gênero, pois ampara legalmente as mulheres em situação de violência doméstica e familiar. No entanto, ficou claro que a vigência da Lei não impactou no número de feminicídios. Desse modo, nos parece que a criminalização da homofobia não constitui uma medida efetiva para a cessação da violência. A tutela penal, a partir do clamor

social por punição, serviria apenas a fins simbólicos, não atingindo o cerne do problema, ou seja, não o resolveria de fato. O aprisionamento de corpos, pelo sistema penal, não possibilita uma mudança na estrutura de dominação e exclusão.

Por outro lado, a escola, como uma instituição que ocupa um lugar central e importante em nossa sociedade, pode ser utilizada na conscientização e promoção de cidadania, devendo, para tanto, ser reinventada. A reprodução de desigualdades, segregação e invisibilização das minorias torna o ambiente escolar um meio hostil à comunidade LGBTQ, sendo esse um dos motivos da evasão escolar desse grupo. Faz-se necessária a desconstrução dos padrões existentes e das práticas pedagógicas que daí decorrem. A escola deve ser permeável à realidade do contexto social que se inserem, de modo a firmar-se como um espaço de expressão de gêneros e sexualidades em suas pluralidades.

Faz-se necessário salientar que não é objetivo desse trabalho estabelecer um visão definitiva a respeito da não criminalização da homofobia, mas sim de amplificar o diálogo a respeito dessa proposta. O questionamento sobre a justiça que queremos precisa ser feita, bem como devem ser analisados os efetivos benefícios que seriam trazidos. É certo que, por a homofobia não estar amparada em uma legislação específica, deixa margem a uma grande vulnerabilidade. O Estado deve agir de forma real e efetiva a fim de que a tão pronunciada “igualdade” se estabeleça para todos e todas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Curitiba: Hemus, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22/07/2017.

D'AGOSTINO, Rosanne. “**Lei Maria da Penha não reduziu morte de mulheres por violência, diz Ipea**”. In: G1. São Paulo, 25 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/09/lei-maria-da-penha-nao-reduziu-morte-de-mulheres-por-violencia-diz-ipea.html>>. Acesso em: 22/07/2017.

DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Junho de 2014

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 41^a ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

KELSEN, Hans; [tradução João Baptista Machado]. **Teoria Pura do Direito**. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOURO, Guacira L.. **Gênero, sexualidade e educação. Uma perspectiva pós estruturalista**. Petrópolis: Vozes, 1997.

MASSON, Cléber. **Direito penal esquematizado – Parte geral – vol.1**. 10^a ed. São Paulo: Método, 2016.

SAFFIOTI, Heleieth. **O poder do macho**. São Paulo: Moderna, 1987.

SCHILLING, Flávia. **A sociedade da insegurança e a violência na escola**. São Paulo: Moderna, 2004.

SILVA, Luciana S.. **Bater em Mulher dá Cadeia! Análise Sociocultural da Punição na Lei Maria da Penha**. 2014. 209 fls. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo – SP.

WELZER-LANG, Daniel. “**A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia**”. In: Estudos Feministas. Florianópolis, ano IX, nº 2, 2001, p. 460-482.

ZAFFARONI, Eugenio R; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.