

PL 122 A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

Deusdete Ferreira de Almeida Filho
Edvaldo Aparecido de Souza
Luiza Karolyne Drozdek
Jean Marcos Colaço
Clarissa Costa Ribeiro

RESUMO: No presente artigo, vamos tratar da análise constitucional do Projeto de Lei da Câmara Federal nº 122/2006, de autoria da Deputada Iara Bernardi do Partido dos Trabalhadores pelo estado de São Paulo. Tal projeto tem causado polêmica, pois visa alterar a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.

INTRODUÇÃO:

O objetivo deste estudo é tomar ciência dos pontos que geram polemica para sociedade como um todo, desde o ponto de vista normativo (direito penal) e empírico (criminologia), a legitimidade do projeto de criminalização da homofobia no Brasil.

A demanda do movimento LGBTs recebeu apoio de importantes movimentos sociais com similar perspectiva emancipatória, como o movimento de mulheres e o movimento negro, que consideram legítima a inclusão dos temas relativos à orientação sexual e à identidade de gênero na lei que define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (lei 7.716/89). Em sentido oposto ao da criminalização da homofobia, distintas perspectivas políticas, muitas vezes orientadas por posições ideológicas absolutamente antagônicas, representações políticas evangélicas...

A Constituição serve de parâmetro insuperável diante de outras leis e instrumentos normativos e, por conseguinte, ocupa o lugar primeiro na hierarquia das normas, devendo ser respeitada para a manutenção da segurança jurídica nacional, pois ela é o porto seguro para todos os que entram em sua órbita de alcance e proteção.

PROJETO DE LEI 122/2006 E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

“Art. 1º Esta lei altera a 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 a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, definindo os

crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.” (BRASIL, Senado Federal, 2010)

O mencionado Projeto de Lei 122/2006 tramita com a intenção de alterar a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências.

Qual é o entendimento atual sobre orientação sexual?

No cotidiano as visualizações do termo a partir dos sentimentos e preferências de uma pessoa em relação a outra sexualmente falando.

A análise vai confrontar alguns artigos do PL 122 com a CF/1988, pois nem todos, a nosso ver, entram em contraposição com a Lei Maior, sobretudo quando postos frente a alguns dogmas religiosos cristãos legítimos.

Porém, a preocupação é que se o Projeto de Lei, tornar lei efetivamente, poderá entrar em conflito com o que a Constituição denomina como Garantias e Direitos Fundamentais, que são vistos da seguinte forma:

“[...] Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos”. (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010. P.343).

É dever de o Estado proteger as minorias, mas existem valores sociais, como a questão que envolve liberdade religiosa e liberdade de pensamento que não podem ser retirados, como quer a autora do dito Projeto. Esses valores sociais fazem parte do conteúdo programático da Constituição, onde presume um direito a ser preservado.

É óbvio que a intolerância das religiões com tal minoria, bem como a tentativa desta em fazer valer sua garantia de liberdade impondo a outros sua condição, não contribuirá para um diálogo pacífico para melhoria da convivência.

O que se busca é o ponto de equilíbrio, que seria importante a partir da discussão do Projeto, livre de preconceitos, paixões que circundam todo o universo referente a discussão plural das partes envolvidas e sem oportunismos em seu próprio benefício político.

A LEGITIMIDADE DO PL 122/2006

Certamente é legítimo o então Projeto, pois uma minoria historicamente marginalizada e segregada, através de um representante eleito pelo voto, tenta corrigir as distorções provocadas por anos de discriminação.

Contudo é aceitável que haja uma mágoa, um descontentamento naqueles que sofreram na pele a indiferença.

A PL 122/2006 obedeceu à iniciativa correta e tem seguido, pelo menos até o momento, a tramitação normal, ou seja, mais elementos que se somam à sua legitimidade. Uma Lei Federal só pode ser alterada por outra Lei Federal e pode ter seu início na Câmara dos Deputados, como ocorreu.

A vontade da população deve, de fato, ser defendido pelos Deputados, os quais, como já dissemos, são legítimos representantes do povo, como decorrência do sistema pátrio, o qual é democrático-representativo, onde se encontram também os Senadores da República que representam seus Estados.

“A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela Lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege é certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressaltado por Fábio Konder Comparato, que pelas chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.” (MORAES, 2008, p. 36).

Garantir a igualdade a todos é uma tarefa complexa, pois em um universo social tão grande de valores, sentimentos, vontades, direitos anseios, esperanças, tornar real, o alcance de tal igualdade sempre causará desconforto para os que tiverem que ceder espaço para que o próximo tenha mais direito.

Obviamente que as pessoas que sofrem preconceito por terem uma preferência sexual diferente do que se chama natural estão no momento atual ganhando novos espaços, os quais se consolidam cada dia mais no mundo globalizado através de vários tratados internacionais, sendo o Brasil signatário de muitos.

Aparentemente o direito à liberdade religiosa, incluindo a crença e a defesa de condutas condizentes com a fé cristã, à luz de tal Projeto, seria confrontado, o que tecnicamente aparenta não estar de acordo com preceitos solidificados na Constituição de 1988.

Sob o argumento de promoção de igualdade o mencionado Projeto parece demonstrar toda a vontade de se estabelecer o equilíbrio traduzido garantia de novos direitos, os quais são legítimos, mas produzindo novos desequilíbrios e interferindo diretamente em liberdades, sem as quais a própria democracia não sobrevive.

PL 122/2006 E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O fato do Projeto ainda estar em tramitação, faz se necessário a correção de alguns vícios aparentes para que a produção legislativa alcançasse o plano da validade e da eficácia, estas possíveis somente se, e somente se, lançarem seus fundamentos e encontrarem consonância na Carta Magna, a qual foi batizada de Constituição Cidadã.

- “**Art. 7º** A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar acrescida dos seguintes art. 8º - A e 8º - B:
- “**Art. 8º - A** Impedir ou restringir a expressão e a manifestação de afetividade em locais públicos ou privados abertos ao público, em virtude das características previstas no art. 1º desta Lei:
- **Pena:** reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.
- **Art. 8º - B** Proibir a livre expressão e manifestação de afetividade do cidadão homossexual, bissexual ou transgênero, **sendo estas expressões e manifestações permitidas aos demais cidadãos ou cidadãs:**

Pena: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. (Grifo meu). (“BRASIL, Senado Federal, 2010”).

Ao inserirem o termo auto-relativo aos demais cidadãos, mostra-se clara a tentativa velada de criação de uma categoria superior de pessoas, lançando por terra assim, o princípio da isonomia, o qual está consagrado em nossa Constituição e preconiza em seu art. 5º, Caput (BRASIL, 2009, p.10), “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:[...]”.

Ao se estabelecerem classes de cidadãos, onde uma tudo pode sem qualquer restrição, sob pena de enquadramento penal aos que tentem impedir ou restringir, aos outros é permitido, leia-se “nós, os da classe superior permitimos”.

Isso é totalmente nocivo à idéia de uma sociedade justa e igualitária, ademais, em última análise, qualquer forma de discriminação é punida no Brasil, inclusive se alguém promover a manifestação direta a uma pessoa por sua opção, certamente arcará com as conseqüências legais proporcionais ao seu ato.

Então não se trata de inexistência de normas protetora para tais minorias, mas se trata do anseio dessa minoria ter uma legislação que legitime suas escolhas e, de certa forma, obrigue os discordantes a aceitar, mas a aceitação de qualquer coisa não se impõe por uma lei, mas conquista-se ao longo do tempo.

Ora, não se pode instituir um direito legítimo a cidadãos que escolherem a homossexualidade como prática de vida tolhendo outros cidadãos que, livremente, também optaram pela heterossexualidade.

Seria um golpe mortal do princípio da isonomia, o qual não é absoluto, pois os homossexuais não podem ser eternamente expostos a toda a sorte de discriminação e um viés da isonomia muito aplicado no Brasil é o tratamento desigual para os desiguais.

Alguns homossexuais perderam seus empregos, suas famílias, seus amigos exatamente por terem tal opção de vida, mas outras minorias também sofreram isso e, nem por isso, liberdades tão importantes, ainda que para a promoção da isonomia, foram retiradas de outros cidadãos, como no caso das políticas afirmativas dos negros.

Neste caso, todos os que são contra o estabelecimento de cotas raciais, por exemplo, puderam expor suas opiniões e o assunto ainda causa muita discussão, o que é muito salutar no processo democrático.

PL 122/2006 E O PRINCÍPIO DA LIBERDADE RELIGIOSA

“Liberdade religiosa – abarca as liberdades de crença e de culto. Elas são tão importantes que o Supremo, desde a Constituição passada, considerou inconstitucional sentença judicial que proibia beneficiário de *sursis* desenvolver culto religioso no ambiente doméstico. Também decidiu que os passes de médium, em centros espíritas, não caracterizavam o delito de curandeirismo, mas mera exteriorização religiosa.” (BULOS, 2007, p. 433).

A liberdade religiosa é um valor muito importante e plural, como é o povo brasileiro, onde há uma forte miscigenação e, com ela, a diversidade de credos religiosos. Comparados com outros países, principalmente os de língua árabe, o Brasil é avançadíssimo no que se refere à tolerância da fé.

Tal valor deve ser promovido, pois ele serve de alicerce para a formação da pessoa e também de um povo. Certamente, com base em valores religiosos arraigados pessoas pautam suas vidas, surgindo também a liberdade de consciência, na qual ninguém pode obrigar a unidade de pensamento e cada um vive de acordo com o que a sua consciência diz.

A liberdade religiosa também se traduz na possibilidade de cada um acreditar em algo superior ou não, seguindo ou não uma religião, até mesmo na liberdade de uma pessoa professar o ateísmo.

Apesar de o nosso Estado ser laico, é inegável que há garantias estatais para a manutenção da religiosidade do povo, a qual serve também para afirmar e solidificar a nossa cultura. Não fosse isso, qual o motivo para tantos feriados religiosos?

- **Art. 8º** Os arts. 16 e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passam a vigorar com a seguinte redação:
- “[...]”
- **Art. 20.** Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero: [...]
- **§ “5º** O disposto neste artigo envolve a prática de qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória, de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica” (*BRASIL, Senado Federal, 2010*).”

A liberdade religiosa é demonstrada na possibilidade de se acreditar nas bases da fé que se professa, na possibilidade de se fazer proselitismo, ou seja, do religioso poder pregar a sua fé com intuito de arrebatar outros seguidores. Com base no trecho colacionado do Projeto de Lei 122/2006, o líder qualquer de uma religião que afirmar que a prática homossexual é pecado infringiria norma penal e

estaria passível de sansão. Ora, como exercer de modo pleno a liberdade religiosa sem poder pregar e professar valores dogmáticos à determinada religião? Importante ressaltar que a liberdade religiosa não pode servir de esconderijo para qualquer tipo de discriminação. Deve-se saber diferenciar o que é discordar de uma prática, como por exemplo, o direito de discordar da prática de beber bebidas alcoólicas e o que é discordar de uma pessoa que pratica algo que a religião condena. Essa pessoa deve ser respeitada apesar de sua prática.

Se houvesse entendimento nessa linha de raciocínio, talvez não houvesse tanta intolerância.

PL 122/2006 E A LIBERDADE DE PENSAMENTO

“[...] O limite à liberdade de crença situa-se no campo do respeito mútuo, não podendo prejudicar outros direitos. Isso porque o Brasil é um Estado leigo, laico ou não confessional, isto é, não tem religião certa. Apenas durante a vigência da Carta de 1824 que o credo Católico Apostólico Romano foi oficializado (art. 5º). Do Texto de 1891 até a Carta de 1988, o Estado separou-se da igreja, vigorando a liberdade de crença religiosa, de que deriva a liberdade de culto e suas liturgias”. (BULOS, 2007, p. 433).

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, ao proferir, em sede de medida acautelatória, seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.566 do Distrito Federal, a qual versava sobre proibir ou não o proselitismo em rádios comunitárias, assevera que, sob pena de cerceamento de liberdade religiosa e de pensamento o Estado não pode proibir tal prática, pois é indiferente o conteúdo das ideias pregadas por grupos confessionais.

A liberdade de pensamento e religiosa funde-se, pois a liberdade religiosa também se manifesta na medida em que o crente pode expressar seu pensamento de acordo com a sua fé.

O próprio fato de, através de uma lei, constranger ou restringir uma pessoa a exteriorizar seus pensamentos concordes com sua fé fere a própria diversidade de ideias, um aspecto tão importante da democracia.

O Projeto de Lei 122/2006 está repleto de comandos que, se postos em prática, impediriam um seguidor de uma fé que condene a prática homossexual e suas variantes a expressar seus pensamentos.

Não se trata de não haver liberdade de pensamento absoluta, pois todos os que a utilizarem com abuso, principalmente para respaldar práticas discriminatórias, serão alcançados pela lei, independentemente da religião que professam como foi demonstrado no célebre caso do Bispo da Igreja Universal do Reino de Deus que chutou uma santa. A referida autoridade eclesiástica sofreu as consequências de seu ato discriminatório e reprovável. Um Estado democrático deve primar pela amplitude de suas liberdades, principalmente de pensamento, pois um povo que pensa demonstra sinais de evolução.

Tais liberdades servem para solidificar a estrutura do país, pois ninguém detém o monopólio da verdade. Quanto menos liberdade tiver, menos democráticos seremos. Se tal análise transcendesse o plano acadêmico, visto que não há no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de controle de constitucionalidade

repressivo durante a feitura de uma lei. Só resta o controle preventivo, ou seja, durante a feitura da lei. Decerto que nem as liberdades podem ser absolutas nem a ampliação de direitos de minorias pode ferir princípios constitucionais. A partir do momento em que a discordância de idéias e de práticas passar para a discriminação e violência, contra quem quer que seja, o Estado deve fazer uso do monopólio de sua força e resolver as situações fáticas para que sejam extirpadas do nosso país esses males.

CONCLUSÃO

A medida realizada até o presente momento sobre a criminalização da homofobia fundamenta-se na análise de legitimidade normativa do projeto. Portanto, o debate social proposto até o momento está limitado ao campo da projeção do direito penal a partir da discussão da compatibilidade do crime no Estado Democrático de Direito e das alternativas normativas. Contudo o entendimento relevante, desde o início deste estudo é avaliar como a criminalização da homofobia se apresenta na pauta político- criminal e no universo social ultrapassando as fronteiras da legalidade penal e ingressando no debate pluralista que é a legitimidade criminológica da criminalização da homofobia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

CARVALHO, Marco Vinicius Pereira de; BETTI, André Luis Nardelli. Análise constitucional do PL 122/2006. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 87, abr 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=9372&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em maio 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Antônio Luiz de Toledo Pinto; Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt; Livia Céspedes. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 968 p. (Série Códigos).

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006**. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=45607>. Acesso em : 12 out. 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: UnB, 1999, 184 p.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Saraiva, 2010. 1024 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. 1504 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 900 p.