

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico
Evento: XX Jornada de Pesquisa

DIREITO, IDENTIDADE E GÊNERO: UMA DISCUSSÃO NECESSÁRIA¹

João Batista Monteiro Camargo², Lucimery Dal Medico³, Roberta Da Silva⁴, Denise Regina Quaresma Da Silva⁵.

¹ Texto elaborado em uma das disciplinas do Programa de Pós Graduação – Doutorado em Diversidade Cultural e Inclusão Social da Universidade FEEVALE.

² Doutorando em Diversidade Cultural e Inclusão Social – Bolsista PROSUP/CAPES. e-mail: camargojoao@hotmail.com

³ Doutoranda em Diversidade Cultural e Inclusão Social – Bolsista PROSUP/CAPES. e-mail: arquitetalucy@gmail.com

⁴ Doutoranda em Diversidade Cultural e Inclusão Social – Bolsista PROSUP/CAPES. e-mail: roberta.h.s._@hotmail.com

⁵ Doutora em Educação – Professora do PPG em Diversidade Cultural e Inclusão Social da Feevale – Orientadora. e-mail: denisequaresma@feevale.br

Introdução

O tratamento igual entre os cidadãos é um dos pilares do Estado Democrático de Direito brasileiro. Além da proteção constitucional, o reconhecimento da importância da equitatividade está inserido entre os direitos humanos e nas convenções e tratados internacionais em diversos graus de tratamento, privilegiando e incluindo minorias, como as mulheres, os autóctones, as raças, as culturas, os credos e as preferências sexuais. Inobstante o respaldo normativo, a prática da igualdade de tratamento encontra desafios, dentre os quais, a própria discussão intrínseca ao conceito do que seja um 'igual'. Quando são abordados gêneros, a lei brasileira tende a cristalizar uma definição de sujeitos voltada para a percepção biológica de homem e mulher, sem excluir variações, pois a sexualidade fática de cada indivíduo não está necessariamente condicionada ao corpo humano pré-existente e deixa a desejar colocando indivíduos à margem sem estarem protegidos e amparados pelo ordenamento jurídico. A Constituição Federal assegura como garantia fundamental a igualdade e dispõe como princípio fundamental promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação como todos bem sabemos e como previsto no Art. 5º, contudo, apesar da proteção tácita prevista, as violações de direitos em razão de questões associadas a discriminação de gênero são constantes e daí surge a relevância das pesquisas nessa órbita para que a partir de novas vozes velhas questões se resolvam. O objetivo do presente trabalho é uma análise inicial sobre a questão em busca de projetos e estudos mais avançados no futuro.

Metodologia

A partir da necessidade da elaboração da pesquisa, bem como das próprias características que permeiam o trabalho, torna-se necessário utilizar o método de estudo bibliográfico, recorrer ao uso

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico
Evento: XX Jornada de Pesquisa

de livros, revistas, artigos, além de pesquisas em bibliotecas virtuais, seguida de uma análise teórica, constituindo-se no núcleo central da pesquisa.

Resultados e discussão

Muitas normas infraconstitucionais visam acompanhar os princípios e garantias fundamentais previstos na Carta Magna, criando ordenamentos específicos aos direitos das mulheres, dos negros, dos índios, dos idosos, da criança, facilitando o modo de como lidar com cada situação concreta, porém quanto à diversidade sexual não existe norma específica, o que dificulta o entendimento de que a discriminação deve ser considerada intolerável pela sociedade.

Essa questão de normatizações específicas é bastante discutida no universo jurídico, uma corrente acredita que o ideal de justiça é esse, diferenciar os diferentes na medida de suas diferenças, mas por outro lado, uma segunda corrente, questiona-se há necessidade, como por exemplo a necessidade de previsão penal para a conduta homofóbica, uma vez que a ação violenta gerada por meio da homofobia já encontra tipificação genérica no Código Penal. Seja uma agressão física, uma ofensa à honra ou até mesmo um crime contra a vida, todas estas condutas são tipificados no código penal como ilícitos penais. Em havendo a previsão constitucional que todos são iguais perante a lei e sem distinções, haveria a presunção de que seria aplicável às questões de violência de gênero o já previsto na legislação criminal.

Se a resposta for sim, se entendermos que há necessidade na tipificação individualizada estaremos confirmando que o texto da Constituição Federal não se efetiva pois há a diferenciação dos indivíduos em razão de sua preferência e identidade sexual. Da mesma feita, se a resposta da questão anterior for não, como explicar a atual modificação no texto penal onde há previsão do feminicídio como agravante nos crimes contra a vida em casos de agressão intrafamiliar? Seria presumido então que dentro do estudo e do entendimento de gênero, não há o que se falar em problemáticas quanto ao binômio masculino-feminino desde que as relações tratem de homem versus mulher e que qualquer caso distante disso não pode ser reconhecido e nem objeto de tutela jurisdicional?

Sabe-se que o ordenamento jurídico penal vem crescendo de forma desenfreada, fruto de uma produção legislativa aparentemente irresponsável que estabelece punições penais conjuntas à criação de cada micro ordenamento como única forma de obediência à disposição legal, trazendo o medo da punição como única razão para o efetivo cumprimento da lei, alicerce da prevenção geral negativa, o que demanda uma instabilidade das garantias clássicas da dogmática penal dos fundamentos do direito estatal de punição.

A intervenção do Estado por meio de políticas públicas sem a criação da norma penal não tem se demonstrado capaz de controlar a violência por orientação sexual e ainda, ao que tudo indica, as instituições responsáveis pelo controle da violência podem não estar preparadas para receber a vítima, catalogar o incidente e reprimir o responsável pela prática homofóbica.

A relevância da discussão acerca das questões jurídicas atinentes à discriminação por orientação sexual na sociedade hodierna é latente, pois o tema da homossexualidade está em evidência por seu caráter contemporâneo que externa uma preocupação coletiva pelo politicamente correto, pelo

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico
Evento: XX Jornada de Pesquisa

sentimento de igualdade e justiça, o que por certo precisa ser acompanhado pela legislação, como podemos observar nos ensinamentos de RIOS (2001, p. 26):

Discutir a discriminação por orientação sexual é cuidar exatamente disso: em que situações a existência de distintos regimes jurídicos justifica-se pela identidade atribuída a alguém em virtude da direção de seu desejo e/ou condutas sexuais, seja para outra pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade) ou de ambos os sexos (bissexualidade).

A problemática da discriminação vai muito além da igualdade no sentido amplo, pois por diversas vezes é necessário exatamente discriminar para garantir a isonomia de direitos.

No caso do tema em questão, a discriminação em ordenamento penal próprio no que se refere a uma classe de vítima específica é, em tese, um ato discriminatório. Porém, há que se analisar profundamente e distinguir que nem toda a discriminação é odiosa, conflitante com os preceitos constitucionais ou avessa ao anseio social contemporâneo.

Nesse diapasão, é possível concluir que para a garantia do princípio da isonomia é necessária também à atuação do estado no sentido de diferenciar os agentes causadores das condutas delituosas, bem como as vítimas potenciais do crime em questão, pois assim seria atendido o princípio da dignidade humana aliado ao ideal de igualdade, o que fica evidenciado pelos ensinamentos de (GALUPPO, 2002, pag.216):

A discriminação é compatível com a igualdade se não for, ela também, um fator de desigualdade injustificável racionalmente. E, mais que isso, a discriminação é fator que pode contribuir para a produção da igualdade.

Ainda acerca do ponto principal da discriminação, pressuposto de onde surgem todas as consequências danosas como a intolerância, o ódio, a disparidade de condições, a marginalização, a criminalidade e a violência, faz-se necessário buscar um conceito de discriminação, através do qual se debate uma possível punição da motivação da prática delituosa.

Como anteriormente explanado, nem toda a discriminação é danosa, por vezes é inclusive indispensável para proporcionar a igualdade fortemente almejada pelo ideal democrático.

Assim, a conceituação de discriminação objeto de punição foi bem traduzida por CRUZ (2003, p.20):

Nesse sentido, entendemos a discriminação como toda e qualquer forma, meio, instrumento ou instituição de promoção da distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em critérios, como a raça. Cor da pele, descendência, origem nacional ou étnica, gênero, opção sexual, idade, religião, deficiência física, mental ou patogênica que tenha o propósito ou efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer atividade no âmbito da autonomia pública ou privada.

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico
Evento: XX Jornada de Pesquisa

A questão da valorização e perpetuação das garantias fundamentais previstas na Carta Magna, bem como os objetivos fundamentais do Estado tem o condão de preservação do sentimento da norma, tendo em vista a efemeridade das concepções, é provável que somente por meio de pressupostos inafastáveis seja possível garantir a ideia central da norma constitucional, como mandamento a partir do qual todas as demais legislações devem amoldar-se segundo a necessidade da sociedade, sendo essa mutável de acordo com os acontecimentos e situações atinentes à época.

Assim, preocupou-se o constituinte em indicar o rumo pelo qual os fundamentos do Estado deveriam seguir, não como uma questão meramente ideológica, mas como alicerce do dever do Estado para com o seu povo, conforme verificamos nos escritos de NAHAS (2008, p.89)

Entre os objetivos fundamentais da República estão a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia de desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais, e a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme o artigo terceiro. O art. 5º da Constituição garante, em seus setenta e sete incisos, os direitos e garantias fundamentais, especificamente os direitos e deveres individuais e coletivos. Destaca-se a igualdade plena entre todos, especialmente entre homens e mulheres, a legalidade, a liberdade de pensamento, de crença, de consciência e de expressão, a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, entre outros, alguns já conhecidos pela sociedade, outros conquistados durante a evolução social.

A diferença que antes discriminava pelo simples fato de ser diferença hoje pode seguir discriminando por ainda tratar a diferença do mesmo modo de outrora, ainda que sob uma pseudoperspectiva de inclusão, o que contrapõe as disposições constitucionais.

A dignidade da pessoa humana que vem a ser um valor moral e espiritual próprio da pessoa, do qual todo o ser é dotado e que é trazido como uma das máximas do Estado Democrático de Direito, precisa da valorização devida, pois abrange toda a diversidade de valores existente na sociedade e é necessário para sua evolução. Abrange assim, a qualidade intrínseca de cada ser e demonstra que estes são merecedores de respeito e consideração por parte do próprio Estado e da comunidade em geral. Ao ler RIOS (2005, p. 92) afirmamos esta ideia:

Deste modo, a valorização da dignidade da pessoa humana como elemento fundamental do Estado Democrático de Direito revela-se, simultaneamente, postulado da consciência geral no atual estágio do desenvolvimento histórico da humanidade e, particularmente, do ordenamento jurídico brasileiro, bem como dado normativo central para a compreensão e o equacionamento dos problemas jurídicos. Sendo assim, a afirmação da dignidade da pessoa humana no direito brasileiro tem o condão de repelir quaisquer providências, diretas ou indiretas, que esvaziem a força normativa desta noção fundamental, tanto pelo seu enriquecimento na motivação das atividades estatais (executivas, legislativas ou judiciárias), quanto pela sua pura e simples desconsideração.

Conclusão

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico

Evento: XX Jornada de Pesquisa

A discriminação pela questão de gênero vem, cada vez mais, tendo espaço na doutrina e jurisprudência, sendo evidentemente necessário tal fenômeno ser estudado com maior intensidade pelas diversas perspectivas e em especial pelo viés criminal, aliando as questões interdisciplinares que permeiam o assunto, tais como a sociologia, filosofia, antropologia, direitos humanos e constitucionais, traçando um perfil criminológico e político do problema a ser estudado e enfrentado.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Gênero; Igualdade de gênero.

Referências:

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismos de inclusão de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GALUPPO, Marcelo Campos. Igualdade e diferença. Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

NAHAS, Luciana Faísca. União homossexual: proteção constitucional. Curitiba: Juruá, 2008.

RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade no direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.