

**CRIMES DE ÓDIO E REPRESSÃO PENAL DA HOMOFOBIA NO BRASIL:
RISCOS PARA UMA INTEGRAÇÃO SOCIAL AGONÍSTICA A PARTIR DA
TENSÃO ENTRE CONFLITUALIDADE, VIOLÊNCIA PUNITIVA E
DEMOCRACIA***

**HATE CRIMES AND CRIMINAL REPRESSION OF HOMOPHOBIA IN
BRAZIL: RISKS TO AN AGONISTIC SOCIAL INTEGRATION UNDER THE
TENSION BETWEEN CONFLICT, PUNITIVE VIOLENCE AND
DEMOCRACY**

Silvia Regina Pontes Lopes

RESUMO

O presente trabalho debate a criminalização da homofobia no Brasil à luz da teoria da democracia agonista e da experiência jurisprudencial e legislativa brasileira e estrangeira. São explorados a relação entre conflitualidade e violência punitiva, bem como os riscos democráticos do aporte da categoria de “crimes de ódio” para uma integração social democrática. Particularmente quanto à questão da criminalização da homofobia, aponta-se para o antagonismo de posturas assumidas por entidades cristãs e movimentos GLTB. Mostra-se paradigmática a discussão em torno do Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006, que conduz à reflexão crítica acerca da opção criminológica do preconceito punível. O tema é simultaneamente desenvolvido à luz do princípio constitucional da intervenção penal mínima e da premissa democrática da irreduzibilidade das contradições sociais. São apontadas e criticadas as bases de legitimidade da prevenção geral positiva como fundamento para a repressão penal da homofobia. Paralelamente, denuncia-se a impropriedade da justificação dos crimes de ódio como sucedâneo ou suporte de políticas públicas de inclusão.

PALAVRAS-CHAVES: HOMOFOBIA – CRIMINALIZAÇÃO – CONFLITO – DEMOCRACIA – AGONISMO

ABSTRACT

This paper deals with the debate on criminalization of homophobia in Brazil under the theory of agonistic democracy and according to the foreign and Brazilian judicial and legislative experience. We explore the relationship between conflicts and punitive violence and democratic risks of the “hate crime” category for a democratic social integration. Particularly in relation to the issue of criminalization of homophobia, we

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

point at the antagonism of opinions among Christian entities and GLTB movements. The Draft of Law no. 122/2006 leads to a critical reflection on the option of criminalization of a certain prejudice instead of another. The subject is simultaneously developed under the constitutional principle of minimal criminal intervention and the democratic assumption of the irrefutability of social contradictions. We point and criticize the grounds of legitimacy of the theory of general prevention as the justification for a criminal repression of homophobia. Simultaneously, we denounce the lack of justification to consider hate crimes as a means of public politics towards social inclusion.

KEYWORDS: HOMOPHOBIA – CRIMINALIZATION – CONFLICT – DEMOCRACY – AGONISM

1. Introdução: os desafios democráticos da criminalização da homofobia no Brasil

A Declaração de Viena, aprovada em 1993 pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos das Nações Unidas, salientou sérias preocupações com o renascimento atual de formas variadas de preconceito, como o racismo, a xenofobia e o anti-semitismo, bem como o desenvolvimento de um clima de intolerância. Na ocasião, ressaltou-se a necessidade de tomada de medidas contra qualquer ação ou discurso tendentes a fortalecer receios e tensões entre grupos de diferentes origens raciais, éticas, nacionais, religiosas e sociais.

Sob esse espírito, o Congresso Nacional e a sociedade civil discutem a criminalização da homofobia, que deu origem ao Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006. Em torno da questão, digladiam-se grupos religiosos, notadamente seguimentos cristãos católicos e evangélicos, e movimentos de gays, lésbicas, transexuais e bissexuais (GLTB). A matéria é freqüentemente revisitada pela jurisprudência nacional e internacional por envolver questionamentos sobre a relação entre conflitualidade, violência punitiva e democracia. De interesse tanto da teoria geral do direito e da democracia, quanto da criminologia e da filosofia política, a questão da criminalização da homofobia articula categorias fundamentais para uma reflexão sobre os limites de promoção, em um Estado Democrático de Direito, de integração social pelo direito penal em torno do instituto de “crime de ódio”. Aqui se situa uma tensão entre conflito e democracia.

Tanto opositores quanto partidários da criminalização da homofobia, fundados em interpretações concorrentes de garantias fundamentais, apontam para os riscos e possibilidades democráticas dela advindas. Nesse contexto, questiona-se se a disciplina penal ordinária dispensaria a especialidade dos crimes de ódio. Se toda conduta humana é motivada em maior ou em menor grau por preconceito, deve-se investigar os limites democráticos da persecução penal. Em outras palavras, como combater legitimamente um preconceito sem cair em outro, ante os riscos de repressão de grupos sociais adversos? Na discussão, o direito penal depara-se com a exigência democrática de tutela do conflito social, enfrentando, em particular, as dificuldades de uma legítima definição criminal da homofobia.

O presente trabalho tem, assim, por objetivo investigar a legitimidade da penalização da homofobia no Brasil na categoria de “crimes de ódio” à luz da relação entre

conflitualidade e violência punitiva. A questão será analisada a partir do paradigma agonista de democracia, desenvolvido por Chantal Mouffe, que enfatiza a relação entre pluralismo e instituições democráticas.

2. Violência punitiva, democracia agonística e crimes de ódio

Surgida na década de 80 nos Estados Unidos da América, a categoria dos “crimes de ódio” (*hate crimes*) desenvolveu-se juntamente com a formação de consciências grupais de raça, gênero e orientação sexual. O direito penal passou, com a nova categorização, a punir severamente determinadas condutas motivadas por preconceito e intolerância social com fundamento no apoio à pacificação e à inclusão social. Apesar da inserção institucional que assumiu no plano internacional, um exame mais aprofundado das bases de legitimidade dos chamados “crimes de ódio” enfrenta os desafios democráticos da seleção penal e da relação entre violência punitiva e conflito social, em torno da liberdade de expressão desses conflitos, perante os quais se questiona: qual preconceito merece repressão criminal?

A dimensão jurídico-política da questão criminal enfrenta os critérios e mecanismos de seleção do controle penal. O rompimento do processo de criminalização com o positivismo criminológico denunciou a falácia jusnaturalista de crença em um “delito natural”, perante o qual a investigação penal deixou de limitar-se à análise de comportamentos irrefletidamente considerados desviantes. A criminologia crítica revelou a criminalidade como um *status* atribuído a certos indivíduos através de uma seleção simultaneamente centrada na escolha de bens jurídicos merecedores da tutela penal e na estigmatização de certos indivíduos como potencialmente infratores. A legitimidade da elaboração de condutas típicas dentro da lógica bipolar “*hostis x não-hostis*” (amigo x inimigo), então atribuída ao direito penal, tornou-se o foco central da investigação, com base no qual se passou a abordar os limites de justificação da violência punitiva.[1]

O direito penal submete-se, nesse sentido, à complexidade do processo de construção de identidades coletivas, que envolve uma diversidade de visões de mundo passadas, presentes e vindouras, perante as quais atores articulam e defendem concepções concorrentes de legitimidade jurídico-política. A legitimidade do direito assenta-se, de um modo geral, na idéia de autolegislação, alimentando-se de uma prática discursiva desenvolvida no seio de uma sociedade fragmentada. Nessa perspectiva, a força de integração social do direito penal alicerça-se na idéia de que a coerção só se justifica como afirmação da liberdade. A tensão democrática entre constrangimento jurídico e a noção de autolegislação aponta para exigências de igual respeito e consideração formuladas por identidades individuais e grupais as mais variadas.[2]

Nesse contexto, o processo de criminalização de condutas preconceituosas enfrenta os desafios inerentes a qualquer discurso público quanto à criação de identidades coletivas (de um “nós”) ante cursos alternativos de normatização.[3] O pluralismo moderno exige uma revisão das leituras tradicionais do princípio democrático apoiadas na crença em soluções institucionais de conflitos fundamentadas em um consenso universal de base racional.

Nesse sentido, deve-se, com **Chantal Mouffe**, reler o princípio democrático à luz do *pluralismo social* e do *caráter irreduzível das contradições*. Nessa perspectiva, observa-se que a especificidade da democracia moderna repousa no reconhecimento da legitimação do conflito e na recusa em suprimi-lo através da imposição de uma ordem autoritária.[4] O modelo agonista de democracia pressupõe que identidades coletivas diversas não mais se considerem mutuamente *inimigas*, mas sim *adversárias*, cujo direito de defender suas idéias, embora não aceitas, não é colocado em questão. Nesse modelo, o enfrentamento agonal, que parte da distinção entre antagonismo (relação com inimigo) e agonismo (relação com adversário), é a condição de existência da democracia. Dessa forma, admitindo-se que as relações de poder são conflituosas e constituem o social, a principal questão já não seria como eliminar o poder, mas sim como construir formas de poder que velem pela manutenção do conflito.[5]

Em contraposição à referida perspectiva democrática, verifica-se, na atualidade, uma hipertrofia naturalizada das categorias de “crime de ódio” sob a alegação de repressão de preconceitos desafiadores da pluralidade democrática. Nessa ótica, a legitimidade da persecução criminal oscila historicamente entre dois objetivos: retribuição (compensação de uma injustiça pretérita) e prevenção (inibição de delitos futuros). Sabe-se residir, modernamente, na prevenção o cerne da justificação da persecução penal, identificando-se três aspectos: *prevenção geral negativa* (desencorajamento de possíveis futuros autores de ilícitos penais); *prevenção especial negativa* (inibição do delinqüente de reincidir na conduta criminosa); e *prevenção especial positiva* (estímulo ao autor do delito de respeito à lei).

Atualmente, levanta-se um quarto aspecto preventivo: a *prevenção geral positiva*, segundo a qual a sanção penal deve fortalecer e estabilizar os costumes e a moral de uma sociedade.[6] Nesse sentido, o direito penal tem sido eleito como instância de composição de conflitos sociais, atribuindo-se à sanção penal o papel de fortalecimento e de estabilização de costumes e tradição supostamente compartilhados por uma sociedade. Parte-se, assim, da idéia de que a verdadeira tarefa da pena é manter a coesão social, na medida em que conserva a plena vitalidade da consciência coletiva, desconsiderando a intrínseca relação entre direito, democracia e conflitualidade social.[7]

É na teoria da prevenção integrativa, fundamento da *prevenção geral positiva*, que se insere a categoria de “crimes de ódio”. Assentados no pensamento de Émile Durkheim, os integracionistas partem da idéia de que “a verdadeira tarefa (da pena) é manter a coesão social, na medida em que conserva a plena vitalidade da consciência coletiva.”[8] O risco da pena é tido como possibilidade de afirmação de uma suposta eticidade coletiva, assente em hipotéticas convicções axiológicas socialmente partilhadas. Nesse sentido, o sistema penal evitaria a desintegração social, mantendo vivo um núcleo mínimo de concepções de mundo comum.

Na contramão do integracionismo, o princípio constitucional da *intervenção penal mínima* vela pela reconciliação entre violência punitiva e garantias fundamentais, problematizando-se o processo de seleção entre condutas criminalizadas e criminalizáveis em torno do pressuposto democrático de manutenção e de tutela do conflito. Nesse sentido, a persecução criminal apenas deve incidir em hipóteses de inexistência de outros meios de intervenção aptos a responder a situações de ameaça a

direitos humanos (princípio da subsidiariedade), priorizando-se, ademais, a substituição do direito punitivo pelo direito restitutivo (princípio do primado da vítima).[9]

A propagação acrítica de “crimes de ódio” aponta para os riscos de exacerbação destrutiva do conflito entre consciências coletivas díspares, contribuindo para uma repressão anti-democrática de conflitos sociais que envolvem uma sociedade eticamente fragmentada. A mensagem simbólica daí decorrente é inevitável e revela os riscos e possibilidades de promoção de uma vitimização universal de certos grupos sociais.[10]

Há de se atentar para a premissa de que o consenso racional que deve permear a *práxis* jurídica, tanto na esfera de justificação, quanto na de aplicação, é aquele que possibilita o *conflito*, evitando a superposição de determinado grupo social sobre outros. Aqui, a possibilidade de incidência da violência punitiva acentua o risco de aglutinação de uma consciência coletiva por outra, comprometendo a pluralidade democrática, bem como a articulação interna de discursos tradicionais sem ruptura com a pós-tradicionalidade peculiar ao Estado Democrático de Direito.[11]

O debate reflete a tensão entre constitucionalismo e democracia em torno dos conflitos sociais. Em uma sociedade moderna, complexa e plural, o papel encomendado às leis, inclusive as penais, desde o seu processo de elaboração até a sua aplicação, insere-se em um contexto jurídico principiológico, constituído por normas gerais e abstratas sujeitas ao crivo democrático da aceitabilidade de todos os afetados. Relativamente às pretensões punitivas, o processo legislativo democrático deve ser capaz de fundir legalidade e legitimidade, concebendo-se um “devido processo legislativo”, pautado no respeito à igualdade e à liberdade de todos os afetados, apresentando-se o constitucionalismo como uma garantia argumentativa contra a possibilidade de abusos de poder.[12]

3. Homofobia e conflito social

Discussões inquestionavelmente conflituosas são as que envolvem o reconhecimento de direitos sexuais e reprodutivos. Em face da densidade ética de tais temas, a justificação democrática da persecução penal torna-se particularmente complexa. Nesse campo, merece destaque a discussão acerca da criminalização da homofobia no Brasil. A partir do Projeto de Lei nº 122/2006 (PLC nº 122/2006), originário da Câmara dos Deputados (PL 5.003/2001), a proposta objetiva combater penalmente a discriminação de homossexuais mediante a ampliação da tutela criminal da Lei Anti-Racismo (Lei nº 7.716/1989). O debate é marcado por conflitos sociais intensos: grupos GLTB e entidades cristãs digladiam-se em torno da questão, apontando para os riscos e possibilidades democráticas da regulação penal de conflitos éticos.

Ordinariamente compreendida como raiva extrema ou reação temerosa contra homossexuais, a homofobia supostamente se baseia na crença de que a homossexualidade corromperia uma ordem moral e sexual naturalizada, promovendo a decadência legal, política e ética de uma sociedade. É indubitável a efetiva existência de preconceito em torno da homossexualidade. No Oriente, majoritariamente muçulmano, 35 países criminalizam práticas homossexuais (Afeganistão, Bangladesh, Brunei, Chechênia, Índia, Malásia, Myanmar, Paquistão, Singapura, Sri Lanka,

Turquemenistão, Uzbequistão, Arábia Saudita, Bahrein, Emirados Árabes Unidos, Iêmen, Irão, Iraque, Kuwait, Líbano, Omã, Qatar, Síria, Ilhas Cook, Fiji, Kiribati, Maldivas, Ilhas Marshall, Niue, Paia Nova Guiné, Ilhas Salomão, Samoa, Tonga, Toquelau, Tuvalu). No Ocidente predominantemente judaico-cristã, são 40 (Barbados, Granada, Jamaica, Santa Lúcia, Trindade e Tobago, Nicarágua, Guiana, Argélia, Angola, Benin, Botswana, Camarões, Cabo Verde, Djibouti, Eritreia, Etiópia, Gâmbia, Guiné, Libéria, Líbia, Malawi, Mauritânia, Maurícia, Marrocos, Moçambique, Namíbia, Nigéria, Quênia, Senegal, Seychelles, Serra Leoa, Somália, Sudão, Suazilândia, Tanzânia, Togo, Tunísia, Uganda, Zâmbia, Zimbábue).[13]

No cenário jurídico-político brasileiro, o conceito fluido de “homofobia” delineia-se em torno da pretensão de repressão penal originária de condutas outrora penalmente irrelevantes, cuja realização poderia eventualmente repercutir apenas na esfera cível. Tais são os casos de atos de dispensa direta ou indireta, recusa de livre trânsito em estabelecimentos públicos ou privados abertos ao público, preterição por inserção ou recrutamento em sistema educacional, recusa de transações cíveis (compra, locação, empréstimo etc.), restrições à manifestação de afetividade, e prática de qualquer ação reputada constrangedora, desde que tais condutas sejam motivadas por diversidade de orientação sexual. São formuladas igualmente tipificações especiais frente às possibilidades de repressão penal já existentes, como a injúria consistente na utilização de elementos depreciativos à orientação sexual, também prevista no projeto.

Em articulação com parlamentares da Frente pela Cidadania GLTB, grupos de defesa à causa homossexual defendem a criminalização da homofobia, alegando a necessidade de afirmação de políticas criminais de combate à discriminação e ao preconceito social, nos moldes do Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB, conhecido por “Brasil sem Homofobia”. [14] Nessa linha, sustentou a relatora do PLC nº 122/2006 no Senado, a parlamentar Fátima Cleide: “Acredito que para o movimento GLTB e para a sociedade como um todo, (o projeto) representa um grande avanço no combate à discriminação e ao preconceito. Acredito que haverá uma mudança cultural de não discriminação.” [15]

Por outro lado, grupos religiosos insurgem-se fortemente contra a pretensão legislativa. Sob a alegação de risco de perseguição religiosa e de violação a liberdades constitucionais de expressão e de crença, representante da Igreja Católica pondera: “o projeto pune com prisão quem for contra a expressão homossexual. Tira o direito de expressão de quem é contrário à opção homossexual e cria uma categoria de pessoas acima das demais”. [16] Em meio ao calor da invasão, ocorrida no presente ano de 2008, ao Congresso Nacional por integrantes de grupos evangélicos opositores ao projeto, membro da Bancada Evangélica declarou: “Achamos que o problema da discriminação não atinge só os homossexuais, mas também os negros, as mulheres, até mesmo nós, evangélicos. O projeto de lei dá poderes ditatoriais a uma minoria. Se um funcionário for dispensado de uma empresa, por exemplo, pode alegar homofobia e o dono da empresa vai ser preso.” [17]

A par dos debates legislativos e cursos incertos dos procedimentos legiferantes, os tribunais brasileiros discutem a repressão penal de condutas contra minorias. A esse respeito, emblemático se mostra o HC nº 82.424/RS, em que o Supremo Tribunal Federal debateu a extensão constitucional da proteção contra o racismo. Na ocasião, a maioria do Egrégio Tribunal compreendeu “racismo” como uma realidade não

biológica, mas social e política. Nesse sentido, “racismo” passou a ser tudo aquilo que “gera a discriminação e o preconceito segregacionista”, consoante aponta ementa do julgado:

“HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

1. *Escrever, editar, divulgar e comercializar livros ‘fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias’ contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).*

2. *Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa.*

3. *Omissis.*

4. *Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.”*

Em voto vencido, o Ministro Relator Moreira Alves alerta para os perigos de ampliação do conceito de racismo, em face da imprescritibilidade constitucional:

“Além de o crime de racismo, como previsto no artigo 5º, XLII, não abarcar toda e qualquer forma de preconceito ou de discriminação, porquanto, por mais amplo que seja o sentido de ‘racismo’, não abrange ele, evidentemente, por exemplo, a discriminação ou o preconceito quanto à idade ou ao sexo, deve essa expressão ser interpretada estritamente, porque a imprescritibilidade nele prevista não alcança sequer os crimes considerados constitucionalmente hediondos, como a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, aos quais o inciso XLIII do mencionado artigo 5º apenas determina que a lei os considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia.”

À época, o Ministro Marco Aurélio apontou para a necessidade de que a conduta impugnada representasse “uma real ameaça à segurança da coletividade ofendida” (no caso, o povo judeu). Restou, porém, frustrada a tentativa de atenuar uma compreensão extensiva de “racismo”. Desde então, a decisão tem sido acompanhada pela jurisprudência pátria, a exemplo do HC nº 86452/RS – STF, RHC nº 19166 – STJ, HC nº 28375/SC – STJ, HC nº 15155-STJ e ACR nº 200172020046715 – TRF4.

A discussão acerca da repressão à homofobia mostra-se igualmente acirrada na esfera internacional, notadamente em face da moderna garantia fundamental de liberdade de expressão. Em *Harper v. Poway Unified School District*, corte de apelação californiana

confirmou decisão que julgou legítima política educacional de inclusão, a qual repreendeu utilização por estudante de camisa com declarações críticas ao homossexualismo.[18] Os fatos analisados ocorreram em 2004, ano em que a escola pública Poway High School permitiu que a Aliança estudantil “Gay-Straight” instituisse o “Dia do Silêncio” em prol de tolerância sexual. Naquele dia, Tyler Chase Harper, então estudante, vestiu camisa com as inscrições “Não vou aceitar o que Deus condenou” e “Homossexualidade é vergonhosa” (Romanos 1:27). Harper ajuizou ação contra a escola frente à Corte Distrital dos Estados Unidos do Sul da Califórnia, alegando violação de direito de liberdade de expressão, do livre exercício de religião e de igual proteção, solicitando medida cautelar contra proibições similares.

A maioria da corte posicionou-se pela permissão de restrições à liberdade de expressão de estudante quando esta expressão pretendesse se sobrepôr a direitos de outros ou quando perturbasse o curso normal das atividades escolares, entendendo-se que Harper violou, no caso, direitos fundamentais de outros estudantes. A Corte rejeitou a alegação de Harper de que a recusa escolar em permitir-lhe utilizar sua camisa, apesar de admitir o “Dia do Silêncio”, constituía uma inconstitucional “discriminação de ponto de vista” (*viewpoint discrimination*). Em voto vencido, o Juiz O’Scannlain alertou para uma criação injustificável de um “direito de não ser ofendido”. O caso chegou às portas da Suprema Corte dos Estados Unidos através de um “*writ of certiorari*”, não julgado pelo tribunal em virtude da conclusão dos estudos de Harper.

Na ocasião, a Corte de Apelação do Sul da Califórnia limitou sua decisão aos casos de condutas ofensivas a “minorias historicamente oprimidas” (“*historically oppressed minorities*”) e não de “grupos que sempre tenham gozado de uma preferência social, econômica e política” (“*groups that have always enjoyed a preferred social, economic and political status*”)[19]. Eloquente se mostra a crítica formulada pelo Juiz Kozinski contra a decisão ao apontar para a problemática da alegação de que a tolerância pode ser melhor alcançada com o silêncio dos intolerantes: “se a interferência no processo de aprendizado é a pedra angular para o novo direito, como se admitir sua limitação àquelas características associadas ao *status* de minoria?”[20]

A decisão da corte californiana parece não atender aos princípios invocados pela Suprema Corte em *Rosenberger v. Rector & Visitors of Univ. of Va.*[21], na qual afirmou a proibição pela Primeira Emenda de regulação substancial de discursos ou outras formas de expressão. Nesse sentido, em *Cohen v. Califórnia*,[22] a Suprema Corte questionou a fórmula do *viewpoint discrimination* (“discriminação do ponto de vista”):

“Para muitos, a consequência imediata da liberdade de expressão pode freqüentemente aparecer como apenas tumulto verbal, discórdia, e até manifestações ofensivas. Tais são, contudo, efeitos colaterais necessários em prol de valores mais abrangentes do que o processo de debate aberto nos permite alcançar. Que o ar possa às vezes parecer cheio de cacofonia verbal é, nesse sentido, não um sinal de fraqueza, mas de força.”[23]

O silêncio forçado foi equiparado à aprovação impositiva em *Lee v. Weisman*.^[24] Os perigos de uma ortodoxia pública foram também apontados pela Suprema Corte em *West Virginia State Board of Education v. Barnette*:

“Se houver alguma estrela fixa em nossa constelação constitucional, é aquela de que nenhum agente público, grande ou pequeno, pode prescrever o que deve ser ortodoxo na política, no nacionalismo, na religião, ou em matéria de opinião, ou forçar cidadãos a confessar por palavra ou ato sua fé nele.”^[25]

Tradicionalmente, a doutrina penal norte-americana distingue “*hate crime*” (crimes de ódio) de “*hate speech*” (discurso de ódio): os crimes de ódio combatem condutas discriminatórias, e não simples discurso, que se encontram, em geral, tutelados pela Primeira Emenda. Contudo, a distinção entre discurso e conduta nem sempre é clara. A esse respeito, a Suprema Corte declarou, em *R.A.V. v. City of Saint Paul*, inconstitucional norma com as seguintes inscrições: “qualquer um que coloque em propriedade pública ou privada um símbolo que se sabe ou se tem razoáveis fundamentos para saber provocador de raiva, alarme ou ressentimento em outros com base em raça, cor, credo, religião ou gênero deve ser responsabilizado”. Todavia, a mesma Suprema Corte equiparou o “*hate speech*” ao “*hate crime*” em caso de utilização de expressões tidas por “ameaçadoras”, que superam simples ressentimento. Em *Virginia v. Black*, declarou a constitucionalidade de lei estadual que tornou ilegal a queima de cruz “com intenção de intimidar qualquer pessoa ou grupo”.^[26]

Referidas oscilações jurisprudenciais revelam a complexidade do tema, que reclama uma discussão sobre os limites da discriminação e da liberdade de expressão a ser conduzida caso a caso. Uma criminalização *a priori*, na forma de crimes de ódio, do conflito, compreendido como choque entre identidades sociais, poderia levar à radicalização de posturas, apontando para os riscos de sobreposição universal de uma identidade, mesmo que minoritária, sobre outra.

No âmbito da União Européia, a Recomendação do Comitê de Ministros nº R(97)20 também estabeleceu hipóteses de superação da distinção entre discurso de ódio e crimes de ódio, sob fundamento similar ao esboçado em *Virginia v. Black* em confronto com *R. A. V. v. City of St. Paul*. Determinou que a ordem jurídica interna considerasse específicas instâncias de discursos de ódio tão insultantes que não deveriam ensejar a tutela da proteção do artigo 10 da Convenção Européia dos Direitos dos Homens de liberdade de expressão. Tal seria o caso em que o discurso do ódio objetiva a destruição de direitos e de liberdades estabelecidas pela Convenção, ultrapassando os limites nela estabelecidos. Paralelamente, as Orientações sobre Liberdade de Associação Pacífica elaboradas pelo Escritório das Instituições Democráticas e Direitos Humanos (ODIHD/OSCE) estabelece que discurso e outras formas de expressão gozam da proteção do artigo 10 da ECHR, mesmo que tal expressão seja hostil e insultante a indivíduos, grupos ou seguimentos sociais particulares, muito embora se reporte às considerações daquela Recomendação nº R(97)20.

Também no âmbito da União Européia, os riscos de uma ortodoxia pública têm sido levantados. Em *Baczowski and Other v. Poland*, a Corte Européia de Direito Humanos analisou pedido formulado pela “Fundação por Igualdade”, organização polonesa não

governamental em prol da causa *gay*. Os requerentes pretendiam realizar, nas ruas de Varsóvia, campanha denominada “Dias de Igualdade”. A marcha tinha por objetivo promover a atenção pública à discriminação contra minorias, inclusive a homossexual. Na ocasião, o então prefeito de Varsóvia declarou à *Gazeta Wyborcza* que “propaganda sobre homossexualidade não é equivalente ao exercício de liberdade de associação.” Foi recusada permissão para a marcha sob fundamento de que os organizadores do evento deixaram de oferecer um “plano de organização do tráfico” de acordo com o artigo 65(a) da Lei de Tráfego Rodoviário. Todavia, naquele mesmo dia, foram autorizadas marchas de protesto contra discriminação de mulheres, além de eventos subsequentes contra a adoção de crianças por casais homossexuais e de temas como “Cristãos que respeitam as leis de Deus e da natureza são cidadãos de primeira escala”.

A Corte Europeia entendeu que as autoridades de Varsóvia violaram direito à liberdade de expressão e de associação, assegurado pelo artigo 11 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Nesse sentido, pronunciou-se:

“A Corte reiterou que confere particular importância ao pluralismo, à tolerância e à abertura. Pluralismo também foi construído com base no reconhecimento genuíno e respeito pela diversidade e dinâmica de tradições culturais, identidades étnicas e culturais, crenças religiosas, idéias e concepções artísticas, literárias e sócio-econômicas. A interação harmoniosa de pessoas e grupos de identidades variadas é essencial para o alcance de coesão social. A obrigação positiva do Estado em assegurar respeito genuíno e efetivo pela liberdade de associação e de assembléia é de particular importância para aqueles com pontos de vista impopulares ou pertencentes a minorias, porque são mais vulneráveis à vitimização.”[27]

Em consonância com a “interação harmoniosa” proposta em favor do pluralismo, tal como delineada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, o Conselho Europeu lançou a Recomendação nº 211/2007 sobre liberdade de assembléia e de expressão de lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros. Nela, alegou incidentes homofóbicos em certos Estados-membro que reforçariam a sistemática violação de direitos básicos de comunidade de lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros, e mostrariam o descaso das autoridades.[28] O Conselho reconheceu que o direito de expressar e compartilhar identidade com outros é uma parte integrante da tolerância – como princípio de proteção da diversidade social através de um livre intercâmbio de idéias que podem ser alcançadas em prol do enriquecimento individual e da sociedade.[29]

Destoando de tais perspectivas, que procuram debater, em cada caso, os limites da liberdade de expressão, o Congresso da Europa recomendou ao Comitê de Ministros do Conselho Europeu que solicitasse aos Estados-membro investigação com todo rigor possível de todos os casos de violência ou discurso de ódio contra GLTB, voltados a determinar se a discriminação pode ter desempenhado algum papel no cometimento de crime. Ademais, recomendou que fossem tomadas medidas de persecução dos responsáveis, além de consultas de grupos GLTB quanto à reformulação de algumas das medidas (anti-homofóbicas) em prol do fomento de um espírito de cooperação social ao invés de confrontação.[30] O Comitê de Ministros encarregou-se igualmente de solicitar aos Estados-membro aplicação das Orientações sobre Liberdade de Associação Pacífica (*Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*) esboçadas pelo Painel de especialistas

do OSCE/ODIHR sobre liberdade de associação, bem como de tomada de medidas necessárias ao combate do discurso do ódio com fundamento na Recomendação do Comitê de Ministros nº R(97)20, editada em 30 de outubro de 1997.[31]

Por outro lado, os *consideranda* da Recomendação do Comitê de Ministros nº R(97)20 expressam a consciência daquele Comitê sobre a tensão entre combate à intolerância e a necessidade de proteção da liberdade de expressão voltada para evitar os riscos de se minar a democracia sob a alegação de defendê-la. Nesse sentido, solicita-se que os Estados-membro estabeleçam ou mantenham estrutura legal consistente de medidas civis, criminais e administrativas sobre discurso de ódio que permitam as autoridades administrativas e judiciais reconciliar o respeito à liberdade de expressão com respeito pela dignidade humana e a proteção pela reputação ou direitos dos outros.[32] Solicitou-se, assim, aos Estados-membro estudos sobre meios de estímulo e coordenação de pesquisas acerca da efetividade da legislação existente e de sua prática legal, Priorizou-se, porém, a repressão *cível* de discursos de ódio, ao invés da penal, mediante indenização e direito de resposta.

O então Ministro da Justiça da União Européia Franco Frattini já apontou para uma tendência européia à criminalização da homofobia: “A Comissão e o Parlamento Europeu buscam tornar qualquer recusa à concessão a casais homossexuais dos mesmos direitos de um casal casado um *crime* de ‘homofobia’”. [33] Nesse sentido, a União Européia tem equiparado a homofobia ao racismo, à xenofobia, ao anti-semitismo e ao sexismo. Recomendou, assim, aos Estados-membros a proposição de leis criminais tendentes a superar conflitos sociais advindos de diferenças de orientação sexual.

O parâmetro de “interação harmoniosa” supostamente “essencial para o alcance de coesão social”, tal como afirmado em *Baczowski and Other v. Poland* e reiterado pela Recomendação nº 211/2007 do Conselho Europeu e na Recomendação do Comitê de Ministros nº R(97)20, é, contudo, questionável. Contrapõe-se à proteção democrática à “cacofonia verbal”, tal como afirmada pela Suprema Corte norte-americana em *Cohen v. Califórnia*, que reivindica a constante possibilidade de *confrontações*, e não de harmonizações, numa esfera pública.

A jurisprudência nacional tem, por vezes, negligenciado seu papel constitucional de coibir a discriminação e o preconceito, desafiando a construção de um modelo democrático eticamente reflexivo. Cite-se exemplificativamente o julgamento da Apelação Cível nº 000.223.739-4/00, da Comarca de Belo Horizonte, assim ementado:

“POLICIAL MILITAR - EXCLUSÃO DA CORPORAÇÃO - CONDOTA HOMOSSEXUAL PÚBLICA - FALTA DISCIPLINAR TIDA COMO GRAVÍSSIMA - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO CONSIDERADO REGULAR - MÉRITO DO ATO PUNITIVO - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA ANULATÓRIA - LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL - CONCLUSÃO JUDICIAL REFORMADA”

Reportando-se à regulação disciplinar, entendeu, em voto vencedor, o Desembargador Aluizio Quintão, relator do julgado:

“Trata-se de questão relacionada com a carreira militar, posta em uma Corporação estruturada com base na hierarquia e na disciplina, além de convenientemente marcada por rígidos princípios destinados a proteger sua inteireza institucional e sua vocação constitucional.

Apenas ‘ad argumentandum’, nota-se, em síntese, que a atitude do Apelado foi considerada como uma transgressão disciplinar que, nos termos do art. 11 do então vigente Regulamento Disciplinar da Polícia Militar, ‘é qualquer ofensa aos princípios de ética e do dever policial-militar, na sua manifestação simples’; e, após o procedimento administrativo próprio e parecer conclusivo, foi-lhe dada a qualificação de gravíssima e, portanto, punível com a exclusão disciplinar (art. 24-VI e 47-I-4) que a autoridade hierarquicamente competente aplicou, alerta, ademais, contra uma indesejável condescendência criminosa (art. 320 do Código Penal).

*Em suma, seu comportamento foi dado como ofensivo à honra pessoal, ao pundor militar e ao decoro da classe (art. 76-III), ou seja, como **atentatória à ética policial militar ‘que exige dos policiais conduta moral e profissional irrepreensíveis’**, segundo princípios vários (art. 10), entre os quais o de ‘conduzir-se, mesmo fora do serviço ou quando já na inatividade, de modo que não sejam prejudicados os princípios de disciplina, do respeito e do decoro policial-militar’ (inciso XVI). (...)*

*Em tal contexto, indubitável é que a avaliação do comportamento militar, sob o prisma disciplinar, há de ser efetivada pela **hierarquia castrense e ‘intra muros’**, não cabendo **externa consideração de ser retrógrada ou discriminatória sexual a qualificação de infração gravíssima e incompatível dada a atitude homossexual do Apelado.***

Assim, se reconhece não ter havido irregularidade no procedimento disciplinar, o enquadramento da conduta infratora é questão afeta ao crivo hierárquico administrativo da corporação e alheia à competência jurisdicional, como tem, aliás, decidido também este Tribunal de Justiça (Apelação nº 233.380-5.00/Sexta Câmara Cível).

Em termos práticos, não caberia sequer dizer se é ou não desejável passe a Polícia Militar a adotar linha condescendente com o homossexualismo em suas fileiras. O que vale, ao meu juízo, é a posição de melhor técnica e razoabilidade para o caso concreto, no sentido de manter a reserva tradicional na apreciação do ato administrativo questionado.”

Observa-se que o Judiciário deixou de se pronunciar acerca do conteúdo do ato disciplinador, que trata da questão da discriminação e do preconceito contra homossexuais, limitando-se à análise de sua forma. A decisão revela uma omissão injustificada, que estimula as posições favoráveis à criminalização da homofobia no Brasil mediante a figura dos crimes de ódio, como se os princípios constitucionais de liberdade e de igualdade e a legislação até agora vigente, notadamente crimes contra a honra (injúria e difamação), não fossem capazes de conduzir ao enfrentamento da questão.

Cabe ressaltar ainda que a jurisdição brasileira tem, mesmo que esparsamente, revelado as dificuldades de repressão penal de direitos em favor de inclusão social. No julgamento do MS 1.027.527-3/5, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pontuou-se:

“Em outras palavras: somente é possível atingir a isonomia jurídica ampliando proteção aos necessitados; nunca, restringindo direitos aos que dela já usufruem. Do contrário, o que resta será o ignóbil arbítrio, pouco importando a intenção de quem detenha o poder de legislar”.[34]

Aportadas tais considerações à esfera criminal, lembra-se de que a teoria da prevenção integrativa baseia-se na crença falaciosa de que o direito penal seria meio idôneo para promoção de uma eticidade socialmente compartilhada, ainda que sob a justificativa de vir a afirmar políticas públicas de inclusão de minorias. Nesse sentido, aponta-se, com Hulsman e Celis, para a possibilidade de a rigidez e inflexibilidade do direito penal gerar mais exclusões do que inclusões sociais.[35]

Com efeito, a possibilidade de criação de mais um crime de ódio revela, na hipótese, uma tendência à ruptura com a complexidade e a fragmentação social em torno de uma moralidade universalizante, que, mesmo em nome da afirmação da pluralidade, aponta para o perigo da representação simbólica da sociedade como um todo orgânico, supostamente regido por uma ética democrática da pluralidade capaz, paradoxalmente, de obstruir as pluralidades éticas que lhes são subjacentes.[36] Nesse ponto, o objetivo das instituições democráticas é possibilitar o antagonismo e o dissenso, dispersando continuamente o potencial de hostilidade.[37] O consenso jurídico sobre os direitos do homem acerca dos princípios de igualdade e de liberdade é necessário, mas não deve apartar-se de uma confrontação sobre a interpretação desses princípios. Precisamente, a confrontação sobre as diferentes significações que se há de atribuir aos princípios democráticos e às suas instituições é o que constitui o elemento central do combate político entre adversários.[38]

Nesse ponto, a relação entre democracia e conflito é retomada. Acentua-se o deslocamento de questões eticamente controversas para o campo da repressão penal a partir da afirmação de uma moralidade universalizante aliada a uma ampla compreensão de “racismo”, que nos leva à seguinte indagação: em um Estado Democrático de Direito, o direito penal constitui instituto democraticamente legítimo para a promoção de inclusão social de minorias sem reprimir os conflitos sociais que fundamentam a pluralidade democrática de pensamentos?

Jürgen Habermas, em debate travado em 2004 com **Joseph Ratzinger**, reconhece, a propósito, a necessidade democrática de um contínuo diálogo entre crentes e descrentes acerca de questões eticamente controversas numa esfera pública plural, em que visões científicas ou secularizadas de mundo não gozam de antemão de quaisquer prerrogativas em relação a concepções religiosas concorrentes: “A neutralidade ideológica do poder do Estado que garante as mesmas liberdades éticas a todos os cidadãos é incompatível com a generalização política de uma visão de mundo secularizada”.[39] Nesse contexto, aponta para a tensão entre vontade e razão,

reconhecendo que, em um Estado Democrático de Direito, ambas merecem articulação institucional.[40]

No Brasil, o conflito instaurado entre grupos homossexuais e cristãos em torno da criminalização da homofobia está sendo empreendido de uma forma antidemocrática, pois se consideram *inimigos*, e não *adversários*. Os argumentos invocados por ambos os grupos são de uma radicalização ímpar: de um lado, invoca-se o combate ao “pecado”; de outro, uma irreflexiva luta contra o “preconceito”. Não há espaço para um aprendizado mútuo, com respeito às eticidades invocadas.

A esse respeito, o risco de criminalização de opiniões contrárias à prática do homossexualismo aponta para aquela visão mouffiana de que a democracia não é considerada uma conquista de caráter definitivo dentro de um quadro de evolução moral da humanidade. Nesse ponto, reconhece-se a função integrativa do conflito social: “a idéia de uma sociedade democrática não pode ser o de uma sociedade que tenha realizado o sonho de uma harmonia perfeita nas relações sociais. A democracia só pode existir quando nenhum agente social está em condições de aparecer como dono do fundamento da sociedade e representante da totalidade”.[41] A democracia é ameaçada pelo engajamento de instituições com “uma forma perigosa de controle de pensamento político, social ou moral que potencialmente interfira na autonomia individual.”[42]

Dessa forma, evidenciam-se, à luz da relação entre conflitualidade e violência punitiva sob o paradigma agônico, os riscos democráticos do aporte, no Brasil, da categoria dos “crimes de ódio” ao combate à homofobia para uma integração social democrática.

4. Políticas públicas de inclusão: uma alternativa à repressão penal

As jurisprudências pátria e estrangeira discutem acirradamente a relação entre preconceito, conflito e democracia na esfera penal. Paralelamente, a imprensa nacional noticia a radicalização dos conflitos entre movimentos homossexuais e grupos religiosos em torno da criminalização da homofobia no Brasil. Em um clima hostil de ruptura do diálogo e de radicalização de posturas políticas, evidenciam-se os riscos democráticos de abuso na catalogação e compreensão da homofobia para uma integração social no Brasil. Nesse sentido, uma simples manifestação contra a prática homossexual pode ser compreendida como homofobia criminalmente punível, confrontando-se com a garantia fundamental de liberdade de expressão. Refletem-se os efeitos contra-producentes do aporte da categorização dos “crimes de ódio” para uma integração social democrática à parte de uma legítima tutela do conflito e da defesa ao pluralismo ético: “o sistema punitivo por vezes produz mais problemas do que aqueles que pretende resolver. Em lugar de compor conflitos, reprime-os e, freqüentemente, estes mesmos adquirem um caráter mais grave em seu próprio contexto originário”.[43]

Nessa linha, observa-se a inscrição da categoria dos “crimes de ódio” no âmbito de uma “política de identidade” (“*identity politics*”), em que indivíduos integrantes de determinada identidade grupal demandam prerrogativas institucionais na condição de “minorias vitimizadas”.[44] Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça assentou, no julgamento do RHC nº 200600498048/RJ, o entendimento de que “o crime do art. 2º da Lei nº 7.716/89 (Lei Anti-racismo) (...) não se confunde com o crime de injúria

preconceituosa. Este tutela a honra subjetiva da pessoa. Aquele, por sua vez, é um sentimento em relação a toda uma coletividade”.[45] Aqui se opõe uma moralidade universal, baseada em um sentimento supostamente “coletivo”, a uma moralidade individual, relativa a uma honra subjetiva.

Referida decisão espelha a afirmação de uma política penal de identidade, ao redefinir, na categoria de “crimes de ódio”, o problema da criminalidade em termos de conflito de grupos, negligenciando a função democrática dos conflitos sociais. Reforça-se o risco institucional de eliminação do dissenso para uma integração social democrática alicerçada em uma visão agonística de pluralidade, perante o qual o grupo “vitimizado” considera a ameaça da sanção penal um meio de estabilização e fortalecimento de determinada moralidade universal.[46]

A discussão acerca da criminalização da homofobia no Brasil, quer empreendida na esfera legislativa, quer na jurisdicional insere-se em uma compreensão equivocada de ações institucionais afirmativas de inclusão, que pretendem inadequadamente promover a integração social de homossexuais por meio da persecução criminal.[47] Aqui se depara com a abstração e inflexibilidade da disciplina penal, que, fundada na rigidez de tipificações e na constante ameaça da pena, reprime, no contexto dos crimes de ódio, conflitos sociais de dimensões grupais, comprometendo uma integração social agônica. Refletem-se, assim, os riscos à democracia do aporte para o campo do direito penal de categorizações universais eticamente fundadas, ainda que sob a roupagem de afirmação da pluralidade.

As condições de legitimidade do controle penal impõem uma diferenciação entre *políticas criminais* e *programas de ações afirmativas* (políticas públicas de inclusão).[48] Na formulação de políticas criminais, deve-se atentar para os riscos de abuso na compreensão de comportamentos desviantes, sem negligenciar os perigos de o processo de criminalização retirar o conflito de seu contexto social próprio, apartando-o da realidade e dos agentes que o protagonizam.[49]

Nesse sentido, o próprio Conselho Nacional de Combate à Discriminação, no Programa “Brasil sem Homofobia”, apontou para alternativas de políticas públicas não criminais de inclusão de homossexuais em diversas esferas: na área de educação, promovendo valores de respeito à paz e à não-discriminação por orientação sexual, no âmbito da saúde, consolidando atendimento e tratamento igualitários, na seara trabalhista, coibindo a discriminação no trabalho, na promoção de segurança, dentre outros.

5. Conclusão

A legitimidade democrática da criminalização da homofobia, tema atual que mobiliza tanto o cenário jurídico-político pátrio, quanto fóruns internacionais de discussão, é questionável. A experiência jurisprudencial brasileira aponta para a aceitação do integracionismo penal. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tende a ampliar a compreensão dos crimes de ódio de que trata o art. 5º, inc. XLII, da Constituição Federal. Por outro lado, a jurisprudência estrangeira têm, em determinadas situações, superado a distinção entre “*hate crimes*” e “*hate speech*”, embora reconheça os perigos de uma ortodoxia pública.

No Brasil, aponta-se para o antagonismo de posturas entre entidades cristãs e movimentos GLTB. Nesse ponto, mostra-se paradigmático o Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006, que conduz à reflexão crítica acerca da opção criminológica do preconceito juridicamente tutelável, notadamente em face do princípio da intervenção penal mínima e da premissa democrática da irreduzibilidade das contradições. Aqui, denuncia-se a impropriedade da justificação dos crimes de ódio como corolário de políticas públicas de inclusão.

Em face das considerações teóricas e jurisprudenciais expostas, são evidenciados, à luz da relação entre conflitualidade e violência punitiva, os riscos democráticos do aporte da categoria de “crimes de ódio” ao combate à homofobia tal como delineada no Brasil para uma integração social democrática de base agonística.

5. Bibliografia

BARATTA, Alessandro. Direito Humanos: entre a Violência Estrutural e a Violência Penal. *In: Fascículos de Ciências Penais*. a. 6, v. 6, n. 2. Porto Alegre: SAFE, 1993.

_____. Principios del derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal). *Doctrina Penal*. Buenos Ayres: Depalma, 1987.

BECKER, H. S. **Outsiders: studies in the sociology of deviance**. New York: The Free, 1991.

CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 88, 2003, p. 81-103.

CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. **Brasil Sem Homofobia: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual**. Brasília: Ministério da Saúde, 31p, 2004.

DURKHEIM, Emile. **Da Divisão Social do Trabalho**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FONE, Byrne. **Homophobia: a History**. New York: Picador USA, 2001.

FREEDMANN, Mark. Homophobia: The Psychology of a Social Disease. *Body Politics*. n. 24, Junho 1975.;

GARLAND, D. **Punishment and Modern Society: a Study in Social Theory**. Chicago: Chicago University Press, 1990.

GOFFMAN, E. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1975.

GÜNTHER, Klaus. Crítica da Pena I. *Revista Direito GV*. v. 2. n. 21, jul./dez. 2006

HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica**. Trad. Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

_____. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. 2.ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2v.

_____. **A era das transições**. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. **Dialética da Secularização – Sobre razão e religião**. Trad. Alfred J. Keller. Aparecida/SP: Idéias e Letras, 2007.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: LUAM, 1993.

JACOBS, James B.; POTTER, Kimberly. **Hate Crimes – Criminal Law & Identity Politics**. Oxford University Press, 1998.

MOUFFE, Chantal. **The challenge of Carl Schmitt**. London: Verso, 1999.

_____. **The democratic paradox**. London: Verso, 2000.

_____. *“Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt”*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**. Belo Horizonte, v. 2, jul./dez. 1994,

PITKIN, Hanna. **Wittgenstein and Justice**. Berkley: University of California Press, 1972.

Recent Cases. **Harvard Law Review**. v. 120, pp. 1691-1698.

ROSENFELD, Michel. **Identidade do Sujeito Constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SEARS, Alan; OSTEN, Craig. **The Homosexual Agenda: Exposing the Principal Threat to Religious Freedom Today**. Nashville, Tennessee: B&H Publishing Group, 2003.

WEINBERG, George. **Society and the Healthy Homosexual**. New York: St. Martin's Press, 1972.

YOUNG, J. **The Exclusive Society: Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity**. Londres: Sage, 1999.

[1] Cf. GOFFMAN, E. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1975.

- [2] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. 2.ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, pp. 190-209.
- [3] PITKIN, Hanna. **Wittgenstein and Justice**. Berkley: University of California Press, 1972, p. 208.
- [4] Cf. MOUFFE, Chantal. **The challenge of Carl Schmitt**. London: Verso, 1999, p. 47.
- [5] Cf. MOUFFE, Chantal. “*Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt*”. Trad. Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**. Belo Horizonte, v. 2, jul./dez. 1994, p. 112.
- [6] Cf. GÜNTHER, Klaus. Crítica da Pena I. **Revista Direito GV**. v. 2. n. 21, jul./dez. 2006, pp. 187-204.
- [7] Cf. GÜNTHER, Klaus. Crítica da Pena I. **Revista Direito GV**. v. 2. n. 21, jul./dez. 2006, pp. 187-204.
- [8] DURKHEIM, Emile. **Über die Teilung der sozialen Arbeit**. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1977, p. 149.
- [9] BECKER, H. S. **Outsiders: studies in the sociology of deviance**. New York: The Free, 1991.
- [10] Cf. GARLAND, D. **Punishment and modern society: a study in social theory**. Chicago: Chicago University, 1990.
- [11] Cf. HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. **Dialética da Secularização – Sobre Razão e Religião**. Aparecida: Idéias & Letras, 2007.
- [12] Cf. CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 88, 2003, p. 81-103.
- [13] Cf. WEINBERG, George. **Society and the Healthy Homosexual**. New York: St. Martin’s Press, 1972; FREEDMANN, Mark. Homophobia: The Psychology of a Social Disease. **Body Politics**. n. 24, Junho 1975.; FONE, Byrne. **Homophobia: a History**. New York: Picador USA, 2001, pp. 5-11.
- [14] CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. **Brasil Sem Homofobia: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual**. Brasília: Ministério da Saúde, 31p, 2004.
- [15] Entrevista concedida pela Senadora Fátima Cleide ao FENASP – Fórum Evangélico Nacional, Ação Social e Política. Disponível em: http://www.fenasp.com/novo/ver_congresso.php?mostrar=noticia&id=821c71dcfc. Acesso em 07 de agosto de 2008.
- [16] Declaração de Dom Dimas Lara Barbosa, Secretário-Geral da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Notícia intitulada “Porque a punição da

homofobia preocupa a Igreja.” Disponível em: <http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-gerais/2008/marco/por-que-a-punicao-da-homofobia-preocupa-a-igreja/>. Acesso em 04 de agosto de 2008.

[17] Declaração de Robson Rodovalho, deputado federal e líder da Igreja Evangélica Sara Nossa Terra. Notícia extraída da “Folha Online”, sob o título “Evangélicos invadem Congresso contra projeto que criminaliza homofobia” Disponível em <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/06/25/materia.2008-06-25.1113071338/view>. Acesso em 04 de agosto de 2008.

[18] Recent Cases. **Harvard Law Review**. v. 120, pp. 1691-1698.

[19] *Harper*, 445, F. 3d, at 1183, n. 28.

[20] *Harper*, 445, F. 3d, at 1201.

[21] *Rosenberger v. Rector & Visitors of Univ. of Va.*, 515 US 819, 828 (1995).

[22] *Cohen v. Califórnia*, 403 US 15 (1971)

[23] *Cohen v. Califórnia*, 403 US 15 (1971), at 24-25.

[24] *Lee v. Weisman*, 505 US 577 (1992).

[25] *Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 US 624 (1943).

[26] *Virginia v. Black*, 538 US 343 (2003), at 348.

[27] *Baczowski and Other v. Poland*. European Court of Human Rights 281, 3.5.2007. Disponível em <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 04 de maio de 2008, às 10h30min.

[28] Cf. item 5 da Recomendação nº 211/2007.

[29] Cf. item 3 da Recomendação nº 211/2007.

[30] Cf. item 7, alíneas “c” e “f”, da Recomendação nº 211/2007.

[31] Cf. item 7, alíneas “a” e “b”, da Recomendação nº 211/2007.

[32] Cf. princípio 2 da Recomendação do Comitê de Ministros nº R(97)20.

[33] Declaração disponível em http://www.traditionalvalues.org/pdf_files/HomophobiaEurope.pdf http://www.traditionalvalues.org/pdf_files/HomophobiaEurope.pdf. Acesso em 04 de agosto de 2008.

[34] Voto proferido pelo Desembargador Fernando Miranda no dia 28 de junho de 2007.

[35] Cf. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: LUAM, 1993.**

[36] Cf. MOUFFE, Chantal. **The democratic paradox.** London: Verso, 2000.

[37] Cf. LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. **Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics.** London, 1985, p. 68.

[38] Cf. MOUFFE, Chantal. La nueva lucha por el poder. Disponível em: http://www.politica.com.ar/Filosfia_politica/La_nueva_lucha_por_el_poder_Mouffe.htm. Acesso em 04 de agosto de 2008.

[39] HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica.** Trad. Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987, pp. 16-57.

[40] Cf. HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito – Uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?, p. 68. *In:* _____. **A era das transições.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

[41] Cf. MOUFFE, Chantal. La nueva lucha por el poder. Disponível em: http://www.politica.com.ar/Filosfia_politica/La_nueva_lucha_por_el_poder_Mouffe.htm. Acesso em 04 de agosto de 2008.

[42] REDISH, Martin H. & FINNERTY, Kevin. What did you learn in school today? Free speech values, inculcation and the democratic-educational paradox. 88. **Cornell Law Review.** v. 62, 2002, p. 67.

[43] BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal). **Doctrina Penal.** Buenos Ayres: Depalma, 1987, p. 625.

[44] JACOBS, James B.; POTTER, Kimberly. **Hate Crimes – Criminal Law & Identity Politics.** Oxford University Press, 1998.

[45] Voto do Ministro Felix Fischer, relator do RHC nº 200600498048/RJ.

[46] Cf. COSER, L. **Las funciones del conflicto social.** México: Fondo de Cultura Económica, 1961.

[47] Analisando a questão nos Estados Unidos, veja: BERRIL, Kevin T. Anti-Gay Violence and Victimization in the United States: An Overview. *In:* HEREK, Gregory M. & BERRILL, Kevin T. **Hate Crimes: Confronting Violence Against Lesbians and Gay Men.** London: Sage Publications, 1993, pp. 19-40.

[48] BARATTA, Alessandro. Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. *In:* **Fascículos de Ciências Penais.** a. 6. v. 6. n. 2. Porto Alegre: SAFE, 1993.

[49] Cf. YOUNG, J. **The Exclusive Society: Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity.** Londres: Sage, 1999.

