



A PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA: O SENTIMENTO CONSTITUCIONAL E A IMPERATIVIDADE DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

THE DEMOCRATIC PERSPECTIVE OF CRIMINALIZATION OF HOMOPHOBIA: CONSTITUTIONAL FEELING AND THE IMPERATIVENESS OF NON-DISCRIMINATION

Thiago Luiz D'Agostin Machado

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV - Faculdades de Direito de Vitória, com auxílio de bolsa concedida pela FAPES. Graduado em Direito pela FDV (2007). É professor de Direitos e Garantias Constitucionais e de Direito Constitucional I na FDV. Foi professor do grupo de estudos, em língua inglesa, intitulado "Democracy and Judicial Review", em 2011 e de "Contemporary Debates in Universal Human Rights" em 2010, ambos na FDV. Atuou como professor-assistente na disciplina de Direitos Humanos na Faculdade Novo Milênio, durante todo o ano de 2010, sob a supervisão do Prof. Doutor Aloísio Krohling. Tem experiência como servidor no Ministério Público, em nível nacional (MPF) e internacional (Canadá - Ministry of the Attorney General). Possui experiência na área de Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Constitucional, Direitos Fundamentais, Direito Internacional, Democracia, Multiculturalismo, Sociologia e Antropologia Jurídica. Última atualização do currículo em 27/05/2012.

CV: <<http://lattes.cnpq.br/9329553308669639>>. *E-mail*: hiagolmachado@yahoo.com.br.

Resumo

Busca analisar a possibilidade de criminalização da homofobia no Brasil, a partir do prisma democrático-deliberativo, relacionando seu elemento cooperativo ao sentimento constitucional. Realiza-se, primeiramente, uma visita ao conceito de Estado democrático de direito e sua característica fundamental, qual seja a coexistência de dois ideais políticos: o democrático e o liberal. A partir da conflituosidade entre o Estado de

Direito e a soberania popular, opta-se por buscar a resposta por meio da democracia deliberativa, com enfoque no modelo cooperativo desenvolvido por Souza Neto. Definindo a democracia deliberativa e sucintamente esboçando suas principais vertentes, destaca-se no modelo cooperativo o impacto da cooperação para os direitos fundamentais e para efeito de realização da democracia. Em seguida, traz-se ao debate o conceito de sentimento constitucional, elaborado por Pablo Lucas Verdú, que se relaciona, sem embaraço, com o pensamento de Souza Neto. Da compreensão do sentimento jurídico comum e constitucional como aspecto da cooperação, passa-se à discussão da necessidade e plausibilidade da criminalização da homofobia. Esta, no entanto, se inicia pela conceituação de homofobia e lança mão de outros conceitos, jurídicos e não jurídicos, e fatos para analisar, por meio do sentimento constitucional e da cooperação democrática, a criminalização da homofobia.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Democracia Deliberativa. Sentimento Constitucional. Criminalização. Homofobia.

Abstract

This article aims to analyze the possibility of criminalization of homophobia in Brazil, from a deliberative democracy point of view, relating its cooperative version to Verdú's constitutional feeling theory. Firstly, it visits the concept of a democratic constitutional State and its fundamental features, namely the co-existence of two political ideals: the democratic and the liberal one. Through the conflict between *Rechtsstaat* and people's sovereignty, it chooses to search for a response within deliberative democracy, emphasizing, its cooperative model, developed by Souza Neto. Defining deliberative democracy and roughly its models, it highlights, in the cooperative mode, the impact of cooperation on fundamental rights and on the effect of attaining democracy. Then, the concept of constitutional feeling is brought to the debate. Developed by Pablo Lucas Verdú, it may be connected, without misunderstanding, to Souza Neto's idea. From the comprehension of a common legal and constitutional feeling as an aspect of cooperation, the article comes to a discussion over the necessity and plausibility of criminalizing homophobia. Lastly, it avers, through constitutional feeling and democratic cooperation, the imperativeness of criminalizing homophobia.

Keywords: Democratic Constitutional State (*Rechtsstaat*). Deliberative Democracy. Constitutional Feeling. Criminalization. Homophobia.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Estado Democrático de Direito. 2. Cooperação para a Deliberação Democrática. 3. Sentimento Constitucional. 4. Criminalização da Homofobia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Este ensaio visa discutir tema que, felizmente para a democracia brasileira, apresenta-se como debate crescente no cenário nacional, principalmente após o Supremo Tribunal Federal (STF) haver se manifestado favoravelmente ao reconhecimento das uniões homoafetivas com o *status* jurídico relativo às uniões estáveis entre heterossexuais.

A pretensão deste estudo, no entanto, não se refere propriamente aos aspectos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo, mas à criminalização de conduta discriminatória, neste caso, em decorrência de orientação sexual.

No entanto, é inegável que o reconhecimento da união homoafetiva como união estável agudizou no âmbito jurídico o volume de postulações acerca de direitos outrora negados aos casais homossexuais, como o próprio casamento – cujo reconhecimento aos casais homossexuais permanece a gerar intensa celeuma. O fato de a Suprema Corte brasileira haver se manifestado pela equiparação das relações entre as pessoas do mesmo sexo demonstra, de forma bastante clara, a posição desse tribunal quanto à aplicação do princípio da igualdade, norteador da Constituição, e nela inserido de forma expressa no *caput* do artigo 5º, inclusive como direito fundamental e, assim, cláusula pétrea.

Vê-se conveniente, portanto, uma discussão acerca da criminalização da homofobia, tema tão relevante e conturbado na atualidade, que transcende a seara jurídica, tangendo aspectos das mais variadas ciências e valendo-se, assim, de forma inelutável, também da ciência política, da filosofia e da psicologia. É na consciência desta interdisciplinaridade que se realiza o presente estudo.

Neste sentido, objetivando-se uma compreensão da legitimidade democrática de lei que ponha ao abrigo os direitos fundamentais de um grupo discriminado – os homossexuais – há que se analisar, ainda que brevemente, o paradigma sobre o qual se assenta o Estado brasileiro: o Estado Democrático de Direito, em seus aspectos centrais e supostas incongruências.

Para isso, adota-se também uma concepção de democracia. Na perspectiva da democracia deliberativa, mostra-se relevante desenvolver uma análise acerca dos direitos fundamentais essenciais à cooperação democrática. A noção de democracia deliberativa cooperativa, adotada a partir de Souza Neto, contribui para

o debate final, a partir do momento em que os requisitos para a cooperação, substrato desta teoria, permitem uma relação com o sentimento jurídico-constitucional daqueles que são discriminados.

Assim, passa-se da ideia de colaboração presente na deliberação democrática à visitação das noções de sensibilidade jurídico-constitucional, muito bem elaborada por Verdú. Faz-se possível, desta forma, realizar, ao fim, um debate em torno da perspectiva democrática da criminalização da homofobia que tenha amparo na vertente democrático-deliberativa e no sentimento constitucional, estando assentado todo o desenvolvimento deste sob as diretrizes do Estado Democrático de Direito.

1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A formalidade do texto constitucional, por óbvio, não implica, necessária ou automaticamente, a realização de seu conteúdo. Por conta disto, há muito que se discutir quanto à efetividade da constituição na sociedade brasileira, levando-se em consideração, primordialmente, a imperatividade do respeito aos princípios democráticos, bem como aos direitos fundamentais.

Em princípio, parte-se aqui do pressuposto, compartilhado por Bolzan de Moraes (2000, p. 12), de que existe um “papel indispensável da Carta Magna para o desenvolvimento democrático da sociedade”, que restariam representados pelos dois ideais centrais que compõem o Estado Democrático de Direito. O Direito Constitucional, portanto, deve ser visto sempre também como direito político, uma vez que não está limitado à normatividade e à inteligência linguística, mas funda-se também na teoria política, bem como na sociologia. O constitucionalismo atual encerra dois conceitos comumente vistos como antagônicos: O Estado de direito e a soberania popular.

Esta visão de incompatibilidade, embora não infundada, persiste como resultado de uma compreensão sectária do todo, que é o Estado. Nos moldes atuais, devem pulsar simultaneamente estes “dois corações políticos” (CANOTILHO, 2003, p. 98) no seio do Estado. Na falta de um, o outro não pode existir. Corroborando tal entendimento, Santiago Nino (1996, p. 7) afirma: “O

constitucionalismo parece requerer claramente o reconhecimento da importância mútua das dimensões democrática e liberal”.

A cisma entre os dois constitui dilema próprio da teoria do Estado Democrático Constitucional. No Reino Unido, se expressa com maior proeminência sob a forma do binômio *rule of law* e *sovereignty of parliament* (VERDÚ, 2007, p. 18). A batalha entre os dois é também aquela que na cultura americana se trava no ambiente político entre os republicanos (constitucionalistas) e os democratas. Enquanto os primeiros advogam uma maior rigidez para as leis do Estado constituído, os últimos defendem a dinamização pela maioria democrática. Canotilho (2003, p. 98) lembra que esta angústia diante da simbiose Estado de Direito e Estado Democrático para alguns representa apenas dois modos distintos de ver a liberdade. Nesta percepção, a liberdade negativa (direitos perante o Estado) deve se conciliar com a liberdade positiva de participação popular.

O Estado constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de direito. [...] Ele tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do "direito" e do "poder" no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do "poder dos cidadãos".

Importa dizer, então, que o Estado Constitucional, advento do século XX, significa a coexistência da democracia e do Estado de Direito. Canotilho (2003, p. 100) expressa também com clareza esta ligação, muitas vezes ignorada por alguns juristas que parecem igualar Estado Constitucional a Estado de Direito, relegando a democracia a um segundo plano:

O Estado Constitucional é "mais" do que o Estado de Direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para "travar" o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (*to legitimize State power*). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo legislativo no sistema jurídico; (2) outra é a da legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político.

Como se vê, o Estado de Direito não figura isolado na legitimidade do constitucionalismo. Quando se discorre acerca de constitucionalismo, nos dias

atuais, há que se levar em conta que o Estado de Direito encontra seu contrapeso na soberania popular, que só advém do exercício democrático. Os dois – e somente os dois – alcançam o respaldo necessário para a legitimidade de uma ordem constitucional. Trata-se da “cooriginariedade” (SOUZA NETO, 2007) do Estado de Direito e da soberania popular. Estes dois elementos, conquanto se apresentem de modo conflitante, devem ser harmonizados. Pela ótica de Verdú, é possível perceber o Direito exatamente como o princípio-meio capaz de permitir a convivência democrática.

O Direito é princípio realizador da convivência humana nos marcos da sociedade política. Ademais, essa convivência há de fundamentar-se em alguns valores determinados. Por isso, torna-se clara a dimensão cultural do Estado de Direito. Afinal, ela põe o Estado a serviço desses valores. (VERDÚ, 2007, p. 6)

Mas o que dizer de uma convivência que almeja se fundar em valores excludentes, que negaria o gozo pleno de direitos fundamentais a certos cidadãos? O reconhecimento de todos os cidadãos como iguais, pedra angular da democracia, implica o respeito irrestrito a todos os direitos dos indivíduos, indiscriminadamente, a menos que por razões justificadas, como é o caso das previsões criminais, que vem exatamente a garantir a preservação dos bens de todos contra condutas transgressoras alheias.

Neste sentido, comporta questionar, então, sob a égide do Estado Democrático de Direito, se a discriminação a homossexuais pode ser legitimamente proibida, tendo em vista que não há, no Brasil, até a presente data, maiorias legislativas que se disponham a votar e aprovar projetos de leis que criminalizem as condutas discriminatórias.

Válido ressaltar neste momento, a guisa de esclarecimento terminológico, que o termo discriminação será empregado aqui como largamente utilizado pela doutrina, em seu sentido pejorativo, resultante do preconceito, não se confundindo com a discriminação positiva, base das ações afirmativas. Isto porque, a rigor, mesmo dentro do quadro dos direitos fundamentais, discriminação pode de fato ser legítima ou não, como bem observou Rodrigo F. de Paula (2010, p. 37-38) em sua pesquisa:

[...] pode-se concluir que igualdade e diferença devem ser compreendidas como a dupla face de um mesmo direito fundamental, significando tanto o direito à igualdade como o direito à diferença, justapostos na fórmula histórica do direito à igualdade, que assim se incorporou ao *corpus* das declarações de direitos na história do constitucionalismo. Isonomia e discriminação se referem ao tratamento que é dado a determinada situação: uma igualdade de tratamento entre pessoas sem que sejam levadas em consideração as suas diferenças (isonomia) ou uma desigualdade de tratamento entre as pessoas, levando-se em consideração as suas diferenças (discriminação). Isonomia e discriminação podem ser legítimas ou não, conforme estabeleçam ou não uma escolha de tratamento constitucionalmente adequada sob o ponto de vista do direito à igualdade e do direito à diferença, no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Desta forma, embora se compartilhe da opinião do autor, opta-se por utilizar discriminação apenas como aquela resultante de uma escolha de tratamento ilegítima, ou seja, que não se baseia em uma fundamentação consistente, não podendo ser “sustentada racionalmente e inserida coerentemente no sistema jurídico em sentido estrito, contextualizado no paradigma do Estado de Direito” (PAULA, 2010, p. 38).

Assentado este entendimento, convém desenvolver, ainda que de forma sucinta, o modelo de democracia a que faz referência este trabalho, a fim de poder discutir, de forma transparente, a (i)legitimidade democrática da criminalização da homofobia.

2. COOPERAÇÃO PARA A DELIBERAÇÃO DEMOCRÁTICA

Na tentativa de desvencilhar-se do modelo de democracia restrito à prerrogativa popular de eleger representantes – uma vez que este se sujeita à depreciação e manipulação – a vertente democrático-deliberativa vem ressaltar a importância do debate público.

O modelo cooperativo de democracia deliberativa, apresentado por Souza Neto, nasce do dissenso existente no interior da própria teoria deliberativa acerca de sua efetivação. Esta cisão surge a partir da concepção de duas matrizes: a substantiva e a procedimental. A democracia deliberativa substantiva e a democracia deliberativa procedimental (NINO, 1996; SOUZA NETO, 2006a;

TAVARES, 2007) representam, de certa forma, o embate entre os ideais políticos já mencionados, os dois corações pulsantes do Estado Democrático de Direito.

Salienta-se, contudo, que não se pretende aqui exaurir tais teorias, mas utilizá-las de forma instrumental para o entendimento da relação entre a cooperação no modelo cooperativo de democracia deliberativa e o sentimento constitucional. Afinal, seria impossível esgotar, em virtude do espaço destinado ao objetivo proposto, assunto tão complexo como a democracia deliberativa.

O modelo substantivo de democracia deliberativa, cujo maior expoente é Rawls, em síntese, mantém-se fechado quanto aos resultados possíveis do processo democrático, não sendo capaz de conceber como legítima toda decisão decidida por uma maioria. O resultado da deliberação deve atender a princípios de justiça, previamente definidos. Cabe ao processo democrático, aliás, aplicá-los nas decisões. O processo democrático deve se voltar à escolha das melhores formas de concretização do projeto social constitucional. Aproxima-se bastante esta vertente, neste aspecto, da teoria da constituição dirigente (SOUZA NETO, 2003, p. 3).

Já a postura procedimental da democracia deliberativa, capitaneada por Jürgen Habermas, insiste na abertura do conteúdo das decisões democráticas, desde que respeitadas as condições procedimentais da democracia, que seriam aquelas que garantem a liberdade na participação do debate. Para Habermas apenas a discussão coletiva, enquanto cooperação pela busca da verdade (NINO, 1996, p. 112), garantiria um resultado verdadeiramente democrático e legítimo.

O modelo cooperativo de democracia, por sua vez, visa a permanecer aberto quanto aos resultados, desde que atendidas certas condições consubstanciadas nos direitos fundamentais. No entanto, tais condições não seriam apenas procedimentais, ou seja, não diriam respeito apenas à participação política, como seria o caso da liberdade de expressão, mas a todos os direitos fundamentais que tornam possível a cooperação social.

Habermas [...] parece conceber o núcleo material da constituição democrático-deliberativa em termos mais cooperativos, embora não o faça com clareza. [...] Ações comunicativas são ações voltadas ao entendimento, não à realização de objetivos estratégicos particulares. A partir desta distinção, pode se sustentar que “materialmente fundamentais” são não apenas os direitos que configuram de forma imediata as condições para a participação no processo democrático, mas também aqueles cuja observância é necessária para que todos se sintam motivados a deliberar

tendo em vista a realização do bem comum. Contudo, Habermas não é claro no tocante a esse tema.

Conquanto não seja suficientemente claro a respeito, Habermas apresenta-se muito mais próximo ao modelo cooperativo que outros procedimentalistas e, principalmente, que teóricos do modelo substantivo. De fato, ele acredita que “uma teoria de direitos corretamente entendidos requer uma política de reconhecimento que proteja a integridade do indivíduo nos contextos da vida nos quais sua identidade é formada” (HABERMAS, 1994, p. 113)¹.

O que se ressalta é que a base da concepção política de democracia deliberativa como um todo – substantivo, procedimental ou cooperativo – está no fato de que “a troca de argumentos e contra-argumentos racionaliza e legitima a gestão da *res pública*” (SOUZA NETO, 2008, p. 98). Acredita-se que a democracia é capaz de transformar as preferências e interesses egoístas em opções imparciais exatamente por meio do diálogo (NINO, 1996, p. 144). Mas para que a deliberação tenha a função legitimadora, é preciso que esta se faça em um ambiente aberto de igualdade e liberdade, uma vez que ambas figuram como condições para a realização da democracia (condições procedimentais ou princípios de justiça) ou, na perspectiva cooperativa de democracia deliberativa: condições para a cooperação na deliberação democrática (SOUZA NETO, 2008, p. 101-102; 2006, p. 162-168).

O modelo deliberativo de democracia nasceu da crítica à prática elitista de democracia, em que as opiniões são voltadas apenas aos interesses pessoais que se agregam, sem nenhuma possibilidade de transformação por meio da discussão aberta. Um modesto número de indivíduos toma todas as decisões e a maioria permanece politicamente apática, apenas a indicar os membros do seletivo grupo de representantes (NINO, 1996, p. 79). Esta sistemática tem resultados deveras perniciosos, vez que, entre outros gravames, pode retirar das minorias a possibilidade de uma participação política efetiva.

Diante disso, uma das principais críticas da teoria democrático-deliberativa repousa na compreensão de que “a democracia não pode mais se restringir à prerrogativa popular de eleger representantes” (SOUZA NETO, 2006b, p. 152), sendo imperioso repensar este modelo elitista e agregativista de democracia. Na

¹ No original: A correctly understood theory of rights requires a politics of recognition that protects the integrity of the individual in the life contexts in which his or her identity is formed.

prática atual, não há debates de ideias; não há convencimento ou discussão para a racionalização das decisões.

Enquanto competição entre preferências, o modelo agregativo limita-se a estimular um comportamento puramente *estratégico* e *instrumental*, fazendo com que tanto eleições quanto decisões legislativas reflitam não propriamente a *força do melhor argumento*, senão a resultante dos interesses subjacentes ao grupamento dotado de maior vigor e poder, capaz de sobrepor-se às demais agregações existentes. (RICHE, 2006, p. 6)

Importante salientar, entretanto, que a democracia deliberativa não prescinde da democracia direta ou da democracia representativa. Ao oposto disto, estas serão sim necessárias ao processo democrático. Apenas não bastantes. A representação, este mal necessário – uma vez que os diretamente interessados carecem de tempo e aptidão específica, entre outros obstáculos (NINO, 1996, p. 132) – deve funcionar como uma delegação para continuação do debate e não como a única instância onde a discussão é possível ou *audível*.

Outrossim, critica-se a forma como a democracia direta se apresenta nos dias atuais, também a dispensar o diálogo, relegando-o a um plano da esfera privada do indivíduo quando da realização de alguma decisão política. Há que se atentar para o fato de que a discussão política tem característica notadamente pública e deve ser assim, valorizada e instigada. Porém, ao mesmo tempo em que “se pode louvar a participação direta, é muito difícil operacionalizá-la contra os bem conhecidos riscos de manipulação e controle por facções”² (NINO, 1996, p. 147). A participação direta, assim, deve ser obrigatória, sempre que possível, desde que devidamente regulada, a fim de evitar manipulações.

A democracia, na perspectiva deliberativa, deveria possibilitar a realização constante de debates que assegurem a todos os interessados a participação efetiva. Aos representantes caberia, em instância governamental, apresentar formalmente os anseios observados nas discussões públicas, justificando-os racionalmente. Um dos pilares da democracia deliberativa é exatamente a publicidade das decisões.

Mas a tarefa de representar num ambiente democrático nunca é fácil, principalmente porque o povo não é hegemônico e as opiniões são discrepantes,

² No original: “While one may praise direct participation, it is very difficult to make it operative against well-known risks of manipulation and take-over by factions”.

cabendo àquele que representa atender à maioria de forma ética, sem deixar de ouvir os apelos da minoria e justificar os fundamentos de sua decisão, principalmente diante desta. Estes fundamentos devem constituir argumentos válidos capazes de justificar legitimamente a decisão. Essa troca de razões, na tentativa de convencimento e justificação, é parte essencial do processo, salienta Tavares (2007). E estas razões devem apresentar certas características:

[D]evem ser razões admissíveis, aceitáveis, que não possam ser rejeitadas de pronto, acessíveis a todos os cidadãos. Também não se exige razões não apenas toleradas, mas que produzam um respeito mútuo, que possam ser comunicadas de uma forma que todos possam entendê-las, aceitá-las e livremente respondê-las. [...] As razões devem ser elaboradas voltadas para o problema.

A vertente democrático-deliberativa tem entre as cardeais características tentar “conciliar as duas principais matrizes da teoria política moderna: a matriz político-liberal e a matriz democrática”. Na contramão do que é tradicionalmente comum se pensar (SOUZA NETO, 2004, p. 19), o epicentro do Estado de Direito e o cerne da soberania popular não se contradizem ou se anulam. Ambos constituem, de forma inafastável, como já se afirmou a ordem constitucional.

A democracia deliberativa corresponde à realização desta aliança entre a matriz liberal e a democrática, com fundamento na deliberação pública aberta. Nela está incutida a noção de cooperação, que só pode ser resultante de uma sensibilidade jurídico-constitucional positiva, elementar para a conservação democrática dos direitos das minorias, como é o caso do direito a não discriminação dos negros, judeus e homossexuais.

Observa-se, então, que o modelo cooperativo de democracia deliberativa pode aproveitar o conceito de sentimento constitucional, magistralmente trabalhado por Verdú em várias de suas obras. Convém passar à análise, portanto, deste conceito, para que seja possível, por fim, ponderar acerca de legitimidade da criminalização da homofobia, sob o prisma democrático-deliberativo.

3. SENTIMENTO CONSTITUCIONAL

Ao analisar a democracia deliberativa cooperativa, impossível não visualizar uma relação estreita com a teoria do sentimento constitucional, muito trabalhada por Pablo Lucas Verdú. A noção de sentimento constitucional se relaciona com a ideia de democracia cooperativa na medida em que um sentimento jurídico-constitucional positivo, de pertencimento, parece ser a própria condição para a cooperação.

Primeiramente, convém observar a incompletude de um estudo meramente jurídico sobre qualquer tema que se desenvolva acerca de sentimentos. Isto por que o sentimento tem característica inconstante e incalculável, segundo a teoria tradicional, e pareceria se distanciar, assim, do conhecimento (VERDÚ, 1985, p. 48-49). Feita esta observação, faz-se necessário buscar uma definição para o *sentir*.

Afirma-se que “sentir é estar implicado em algo” (VERDÚ, 1985, p. 50-51), no caso do sentimento jurídico, implicado na ordem jurídica vigente. Desta forma, um sentimento jurídico diz respeito ao que é o direito, ao que deveria ser e à atitude diante do direito existente.

Destaca-se que falar de sentimento jurídico, antes de adentrar o sentimento constitucional propriamente considerado serve à melhor elucidação do assunto, uma vez que os dois elementos se relacionam, sendo peculiaridade deste último o fato de referir-se aos aspectos mais fundamentais da convivência. De acordo com Verdú (1985, p. 50):

[...] o sentimento jurídico supõe a implicação com o ordenamento jurídico e com a idéia de justiça que o inspira e ilumina. Sentir juridicamente é implicar-se com o Direito vigente, com o todo ou parte dele, dando-lhe apoio. Às vezes, a não-implicação indica que se prefere um distinto, o anterior ou outro melhor; aparece, assim, o *ressentimento jurídico*. Não nos implicamos porque nos parece arbitrário e imaginamos outro melhor e/ou mais justo. Desse modo, *o sentimento jurídico aparece como afeto mais ou menos intenso pelo justo equitativo na convivência*. Quando tal afeto versa sobre a ordem fundamental daquela convivência, temos o sentimento constitucional³. (Grifo do autor) (Tradução livre)

³ No original: En este orden de cosas el sentimiento jurídico supone la implicación con el ordenamiento jurídico y con la idea de la justicia que le inspira e ilumina. Sentir jurídicamente es implicarse con el derecho vigente, con todo o parte de él, apoyándolo. El no implicarse indica, a veces, que se prefiere otro distinto, el anterior u otro mejor, aparece, así, el resentimiento jurídico. No nos implicamos porque nos parece arbitrario e imaginamos otro mejor y/o más justo. De este modo, *el sentimiento jurídico aparece como afección, más o menos intensa, por lo justo y equitativo en la convivencia* y cuando tal afección versa sobre el orden fundamental de aquella convivencia tenemos el *sentimiento constitucional*.

Neste ponto, insta pôr em relevo este aspecto diferencial do sentimento constitucional: sua fundamentalidade. O sentimento constitucional direciona-se, portanto, aos direitos essenciais e às diretrizes basilares que moldam a ordem constitucional vigente e que devem suscitar o respeito de todos. Havendo maior repulsa e discordância que empatia e acordo circundando esses elementos, fragmentam-se a ordem vigente. Isso porque, tal qual o sentimento jurídico, o sentimento constitucional também – e até mais fundamentalmente – implica um conteúdo ético. De forma bastante lúcida, assevera Verdú (1985, p. 52-53):

[...] o sentimento jurídico brota de uma comoção da alma que, normalmente, contém momentos de prazer e de desgosto. No primeiro caso, após racionalizar-se, tende a aderir ou a harmonizar-se com o ordenamento vigente e, portanto, a respeitá-lo; e no segundo, impulsiona a afastar-se dele em virtude do desgosto por ele proporcionado, seja pela injúria que faz ao afetado ou a seus próximos (efeito de simpatia) seja porque se considera [...] que ele é injusto se comparado ao ordenamento jurídico ideal imaginado e/ou querido.⁴

Neste sentido, nota-se que a percepção do ordenamento no qual se está implicado, gera a racionalização, ou seja, a reflexão sobre o que o ordenamento dispõe. Esta reflexão faz suscitar, de regra, dois tipos de sentimento que se aproximam do prazer ou do desgosto. Quando da aceitação do ordenamento, por se entender haver nele um senso de justiça e equidade compatível com aquele imaginado, há satisfação e um sentimento de pertencimento a este ordenamento. Porém, ocorrendo o oposto disto, quando as normas refletidas não condizem com o ideal moral e normativo esperado, o ordenamento suscita o desgosto, contrapondo a este um ordenamento mais justo imaginado.

A sensibilidade jurídico-constitucional, portanto, é uma atividade que produz tanto sentimentos jurídicos positivos, a gerar a satisfação, quanto o sentimento jurídico negativo. Importante lembrar que do ponto de vista democrático, traduz-se em evento infausto o efeito de um ressentimento jurídico. Este ressentimento jurídico ou sentimento jurídico negativo se imiscui no “masoquismo e/ou a inveja, o que

⁴ No original: Por consiguiente, el sentimiento jurídico brota de una moción del alma que, por lo regular, contiene momentos de placer y de disgusto que en el primer caso tienden, racionalizándose, a adherirse, o a armonizar con el ordenamiento vigente y, por tanto, a respetarlo, y en el segundo impulsan a apartarse de él por el disgusto que depara, sea por la injuria que hace al afectado o a los prójimos (efecto de simpatía), sea porque se considera – y aquí reaparece el elemento intelectual – que es injusto respecto al ordenamiento jurídico ideal imaginado y/o querido.

implica, quando neles se incorre, o fechamento das possibilidades renovadoras deste sentimento jurídico negativo, possibilidades voltadas para reorganizar, substituir ou subverter o ordenamento”⁵ (VERDÚ, 1985, p. 59). Perde-se, portanto, forte impulso da democracia, relacionado às posições contrárias que impõem à maioria a necessidade de justificar as razões de determinada decisão. Isto porque se submerge, quando o ressentimento jurídico alcança graves proporções, o próprio sentimento de pertencimento, necessário para a cooperação democrática.

Este modo de existência harmônico no qual “os homens sentem que a individualidade e o grupo humano se conciliam” (VERDÚ, 1985, p. 60) é possível graças a este sentimento comum aos indivíduos.

Dentro do grupo social existe a solidariedade, laços inter-humanos, relações que configuram o conjunto. Estes vínculos têm existência objetiva, que se evidencia quando o Direito os disciplina de sorte que sua violação possa castigar-se. Mas em cada homem vive o sentimento da solidariedade, que nem sempre é conscientemente detalhado, pois muitas vezes é mais um vago sentimento de solidariedade global.

Além da solidariedade, dá-se uma cooperação entre os membros do grupo em relação a um fim comum e ao próprio sentimento cooperativo. (VERDÚ, 1985, p. 61)

Parece culminante, neste ponto, a evidente conexão entre as ideias de Verdú e de Souza Neto, que se complementam. Este sentimento cooperativo a qual faz referência o professor espanhol se faz possível somente se são respeitados os direitos, indiscriminadamente, não havendo intervenção (injustificada) do Estado e de qualquer pessoa na persecução do projeto de vida individual. Esta ideia de condições para a cooperação, portanto, “deve abarcar também aqueles requisitos que tornam possíveis a 'cooperação social' por um longo espaço de tempo em uma sociedade plural e democrática” (SOUZA NETO, 2006a, p. 159), ou seja, os direitos fundamentais.

Diz-se em um longo espaço de tempo porque não se pretende amarrar gerações futuras ao determinismo e não se ignora também a contingência da previsão constituinte. O poder constituinte, a despeito de suas formalidades jurídicas, deve, de fato, concretizar o “desejo sentido por uma comunidade de ter e

⁵ No original: [...] el sentimiento jurídico negativo o resentimiento jurídico linda con el masoquismo y/o la envidia, lo que implica, cuando se incurre en ellos, cerrar las posibilidades renovadoras de este sentimiento jurídico negativo encaminadas a refundar, sustituir o subvertir el ordenamiento.

estar-em Constituição” (VERDÚ, 1985, p. 68, tradução livre). O que se quer dizer aqui, é que a própria Constituição, sempre pensada em seu aspecto técnico e político-jurídico, só possui realmente seu conceito completo quando sua leitura teórica se une a uma compreensão emocional por meio do sentimento conexo ao conceito. Verdú (1985, p. 70) salienta a necessidade de que a sociedade adira à Constituição, “sentindo-a como coisa própria”⁶ (tradução livre).

Existem forças centrípetas e centrífugas na sociedade, empurrando os indivíduos tanto para o reforço dos laços comunais, quanto para sua individualização. Certas tendências influenciam nestas forças, estando entre elas a obediência e o individualismo, o interesse e a simpatia.

Dentro desta última tendência aparecem os influxos que brotam não do cálculo e do desejo de ganância, senão da emoção e do sentimento. O sentido comunitário, tanto de crenças, como de convicção intelectual, afeição ou aversão a pessoas ou coisas; o reconhecimento de antepassados comuns, o uso de uma língua comum, o desfrute de uma mesma literatura e podem atuar centrípeta ou centrífugamente. Esta simpatia configura o sentimento de nacionalidade.⁷ (VERDÚ, 1985, p. 74) (tradução livre)

A antipatia a determinados indivíduos não fundada em razões válidas, mas em mero preconceito, como são provas as discriminações em virtude de gênero, cor e orientação sexual, acaba por desterrar os indivíduos discriminados e os que com ele se solidarizam, afastando destes o sentimento de nacionalidade que deve perpassar todo cidadão para um exercício democrático acertado.

O objetivo de uma constituição é maximizar o sentimento de nacionalidade e favorecer, assim, a força centrípeta, para que aquela sociedade mantenha-se coesa. Neste ponto, exerce um profundo impacto o papel da democracia, que permite seja realizado, por um processo decisório legítimo (se devidamente executado), o autogoverno do povo. As regras do jogo democrático se alicerçam sobre os direitos fundamentais. Desta forma, toda constituição, necessariamente democrática, deve

⁶ No original: La enseñanza del derecho constitucional no se agota en la explicación de sus evidentes y necesarias conexiones lógicas y técnicas, requiere, además, que se insista en la necesidad de que la sociedad se adhiera a aquélla, sintiéndola como cosa propia.

⁷ No original: Dentro de esta última tendencia aparecen los influjos que brotan no del cálculo y del deseo de ganancia, sino de la emoción y del sentimiento. el sentido comunitario, tanto de creencias como de convicción intelectual, afección o aversión a personas o cosas; el reconocimiento de antepasados comunes, el uso de una lengua común, el disfrute de una misma literatura y pueden actuar centrípeta o centrífugamente.

zelar pela proteção do princípio da dignidade da pessoa humana e de todos os direitos fundamentais, não tanto por idealização humanística, mas devido à própria exigência democrática para uma convivência harmoniosa.

Por este motivo, o STF, em sede de julgamento conjunto da ADI 4.277 e ADPF 132 (STF, 2011), pode respaldar sua decisão de legitimidade democrática quando reconheceu uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, garantindo a equiparação das uniões homoafetivas às uniões heterossexuais, em maio de 2011.

A atuação de um tribunal constitucional na preservação dos direitos fundamentais pode se contrapor à maioria, porque aqueles são imprescindíveis ao exercício democrático. A jurisdição constitucional contra majoritária (ZURN, 2007, p. 3) não é *per se* ilegítima, quando atende à urgência de defesa de direitos fundamentais. A maioria já se mostrou, por muitas vezes na história, incapaz de respeitar o direito fundamental de minorias, e o ainda recente holocausto constitui prova irrefutável e contumaz na memória de todos.

Se o estado de direito é condição da democracia, não há verdadeira democracia sem respeito, p. ex., aos direitos fundamentais, razão pela qual, quando as cortes constitucionais os concretizam contra a vontade da maioria ou diante da sua inércia, não estão violando o princípio democrático, mas estabelecendo o contexto para sua plena realização. (SOUZA NETO, 2008, p. 98)

Os direitos fundamentais e a democracia, por assim dizer, alimentam-se mutuamente. Os direitos fundamentais possibilitam a realização da democracia, que por sua vez, reafirma e amplia o quadro dos direitos fundamentais.

Faz-se oportuno transcrever aqui as palavras do Ministro Ayres Britto (2003, p. 216-217) sobre a necessidade de reconhecimento das diferenças para a preservação do pluralismo, crucial à democracia:

Se a vida em sociedade é uma vida plural, pois o fato é que *ninguém é cópia fiel de ninguém*, então que esse pluralismo do mais largo espectro seja plenamente aceito. Mais até que plenamente aceito, que ele seja cabalmente experimentado e proclamado como valor absoluto. E nisso é que se exprime o núcleo de uma sociedade fraterna, pois uma das maiores violências que se pode cometer contra os seres humanos é negar suas individualizadas preferências estéticas, ideológicas, profissionais, religiosas, partidárias, geográficas, sexuais, culinárias, etc.

As restrições injustificadas a direitos fundamentais afetam não somente ao gozo destes – consequência imediata –, mas ao próprio exercício democrático – consequência mediata –, uma vez que ocasiona, quase sempre, um sentimento constitucional negativo e, por consequência, grave abalo na cooperação social.

4. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

Antes de adentrar o estudo sobre o impacto da homofobia na democracia e o que ela representa na teoria dos direitos fundamentais, é necessário delinear um conceito do termo homofobia sobre o qual possam repousar estas análises.

Homofobia é o termo geralmente utilizado para descrever uma atitude de hostilidade contra homossexuais, tanto homens quanto mulheres. Divergindo apenas quanto ao motivo, a homofobia se insere dentro do quadro dos principais preconceitos atuais, como o antissemitismo, o racismo e o sexismo. No entanto, ela é a forma de discriminação sobre a qual menos debates se realizam, conforme nos relata Roger R. Rios (2009, p. 53):

Dentre tais expressões discriminatórias, a homofobia é aquela menos discutida e a mais controversa. Isto se constata pela discrepância entre a bibliografia e as políticas públicas desenvolvidas a partir de cada um destes temas, sem esquecer a relativa leniência diante de manifestações homofóbicas, se comparadas, por exemplo, às reações diante do racismo ou do sexismo.

Assim, deve-se destacar a importância dos debates sobre o tema no contexto atual, carente de discussões mais abertas e esclarecedoras acerca do assunto. O próprio conceito de homofobia é ainda conturbado e precisa ser definitivamente acertado. Aqui, conforme já esboçado, compartilha-se do conceito apresentado por Daniel Borillo (2010, p. 13-14):

Do mesmo modo que a xenofobia, o racismo ou o antissemitismo, a homofobia é uma manifestação arbitrária que consiste em designar o outro como contrário, inferior ou anormal; por sua diferença irreduzível, ele é posicionado a distância, fora do universo comum dos humanos. *Crime abominável, amor vergonhoso, gosto depravado, costume infame, paixão ignominiosa, pecado contra a natureza, vício de Sodoma* – outras tantas designações que, durante vários séculos, serviram para qualificar o desejo e as relações sexuais ou afetivas entre pessoas do mesmo sexo. [...] À

semelhança do negro, do judeu ou de qualquer estrangeiro, o homossexual é sempre o outro, o diferente, aquele com quem é impensável qualquer identificação.

Deste modo, a orientação sexual que se distinga da herança androcêntrica e do meio heterossexista – conceituado a seguir – é considerada, quando não uma perversão sexual, uma sexualidade inacabada ou secundária.

Existem duas dimensões para o problema da homofobia. A primeira é a dimensão pessoal, que ataca a individualidade do homossexual por meio da rejeição afetiva pelos membros da sociedade. A segunda é a dimensão social, que tem natureza cognitiva, e tem por objeto de rejeição não o homossexual como indivíduo, mas a própria homossexualidade enquanto fenômeno social e psicológico, construindo sua subalternidade (BORILLO, 2010, p. 22) até mesmo como produção científica. Analisando aspectos terminológicos, Borillo compara a discriminação homofóbica ao racismo e ao sexismo:

A ideologia que preconiza a superioridade da raça branca é designada sob o termo de “racismo”; a que promove a superioridade de um gênero em relação ao outro se chama “sexismo”. O antissemitismo designa a opinião que justifica a inferiorização dos judeus, enquanto a xenofobia refere-se à antipatia diante dos estrangeiros. Portanto, em função do sexo, da cor da pele, da filiação religiosa ou da origem étnica é que se instaura, tradicionalmente, um dispositivo intelectual e político de discriminação. O sistema a partir do qual uma sociedade organiza um tratamento segregacionista segundo a orientação sexual pode ser designado sob o termo geral de “heterossexismo”. Esse sistema e a homofobia – compreendida como a consequência psicológica de uma representação social que, pelo fato de outorgar o monopólio da normalidade à heterossexualidade, fomenta o desdém em relação àquelas e àqueles que se afastam do modelo de referência – constituem as duas faces da mesma intolerância e, por conseguinte, merecem ser denunciados com o mesmo rigor utilizado contra o racismo ou o antissemitismo. (BORILLO, 2010, p. 23)

Quando o tratamento dispensado a determinados indivíduos é desigual e não há justificativa válida, tal tratamento deve ser vedado para proteger o direito de tais indivíduos. Preconceitos, enquanto “percepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados” e “representações sociais conectadas a tais percepções” (RIOS, 2009, p. 54) não são, obviamente, justificativas para tratamento desigual. O preconceito é, portanto, um fenômeno único, mas com diversas formas de manifestações: racial, sexual, religiosa étnica etc. (RIOS, 2009, p. 56). O preconceito quando se materializa socialmente se

transforma em discriminação, que tendo por alvo os homossexuais, difunde-se como homofobia.

Na ideologia e no sistema heterossexistas, mais do que uma questão de preferência ou orientação sexuais, o binômio heterossexualidade/homossexualidade é critério distintivo para o reconhecimento da dignidade dos sujeitos e para a distribuição dos benefícios sociais, políticos e econômicos. Isto porque o pertencimento a grupos inferiorizados implica a restrição, quando não a supressão completa e arbitrária de direitos e de oportunidades, seja por razões jurídico-formais, seja pelo puro e simples exercício da força física bruta ou em virtude dos efeitos simbólicos das representações sociais. Exemplos destas situações são, respectivamente, a impossibilidade jurídica do acesso de homossexuais a certos institutos jurídicos, como o casamento civil, e o elevado número de agressões físicas e verbais experimentadas por eles/elas.

Não é preciso grande esforço hermenêutico para perceber que, a partir do texto constitucional, especificamente no artigo 5º, resta óbvio que o pacto sociopolítico nacional veda qualquer forma de distinção discriminatória. Tal fato, no entanto, choca-se com a realidade social, em que centenas de jovens são largamente discriminados, indo do ataque verbal casual à perseguição e aos homicídios. Centenas de jovens são assassinados todos os anos (GGB, 2008) em decorrência da homofobia. E estes números são, certamente, muito menores que o real, pois relatam apenas o que se faz visível, em decorrência da natureza do próprio tema, que insiste em não ser divulgado.

Para além das estatísticas policiais, existe um número incalculável de injúrias sendo praticadas diuturnamente contra os homossexuais. A “nomeação” produz uma conscientização de si mesmo como um 'outro' que os outros transformam em 'objeto’” (ERIBON, 2008, p. 28). Esta representa um elemento estrutural na questão da homofobia, uma vez que auxilia na reprodução dos preconceitos e na perpetuação do heterossexismo.

A injúria não é apenas uma fala que descreve. Ela não se contenta em me anunciar o que sou. Se alguém me xinga de "viado nojento" (ou "negro nojento" ou "judeu nojento"), ou até, simplesmente de "viado" ("negro" ou "judeu"), ele não procura me comunicar uma informação sobre mim mesmo. Aquele que lança a injúria me faz saber que tem domínio sobre mim, que estou em poder dele. E esse poder é primeiramente o de me ferir. De marcar a minha consciência com essa ferida ao inscrever a vergonha no mais fundo da minha mente. Essa consciência ferida, envergonhada de si mesma, torna-se um elemento constitutivo da minha personalidade. [...] A

injúria produz efeitos profundos na consciência de um indivíduo pelo que ela diz a ele: "Eu te assimilo a", "Eu te reduzo a".

A injúria é um enunciado performativo: ela tem por função produzir efeitos e principalmente instituir, ou perpetuar o corte entre os "normais" e aqueles [...] "estigmatizados". (ERIBON, 2008, p. 28-29)

Resta claro que existe, em virtude destes fatos, uma afronta à vontade expressa na Constituição, principalmente quando se espera que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" (BRASIL, 2011, p. 22), conforme prevê o artigo 5º, XLI.

Maria Berenice Dias (2011, p. 260) elenca mais de vinte projetos de lei que visam reconhecer os homossexuais e vedar a discriminação que são constantemente arquivados e desarquivados, sem nunca alcançar o *status* legal. Não há, pelo Estado, a produção de "respostas jurídicas (repressão, reparação e prevenção da discriminação)" (RIOS, 2009, p. 67) à altura da gravidade dos fatos.

Em virtude da visível opressão e segregação sofrida por um grupo de indivíduos em razão de sua orientação sexual, constituindo, portanto, discriminação injustificada, impõe-se ao Estado brasileiro legislar para criminalizar as condutas discriminatórias, tal qual se operou com o racismo – preconceito de raça ou de cor (Lei 7.716, de 1989). Tal imposição é decorrência do dever de proteção do Estado, que deve resguardar os direitos fundamentais desses indivíduos, incluindo sua liberdade de expressão (afetiva), intimidade, liberdade sexual, autonomia e a isonomia quando diante de indivíduos heterossexuais. A inexistência de previsão legal que coíba práticas homofóbicas parece contribuir para a reprodução e perpetuação destas. Reitera-se que, uma vez recorrente o atentado a direitos fundamentais de um grupo de indivíduos, por prática discriminatória, obriga-se o Estado a assegurar sejam protegidos tais direitos fundamentais.

O Estado está obrigado não apenas a se abster de certas ações que violariam os direitos fundamentais. Ele também está obrigado a agir quando os bens protegidos pelos direitos fundamentais estejam ameaçados por agentes privados. [...]

Assim como o dever de respeitar os direitos fundamentais, o dever de protegê-los vincula todos os ramos do governo. Entretanto, o principal caminho da função protetiva se dá através da legislação. Os demais órgãos têm uma função subsidiária. A principal razão para isso é que os perigos e riscos contra os quais o Estado está obrigado a proteger os cidadãos emergem de atores privados que gozam, eles mesmos, da proteção dos direitos fundamentais. Dessa forma, o cumprimento do dever de proteção requer, frequentemente, uma limitação de certas liberdades [...] no interesse de outras liberdades [...]. Ainda assim, o propósito é aumentar a liberdade

geral na sociedade e fazê-la real para todos os detentores de direitos fundamentais. Vista a questão por esse ângulo, o que aparente ser uma restrição para um grupo de pessoas pode ser uma libertação para outro grupo. (GRIMM, 2007, p. 159-160)

Por óbvio, o enfrentamento desta questão deve se fazer no espaço democrático, a fim de que seja ponderado o limite da restrição das liberdades alheias que garantirão a liberdade dos indivíduos ameaçados. Ou seja, deve haver, por exemplo, limitação na liberdade de expressão, uma vez que não poderiam ser proferidas expressões discriminatórias.

Inegável o proveito de um estudo mais aprofundado sobre a restrição de direitos e a ponderação entre direitos fundamentais propriamente ditas, notadamente relativos a este caso. No entanto, como tais não configuram a proposta deste trabalho, é suficiente entender os limites possíveis neste caso tal qual previsto na Lei 7.716/89.

O que se pretende não é um considerável cerceamento da liberdade de expressão de indivíduos que não se solidarizam com a liberdade dos homossexuais, tal qual às vezes é difundido, mas a simples inibição de condutas discriminatórias. Não se trata de “mordaza gay” (O DIA, 2010), como foi apelidado, por exemplo, o Projeto de Lei 122, de 2006, da mesma forma que a Lei 7.716/89 não representou uma mordaza negra. Tratou-se de simples garantia do direito a não discriminação.

O sentido e os contornos do conteúdo da discriminação deve se pautar pelas convenções internacionais já ratificadas pelo Brasil como é o caso da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Tais possuem o conceito de discriminação bastante semelhante, que devem ser aqui aproveitados. Reproduz-se aqui excerto do primeiro acordo citado:

toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural, ou em qualquer outro campo da vida pública. (ONU, 1965, p. 496)

Impõe-se, nestes moldes, a criminalização da homofobia. Sabe-se, todavia que a normatividade não irá resolver isoladamente o problema, uma vez que este é uma realidade social e não apenas (silêncio) jurídico. Mas o reconhecimento da

violação a direitos fundamentais baseados na discriminação por orientação sexual já “encerra espaço simbólico” (FACHIN; FACHIN, 2011) considerável. Ademais, seria um grande impulso de inclusão daqueles que não veem justiça no ordenamento, por enxergar a relação entre a violência homofóbica contumaz e a falta de leis penais sobre o assunto como um fato concreto antijurídico. Afinal, o sentimento jurídico apresenta-se espontaneamente sobre ações, decisões e normas concretas e “se desenvolve como reação, como força impulsora ao direito justo, ou como repulsa ao que se sente como antijurídico ou não direito” (VERDÚ, 1985, p. 55).

O fato é que se “a Constituição estabelece determinada obrigação, parece difícil dizer que o legislador está, apesar disso, livre para escolher entre cumpri-la ou não” (GRIMM, 2007, p. 164). Esta suposta discricionariedade acarreta exatamente o distanciamento daqueles que são prejudicados pelo silêncio legal.

A criminalização da homofobia constitui passo essencial no sentido de manutenção da cooperação democrática, uma vez que o Estado afirmaria diante dos indivíduos discriminados o repúdio às condutas discriminatórias. Mais que condenar os transgressores, a legislação representaria a afirmação da identidade de um grupo de indivíduos que permanece à margem da sociedade, sentindo-se inferiorizado e gerando, assim, um sentimento jurídico negativo.

Neste sentido, toda interpretação deturpada da Constituição que restrinja os direitos fundamentais dos homossexuais, como a conhecida e vencida – dada a recente decisão do Supremo – leitura literal do artigo 226 da Constituição, que limita o reconhecimento como união estável a casais heterossexuais gera um ressentimento constitucional por parte daqueles que não veem a igualdade estabelecida e seus direitos protegidos. A referida interpretação só demonstra, afinal, que a hermenêutica constitucional, inúmeras vezes, resulta muito mais do sentimento constitucional que de técnica (VERDÚ, 1985, p. 106). Pontes de Miranda (*apud*, PIOVESAN, 2011, p. 111) já afirmava, acertadamente, que “a primeira condição para se interpretar proveitosamente uma lei é a simpatia. Com antipatia não se interpreta, ataca-se”.

A fim de entender como se opera a relação entre o sentimento constitucional e a cooperação, pode-se aproveitar, perfeitamente, o exemplo trazido por Souza Neto (2007) referente à liberdade religiosa para o presente caso:

Em um contexto de pluralismo, as pessoas só se sentem partícipes da comunidade política se tal comunidade trata suas opções religiosas como dignas de igual respeito. Apenas se a autonomia privada, para que cada um realize o seu projeto de vida, está garantida, a política, em um contexto de pluralismo, deixa de se reduzir a uma relação amigo-inimigo. Se a comunidade política não reconhece como digna de igual respeito à opção religiosa de um cidadão, este não tem motivos para se perceber como um participante cooperativo dessa comunidade. Não garantir a liberdade religiosa corresponde a negar a própria condição de pertencimento dos crentes.

A opção religiosa e a orientação sexual conformam a identidade do indivíduo que é capaz de se ver ou não como partícipe daquela comunidade, de acordo com seu sentimento jurídico-constitucional.

As identidades homossexuais mantêm-se instável ao mundo social à volta. “Um gay não acaba nunca com a necessidade de escolher a si mesmo diante da sociedade e do estigma” (ERIBON, 2008, p. 140). Ou poder-se-ia também dizer, sem perda de significado: escolher a si mesmo em detrimento da sociedade e do estigma. Vê-se, então, a necessidade constante dos indivíduos de rechaçar a coletividade para afirmar sua individualidade. É deste choque que nasce, na visão de Verdú, o ressentimento jurídico daquele grupo de indivíduos que não vê no ordenamento jurídico a proteção às agressões que enfrenta em razão de sua orientação sexual.

A permissividade do Estado a atos atentatórios à dignidade dos homossexuais, que consiste na transgressão de diversas dimensões de seus direitos, esvazia a cooperação democrática. Saliencia Verdú (2007, p. 99):

É preciso, portanto, que o Estado assuma o pluralismo social, fazendo com que a integração do indivíduo em tais quadros seja duradoura e proveitosa. Nesse sentido, a função do Estado de Direito consiste em ordenar a sociedade enquanto pluralidade, em acomodar os quadros sociais, em evitar os desequilíbrios sociais [...].

O que se pode observar, portanto, é o permanente estado de irrealização em plenitude do Estado Democrático constitucional brasileiro. Não obstante seja as desigualdades socioeconômicas aviltantes, a discriminação em decorrência da orientação sexual – que atravessa todas as classes – figura, certamente, como mais um grande empecilho à realização democrática, afrontando os direitos fundamentais de milhões de brasileiros, que não se veem, com frequência, como partícipes da coletividade.

A omissão do Estado em coibir tal prática, com fulcro mesmo na Constituição, acaba por aumentar, especialmente no grupo discriminado, o ressentimento jurídico, pela não aderência a um ordenamento que negligencia suas necessidades mais prementes e realização plena de sua identidade, reduzindo, assim, a cooperação fundamental para o processo democrático.

A criminalização da homofobia, portanto, não apenas goza de legitimidade, do ponto de vista democrático-deliberativo, por constituir proteção a direito fundamental, mas impõe atuação legislativa visando garantir uma proteção efetiva dos direitos fundamentais a todos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o Estado Democrático de Direito sendo constantemente disputado pela matriz liberal e democrática, surgem teorias democráticas que fazem preponderar um ou outro coração político. O modelo democrático deliberativo cooperativo busca harmonizar o que parece ser incompatível, afirmando ser possível a aliança entre o Estado de Direito e a democracia.

O respeito aos direitos fundamentais, neste sentido, é essencial não apenas por sua relevância *per se*, mas por seu impacto no processo democrático, uma vez que os direitos fundamentais figuram como requisitos para a cooperação democrática. Para que o exercício democrático ocorra de forma correta – livre e igualitária – é preciso haver igual respeito a todos os indivíduos, não apenas quanto à sua participação política, mas a todos os direitos fundamentais que importarão na sua aderência ou não à coletividade.

Neste prisma, entra em cena a ideia de sensibilidade jurídico-constitucional, sabiamente estudada por Verdú, que se relaciona de forma íntima com a ideia de cooperação. Havendo ressentimento jurídico, não há cooperação democrática. Ou seja, a transgressão por parte do Estado a direitos fundamentais, por ação ou omissão – em decorrência do dever de proteção – surge um desgosto por parte daqueles que veem seus direitos violados.

Desta forma, a ausência de leis que criminalizem as condutas homofóbicas, ante uma realidade social em que elas se fazem presentes constante e violentamente, acaba por gerar nos indivíduos atingidos e naqueles que com eles se solidarizam, uma emoção negativa diante do ordenamento jurídico omissivo.

Este ressentimento, uma vez que diz respeito à realização plena do projeto de vida individual de milhões de indivíduos, em virtude da negligência ao ataque a seus direitos, afeta diretamente a convivência harmoniosa e pode, portanto, ser considerado um ressentimento constitucional.

O ressentimento constitucional, de forma ainda mais grave que o ressentimento jurídico, prejudica a cooperação social imprescindível à realização da democracia. Por esta razão, o silêncio da legislação brasileira quanto à homofobia não apenas acaba por deixar impunes inúmeras condutas transgressoras à liberdade e igualdade dos indivíduos, como permite a massiva reprodução de uma ideologia heterossexista e, por consequência, acaçapa o exercício democrático.

A criminalização da homofobia, conquanto comporte inúmeros – e necessários – debates quanto à extensão de sua tipificação, principalmente diante da existência de doutrinas religiosas que proíbem a homossexualidade, faz-se, certamente, imperiosa num verdadeiro Estado Democrático de Direito. O Brasil, com seus elevados índices de crimes violentos contra homossexuais deixa evidente a urgência de se acolher no seio da coletividade nacional estes indivíduos que, inferiorizados, não se veem no ordenamento jurídico e podem abster-se da cooperação social para a realização da democracia.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. III.

BORILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Tradução de Guilherme J. de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 15. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CANOTILHO, J. Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DE PAULA, Rodrigo Francisco. **Liberdade e discriminação no domínio privado: reflexões sobre as escolhas de tratamento discriminatórias nas relações privadas**. 2010. 160f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Faculdades Integradas de Vitória. Vitória, 2010.

MOLICA, Fernando. Vice diz que Serra vai ser contra direitos dos gays. **O Dia – Online**. Rio de Janeiro, 07 out. 2010. Disponível em: <http://odia.terra.com.br/portal/brasil/eleicoes2010/html/2010/10/vice_diz_que_serra_vai_ser_contra_direitos_dos_gays_115311.html>. Acesso em: 04 jul. 2011.

DIAS, Maria Berenice. Rumo a um novo ramo do direito. *In*: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: RT, 2011. p. 249-263.

ERIBON, Didier. **Reflexões sobre a questão gay**. Tradução de Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia Freud, 2008.

FACHIN, Luiz Edson; FACHIN, Melina Girardi. A proteção dos direitos humanos e a vedação à discriminação por orientação sexual. *In*: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: RT, 2011. p. 117-127.

GRUPO GAY DA BAHIA (GGB). **Homossexuais [GLBT] assassinados no Brasil**. 2008. Disponível em: <www.ggb.org.br/imagens/Tabelas_COMPLETAS_2008_-_assassinatos.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2011.

HABERMAS, Jürgen. Struggles for recognition in the Democratic Constitutional State. *In*: TAYLOR, Charles. **Multiculturalism: Examining the politics of Recognition**. ed. exp. Princeton: Princeton University Press, 1994. p. 107-148.

MIRANDA, Francisco C. Pontes de. 1953, *apud* PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Afinal: quem é o estado? Por uma Teoria (possível) do/para o Estado Constitucional. *In*: MORAIS, José Luis Bolzan de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 151-175.

_____. Constituição ou barbárie: perspectivas constitucionais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 11-24.

NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven: Yale University Press, 1996.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. 1965. *In*: MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). **Coletânea de Direito Internacional**. 2. ed. amp. São Paulo: RT, 2004. p. 495-504.

_____. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. 1979. *In*: MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). **Coletânea de Direito Internacional**. 2. ed. amp. São Paulo: RT, 2004. p. 504-512.

RICHE, Flávio Elias. Revisitando a deliberação pública. *In*: VIEIRA, José Ribas (Org.). **Temas de constitucionalismo e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 3-31.

RIOS, Roger Raupp. Homofobia na Perspectiva dos Direitos Humanos e no Contexto dos Estudos sobre Preconceito e Discriminação. *In*: JUNQUEIRA, Rogério Diniz (Org.). **Diversidade Sexual na Educação**: problematizações sobre a homofobia nas escolas. Brasília: Secad/MEC, UNESCO, 2009. (Coleção Educação para todos, v. 32), p. 53-83.

SOUZA NETO, Cláudio P. de. Os direitos fundamentais como condições para a cooperação na deliberação democrática. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, a. 35, n. 110, p. 97-112, jun. 2008.

_____. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006a.

_____. Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade. *In*: SOUZA NETO, Cláudio P. de *et al.* **Teoria da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 1-73.

_____. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte, a. 1, n. 1, jan. 2007.

TAVARES, André Ramos. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte, a. 1, n. 1, jan. 2007.

VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **El sentimiento constitucional**: aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política. Madri: Reus, 1985.

ZURN, Christopher F. **Deliberative democracy and the institutions of judicial review**. Nova Iorque: Cambridge, 2007.

Recebido em: 30/11/2011

Pareceres emitidos em: 03/04/2012 e 07/04/2012

Aceito para a publicação em: 01/06/2012