

Exmo. Sr. Dr. Ministro Celso de Mello do Egrégio Supremo Tribunal Federal

Processo: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO.) n. 26.
Impetrante: Partido Popular Socialista (PPS)
Impetrado: Congresso Nacional

GADvS – GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL, Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) inscrita no CNPJ sob o n.º 17.309.463/0001-32, que tem como finalidades institucionais a promoção dos direitos da população LGBTI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexuais) e o enfrentamento da homofobia e da transfobia (cf. estatuto social anexo), com sede na Rua da Abolição, n.º 167, São Paulo/SP, CEP 01319-030, e **ABGLT – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS**, pessoa jurídica de Direito Privado, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 00.442.235/0001-33, com sede na Avenida Marechal Floriano Peixoto, n.º 366, Cj. 43, Edifício Monte Carlo, Centro, Curitiba/PR, CEP n.º 80010-130 por seu advogado signatário (também diretor-presidente da associação), solicitar seu **ingresso na presente ação como AMICI CURIAE**, nos termos e fundamentos a seguir deduzidos.

1. Da Legitimidade das Peticionárias

O **GADvS – Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual**, organização não-governamental que tem abrangência nacional e tem entre seus objetivos promover os direitos da população LGBT e enfrentar a homofobia e a transfobia, tem pertinência temática para atuar na qualidade de *amicus curiae* neste processo, na medida em que a promoção dos direitos da população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, objeto desta ação, encontra-se entre os seus objetivos institucionais e em sua atuação cotidiana.

O **GADvS** já organizou e co-organizou seminários e cursos pró-direitos da população LGBTI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexuais) – **inclusive seminários sobre a criminalização da homofobia e da transfobia, um destes inclusive sobre o tema do Mandado de Injunção n.º 4733**, que veicula pedido idêntico ao da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26. Trata-se do seminário **“Aspectos Legais e Políticos da Criminalização da Homofobia”**, no dia 27.11.2012, na sede do Sindicato dos Advogados de São Paulo¹, também, portanto, tema objeto da presente ação.

Sem falar na coorganização da **“I Jornada de Direito Antidiscriminatório”**, nos dias 23 a 26.09.2011², na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), no qual se tratou dos temas da homofobia/transfobia, do machismo e da negrofobia.

Em 2014, o **GADvS** oficiou o Tribunal de Justiça Desportiva de São Paulo e o Superior Tribunal de **Justiça Desportiva** para coibir manifestações homofóbicas em jogos de futebol³, bem como, em parceria com a **ABGLT**, oficiou a **Comissão Nacional da Verdade** pleiteando um **recorte LGBT** no

¹ Cf. <http://www.gadvs.com.br/?p=1429> (último acesso em 21.12.2014).

² Cf. <http://www.dceusp.org.br/2011/08/primeira-jornada-direito-antidiscriminatorio/> (ultimo acesso em 04.07.14).

³ Para uma explicação do caso, vide entrevista concedida pelo advogado Paulo Iotti, atual diretor-presidente do **GADvS**, sobre as denúncias contra a homofobia no futebol (**“Corinthiano que denunciou clube por ofensas da torcida promete novas ações”**) em http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/09/140919_homofobia_futebol_corinthians_rm_r_b (último acesso em 21.12.14).

relatório final da referida comissão, pleito este felizmente atendido pela Comissão, **a qual, entre suas recomendações, pleiteou pela criminalização da homofobia e da transfobia**, no que a atuação do GADvS e da ABGLT mostrou-se relevante para tal fim (não obstante esforços anteriormente realizados por outras pessoas no mesmo sentido).

O **GADvS** organizou, ainda, os seminários **“Mudança de Sexo e Nome”**, ministrado pelo advogado signatário, como parte do curso “Direito e Diversidade Sexual”, nos dias 11, 18 e 25.06.2011⁴, e **“Aspectos Jurídicos e Sociais da Transexualidade e da Travestilidade”**, no dia 27.02.2012⁵, ambos no Sindicato dos Advogados de São Paulo (www.sasp.org.br). O **GADvS** foi um dos grupos que assinou o ofício à Procuradoria-Geral da República que gerou a propositura da **ADPF 291**, que visa declarar a não-recepção pela Constituição do crime de pederastia do Código Penal Militar (ou, ao menos, da expressão “homossexual ou não”, que tem um claro efeito discriminatório a homossexuais militares, como demonstrado naquela ação) – isso se constata pela menção aos signatários de tal ofício na petição inicial de dita ação.

Como se vê, trata-se de associação com constante atuação em prol do reconhecimento dos direitos da população LGBTI e do enfrentamento da homofobia e da transfobia, de sorte a justificar-se a sua admissão no presente feito como *amicus curiae*.

A Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT) é uma entidade de abrangência nacional, fundada em 1995, que atualmente congrega 308 organizações congêneres e tem como objetivo a defesa e promoção da cidadania desses segmentos da população. A ABGLT também é atuante internacionalmente e tem status consultivo junto ao Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas. A missão da ABGLT é promover ações em prol da cidadania e os direitos humanos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT),

⁴ Cf. http://www.gadvs.com.br/?page_id=699 (último acesso em 21.12.2014).

⁵ Cf. <http://www.sasp.org.br/noticias/38-notas-rapidas/244-aspectos-sociais-e-juridicos-da-transexualidade-e-da-travestilidade.html> e <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=38542&idPagina=3260> (último acesso em 04.12.14).

contribuindo para a construção de uma sociedade democrática, na qual nenhuma pessoa seja submetida a quaisquer formas de discriminação, coerção e violência, em razão de suas orientações sexuais e identidades de gênero. **Logo, trata-se de associação com inegável legitimidade para atuar como *amicus curiae* no presente feito.**

A ABGLT, cabe lembrar, já foi admitida como *amicus curiae* por esta Suprema Corte, no paradigmático julgamento da união estável homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277).

Ademais, imperioso destacar que **a ABGLT é a entidade autora do MI 4733, que veicula pedidos idênticos aos desta ADO 26**, fatos estes (deste parágrafo e do anterior) que reforçam sua legitimidade para atuar como *amicus curiae* no presente caso.

Assim, considerando que **o GADvS e a ABGLT lutam pela isonomia de direitos da população LGBT relativamente a *heterossexuais cisgêneros*** (aqueles que se identificam com o gênero socialmente atribuído a seu sexo biológico) **e que lutam pelo enfrentamento e pela criminalização da homofobia e da transfobia**, tem-se por legítimo seu pleito de ingresso neste feito, na qualidade de *amici curiae*, possibilitando-lhe a apresentação das razões a seguir deduzidas e a realização de sustentação oral neste julgamento, o que desde já se requer.

2. Da ADInO n. 26

O Diretório Nacional do Partido Popular Socialista (PPS) ajuizou a ADInO. n. 26 na qual pede a este Egrégio Tribunal que declare a omissão do Congresso Nacional em não legislar a respeito da criminalização da homofobia – ou, mais especificamente, de não aprovar projeto de lei que busca equiparar a homofobia àqueles crimes já previstos na lei 7716/89.

Segundo o autor, a “lei de racismo” (lei 7716/89) constitui uma lei geral contra todas as formas de discriminação – tanto é assim que não circunscreve o racismo apenas a raça e cor, mas estende a proteção contra outras formas de discriminação como a religião, por exemplo. Dessa forma, se sustenta a **tese** de que, seguindo-se a *ratio decidendi* fixada no paradigmático **HC. 82424**, **“Racismo é toda ideologia que pregue a**

superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro e a homofobia e a transfobia – espécies de racismo – implicam necessariamente na inferiorização da população LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras (que se identificam com o próprio gênero)”.

Ainda, que há um mandamento constitucional para que o Brasil puna todas as formas de discriminação (art. 3º, IV), incluídas aí as de conteúdo racista (art. 5º, XLII) e quaisquer que sejam atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI). Argumenta-se que, da forma como está hoje, já se reconheceu uma proteção especial contra violências decorrentes de cor, raça, procedência nacional e religião (na lei de racismo), violência doméstica (na lei Maria da Penha), menores (ECA), idosos (Estatuto do Idoso); contudo, vive-se um estado de “**proteção deficiente**”, pois que há uma outra minoria que é alvo de constantes violências de toda ordem que se encontra desprotegida de mecanismos eficazes de proteção das vítimas e punição dos agressores.

De outro lado, como trataremos abaixo, o peticionário lembra que **o Congresso Nacional se recusa a votar o PLC122/06 (e outros a ele anexados), deixando-o de tal forma que ele será agora arquivado em definitivo** – como trataremos abaixo.

É dizer, os partidos no Brasil não tomam partido! O Congresso Nacional não teve a coragem nem de aprovar e nem de rejeitar o PLC122/06, relegando para “nunca” um posicionamento sobre o tema, ou melhor, “decidindo não decidir”.

Por fim, **pede-se** a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente as ofensas individuais e coletivas, os homicídios, as agressões e as discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero – real ou suposta – da vítima. Sobre os desdobramos dos pedidos falaremos mais à frente.

3. Do Cabimento dos pedidos feitos na ADInO. n. 26

Procuraremos no presente mostrar que a Ação Proposta pelo PPS não apenas possui cabimento técnico-jurídico, mas, principalmente (e é sobre

isso que nos concentraremos), trata de tema de urgente tratamento pelo Estado Brasileiro, situação na qual **há uma omissão do Brasil que viola vários Documentos e Organismos Internacionais dos quais ele participa, além de ofender a Constituição de 1988 sobre a qual ele se assenta.**

A não previsão legal da punição da homofobia no Brasil constitui uma **violação direta dos ordenamentos constitucional e convencional**, não podendo o País alegar em sua defesa questões como “reserva legal” ou “silêncio eloquente”, uma vez que **há um comando não apenas objetivo/direto, mas também urgente quanto ao tratamento da questão da homofobia nos Estados Americanos.**

Pretendemos, assim: (I) Mostrar como a proteção à minoria LGBT ainda é um problema para os Estados Modernos; (II) Situar o Brasil no que toca à ausência de políticas efetivas para a promoção da minoria LGBT, mostrando o debate que se vem travando desde a constituinte que deu origem à Constituição de 1988 sem que, contudo, se tenha chegado a algum resultado no âmbito federal. Igualmente mostrar como a violência contra os LGBT é uma realidade no País e sobre a qual os órgãos instituídos não vêm dando a devida resposta; (III) Mostrar como o Pacto de San José e outros Documentos Internacionais apontam para a urgência de que os Estados Nacionais adotem políticas de proteção daquela minoria, o que vem sendo acatado por vários países mas que o Brasil se mantém inerte; (IV) por fim, mostrar que essa inércia do Legislativo federal brasileiro é o grande responsável pela incapacidade do Judiciário (e órgãos de polícia e Ministério Público) ter ações mais efetivas contra agressores, restando evidente a **omissão objetiva**, fundada nas obrigações impostas pela Constituição brasileira e por Documentos Internacionais, o que coloca o País em uma situação de desrespeito aos parâmetros de convencionalidade estabelecidos no Pacto de San José.

3.1. Da exclusão dos LGBT do meio do direito

Falar sobre proteção à minoria **LGBT**⁶ no Brasil envolve uma série de questões. Há que se tratar da violência, em suas mais variadas formas e intensidades; há que se tratar da discriminação que alimenta a violência – fundada em vários tipos de preconceitos, desde o sexismo⁷, passando por ideias como “normalidade de papéis de gênero”; e, por fim, a combinação das duas questões anteriores que é a afirmação/negação de direitos constitucionais a uma minoria da população, notadamente nos campos do direito de família (e sucessões) e do direito penal.

A partir final do século XIX a homossexualidade como fenômeno social começa a surgir em forma de uma questão e a ser discutida com graus crescentes de problematidade na arena pública. Desde os manifestos políticos liberais do alemão Karl-Heinrich Ulrichs nos anos 1860, até os organizados movimentos sociais de reivindicação de direitos e igualdade jurídica surgidos a partir da Segunda Guerra Mundial, os homossexuais passaram a se consolidar, em especial nas sociedades ocidentais de matriz europeia, como um grupo social específico. E sua história, por outro lado, se confunde com a ascensão de teorias eurocêntricas social-biológicas taxonômicas, que se valeram do cientificismo moderno para dar forma e caráter formal à homofobia que, então, passa a ser presente nas esferas jurídico-sociais em todo mundo europeizado até os dias de hoje. Como se pode ler em reportagem de maio de 2013, ao contrário do que pode fazer parecer o senso

⁶ LGBT: lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros (travestis e transexuais). Aqui não é considerada a diferença que é feita por alguns entre “minorias” e “grupos vulneráveis” (isto é, grupos que podem até ser compostos por número grande de pessoas, mas que sofrem discriminação, como mulheres, idosos e crianças), haja vista que, como mostra Élica Séguin, não se pode hoje mais falar em minorias tendo em vista apenas critérios étnicos, religiosos, linguísticos ou culturais. Dessa forma, conclui: “[n]a prática tanto os grupos vulneráveis quanto as minorias sofrem discriminação e são vítimas da intolerância, motivo que nos levou (...) a não nos atermos a diferença existente” (SÉGUIN, Élica. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 13).

⁷ “SEXISMO: atitude de discriminação fundamentada no sexo. Ex.: falocracia, machismo, misandria, misoginia são modalidades de sexismo” (MARTINS; Daniel Arruda; TOLENTINO, Leonardo; NOGUEIRA, Paulo H. *Sexismo, Homofobia e Instituição: um panorama da escola sexista*. Disponível em: <http://educacaoemhomofobia.files.wordpress.com/2009/03/sexismo-homofobia-e-instituicao-nuh-ufmg-paulo-daniel-leonardo.pdf>). Ver também: OLIVEIRA, Rosa M. R. de. *Isto é contra a natureza? Decisões e discursos sobre conjugalidades homoeróticas em tribunais brasileiros*. Florianópolis, Tese, Universidade Federal de Santa Catarina, 2009; e WELZER-LANG, Daniel. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia. *Revista Estudos Feministas*, vol. 9, n. 2, 2001, p. 460-482.

comum, a homofobia graças nas democracias europeias apontadas como desenvolvidas:

Dois terços dos gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros que vivem na União Europeia não ousam andar de mãos dadas na rua e 30% dizem já ter sido vítima de violência nos últimos cinco anos. Os resultados foram [...] integram uma pesquisa inédita da Agência de Direitos Fundamentais da União Europeia, a maior já realizada no continente. “O medo, o isolamento e a discriminação ainda são fenômenos corriqueiros nesta comunidade”, segundo o diretor Morten Kjaerum, que ressaltou que é necessário promover e proteger os direitos fundamentais. Cerca de 30% dos 93 mil participantes do estudo foram vítimas de violências e agressões nos últimos cinco anos. Entre eles, 30% dos 7 mil transexuais que disseram ter sido agredidos fisicamente ou ameaçados de violência mais de três vezes nos últimos 12 meses. Mesmo em países considerados mais tolerantes, muitos homossexuais se sentem vítimas de discriminação e são vítimas frequentes de agressões, principalmente verbais. Só na Holanda, por exemplo, 20% dos participantes do estudo afirmaram ter sido objeto de discriminações. Nesta categoria, a França se situa um ponto abaixo da média europeia, com 31%. Mas país, apesar da aprovação do casamento gay, atravessa um momento particularmente homofóbico, com os protestos contra o casamento gay e o número de agressões em alta, e cerca de 2 mil casos oficialmente registrados no ano passado. Durante o processo de aprovação da lei que autoriza a união civil e a adoção por casais homossexuais, diversas manifestações de grupos conservadores acabaram em quebra-quebra. De acordo com as associações, houve uma alta de 27% da violência contra os homossexuais no país (RFI, 2013).⁸

Tal problemática, no Brasil, começa a adquirir contornos mais definidos a partir dos anos 1960, quando surgem as primeiras demandas por reconhecimento desse grupo, que, de mesmo modo, passa aos poucos a formar uma identidade coletiva. A emergência dos homossexuais, que com

⁸ Tom Ambrose (*Heróis e Exílios: ícones gays através dos tempos*. Belo Horizonte, Gutenberg, 2011) retoma algumas histórias de perseguições a LGBTT na história europeia.

suas idiossincrasias vão fortemente de encontro aos valores e papeis tradicionais daquilo que a matriz europeia nomeia como homem, mulher e, principalmente, família, os *desloca* para o *não-lugar-político* de cidadãos demandantes.

No entanto, mais gravemente que nos Estados do norte, de matriz europeia – onde, como vimos, existe também marginalização dessa gente –, o Brasil parece ter deslocado os sujeitos nomeados como homossexuais para a massa da *não-gente*, uma vez que como transviados, não adaptados aos valores morais e psicológicos do *status quo* arquetípico, não exercem os requeridos papéis produtores de cidadania dentro da estrutura de poder material e simbólico subjacentes ao projeto de Estado nacional. Desse modo, para além da subalternização das subjetividades dos LGBT, verifica-se nos campos jurídico e social brasileiros o não reconhecimento da identidade social dessa gente como tal. O fenômeno da não integração como plenos sujeitos de direito se mostra de várias formas. Uma delas é a sistêmica derrota de suas demandas no sistema representativo uma vez que, na correlação de poder, nelas há pouco acúmulo de capital social e simbólico, o que se traduz, conseqüentemente, em fraco capital jurídico. Assim sendo, tais indivíduos carecem de representatividade e se localizam à margem da proteção jurídica posto que são somados aos *desqualificados cívicos* e, nessa condição de subcidadãos, suas reivindicações por inclusão e igualdade jurídicas são sistematicamente alçadas à condição de não-demandas.

Por outro lado, verifica-se que desde 1969, com o Canadá regulamentando as práticas sexuais não reprodutivas, até os dias atuais, dezesseis países já regulamentaram o casamento homossexual, incluindo os vizinhos Argentina e Uruguai (além de um número crescente de Estados-membro dos EUA); dezenas já responderam às demandas dos movimentos LGBT e reconheceram uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, como Colômbia, Equador e Uruguai, o que demonstra um lento, porém crescente acúmulo de capital social destes movimentos, mesmo em Estados sob a matriz uniformizadora de caráter moderno, como mostraremos abaixo.

3. II. Brasil – Ordem Democrática e Omissão Objetiva

O Brasil, por sua vez, a despeito de possuir a segunda maior rede de ONGs⁹ LGBT do mundo – a maior rede de militância deste segmento na América Latina (a ABGLT) – e a maior quantidade – tanto em números quanto em eventos – de marchas LGBT, apresenta o **desconcertante dado de não possuir nenhuma lei federal que contemple de forma geral e direta quaisquer das históricas reivindicações deste grupo vulnerável**, entre elas a regulamentação do casamento homoafetivo, a criação de políticas educacionais anti-homofobia e a equiparação da homofobia ao crime de racismo.

3.II.a. Inclusão da Orientação Sexual na Constituinte de 1987-1988

Desde a constituinte de 1987/88 as demandas em torno do reconhecimento jurídico dos sujeitos sexodiversos vêm sendo sistematicamente deslegitimadas como tais e o Congresso brasileiro tem se recusado a debater vários projetos de lei que, há décadas, estão em tramitação e, por fim, normalmente acabam por serem arquivados por falta de andamento.

A proposição de defesa dessas minorias tem como um marco a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, que pretendeu colocar a proteção em razão de orientação sexual como um dos “Objetivos Fundamentais” da República Federativa do Brasil. A inclusão da proteção contra discriminação por orientação sexual ao dispositivo constitucional que, mais tarde viria a estar prescrito no art. 3º, IV (“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: ... IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”), **esteve presente em pelo menos duas Comissões da Assembleia Nacional Constituinte¹⁰.** Os constituintes da Subcomissão

⁹ Sobre a ampliação da presença da sociedade civil na arena pública, ver Avritzer (AVRITZER, Leonardo. Sociedade Civil, Instituições Participativas e Representação: da autorização à legitimidade da ação. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, v. 50, n. 3, 2007, p. 443-464).

¹⁰ No **Anteprojeto da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, se dizia:** “Art. 1º. São direitos e garantias individuais: (...) III – a igualdade perante a lei; será punida como crime inafiançável qualquer tipo de discriminação; **ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de raça, sexo, cor, estado civil, idade, trabalho rural ou urbano, credo religioso, orientação sexual, convicção política ou filosófica, deficiência física ou mental ou condição social**”. O **Anteprojeto da Comissão da Ordem Social, o §1º do art. 2º prescrevia:** “Ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, etnia, raça, cor, sexo, trabalho, religião, orientação sexual, convicções

dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias chegaram a receber em sessão, João A. de Souza Mascarenhas, então Diretor de Comunicação Social da ONG Triângulo Rosa, que discursou sobre a importância de constar a expressão “**orientação sexual**”¹¹ na proteção contra discriminação¹². As várias e incessantes propostas de emenda ao texto¹³, a princípio rejeitadas, acabaram por prevalecer e retirar a expressão “orientação sexual” do Primeiro e do Segundo Substitutivos apresentados para votação em Plenário.

políticas ou filosóficas, deficiência física, sensorial ou mental e qualquer particularidade ou condição social”. Na Comissão de Sistematização, o art. 12 dispunha sobre os “direitos e liberdades individuais invioláveis”. O inciso III tratava da “Cidadania”, e, na alínea “f” se podia ler: “**ressalvada a compensação para igualar as oportunidades de acesso aos valores da vida e para reparar injustiças produzidas por discriminações não evitadas, ninguém será privilegiado ou prejudicado em razão de nascimento, etnia, raça, cor, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, natureza do trabalho, religião, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental, ou qualquer outra condição social ou individual**”. Na Comissão da Família, Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação, os constituintes Carlos Alberto (PTB-RN), Benedita da Silva (PT-RJ), Lídice da Mata (PC do B-BA) e Moema São Thiago (PDT-CE), apresentaram propostas de emenda (com algumas particularidades em cada proposta) nas quais se pedia a inclusão do seguinte dispositivo: “**DA COMUNICAÇÃO. Art. 45 – É vedada a propaganda de guerra ou veiculação de preconceitos de raça, cor, sexo, estado civil, trabalho rural ou urbano, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, idade, classe, deficiência física ou mental ou qualquer particularidade ou condição**” (sem grifos nos originais).

¹¹ Nos valem também de RIOS (RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, a. 38 n. 149 jan./mar. 2001, p. 281) para traçar os contornos da expressão “orientação sexual”: “a identidade atribuída a alguém em função 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)”.

¹² Nilse Gomes de Souza, Assessora Técnica do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, do Ministério da Justiça, perguntou ao palestrante: “Como V. S^a faria uma correlação entre as violências físicas e sexuais vividas pelas mulheres, nas relações domésticas ou públicas, e as vivenciadas pelos homossexuais no seu cotidiano, sendo tanto as mulheres, quanto os homossexuais vítimas de preconceitos e de discriminação de uma sociedade machista e patriarcal. O que deveria constar na Constituição para coibir essas violências”. Ao que Mascarenhas respondeu: “Acho que a própria pergunta já é uma resposta. Realmente, essas violências, (...) decorrem do machismo, o que é lamentável. No meu modo de entender, na Constituição, o que se pode fazer é o que estamos reivindicando, ou seja, discriminação em relação ao sexo, que já existe e muito certamente vai ser reiterada, com toda justiça, e também a proibição de discriminação por orientação sexual. Evidentemente esse é o primeiro passo, todos sabemos (...) que, se não fosse assim, não haveria no Brasil discriminação em relação ao negro, nem em relação à mulher”.

¹³ O constituinte Alcení Guerra, membro da Subcomissão dos Negros..., lembra, quando apresentado o Anteprojeto à Comissão de Ordem Social, de “uma expressão extremamente polêmica e que foi uma das duas mais votada no substitutivo, que é a palavra orientação sexual. A polêmica (...) foi muito grande; foi objeto de votação e, por uma larga maioria, permaneceu, aqui, no nosso anteprojeto”. O inteiro teor da Sessão foi publicado DANC. de 20/05/1987).

De toda sorte, como se pode perceber, inclusive pelos discursos e justificativas da retirada, **o fato da Constituição não falar expressamente na proibição de discriminação por orientação sexual não quer dizer que a mesma não esteja presente, quer na proibição de discriminação por “sexo” (conforme manifestação expressa, à época, do Relator do Substitutivo),¹⁴ quer na expressão aberta “e quaisquer outras formas de discriminação”, quer ainda na integração de Tratados e Convenções Internacionais em nossa ordem jurídica (art. 5º, §§2º e 3º).** Assim o reconhecimento – e, logo, a proteção –, decorre diretamente do que a **Constituição já prevê quando, por exemplo, disciplina o direito de igualdade (art. 5º, caput e I) e a proibição de qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV).**

3.II.b. Homofobia e Transfobia no Brasil

A discriminação contra pessoas LGBT no Brasil (e, de resto, no mundo) está intimamente ligada a questões sexistas quanto a papéis de gênero e de relações de desigualdade entre os mesmos, de forma que o gênero masculino estaria em posição superior ao gênero feminino (sexismo). **Não é coincidência o fato de que países mais homofóbicos (e transfóbicos) são também aqueles nos quais a mulher possui condição social inferior ao homem¹⁵ – sexismo, heteronormatividade¹⁶ e normatividade cisgênera andam juntos.** Um dos maiores desafios que o

¹⁴ Na Comissão de Sistematização, Eliel Rodrigues (PMDB-BA) apresentou emenda para que fosse suprimida a expressão “comportamento sexual” (na verdade, “orientação sexual”), no que foi acompanhado por outros constituintes. Esta proposta foi acatada. O Parecer da Comissão dizia: “Entendemos, todavia, justa a supressão pedida. Parecer favorável, feita a correção através de subemenda”. Na verdade, como se pode ler de outros Pareceres sobre a questão, a expressão “orientação sexual” já havia sido retirada do Substitutivo, por se entender ser a mesma “desnecessária”. De fato, no Substitutivo do Relator, o então art. 4º, III, prescrevia que “São tarefas fundamentais do Estado: (...) promover a superação dos preconceitos de raça, sexo, cor, idade e de todas as outras formas de discriminação”.

¹⁵ “São nos estereótipos de gênero, dos comportamentos socialmente atribuídos a homens e mulheres, que têm origem as bases da homofobia. [...] No momento em que os estereótipos de gênero são contrariados, em que homens e mulheres têm um comportamento diferente do papel culturalmente atribuído a eles/as, eles/as se tornam alvos imediatos da homofobia” (BORTOLINI, Alexandre. (coord.). *Diversidade Sexual na Escola*. Rio de Janeiro: Pró-Reitoria de Extensão/UFRJ, 2008, p. 28).

¹⁶ Por “heteronormatividade” se entende a “idéia de que, a princípio, todos são heterossexuais, de que a heterossexualidade seria a sexualidade nata, natural, padrão dos seres humanos – e todas as demais desvios dessa norma”.

Brasil ainda enfrenta no que tange ao direito de igualdade é, certamente, a promoção de igualdade entre homens e mulheres. Até o final do século XX, mulheres, ao se casarem, eram destituídas da condição de “maiores e capazes” e se tornavam relativamente incapazes (artigo 6º, II – CC/1916) – o que só foi alterado com a lei 4.121/62, chamada de “Estatuto da Mulher Casada”¹⁷. Mesmo assim, a mulher ainda aparecia numa condição de inferioridade perante o marido e apenas com a Constituição de 1988 essa situação se alterou, pois que esta prevê, logo no “caput” do artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”, e, em seu inciso I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta Constituição”.

Apenas após 1988 se pode realmente discutir seriamente a proteção à **minorias LGBT no Brasil**. Não é demais lembrar que, quando Colônia, houve não poucos “Autos de Fé” da Inquisição Católica, inclusive contra homossexuais¹⁸. **Somente em 1821 é que, extinta a Inquisição, a “sodomia” deixa de ser punida com a morte.** Com o Código Criminal do Império (1830) este tipo penal deixa de existir – apesar de que, sendo o Brasil um País oficialmente Católico, a homossexualidade continua a ser uma prática contra a lei (canônica)¹⁹.

¹⁷ O CC/1916 também dizia, em sua versão original, a respeito da família, que o marido era o chefe da sociedade conjugal e que lhe competia, entre outras coisas, a administração dos bens comuns e dos bens particulares da mulher “que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial”; bem como era do marido o direito de “fixar e mudar o domicílio da família” e de “autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal” (ver artigo 233). Com a lei 4121/62, o artigo 233 também foi alterado para dispor: “Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (...). Compete-lhe: I - a representação legal da família; II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto, antenupcial [...]; III - o direito de fixar o domicílio da família ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao Juiz, no caso de deliberação que a prejudique; IV - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277”. Outra alteração importante daquela lei foi que, pelo artigo 380 original, o pátrio poder era exclusividade do marido, com a lei 4121/62, o artigo passou a dispor: “Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher”.

¹⁸ NOVINSKY, Anita. *A Inquisição*. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 76.

¹⁹ Atualmente o único diploma legal a se referir à homossexualidade como crime é o artigo 235 do Código Penal Militar (Dec.-lei 1001/69): “Art. 235. Praticar, ou permitir o militar que com êle se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar: Pena - detenção, de seis meses a um ano” – se é que podemos considerar que tal artigo haja sido recepcionado pela Constituição de 1988. Em 2008 o jornal “Folha de São Paulo” publicou matéria que revelava que, nos 10 anos anteriores pelo menos 21 militares haviam sido

Vindo a República de um golpe militar, e depois sobrevivendo grandes períodos de ditadura com pequenos espasmos de democracia²⁰, a situação não melhorou no que tange a qualquer lei/política para a minoria LGBT – ao contrário, como mostramos acima, em 1969 até se instituiu o crime militar de “pederastia”.

É com a Constituição de 1988, pois, a partir de quando se cria (ou começa a amadurecer) uma “cultura política liberal”²¹ no Brasil e é, a partir de então que a luta pelos direitos dos LGBT ganha força²².

A Constituição de 1988 surgiu num momento muito simbólico no Brasil, que foi o da participação ativa dos brasileiros na queda do regime militar-ditatorial que governou o País de forma autoritária e violadora de direitos por 20 anos²³.

Desde então houve avanços, sem dúvida, mas ainda há um longo caminho a ser percorrido até que o Brasil alcance um nível razoável de igualdade de gênero²⁴. Foi preciso que o País fosse advertido pela **Comissão**

processados com base nesse crime no Brasil. Cf. FOLHA DE SÃO PAULO. *Ao menos 21 militares foram processados por pederastia nos últimos dez anos*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u412392.shtml>. Há, pelo menos, dois Projetos de Lei para abolir esse tipo penal, o PL. 2773/00, do Dep. Alceste Almeida (PMDB-RR) e, apensado a este, o PL. 6871/06, da Dep. Laura Carneiro (PFL-RJ). Como ocorre com outros projetos envolvendo direitos de homossexuais, também estes se encontram sem movimentação no Congresso – exceto que, em abril de 2011 o Dep. Paulo Pimenta (PT-RS) solicitou que o PL 2773/00 fosse colocado “na Ordem do Dia”.

²⁰ Olhando para nossa história “republicana”, percebemos que, desde o golpe militar que lhe deu origem até o advento da Constituição de 1988, pouquíssimos momentos democrático-institucionais ficaram entremeados do que foi a tônica desse período, a saber, ausência de democracia e de república e a presença de uma “cultura de golpe”: a partir do momento em que setores conservadores de elite se vêem na impossibilidade de manter seu *status quo* pela via democrática, dela abrem mão, se valendo, para isso, das forças militares.

²¹ Sobre o conceito de “cultura política liberal” ver: HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998, p. 439; e, do mesmo autor, Remarks on Erhard Denninger’s Triad of Diversity, Security, and Solidarity. *Constellations*, vol. 7, n. 4, December 2000, p. 524.

²² Não que antes de 1988 não houvesse movimentos sociais organizados (e alguma produção acadêmica) em favor dessa minoria no Brasil. Destaque-se a fundação do grupo SOMOS em 1978, que, por sua vez, deriva do importante periódico: “O Lampião da Esquina”, o primeiro de temática homossexual. Em 1980 é fundado o Grupo Gay da Bahia. Cf. GREEN, James Naylor. *Além do carnaval: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX*. São Paulo: Ed. UNESP, 2000.

²³ Cf. VERSIANI, Maria Helena. Constituição de 1988: a voz e a letra do cidadão. *Revista Democracia Viva*, n. 40, setembro 2008, p. 66 et seq. Disponível em: http://www.ibase.br/userimages/DV_40_cultura.pdf.

²⁴ Já há iniciativas interessantes nesse sentido; v.g., o Brasil faz parte de uma rede internacional que busca a promoção de uma “Educação não sexista e antidiscriminatória”. Segundo pesquisa dessa rede: “Quanto à distribuição da população por sexo por seções de

Interamericana de Direitos Humanos²⁵ a aprovar uma lei de proteção contra violência doméstica às mulheres para que a Lei Maria da Penha fosse finalmente aprovada.

Superar essa realidade passa por uma redefinição do que deve significar o **direito de igualdade**. Este não significa apenas tratamento isonômico, mas, também deve refletir tratamento diferenciado em certos casos. A fixação de quando se deve fazer uma ou outra coisa não há que se feita apenas por técnicos e *experts* da área – não se deve repetir os erros do Estado de Bem-Estar Social²⁶ – mas de forma participativa entre os afetados pelas políticas, que devem poder influenciar os centros formadores da vontade e da opinião políticas.

Outra não é a situação dos LGBT no Brasil, uma vez que, como dito acima, questões de gênero e de orientação sexual estão inter-relacionadas.

A divisão dos gêneros e o desejo (hétero) sexual funcionam, de preferência, como um dispositivo de reprodução da ordem social, e não como um dispositivo de reprodução biológica da espécie. A homofobia torna-se, assim, a guardiã das fronteiras tanto sexuais (hétero/homo), quanto de gênero (masculino/feminino) [...] A homofobia é o medo de que a valorização dessa identidade seja reconhecida; ela se manifesta, entre outros aspectos, pela angústia de ver

atividades, entre 2000 e 2008 [...]. Apesar da crescente presença das mulheres em diversos setores da economia, observa-se que se mantém grande concentração nos serviços doméstico e nas áreas de educação, saúde e serviços sociais, áreas historicamente consideradas redutos femininos dentro da tradicional divisão sexual do trabalho. Diversos estudos nacionais apontam que, apesar das mulheres apresentarem uma escolaridade maior do que os homens, tal vantagem” (*INFORME BRASIL – GÊNERO E EDUCAÇÃO*. Resumo-Executivo. Disponível em: <http://www.educacion-nosexista.org/repo/folder2_0.pdf>). A escola não pode ser um ambiente que reproduz estereótipos de gênero, como separações atividades físicas próprias a gênero e vedadas ao outro. Um dado levantado pelo Instituto ECOS e citado no documento acima é que poucos cursos de Pedagogia no Brasil possuem cadeiras que discutem a formação de professores com questões de gênero e sexualidade. Isso apesar da “Educação em Sexualidade” fazer parte dos Parâmetros Curriculares Nacionais desde a década de 1990 – sendo, inclusive, colocada como tema “transversal”, é dizer, que deve perpassar todas as disciplinas –, o que justifica porque se observa o pouco que vem sendo feito sobre o tema, principalmente em escolas públicas. Sobre isso ver: PEREIRA, Graziela Raupp; BAHIA, Alexandre. Direito fundamental à educação, diversidade e homofobia na escola: desafios à construção de um ambiente de aprendizado livre, plural e democrático. *Educar em Revista*, Curitiba, n. 39, abril 2011, p. 51-71.

²⁵ http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm#_ftnref4.

²⁶ BAHIA, Alexandre. A interpretação jurídica no Estado democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357.

desaparecer a fronteira e a hierarquia da ordem heterossexual²⁷.

A homofobia e a transfobia são dados ainda constantes da vida política, jurídica, educacional, econômica e social brasileira. Elas são mais do que mera “aversão contra homossexuais” e LGBTs em geral, **são marcadas pela rejeição ou negação – em múltiplas esferas, materiais e simbólicas – da coexistência, como iguais, com seres afetivo-sexuais que diferem do modelo sexual dominante.** Violência não se dá apenas de forma física, mas igualmente em discursos que não reconheçam uma minoria como tal.

A Fundação Perseu Abramo, junto com a Fundação Rosa Luxemburgo Stiftung realizou uma pesquisa sobre os graus de intolerância – ou respeito – a comportamentos sexuais LGBT²⁸. Gustavo Venturini, comentando sobre a pesquisa mostra que, quando perguntados sobre se existe preconceito contra LGBT no Brasil, mais de 90% dos entrevistados responderam afirmativamente. Curiosamente, no entanto, quando perguntados se eles possuíam este preconceito, menos de 30% o admitiram. Ao se aprofundar no grau de preconceito dos entrevistados, a pesquisa revelou que:

6% dos entrevistados (...) foram classificados como tendo forte preconceito contra LGBTs; 39% como portadores de um preconceito mediano (...) e 54% manifestaram um grau de preconceito que foi classificado como leve (...). A leitura negativa é que apenas 1% não expressou qualquer nível de preconceito²⁹.

Outro dado da pesquisa mostra que **quando perguntados sobre se o Poder Público deveria ter políticas de combate à discriminação contra**

²⁷ BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010, p. 16-17. Em sentido semelhante, ABRAMOVAY, Miriam; CASTRO, Mary Garcia e LORENA e SILVA, Bernadete da. *Juventude e sexualidade*. Brasília: UNESCO Brasil, 2004.

²⁸ FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO; FUNDAÇÃO ROSA LUXEMBURGO STIFTUNG. *Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil Intolerância e respeito às diferenças sexuais*. Junho de 2008. Disponível em: <http://csbh.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/pesquisas-de-opiniao-publica/pesquisas-realizadas/conheca-pesquisa-diversidade-sexual->

²⁹ VENTURINI, Gustavo. *Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil: Intolerância e respeito às diferenças sexuais – Apresentação*. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/combate-a-homofobia-discriminacao-por-orientacao-sexual/Pesquisa_LGBT_fev09_FUNDPERSEUABRAMO_1.pdf. 2009. Cf. também: VENTURINI, Gustavo. *Intolerância à Diversidade Sexual*. Publicado no site: <http://csbh.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/editora/teoria-e-debate/edicoes-anteriores/intolerancia-diversidade-sexual>. 2008.

LGBT, ou se isso é uma questão que deve ser resolvida no âmbito privado, “70% concordam com a segunda alternativa, contra apenas 24% [que concordam com a primeira]”³⁰.

Alexandre Bortolini, por sua vez, menciona uma pesquisa realizada pelo IBOPE em 2008 que se mostrou que

56% dos entrevistados mudariam sua conduta com o colega de trabalho se soubessem que ele é homossexual. Um em cada cinco se afastaria e passaria a evitá-lo. 36% deixariam de contratar um homossexual para um cargo em sua empresa, mesmo que ele fosse o mais qualificado entre os pretendentes ao cargo. 45% trocariam de médico se descobrissem que ele é gay. 79% ficariam tristes se tivessem um filho homossexual. 8% seriam capazes de castigá-lo. 62% dos entrevistados acham que o pai deve tentar convencer seu filho a mudar de condição quando descobre que é homossexual³¹.

Poderiam ser citados aqui centenas de notícias falando sobre casos de violência contra pessoas LGBT. Todos os dias lê-se sobre atos de violência e morte contra essa minoria no Brasil. Uma das particularidades para a caracterização do crime como “homofóbico” (e “transfóbico”) está no excesso de violência e crueldade (como mutilações)³². Apenas para o ano 2000 o Grupo Gay da Bahia reuniu dados muito preocupantes sobre a violência homofóbica no Brasil:

1. Agressões e Torturas: 50 casos
2. Ameaças e Golpes: 16 casos
3. Discriminação em Órgãos Governamentais: 15 casos
4. Discriminação Econômica, contra a Livre Movimentação, Privacidade e Trabalho: 29 casos
5. Discriminação Familiar, Escolar, Científica e Religiosa: 33 casos
6. Difamação e Discriminação na Mídia: 22 casos
7. Insulto e Preconceito Anti-Homossexual: 25 casos
8. Lesbofobia: Violência anti-Lésbica: 8 casos

³⁰ VENTURINI, Gustavo. *op. cit.*, 2009.

³¹ Alexandre Bortolini. *op. cit.*, p. 27. A respeito de outras pesquisas sobre homofobia no Brasil ver também: BRASIL. Ministério da Saúde. *Brasil sem Homofobia: Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e Promoção da Cidadania Homossexual*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004, PEREIRA, Cícero; TORRES, Ana Raquel R.; ALMEIDA, Saulo Teles. Um Estudo sobre as Formas de Preconceito contra Homossexuais na Perspectiva das Representações Sociais. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, Porto Alegre, 2002, 15 (1), p. 165-178; e LOPES, José R. de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 2, p. 65-95, 2005.

³² Cf. MOTT, Luiz. *Causa Mortis: Homofobia - Violação dos Direitos Humanos e Assassinato de Homossexuais no Brasil, 2000*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dht/br/mott_homofob/index.html.

9. Travestifobia: Violência anti-Travestis: 63 casos.³³

Roger Raupp Rios lembra que em 2002 cartazes foram espalhados em Curitiba “com o retrato de um mascarado com um revólver na mão, em que se lia: **“Faça sua cidade melhor: mate um homossexual”** ³⁴. **Miriam Abramovay** (*et al.*) lembra pesquisa feita pela UNESCO em 2001 (“Violência, Aids e Drogas nas Escolas”) que mostra que, os jovens brasileiros consideram graves as violências contra mulheres e negros; entretanto, tendem a assumir (e até valorizar) mais abertamente a discriminação contra homossexuais³⁵.

Dados mais recentes mostram que a situação piorou nos últimos anos:

Em 2010, 260 gays, travestis e lésbicas foram assassinados no Brasil. De acordo com um relatório do Grupo Gay da Bahia (GGB) [...] a cada um dia e meio um homossexual brasileiro é morto. Nos últimos cinco anos, houve aumento de 113% no número de assassinatos de homossexuais. Apenas nos três primeiros meses de 2011 foram 65 assassinatos³⁶.

Em 2011 foi criado o **“Disque 100”** para denúncias de violação aos Direitos Humanos, entre eles, **casos de homofobia e transfobia**; quanto a estas, **os números não param de crescer, ano a ano, à medida que o**

³³ MOTT, Luiz. *op. cit.* No Documento cada um dos episódios é detalhado. Quanto a homicídios, foram 130 no ano (número que certamente é maior, dada a frequência de “sub-notificação” como crime de ódio homofóbico), o que o leva a concluir: “o Brasil continua sendo o campeão mundial de homicídios contra as minorias sexuais: cinco homossexuais são mortos a cada duas semanas. Nem nos Estados Unidos e Inglaterra, países onde os crimes de ódio são frequentes e ainda existem restrições legais à prática homossexual, nem mesmo nos países islâmicos e africanos mais homofóbicos, onde há legislação punitiva contra os praticantes do que é considerado como “vício dos colonialistas brancos”, em nenhum país do mundo, inclusive na América Latina, são assassinados tantos gays como no Brasil” (*idem*).

³⁴ RIOS, Roger Raupp. A Discriminação por Gênero e por Orientação Sexual. SEMINÁRIO INTERNACIONAL AS MINORIAS E O DIREITO, 2001, Brasília. Anais... Brasília: CJF, 2003, p. 167.

³⁵ “Quando se pergunta aos alunos sobre quais pessoas ele não gostaria de ter como seu colega de classe, aproximadamente ¼ dos alunos indicam que não gostariam de ter um colega homossexual [...]” (ABRAMOVAY, Miriam; CASTRO, Mary Garcia e Lorena e SILVA, Bernadete da. *op. cit.*, p. 280).

³⁶ E a notícia complementa: “De acordo com Mott, esse aumento é resultado do aumento da violência e da impunidade. ‘Há um crescimento da quantidade de assassinatos. Além disso, menos de 10% desses assassinos são presos e sentenciados. Atualmente, a visibilidade dos gays é maior, pois há muitos se assumindo e isso provoca o aumento da intolerância’”. JINKINGS, Daniella. A cada 36 horas, um homossexual é morto no Brasil. *Agência Brasil*. Publicado em 04/04/2011. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-04-04/cada-36-horas-um-homossexual-e-morto-no-brasil>. Como a própria notícia destaca, o aumento das notificações de agressão homofóbica pode indicar ou que realmente aumentou o número de agressões e/ou que, por uma visibilidade maior e melhor orientação (de agredidos e dos órgãos públicos responsáveis) aquelas estão – agora – sendo feitas corretamente.

mesmo vai se tornando mais conhecido.³⁷ **Ratificam-se, assim, em dados oficiais, as denúncias de décadas do Grupo Gay da Bahia (GGB) sobre a violência homofóbica (e transfóbica) no Brasil.** Contudo, ainda representa uma fração muito pequena da violência que acomete lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, pois, além de outros fatores, ainda é muito recente e desconhecido da maioria dos membros desta comunidade.

Não é apenas no âmbito de relações entre particulares que a homofobia e a transfobia aparecem. No que se refere ao Poder Público aquela pode ser percebida não apenas na omissão (do legislador federal) em criar normas de proteção/promoção de direitos. Não raras vezes ela também se mostra ativa.

3.II.b.1. Inércia do Legislativo Federal e Ações Isoladas dos Demais Poderes

Legislativo. Vive-se no Brasil uma crise no Legislativo: ele ainda não se deu conta de que, em uma democracia, tem papel de protagonista sobre as questões que afligem a sociedade. Seus membros, os parlamentares, têm de ter consciência de que representam “setores”, “partes” da comunidade – por isso são organizados em “partidos”. **Os parlamentares não são (e nem devem ser) “neutros”. Ao contrário, devem se posicionar quando questões polêmicas são apresentadas. O que se vê, no entanto, é um Parlamento incapaz de lidar com temas “fraturantes”. PARTIDOS POLÍTICOS QUE “NÃO TOMAM PARTIDO”.** E vejam, Excelências, não é que os partidos no Brasil tenham tomado decisões conservadoras no que tange aos direitos de LGBT: eles não tomam nenhuma posição.

Assim, concorda-se com o que disse o advogado Paulo Iotti, em nome do PPS, nesta ação: ***“O legislador não aprova, mas também não rejeita, deixando este e todos os outros temas relativos à população LGBT em um verdadeiro limbo deliberativo”.***

³⁷ BRASIL. SEDH. *Número de denúncias de violência homofóbica cresceu 166% em 2012, diz relatório.* Ver: <http://www.sdh.gov.br/noticias/2013/junho/numero-de-denuncias-de-violencia-homofobica-cresceu-166-em-2012-diz-relatorio>.

No Brasil não há nenhuma lei federal sequer a tratar diretamente do tema, a despeito do que diz a Constituição de 1988, isto é, desta **garantir a “não-discriminação” como um direito fundamental (artigo 3º, IV), do direito de igualdade (artigo 5º, I)**³⁸, de que a Constituição diz expressamente que o rol de direitos ali elencados é aberto e passível de novas incorporações (art. 5º, §§2º e 3º); e apesar também do fato de já haver Resoluções Internacionais da OEA e da ONU – *infra* –, orientando os países a promoverem políticas de não discriminação contra a população LGBT. Verdade seja dita, alguns legislativos (e executivos) municipais e estaduais figuram em posição privilegiada frente ao federal: talvez a proximidade local, principalmente do primeiro, permite maior acesso à população, o que tem gerado bons resultados na aprovação de algumas e esparsas leis e políticas de cidadania, como o reconhecimento de ONG’s e a promoção de direitos humanos – pense-se, por exemplo, em leis (e *políticas*) municipais e estaduais de proteção aos homossexuais³⁹. Contudo, as leis locais existentes podem, no máximo, estabelecer multas para empresas e órgãos do comércio (no limite, cassar a autorização de funcionamento, quando é o caso de a possuírem). **Apenas no âmbito federal é que se pode aprovar norma que tipifique criminalmente a discriminação, já que isso é competência exclusiva da União (art. 22, I da Constituição de 1988)**⁴⁰.

Os vários Projetos de Lei (e de Emenda à Constituição) sobre qualquer tema ligado, ainda que indiretamente, a questões de orientação sexual ou identidade de gênero⁴¹ são colocados de lado. Mas a questão não é

³⁸ Seguindo a classificação de Roger Raupp Rios no que se refere à forma como os Ordenamentos tratam da homossexualidade, o Brasil se encontra num estágio intermediário: não a criminaliza e também proíbe sua discriminação (RIOS, Roger Raupp. *op. cit.*, p. 158).

³⁹ Sobre o tema cf. BAHIA, Alexandre. A não-discriminação como Direito Fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais - LGBT. *op. cit.*; e: BAHIA, Alexandre; MORAES, Daniel. Discriminação contra minorias sexuais, religião e o constitucionalismo brasileiro pós-88. *Revista General de Derecho Constitucional*, v. 10, p. 409-431, outubro 2010.

⁴⁰ Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

⁴¹ As expressões “orientação sexual” e “identidade de gênero” podem ser definidas de várias formas e é importante a lembrança de Alexandre Bortolini no sentido de que qualquer tentativa de conceituação e de classificação é sempre redutora de complexidade, já que a sexualidade humana é plural. De toda sorte, apenas para dar os contornos sobre o que se pretende com as expressões acima, pode-se definir orientação sexual diz respeito à “atração, o desejo sexual e

que as proposições tenham sido “rejeitadas” em votação, como mencionado acima, na maior parte dos casos (senão em todos), os membros do Congresso Nacional, sequer se posicionaram, seja a favor, seja contra. Segue-se uma pequena lista:

- a) o PL 3712/2008, do Deputado Federal Maurício Rands (PT/PE) que visa incluir “na situação jurídica de dependente, para fins tributários, o companheiro homossexual do contribuinte e a companheira homossexual da contribuinte do Imposto de Renda de Pessoa Física”;
- b) O PL. 1.151/95, que visa regular a parceria civil entre pessoas do mesmo sexo. Em 1996 uma Comissão Especial deu parecer favorável ao Projeto. Daí ele passou por várias sessões do Plenário sem que fosse apreciado até que foi retirado de pauta por acordo dos líderes em 2001. Em 2007 foi pedido seu desarquivamento e, de lá até o momento, nenhuma apreciação houve do projeto. A despeito da antiguidade do mesmo, e de que “[n]os últimos 16 anos, foram apresentados mais de 20 projetos sobre gays; nenhum foi votado. Para o líder do PT na Câmara, Paulo Teixeira (SP), o Congresso ‘dormiu no ponto’ sobre um assunto de interesse nacional”.⁴²
- c) PEC n. 139/95, PEC 392/2005 e 66/2003, para **(re)introduzir ao inciso IV do artigo 3º a proteção contra discriminação por “orientação sexual”**⁴³;
- d) Finalmente, **o PL. 4.242/4, o PL. 3.770/00 e os PL. 05/03 e 5.003/01**, tratavam, em termos gerais, da **criminalização da homofobia**, sendo, por isso, reunidos no **PLC 122/06**.

O **PLC 122/06**, originalmente aprovado na Câmara em 23/11/2006 como **PL. 5003/2001**, seguiu para o Senado e, desde então, não conseguiu aprovação, sendo objeto de fortíssima oposição por grupos religiosos representados pela “bancada evangélica”. E, novamente, não é que o Senado

afetivo que uma pessoa sente por outras”. Assim, de forma simplificada podem ser enumeradas as orientações homossexual, heterossexual e bissexual. Já a “identidade de gênero” (ou identidade sexual) “tem a ver com como eu me coloco diante da sociedade, com quais grupos, representações e imagens eu me identifico e me reconheço” (*cit.*, p. 8-9). Classificados os seres humanos sob este aspecto se pode falar em: gênero masculino, gênero feminino e transgêneros (travestis e transexuais).

⁴² FOLHA DE SÃO PAULO – Cotidiano. *Projetos pró-gays caducam e Congresso ensaia autocrítica*. 07/05/2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0705201120.htm>.

⁴³ A primeira foi arquivada. Quanto às outras duas, de 2005 a 2007 não sofreram nenhuma votação, quando, então, foram arquivadas. Desarquivadas ainda em 2007, não tiveram qualquer movimentação de 2007 a 2011, quando foram novamente arquivadas. Então o Deputado Paulo Pimenta conseguiu desarquivá-las em fevereiro de 2011 e, até agora, não possuem nenhuma movimentação.

Federal rejeitou o projeto em questão: ele simplesmente insiste em não querer decidir! Insiste em não querer *tomar partido* por intermédio de votação do projeto.

Uma das discussões é que, se for aprovada a lei, seriam criados “super direitos” para uma minoria.

A título de exemplo, o discurso do **Deputado Jefferson Campos** (PTB-SP):

Sr. Presidente, Sras. e Srs. Deputados, como **pastor evangélico e cidadão brasileiro**, tenho visto o **levante** que está acontecendo no Brasil na questão dos homossexuais. ONGs e associações que defendem os homossexuais têm se organizado na esfera política, e entraram no Legislativo Federal (Câmara e Senado), tentando fazer valer **leis que os colocam como cidadãos intocáveis no Brasil**. A inconstitucionalidade do PL 5003-B/2001, oriunda da Câmara dos Deputados, e que passou a ser designado, no Senado, por PLC (Projeto de Lei da Câmara) nº 122/2006, **cerceia de forma velada a liberdade de pensamento e de crença, garantida pela nossa Constituição, e cria uma superlei [sic], dando superdireitos [sic] aos homossexuais**. Essa pretensa lei impõe pena de reclusão de até 5 anos para qualquer manifestação, ainda que de ordem religiosa ou filosófica, de oposição ao homossexualismo. Destaco ainda que na redação da proposta para o art. 16 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei Anti-racismo), que praticamente decreta a morte civil do condenado, existe um policiamento. **Por isso entendo que o projeto de lei citado é desnecessário**, porque agressões físicas ou injúrias a quaisquer pessoas, homossexuais ou não, já configuram crime, sendo dispensável a lei contra a alegada homofobia ideológica, com a aplicação de penas excessivamente gravosas, desproporcionais. A meu ver, a inculpação não procede. É obvio que discriminações que não sejam arbitrárias, que tenham fundamento lógico-racional, são toleradas ou estão de acordo com o princípio da igualdade. **O que não se molda, porém, com o princípio da isonomia é tratar os homossexuais como se fosse uma raça, conferindo-lhes privilégios, e, de outro lado, penas severíssimas para os demais** - da Lei Anti-racismo. E mais do que isso: a lei da homofobia, que pretende tornar a Lei Anti-racismo (Lei 7.716, de 1989) ainda mais rígida, nela incluindo os crimes de discriminação e preconceito em razão de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, fere importantes princípios constitucionais porque **tem como principal foco proibir a liberdade de expressão e manifestação de opinião das pessoas com relação ao homossexualismo**. Isso significa equiparar ações ao se colocarem termos como violência e vexame, por exemplo, para fins de punição, porque seus significados são profundamente diversos. Em outras palavras, a discriminação que o projeto de lei pretende

promover é arbitrária, desproporcional, atentando contra a natureza das coisas. Portanto, o projeto é flagrantemente inconstitucional porque **significa a implantação do totalitarismo e do terrorismo ideológico de Estado, com manifesta violação à livre manifestação do pensamento, à inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença.** (Art. 5º da Constituição). O que está por trás realmente desse projeto de lei de homofobia é a tentativa de **impor a todos o dogma da moralidade ou naturalidade do homossexualismo, que não é científico, mas de origem ideológica, tornando-se penalmente punível a contestação a essa pretensa verdade.** Nada mais truculento! Nada mais inadmissível! Trata-se de evidente policiamento ideológico. **Eu sou evangélico; eu não sou homofóbico.** E posso afirmar, sem medo de errar, que 99,99 % da comunidade evangélica, em nível mundial, também não. Homofobia é um termo relacionado a ódio mortal. Alguém **já viu ou leu sobre evangélicos matando gays?** Eu nunca li nem ouvi nenhuma matéria jornalística relatando tal ocorrido. A verdade é que este substantivo (homofobia) é a bola da vez; está na moda de quem faz mídia inseri-lo em suas pautas. Homofobia significa medo de homossexuais. Mas eu não tenho aversão a eles nem ódio; pelo contrario, os nossos preceitos, segundo a Bíblia, é que amemos a todos, sem nenhuma discriminação. Eu apenas discordo do modo de vida dos que são homossexuais, e defendo meu direito de pensar assim e manifestar este pensamento pautado em minha convicção religiosa. Nós, pastores, pregamos o exemplo de Cristo, que é de amor e respeito ao próximo (Câmara dos Deputados, Sessão realizada no dia 10/06/2008) (grifos nossos)". De forma semelhante o Deputado Valter Brito Neto (PRB-PB): "Sr. Presidente, outro fato que quero registrar ocorreu aqui, no Congresso Nacional, na semana retrasada, relativo ao Projeto de Lei nº 122, de 2006. A matéria que a Câmara dos Deputados aprovou e que está tramitando no Senado da República é um absurdo, **um atentado à liberdade de expressão. É um atentado à liberdade religiosa o fato, não de discriminar pessoas, mas sim de se criticar um comportamento,** uma conduta, o que é totalmente legítimo no processo democrático. Não podemos aceitar que seja criada em nosso País **uma ditadura branca,** em que não se pode fazer críticas a um determinado comportamento" (grifos nossos).⁴⁴

⁴⁴ Câmara dos Deputados, Sessão realizada no dia 09/07/2008. Sobre a relação entre argumentação moral-religiosa e homofobia, RIOS (RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. Horiz. antropol. [online]. 2006, vol.12, n.26, p. 95), argumenta: "como uma pessoa religiosa deve aceitar a liberdade de crença e a possibilidade de ateísmo daí decorrente como a melhor forma de garantir sua vivência religiosa, uma pessoa moralmente conservadora pode admitir as garantias de liberdade sexual, a fim de que o Estado, por meio de seus agentes, não tenha a possibilidade de interferir no exercício de sua moralidade". (...) "[U]m direito democrático da sexualidade implica refutar discursos fundados em premissas religiosas, uma vez que a 'juridicização' dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos na tradição dos direitos humanos coloca esse debate na arena mais ampla do Estado laico e democrático de direito, em sintonia com ideais republicanos". Cf. também CDD

Esquecem-se, no entanto, os críticos, que toda a lei do racismo (na qual seriam incluídos os LGBT) já “protege especialmente” a outras minorias discriminadas por raça, cor, **inclusive religião – é dizer, os mesmos que acusam o movimento LGBT de pretender “privilégio” já são protegidos pela lei de racismo. Quem, portanto, está querendo “privilégios”? O que o PLC 122 faz nada mais é do que incluir, na já vigente lei do racismo, a mesma proteção que já possuem negros, judeus, mulheres e, inclusive, religiosos**: o direito de ser, de existir e de poder buscar sua felicidade de forma digna. Por que é que ninguém propõe retirar da lei do racismo a proteção aos negros? Será que, quando a lei fala em proteção contra discriminação por cor, não está dando “superdireitos” aos negros? Ou aos religiosos? Pois é este um dos argumentos contra o PLC 122. Entretanto, basta uma leitura rápida do mesmo para se ver que ele não coloca nenhuma minoria com mais direitos que outra, ao contrário, diz expressamente que deve ser dada à população LGBT a mesma liberdade que aos heterossexuais.

Ora, é justamente porque as pessoas LGBT formam uma minoria estigmatizada e justamente porque sofrem “preconceito específico e direcionado” é que é necessária uma lei como essa – **da mesma forma como foi (e é) necessária uma lei que proteja negros (e outros) contra discriminação ou as mulheres contra violência doméstica**. Quanto à “desnecessidade” da lei – haja vista as proteções legais já existentes –, sem querer entrar no mérito da questão sobre *até que ponto uma lei, isoladamente, pode mudar o comportamento intolerante*, vale a pena conferir os dados trazidos à frente sobre a violência homofobia no Brasil.

O que é importante destacar, desde já, é que **a violência contra LGBT no país não é uma casualidade**: não é que se recorte, entre os que sofrem violência, aqueles que são pertencentes àquela minoria. Ao contrário, **ao se falar em dados de violência homofóbica e transfóbica está-se**

(CATÓLICAS POR EL DERECHO A DECIDIR CÓRDOBA); IGLHRC (COMISIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS PARA GAYS Y LESBIANAS). *Defensa de los Derechos Sexuales en Contextos Fundamentalistas – Presentación de Experiencias Exitosas en Distintos Contextos*. [local?], ([s/d]). Sobre isso cf. BAHIA, Alexandre. A não-discriminação como Direito Fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais - LGBT. *cit.*, p. 97-98.

fazendo tratando de uma violência que acontece PORQUE a vítima é membro dessa minoria.

Entendemos que o PLC122/06 (e a criminalização da homofobia e da transfobia abstratamente considerada) não viola, quer a liberdade de expressão, quer a liberdade religiosa, uma vez que o exercício destas é e continuará sendo legítimo, desde que não configure abuso (o que independe da aprovação do referido projeto). É dizer, denominações religiosas que (ainda) pregam (v.g.) que a homossexualidade seja um “pecado”/“abominação”, poderão continuar fazendo-o, **o que elas não podem fazer é atribuir à homossexualidade características que nada têm a ver com questões religiosas, como dizer que homossexuais são promíscuos, pedófilos etc**⁴⁵. É preciso situarmos o que é (e quais os limites) da liberdade de expressão e da liberdade religiosa. Por exemplo, o **Pacto de San José da Costa Rica**, em seu **art. 13** trata da “liberdade de pensamento e de expressão”, estabelecendo:

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. (...) 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

A **Constituição de 1988**, por sua vez, dispõe em seu art. 5º:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

⁴⁵ Podemos citar, e.g., textos disponíveis em sites “religiosos” nos quais, para além de questões “teológicas” propriamente ditas, onde são citados textos bíblicos e doutrinários, pode-se apreender outra ordem de “argumentos pseudocientíficos”, como se pode ver em: “(...) o famigerado projeto de lei 122/2006, que cria o crime de delito de opinião no país - uma espécie de ditadura gay no Brasil, pois tal comportamento se tornará incriticável, algo só visto em ditaduras totalitárias” (In: <www.conscienciocrista.org.br>, “Nota da Vinacc em resposta à ABGLT”); “O Brasil não é o Irã: o projeto anti-homofobia”, In: <www.conscienciocrista.org.br>; e “O 'discreto' apoio da Rede Globo aos projetos anti-homofobia”, In: <www.conscienciocrista.org.br>. Ver também “explicações” comportamentais dos pais determinando a orientação sexual dos filhos em: “Homossexualismo e homossexualidade”, In: <<http://www.ultimato.com.br>> ou ainda um outro texto de religiosos mostrando com orgulho serem “homofóbicos”, uma vez que a culpa pela epidemia do vírus HIV seria dos homossexuais: “Em Defesa da Homofobia”, In: <www.juliosevero.com.br>.

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (...)

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

Percebe-se que, **tanto a liberdade de expressão quanto a liberdade religiosa são direitos fundamentais, mas, como tal, não são absolutas – afinal, nenhum direito fundamental é absoluto**, nem o direito à vida⁴⁶. Estas liberdades estão no mesmo nível que a vedação à discriminação (art. 3º, IV) e também do direito de igualdade⁴⁷ e das demais liberdades civis.

Dessa forma, não há conflito real entre estes direitos – ainda que se possa falar em conflito aparente (*prima facie*)⁴⁸. No caso concreto tal possível conflito desaparece quando se percebe que uma das pretensões se mostra abusiva – quando a realização de um “direito” significa a negação de outro.

É dizer, quanto à “**liberdade de expressão religiosa**”, **quando o portador desta pretensão não considera o outro como igual portador dos mesmos direitos, não há liberdade**, não há uso legítimo de um direito mas um **abuso de direito**, conhecido como ***hate speech***⁴⁹. No caso da

⁴⁶ É pacífico no STF o entendimento de que não existem direitos absolutos (só para citar um caso, veja-se decisão dada na Cautelar no Mandado de Segurança n. 25.617, Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 03/11/2005).

⁴⁷ Direito de igualdade que não se limita a tratamento isonômico em todos os casos, mas implica também tratamento diferenciado. Ou como diz Boaventura de Sousa Santos: “Temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza e o direito de sermos diferentes quando a igualdade nos descaracteriza” (SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 458).

⁴⁸ Sobre isso ver: BAHIA, Alexandre. A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da Teoria do Discurso de J. Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357.

⁴⁹ Aliás, o debate no STF por ocasião do HC. 82424 foi justamente sobre o “conflito” entre “liberdade de expressão” e “racismo”: um livro que prega que os judeus querem “dominar o mundo” (qq. semelhança...) – que se consideram superiores, que atuam no oculto para obter ganhos e que, pois, devemos “tomar cuidado com eles” – um livro assim não é exercício regular da “liberdade de expressão” e sim racismo. Cf. BAHIA, Alexandre. Anti-Semitismo, Tolerância e Valores: anotações sobre o papel do Judiciário e a questão da intolerância a partir do voto do Ministro Celso de Mello no HC 82.424. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 847, p. 443-470, maio 2006.

homossexualidade, há “hate speech” ao não se reconhecer o direito do outro como igual, naquilo que o outro se reconhece como indivíduo.⁵⁰

Há um caso recente sobre isso no **Tribunal Europeu de Direitos Humanos** (TEDH). Em fevereiro/2012 o TEDH confirmou decisão do Judiciário sueco que condenou 4 cidadãos a pagar multa por **manifestações homofóbicas**: panfletos que alegavam que a homossexualidade era um desvio sexual, que teria um efeito moralmente destrutivo nas bases da sociedade e que era responsável pela expansão do HIV. A defesa deles era que eles não queriam “desprezar os homossexuais”, mas “promover um debate” sobre a educação sueca. O Judiciário sueco os condenara entendendo que havia no discurso deles “desprezo” e os condenou por agitação contra um grupo por motivo de sua nacionalidade ou etnia. O **TEDH deixou claro que a liberdade de expressão tem limites e um deles é a reputação e o direito dos outros**⁵¹.

Voltando ao **PLC 122/06**, percebe-se que já houve várias tentativas de acordo com seus opositores – foi até esboçado um Substitutivo –, mas a discussão não avançou; foi apensado ao Projeto de Lei sobre novo Código Penal, perdendo-se todos os anos de debates e de lutas por sua aprovação, já que, então, ele entrou no “ritmo” de tramitação de um Projeto de Lei novo, sendo uma manobra clara para postergar uma decisão sobre o tema.

Não bastasse isso, em sessão de **17/12/2014**, houve a **desapensação do PLC122/06 do Projeto de Código Penal** justamente

⁵⁰ Nesse sentido também Carbonell, comentando sobre o art. 9º, incisos XV e XVIII da : “Ley Federal para Prevenir y Eliminar La Discriminación”, de 2003 (*infra*), que traz dispositivos similares: “Para algunos, estos preceptos podrían ser violatorios de la libertad de expresión. Olvidan quienes así piensan que **en una democracia no todas las expresiones pueden estar tuteladas ni pueden considerarse, con independencia de su contenido, como protegibles por el ordenamiento jurídico.** La libertad de expresión **no puede servir para proteger las manifestaciones verbales de odio racial u homofóbico, ni para hacer escarnio de quien tiene una discapacidad o de quien presenta cierto estado de salud o asume una determinada preferencia sexual**” (CARBONELL, Miguel. Consideraciones sobre La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. In: DE LA TORRE MATÍNEZ, Carlos. *Derecho a la No Discriminación*. México: UNAM, 2006, p. 215, grifos nossos).

⁵¹ Conforme noticiado pelo jornal *El País*, em 21/02/12: “La homofobia no está protegida por la libertad de expresión”. Disponível em: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/02/09/actualidad/1328801278_987970.html.

porque, argumentam, **aquele dificultaria a aprovação deste!**⁵² Com isso, passados dois anos desde o primeiro desarquivamento e sem que o PLC122/06 tivesse sido aprovado nas três comissões do Senado para que retornasse à Câmara, **ele será arquivado definitivamente – sem possibilidade de desarquivamento** (ainda no mês de janeiro/2015, a menos que haja o requerimento de pelo menos 27 Senadores e aprovação em Plenário, o que nos parece muito improvável)⁵³ –, como temos insistido:

⁵² **“Marta aponta manobra contra votação de projeto que criminaliza homofobia.**

A tramitação do projeto que criminaliza a homofobia (PLC 122/2006) dentro da reforma do Código Penal (PLS 236/2012) foi apontada nesta quarta-feira (17) pela senadora Marta Suplicy (PT-SP) como uma manobra para atrasar a votação da matéria. No fim de 2013, a proposta estava pronta para votação na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), mas por força de requerimento apresentado pelo senador Eduardo Lopes (PRB-RJ), aprovado em Plenário, passou a tramitar em conjunto com outras matérias relacionadas ao Código Penal. Nesta quarta, o relator do Código Penal na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), senador Vital do Rêgo (PMDB-PB), recomendou que o PLC 122/2006 volte a tramitar de forma independente. Ele também rejeitou emendas apresentadas por Marta Suplicy, Randolfe Rodrigues (PSOL-AP) e Ana Rita (PT-ES), para incluir orientação sexual ou identidade de gênero entre as motivações que caracterizam crime de preconceito e discriminação, ao lado de raça, cor, etnia, religião e procedência regional ou nacional. — O PL 122 não foi aprovado na CDH e foi apensado à discussão do Código Penal. Para mim, uma manobra procrastinatória. Fica evidente que foi apensado para não ser votado. Enquanto isso, milhares de pessoas são vilipendiadas — protestou Marta, que foi relatora da proposta na CDH, antes de se afastar do Senado para exercer o cargo de ministra da Cultura. A senadora também disse não entender o motivo da rejeição, por Vital do Rêgo, das emendas apresentadas ao novo Código Penal, para criminalizar o preconceito contra homossexuais. — Por que existe crime de racismo, crime religioso, de preconceito regional e nacional e não existe o de orientação sexual, sendo que quem está morrendo hoje nas ruas é homossexual? — questionou. Vital do Rêgo disse que a Consultoria Legislativa do Senado, após análise do tratamento da questão na legislação de diversos países, recomendou o tratamento da matéria em lei específica”. **Senado Notícias, 17/12/2014** (sem sublinhado no original). Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/12/17/marta-aponta-manobra-contra-votacao-de-projeto-que-criminaliza-homofobia>.

⁵³ **“Projetos antigos do Senado serão arquivados.**

[Para as] proposições que tramitam há duas legislaturas ou mais sem conclusão (...) o arquivamento é automático, em qualquer caso. Ainda assim, podem ser resgatadas com a apresentação de requerimento de pelo menos 27 senadores, que precisa ser aprovado em Plenário. Caso isso aconteça, o projeto volta a tramitar por mais uma legislatura. Ao fim dela, se não houver decisão, ele deverá ser arquivado em definitivo. **Nessa situação se encontra, por exemplo, o PLC 122/2006, da ex-deputada Iara Bernardi (PT-SP), que criminaliza a homofobia. Ele atravessou duas legislaturas sem conclusão, foi arquivado em 2011 e resgatado pela senadora Marta Suplicy (PT-SP). Como não houve deliberação definitiva (o projeto foi aprovado por apenas uma das três comissões que deveriam estudá-lo), o texto será definitivamente arquivado agora, sem possibilidade de recurso.** A Secretaria-Geral da Mesa deve concluir o processo de arquivamento ainda este mês”. **Senado Notícias, 06/01/2015** (grifos nossos). Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2015/01/05/projetos-antigos-do-senado-serao-arquivados>.

- **não é que o Congresso Nacional desconheça a demanda pela criminalização da homofobia** – este não é um tema estranho a nenhuma das duas Casas pois há/houve mais de um Projeto de Lei sobre o tema, com audiências públicas, debates e repercussão na mídia.
- **o que ocorre é que o Congresso Nacional se amesquinhou de seu papel, uma vez que é chamado para tomar posição sobre os mais variados temas mas, neste caso – como em vários outros temas fraturantes –, simplesmente *decidiu não decidir*, até que, como dissemos, o Projeto viesse ao arquivamento definitivo.**

Sua situação de omissão é ainda mais clara porque a demanda:

- **é conhecida**
- **foi-lhe dada oportunidade para se manifestar**
- **mas ele simplesmente procrastinou o quanto pôde: não aprovou e nem rejeitou expressamente**
- **até que a demanda fosse arquivada SEM UMA RESPOSTA pelos representantes do povo.**

Executivo. A despeito do silêncio legislativo há iniciativas na Administração Pública (ou paraestatal) que, de forma setORIZADA, têm garantido alguns direitos aos LGBT. Vários órgãos da Administração Pública reconhecem direitos previdenciários (e outros) mesmo sem o Brasil possuir qualquer lei nesse sentido. Há também metas postas em: Planos Plurianuais; Planos Nacionais de Direitos Humanos; o Programa “Brasil sem Homofobia” (2004); a I Conferência Nacional LGBT de 2008, seguida da II Conferência em 2011; e a criação do Conselho Nacional de Combate à Discriminação – CNCD em 2010.

A esse respeito no entanto, valem 2 observações:

a) Apesar dos planejamentos e conferências possuírem pautas e metas claras de anteprojetos de lei em áreas como saúde, educação, trabalho e proteção contra a violência de LGBT, **praticamente NENHUMA DESTAS**

pautas e metas foi transformada em Projeto de Lei (ou similar) pelo Executivo ou por algum membro de sua base no Congresso Nacional. Não há políticas públicas de enfrentamento da homofobia e da transfobia no Brasil. Mesmo Projetos que já tramitavam antes daqueles Planos (como o PLC 122/06) não tiveram qualquer aumento de apoio político-institucional significativo para sua aprovação como decorrência daqueles planos/conferências.

b) Além de não haver progressos na transformação em ações concretas, também se tem experimentado **retrocessos nos últimos anos**. Um exemplo foi o chamado “**Kit Escola Sem Homofobia**” que seria distribuído nas escolas de 2º grau e que estava sendo confeccionado pelo Ministério da Educação: em 2011 a Presidente da República vetou dito material por pressão de grupos religiosos no Congresso Nacional.⁵⁴ De igual modo, tradicionais **programas de combate à AIDS vêm sofrendo cortes e restrições** por pressão da mesma bancada, o que tem sido denunciado por órgãos internacionais como a **UNAIDS**.⁵⁵

⁵⁴ “**Após pressão de religiosos, Dilma suspende produção de ‘kit anti-homofobia’**. Depois de se reunir nesta quarta-feira, 25, com deputados da chamada bancada religiosa, o governo decidiu suspender todas as produções que estavam sendo editadas pelos ministérios da Saúde e da Educação sobre a questão da homofobia. De acordo com o ministro Gilberto Carvalho, da Secretaria-Geral da Presidência da República, a presidenta Dilma Rousseff assistiu vídeos do chamado ‘kit anti-homofobia’ e não gostou do tom das produções” (grifos nossos). Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/radar-politico/2011/05/25/apos-pressao-de-religiosos-dilma-suspende-producao-de-kit-homofobia>>. Outra oportunidade, quando questionada sobre o veto, a Presidente Dilma afirmou que: “**não vai ser permitido a nenhum órgão do governo fazer propaganda de opções sexuais**” (grifos nossos). Ver: <http://g1.globo.com/educacao/noticia/2011/05/governo-nao-fara-propaganda-de-opcao-sexual-diz-dilma-sobre-kit.html>.

⁵⁵ “**Representante do programa de Aids da ONU critica governo por ceder a pressões de grupos religiosos**. O representante da Unaid no Brasil, Pedro Chequer, criticou hoje o governo da presidente Dilma Rousseff, por ceder a pressões de grupos religiosos conservadores em sua política de combate à epidemia de Aids. Ele não falou diretamente em denominações religiosas, mas disse que o governo acaba ‘violando direitos’ à medida que cede a pressões de ‘minorias organizadas’. Em seguida lembrou o episódio, ocorrido em fevereiro, quando o Ministério da Saúde deixou de veicular na TV o vídeo de uma propaganda destinada a jovens gays, estimulando o uso de preservativos (...)” (grifos nossos). Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/roldao-arruda/representante-do-programa-de-aids-da-onu-critica-governo-por-ceder-a-pressoes-de-grupos-religiosos>>. E: “**UNAIDS critica suspensão de kit educativo sobre doença**. O Coordenador do Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/Aids no Brasil (UNAIDS), Pedro Chequer, classificou como um retrocesso a decisão do governo federal de suspender a distribuição de material educativo com mensagens anti-homofobia e de incentivo de uso da camisinha. ‘Recebemos a notícia com desapontamento e surpresa. Esperamos que a decisão seja revista’, afirmou (...)” (grifos nossos). Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/estado/2013/03/18/unaid-critica-suspensao-de-kit-educativo-sobre-doenca.htm>>.

De forma semelhante ao legislador estadual e municipal, os governos nestas esferas federativas possuem um sistema bem mais desenvolvido de ações e mecanismos de proteção e promoção dos direitos LGBT; mas, da mesma forma, também estão limitados dado o regime federativo brasileiro⁵⁶.

Tudo isso, no entanto, não é suficiente para inibir a prática cotidiana da violência contra LGBT no Brasil.

Judiciário. Mesmo com a ação da Administração Pública a falta de leis específicas é um problema real, uma vez que, por exemplo, aquela está limitada ao princípio da legalidade. Frente aos cidadãos, no entanto, a omissão legislativa não pode significar ausência “prática” do direito, uma vez que se considera a normatividade das normas constitucionais (além dos Tratados/Convenções Internacionais de que o Brasil é signatário). Assim é que, diante da reiterada inércia do Legislativo em tomar posição, ao cidadão não resta outra alternativa que buscar no Judiciário a proteção/promoção de seus Direitos Fundamentais, uma vez que se vive num tempo da “força das leis” e não mais do “arbítrio”⁵⁷.

O Judiciário, ao contrário do Legislativo, não tem o poder de ficar inerte, ele é obrigado a se manifestar quando provocado, mesmo que não haja lei a respeito (é o conhecido princípio da vedação do *non liquet*).

E assim vem ocorrendo desde o **final dos anos 1990** juízes e Tribunais vêm construindo um “Direito Homoafetivo”⁵⁸ via jurisprudência até se chegar a **dois *leading cases* em 2011** como que se consagrou ser esta uma questão de “alta relevância social e jurídico-constitucional”⁵⁹.

⁵⁶ Para maiores detalhes cf.: Bahia, Alexandre. A não-discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais – LGBT. *op. cit.*

⁵⁷ Cf. SADEK, Maria T. Apresentação. In: ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e Política no Brasil*. SP: Idesp/Sumaré/Fepesp/Educ, 1997, p. 9.

⁵⁸ O termo foi cunhado pela ex Desembargadora do TJRS, Maria Berenice Dias. Cf. DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: o preconceito e a justiça*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁵⁹ Ministro Celso de Mello, Relator no AgR.RE. 477.554 (STF, 2ª. T., j. 16/08/11).

Sendo já conhecida da jurisprudência nos Tribunais a questão do **reconhecimento das uniões homoafetivas**⁶⁰, o STF veio a cancelar tal entendimento quando, em maio de 2011 decidiu a ADPF 132 e a ADIn 4277, procedeu a uma *interpretação conforme a Constituição* de maneira que onde o Código Civil dispõe sobre união estável seja entendido abranger também uniões homoafetivas.

Também decidindo uma questão envolvendo relações familiares, o **STF reafirmou o Direito à Não-Discriminação:**

NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL - Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual. (AgR.RE. 477.554, STF, 2ª. T., Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/08/11).

Para além de questões de família, os Tribunais também possuem decisões sobre **responsabilidade civil decorrente de danos morais sofridos por LGBT**. Um exemplo é a decisão do TJRS:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATENDIMENTO ODONTOLÓGICO. ACIDENTE OCORRIDO COM O PROFISSIONAL DENTISTA. CORTE CAUSADO PELA BROCA GERANDO CONTATO COM O SANGUE DO PACIENTE. EXIGÊNCIA DE EXAMES DE SAÚDE PARA VERIFICAÇÃO DE CONTAMINAÇÃO POR DOENÇAS INFECTOCONTAGIOSAS. ABUSO NA CONDUTA DO PROFISSIONAL AO EXIGIR A REALIZAÇÃO DOS EXAMES QUE AFASTA A EXCLUDENTE DO EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO. ATO ILÍCITO OBJETIVO DECORRENTE DE ABUSO DE DIREITO. CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO. [...] Contudo, ao abusar o réu do direito a ele reconhecido, adentrando no estabelecimento profissional do autor e acusando-lhe em frente a seus clientes de pertencer a grupo de risco, em razão de suas opções sexuais, resta configurado o abuso de direito, afastando a excludente do exercício regular

⁶⁰ Não apenas nos Tribunais, mas Cartórios de Registro de Títulos e Documentos há muito que já oficiavam registros de uniões estáveis homoafetivas, como se pode ver, de matéria publicada em 2006 no Jornal O Globo: “Gays Driblam Falta de Lei e Registram Pacto de União Estável em Cartório” (matéria publicada em 28/07/2006, p. 18).

de um direito, implicando em ilícito objetivo passível de indenização, nos termos do art. 187 do CC/02.

Verificada a violação a direito da personalidade do autor, concernente à sua honra subjetiva e objetiva, cabível a condenação do demandado ao pagamento de indenização por danos morais.

Majoração do montante indenizatório para melhor adequá-lo aos parâmetros jurídicos adotados para a quantificação dos danos morais [...] (Apel.Cív. n. 70028064632, TJRS, 6ª T., Rel. Des. Liege Puricelli Pires. DJ. 11/09/2009)⁶¹.

Decisões como as citadas acima do STF e do STJ mostram o importante **papel contramajoritário** que deve ser exercido pelos Tribunais em casos que tais onde uma **minoría** (por ser tal) não consegue apoio legislativo suficiente para ter aprovadas leis que deem curso a Direitos Fundamentais previstos constitucionalmente (como a “equal protection clause”⁶²).

Minorias devem poder buscar amparo no Judiciário para se evitar o descumprimento da Constituição frente a maiorias⁶³. Caso não haja esse mecanismo, a “democracia” (vontade da maioria) se transforma em

⁶¹ Sobre o caso cf. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A.; BAHIA, Alexandre. Abuso de Direito art. 187 CC e Homofobia: comentários acerca de decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Diritto & Diritti*, publicado em 30/12/2010. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/30838-abuso-de-direito-art-187-cc-e-homofobia-coment-rios-acerca-de-decis-o-do-tribunal-de-justi-a-do-rio-grande-do-sul>.

⁶² Nesse sentido Ronald Dworkin: “É uma exigência soberana frente ao governo que ele trate todos aqueles sujeitos a seu domínio como iguais, ou seja, com igual consideração. (...) [I]gual consideração requer o respeito pela liberdade das pessoas da mesma forma” (DWORKIN, Ronald. Valores entram em conflito? Uma perspectiva de um “ouriço”. *RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, v. 41, n. 47, jan./jun. 2007, p. 129-130). E, mais à frente: “Devo encerrar repetindo minhas reivindicações sobre a virtude soberana da igualdade. O governo deve tratar todos aqueles submetidos a seu domínio com igual consideração: a vida de todos importa, e igualmente. Isto é inegociável. É claro que este princípio tem sido negado, no curso da história humana, mais do que tem sido honrado: pessoas de uma linhagem, classe, credo, nação ou talento têm parecido importar mais do que outras pessoas. Mas nós, em nossa nação e nesse século, reivindicamos a aceitação do princípio da igual consideração. (...) Devemos, nesse momento, trabalhar para tornar o princípio da igual consideração soberano na prática, tal como ele é soberano na retórica” (*idem*, p. 140).

⁶³ Nesse sentido, Häberle: “Hoje eu defendo a seguinte opinião: a jurisdição constitucional é um instrumento sutil, detalhado e refinado da democratização de uma sociedade, desde que ela se comprometa com a tutela dos interesses da minoria” (HÄBERLE, Peter. Constituição é Declaração de Amor ao País. Entrevista dada a Marília Scriboni e Rodrigo Haidar. *Consultor Jurídico*, 29/05/11. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-29/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao>). Ver também MELO, Marcus A. O viés Majoritário na Política Comparada: responsabilização, desenho institucional e qualidade democrática. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 22, n. 63, fevereiro 2007, p. 12.

“ditadura da maioria”⁶⁴. Democracia e Constitucionalismo estão em permanente tensão, de forma que a vontade da maioria não pode significar a eliminação ou a impossibilidade da minoria de ter reconhecidos direitos⁶⁵. **José R. Lima Lopes** acrescenta que atitudes semelhantes, por parte dos legisladores são inconstitucionais: “[a] maioria parlamentar não pode tudo, e se mantiver formas discriminatórias de tratamento incorre em inconstitucionalidade, pois o Artigo 5º da Constituição Federal impede que tratamentos discriminatórios sejam perpetuados”⁶⁶.

Isso não retira o papel e a responsabilidade do Legislativo/Executivo. Ao contrário, revela que estes não têm conseguido dar respostas a contento às demandas. **A judicialização de questões que de outra forma não seriam tratadas (ou decididas) pelo Estado-legislador/administrador apenas mostra que estes não têm atuado de forma adequada.** No que toca ao Legislativo, lugar de excelência de discussão (e decisão) das questões políticas, sua posição refratária o impede de funcionar como “caixa de ressonância comunicativa”, não exercendo o que ademais **Habermas** chama de “sistema de eclusas”.⁶⁷

⁶⁴ Há uma relação de tensão permanente entre “democracia” (vontade da maioria; que reclama por mudanças) e “constitucionalismo” (proteção de minorias; estabilidade).

⁶⁵ Habermas alerta para o perigo que pode significar para uma democracia o momento em que fique claro para o cidadão que eles não “têm chances de ainda terem seus direitos contemplados diante dos tribunais, assim que os eleitores não acreditem que com seu voto possam influenciar em alguma medida a política do governo, o direito terá se transformado num instrumento de controle comportamental e a decisão democrática da maioria em um irrelevante espetáculo de ilusão ou auto-ilusão” (HABERMAS, Jürgen. Uma Conversa sobre Questões de Teoria Política. Entrevista a Mikael Carlehedem e René Gabriels. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, n. 47, março 1997, p. 86).

⁶⁶ LOPES, José R. de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 2, p. 70, 2005.

⁶⁷ “... para que os cidadãos possam exercer influência sobre o centro, isto é, parlamento, tribunais e administração, os influxos comunicativos vindos da periferia têm que ultrapassar as eclusas dos procedimentos democráticos e do Estado Constitucional” (HABERMAS, Jürgen. Uma Conversa sobre Questões de Teoria Política. *op. cit.*, p. 87). Nesse sentido Alexandre Bahia e Dierle Nunes: “[s]e as decisões vinculantes do Estado são regidas por fluxos comunicativos vindos da periferia (passando pelas ‘eclusas’ dos procedimentos democráticos regulados pelo Direito), há que se garantir que esta seja capaz de — e tenha oportunidade para — rastrear e detectar os problemas latentes de integração social subjacentes no meio social para então tematizá-los e, procedimentalmente, introduzi-los no sistema político (...) Os espaços da opinião pública constituem-se numa rede de comunicações intersubjetivas, *filtradas* para a formação da **opinião e da vontade pública**. Esses espaços não institucionalizados necessitam, para influir no centro, de pressupostos próprios a uma cultura política (e de socialização) liberal” (BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Crise da Democracia Representativa – Infidelidade Partidária e seu Reconhecimento Judicial. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 100, p. 58-59, jan./jun. 2010; grifos no original). Cf. também José E. Faria: “a

No que tange ao Executivo, faltam mecanismos efetivos de responsabilização jurídica e política (*accountability*) (alguns dos quais também valeria para o Legislativo), uma vez que, se aprovada a lei que impõe especificamente certa política pública, o Administrador Público não possui escolha senão cumpri-la, em razão do princípio da legalidade estrita, mencionado no artigo 37 da Constituição.

Como dito acima, **a Democracia não pode ser vista como “tirania da maioria”, mas como “el resultado provisional de una permanente formación discursiva de la opinión”**,⁶⁸ até porque é preciso lembrar que garantindo direitos às minorias, garante-se o direito de todos, porque os direitos fundamentais são constitutivos da democracia (como pronunciou o Relator na citada decisão da ADPF 132 e ADIN 4277)⁶⁹, não podendo ser pensada uma democracia que não seja constitucional.

3.III. Convenções Internacionais e o Reconhecimento de Direitos e Proteção contra Homofobia noutros países

3.III.a. Reconhecimento de Direitos Civis

Vários países já reconhecem o direito à igualdade do casamento (ou ao menos à “parceria civil”)⁷⁰ – aliás, a grande bandeira em cima do casamento

efetiva participação dos diversos grupos nos destinos da sociedade, o desenvolvimento das instituições e o equilíbrio dos sistemas políticos e de seus ordenamentos constitucionais dependem, essencialmente, tanto do fluxo de informações transmitidas e recebidas, como dos mecanismos de aprendizagem e percepção que permitem a captação das necessidades de modernização e entreabrem a dimensão social, política e jurídica das mudanças exigidas” (FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade: uma introdução à política do direito*. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 107).

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. op. cit., p. 247.

⁶⁹ “12. (...) o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. (...) Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de ‘promover o bem de todos’ (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco). 13. ‘Bem de todos’, portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo. Se se prefere, ‘bem de todos’ enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais adensados à vida de cada ser humano em particular, com reflexos positivos no equilíbrio da sociedade” (trecho do voto do Min. Relator, no julgamento da ADPF 132/ADIn. 4277).

⁷⁰ Dados podem ser consultados no *site* da ILGA: <http://ilga.org>.

é sua vinculação à igualdade (como identidade): “equal marriage”, “mariage pour tous”, “matrimonio igualitario” ou “casamento igualitário”, são as expressões utilizadas para o reconhecimento do casamento homoafetivo.

A **França em 2013** aprovou o casamento entre pessoas do mesmo sexo, inclusive com a possibilidade de adoção de crianças por tais casais – após grande mobilização populacional tanto a favor quanto contra. Vale ressaltar um dado que é extremamente importante para a discussão do tema no Brasil: o Partido Socialista francês do então candidato à Presidência François Hollande colocou como uma de suas propostas a aprovação daquela lei (de outro lado, o candidato opositor, Nikolas Sarkozy, da UMP, um partido de centro-direita, se postou justamente contra isso, numa tentativa de agradar os conservadores) (RFI, 2012a e 2012b). É dizer, o eleitor francês sabia, ao votar, que estaria escolhendo uma proposta e não outra. Daí que, eleito o Presidente, ato contínuo foi proposta (e aprovada) a norma.

Nos **EUA**, nos últimos anos, o Poder Público veio dando sinais diversos quanto à questão do casamento igualitário. Enquanto alguns Estados reconheceram tal direito, outros aprovaram legislações (e até emendas às Constituições Estaduais) vedando-o. Não apenas isso, uma lei federal – conhecida como “**DOMA – Defense Marriage Act**” – proibia a União reconhecer efeitos civis (previdenciários, por exemplo) a casamentos igualitários nos lugares aonde eram permitidos. Recentemente a Suprema Corte dos EUA aceitou julgar duas ações que envolviam o questionamento quanto à constitucionalidade do DOMA e da “**Proposition 8**”⁷¹. No dia 26 de junho de 2013 saiu a decisão da Corte: por 5 votos contra 4, a maioria se postou contra ambas normas⁷². Aliás, nos EUA, nas últimas eleições presidenciais, os candidatos republicano e democrata se manifestaram quanto ao tema do casamento igualitário em posições radicalmente opostas: o candidato derrotado do partido republicano se postou expressamente contra e

⁷¹ Alteração à Constituição da Califórnia em 2008 que proibiu a realização de novos casamentos igualitários no Estado. Ver: <http://voterguide.sos.ca.gov/past/2008/general/text-proposed-laws/text-of-proposed-laws.pdf#prop8>.

⁷² Decisões disponíveis em: <http://s3.documentcloud.org/documents/717675/supreme-court-decision-in-united-states-v-windsor.pdf> e <http://s3.documentcloud.org/documents/717708/supreme-court-decision-in-hollingsworth-v-perry.pdf>.

o candidato democrata à reeleição, Barack Obama se declarou abertamente a favor.

Desde então assiste-se a um movimento no Judiciário dos EUA pela declaração de inconstitucionalidade de leis que proíbem o casamento igualitário, bem como de leis, que, de forma mais abrangente, proíbem o Estado de reconhecer “quaisquer direitos” a homossexuais (infra).

Apenas para termos um quadro não exaustivo, podem ser citados:

- **Países que reconhecem uniões homoafetivas:** Dinamarca (1989), Noruega (1993); Suécia e Israel (1994); Islândia e Hungria (1996); Holanda (1998); França (1999); Finlândia, Inglaterra e Portugal (2001); Alemanha (2002); Luxemburgo, Itália e Austrália (2004); Nova Zelândia (2005); República Tcheca (2006); Suíça e Colômbia (2007); Uruguai (2008) e Equador (2009)⁷³.
- **Países que reconhecem o casamento homoafetivo:** Holanda (2001); Canadá e Espanha (2004); África do Sul (2006); Noruega e Suécia (2009); Portugal, Islândia, Argentina (2010) e Uruguai (2013)⁷⁴.
- **Países que permitem a adoção por casais do mesmo sexo:** Dinamarca (1999); Holanda (2001); África do Sul e Suécia (2002); Espanha (2005); Bélgica (2006) e Noruega (2009)⁷⁵.

3.III.b. Tratados e Convenções de Direitos Humanos de Proteção de Minorias e Especificamente de LGBT

3.III.b.1. Do Controle de Convencionalidade

Antes de citar alguns dos Documentos Internacionais de Direitos Humanos que, de forma direta ou indireta **obrigam o Brasil a ter mecanismos**

⁷³ Além dos Estados norte-americanos de Massashutetts, Connecticut, New Jersey, New Hampshire, Califórnia, Maine, Columbia, Washington e Oregon a partir de 2004.

⁷⁴ Além da Cidade do México (2010) e dos Estados norte-americanos de Connecticut (2005), Iowa e Vermont (2009), New Hampshire e Washington (DC) (2010), New York (2011), Illinois, Havaí e Minnesota (2013). Também em 2013, Utah (decisão judicial ainda pendente de recurso), Flórida (2015).

⁷⁵ Israel reconhece casamentos homoafetivos celebrados fora do País.

eficientes de combate à discriminação por orientação sexual, vale lembrar que de há muito se fala que, ao lado do controle de constitucionalidade, há um **CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE** que deve ser igualmente respeitado pelos juízes (e que também ocorre perante Tribunais Internacionais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos).

No nosso caso, a partir do momento que **o Brasil é signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos** (Pacto de San José) e demais instrumentos correlatos (infra), os **Três Poderes a estes estão vinculados** – *ainda mais quando alguns destes partem justamente do Brasil, isto é, foram propostos justamente pela representação brasileira nos fóruns internacionais como é o caso das Resoluções da OEA e da ONU que serão citadas abaixo* –, **não podendo se falar**, quanto ao **Legislativo**, em “reserva legal” se há comandos claros e diretos por parte da OEA e mesmo da ONU exigindo que os Estados-parte tenham legislações e políticas efetivas de combate à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero; da mesma forma o **Executivo** tem de implementar políticas nesse sentido (que, no nosso caso, carecem de leis em boa medida); quanto ao **Judiciário**, qualquer julgamento, em qualquer grau, tem de considerar os comandos advindos da Constituição da República, bem como dos Tratados, Resoluções e Convenções Internacionais de que o Brasil é parte.

Nesse sentido:

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte) vem afirmando que a responsabilidade internacional dos Estados surge no momento da violação das obrigações de respeitar e garantir as normas de proteção, conforme estabelecido nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos. (...)

Assim sendo, a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos decorre das circunstâncias em que **o Estado deixa de cumprir os Tratados Internacionais de proteção dos Direitos Humanos**. Essa responsabilidade pode advir tanto da atuação do poder **Executivo, Judiciário ou Legislativo**, que pode ter como fato originário tanto atos comissivos como omissivo dos respectivos Poderes. (...)

A **responsabilidade do Poder Legislativo**, conforme esclarece **Mazzuoli**, pode decorrer da edição de leis contrárias aos conteúdos de Tratados Internacionais (...). **O legislativo também pode ser responsabilizado quando “deixa de aprovar determinada legislação necessária ao cumprimento de tratado anteriormente aprovado (por ele mesmo) e já em vigor internacional”.**

A tônica da responsabilidade internacional do Legislativo é pontuada por Mazzuoli ao inferir que:

“[...] A atuação do Parlamento tem, portanto, um papel primordial de respeito para com as normas internacionais ratificadas pelo Estado, as quais prevalecem sobre a legislação ordinária interna e têm de ser respeitadas pelo Poder Legislativo, sem que isso signifique, em absoluta, o impedimento de sua atividade político-jurídica consistente na função de legislar. Nenhum Estado pode fugir ao cumprimento de suas obrigações internacionais, quase sempre contraídas as duras penas no plano internacional, sob pretexto de violação de seu Direito interno.”

Em decorrência da responsabilidade internacional do Poder Legislativo, o conteúdo das reparações também engloba a **exigência de adoção de medidas de direito interno que pode significar a reforma, a abolição ou a derrogação de normas internas conflitantes com a Convenção, a abstenção de aplicar determinadas normas e modificação destas num tempo razoável, ou ainda, em contrapartida, a edição de normas em conformidade com os Tratados Internacionais, que sejam necessários ou convenientes, como por exemplo a tipificação penal de determinada conduta ilícita.** Em síntese, esta modalidade de reparação envolve a adoção de medidas pertinentes para permitir a compatibilidade da legislação doméstica com as obrigações decorrentes da esfera internacional ou aos parâmetros internacionais respectivos à matéria sobre a qual versa a demanda⁷⁶.

De forma que o **controle de convencionalidade** pode se dar não apenas no âmbito internacional mas também interno e pode ser difuso ou

⁷⁶ MAEOKA, Erika (*et al.*). A proteção internacional da mulher, a responsabilidade internacional do estado brasileiro por omissão legislativa e o caso Maria da Penha vs. Brasil. *Âmbito Jurídico*, [s/d]. Disponível em: <http://migre.me/o2pV1> (sem negrito ou sublinhados no original).

concentrado, **por ação ou omissão**, nos termos da doutrina de Valério Mazzuoli.⁷⁷

Poderíamos citar aqui todos os precedentes do STF acerca do tema (começando pelo *leading case* que considerou como violadora do Pacto de San José a prisão civil por dívida), no entanto, nos limitaremos à manifestação do Exmo. Presidente desta Corte recentemente, ao julgar o **HC. n. 126107**, em que o **Min. Ricardo Lewandowski** concedeu a ordem para que uma gestante pudesse ter convertida a prisão preventiva em prisão domiciliar. Não apenas fundamentos constitucionais foram trazidos, mas também lembrou o Ministro deliberação da **ONU** sobre o tema e, em razão desta, dispôs que tais regras **obrigam os países a “desenvolverem opções de medidas e alternativas à prisão preventiva (...)**”. Aliás, já no seu discurso de posse o Ministro salientou que os magistrados têm de observar e aplicar os entendimentos das Cortes de Direitos Humanos: **“é preciso, também, que os nossos magistrados tenham uma interlocução maior com os organismos internacionais, como a ONU e a OEA, por exemplo, especialmente com os tribunais supranacionais quanto à aplicação dos tratados de proteção dos direitos fundamentais, inclusive com a observância da jurisprudência dessas cortes”**⁷⁸.

3.III.b.2. Documentos Internacionais de Direitos Humanos que vinculam o Brasil no tema da presente ADO. n. 26.

⁷⁷ Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS*, ano 36, nº 113, p. 365-366. Porto Alegre, 2009; e: MAZZUOLI, Valério de Oliveira *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. SP: RT, 2009.

⁷⁸ STF. Regras internacionais de direitos humanos garantem prisão domiciliar a gestante. *Notícias do STF*, Quinta-feira, 08 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=283125> (sem grifos nos originais).

No que tange a **Convenções e Documentos Internacionais sobre Direitos Humanos** de que o Brasil é signatário⁷⁹ – ou com os quais comunga – e que, de alguma forma, tratam da igualdade (bem como da proibição de discriminação), podem ser mencionadas:

(i) a **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (DUDH), de 1948, especialmente o art. 2º, 1. “Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, opinião, ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição”;

(ii) a **Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial** (1965): “Considerando que todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação e contra qualquer incitamento à discriminação” e seu Art. 1º. “(...) a expressão ‘discriminação racial’ significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo pleno (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social cultural ou em qualquer outro domínio de sua vida”. A responsabilidade por monitorar o cumprimento dessa Convenção é do Comitê de Eliminação de Discriminação – CERD (art. 14 da Convenção). No Brasil, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT) acompanha, desde 2001, os casos que tramitam perante aquele Comitê.

(iii) o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, onde se lê: “Art. 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas

⁷⁹ Vale lembrar de que de todos os instrumentos internacionais o Brasil for participante, integram aqueles a ordem jurídica interna como direitos fundamentais (cf. artigo 5º, §§2º e 3º da Constituição de 1988).

proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”⁸⁰;

(iv) a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções (Resolução da ONU), de 1981. A Organização Mundial da Saúde (OMS), já em 1975 deixava claro que a sexualidade (desde uma dimensão muito ampla e diversificada), inserida na temática da saúde, também é um direito humano⁸¹.

(v) o Pacto de San José da Costa Rica também denominado **Convenção Americana de Direitos Humanos**.

O **Pacto de San José** oferece um leque de direitos que cria uma grande rede proteção dos Direitos Humanos. Para a questão aqui tratada, vale lembrar: Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica (art. 3); Direito à Vida (art. 4); Direito à Integridade Física, Psíquica e Moral (art. 5); Direito de Proteção à Honra e à Dignidade (art. 11); Liberdade de Pensamento e de Expressão (art. 13); Direito ao Nome (art. 18); Direito de Igualdade e de Não Discriminação (art. 24).

⁸⁰ Em consequência desta Convenção, lembra Roger Rios, “o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas considerou indevida a discriminação por orientação sexual no tocante à criminalização de atos sexuais homossexuais, ao examinar o caso *Toonen v. Austrália*” (RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, a. 38 n. 149 jan./mar. 2001, p. 287). Como mostra Relatório da ILGA, nessa decisão os membros do Comitê confirmaram “que as legislações que criminalizam relações sexuais consensuais do mesmo sexo estão violando não apenas o direito à privacidade mas também o direito à igualdade face à lei sem qualquer discriminação, contrária aos artigos 17(1) e 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos” (OTTOSSON, Daniel. Uma pesquisa mundial sobre legislações que proíbem relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo. *ILGA – Associação Internacional de Gays e Lésbicas. Homofobia do Estado*, Abril de 2007, p. 4. Disponível em: http://doc.ilga.org/content/download/8893/53184/version/1/file/Homofobia_do_Estado_ILGA_07.pdf). Lembrando que o Brasil ratificou em 2007 **Protocolo Facultativo** a este Pacto que permite que qualquer cidadão denuncie violações aos direitos civis e políticos diretamente ao Conselho de Direitos Humanos da ONU.

⁸¹ Como lembrado nos Parâmetros Curriculares Nacionais: BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Fundamental. *Parâmetros curriculares nacionais: pluralidade cultural, orientação sexual*. Brasília: MEC/SEF, 1997; e: BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. *Parâmetros curriculares nacionais: Orientação Sexual*. Brasília: MEC/SEB, 1997. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/orientacao.pdf>.

De igual modo, também constitui Direito do cidadão que a rede de proteção ali constituída não seja interpretada/aplicada de forma a (**art. 29**):

- a. **permitir a qualquer dos Estados Partes**, grupo ou pessoa, **suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;**
- b. **limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;**
- c. **excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;** e
- d. **excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza** (sem grifos no original).

Além destes instrumentos, há alguns que merecem especial atenção:

I. a Resolução n. 2435: Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, aprovada pela Assembleia Geral da OEA em 03 de junho de 2008, mostrando preocupação com os “atos de violência e das violações aos direitos humanos correlatas perpetradas contra indivíduos, motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero”:

REITERANDO: Que la Declaración Universal de los Derechos Humanos afirma que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición; (...)
CONSIDERANDO que la Carta de la Organización de los Estados Americanos proclama que la misión histórica de América es ofrecer al hombre una tierra de libertad y un ámbito favorable para el desarrollo de su personalidad y la realización de sus justas aspiraciones;
REAFIRMANDO los principios de *universalidad, indivisibilidad e interdependencia* de los derechos humanos;

A partir disso, declarou:

RESOLVE:

1. **Expressar preocupação pelos atos de violência e pelas violações aos direitos humanos correlatas, motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero.**
2. Encarregar a Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos (...) de incluir em sua agenda (...) o tema “Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero” (grifos nossos).

Desde 2008 a OEA vem reafirmando essa preocupação, aprovando a cada ano uma nova Resolução com aquele mesmo título, mas com conteúdo cada vez mais enfático quanto à erradicação de violência homofóbica no continente. Na reunião de 2009, a Assembleia Geral aprovou a **Res. 2504** pela qual:

RESUELVE:

1. **Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género.**
2. **Instar a los Estados a asegurar que se investiguen los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia.**
3. Instar a los Estados a asegurar una **protección adecuada** de los defensores de derechos humanos que trabajan en temas relacionados con los actos de violencia y violaciones de los derechos humanos perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género (grifos nossos).

Na reunião de 2010, a Assembleia Geral aprovou a **Res. 2600**:

TOMANDO NOTA CON PREOCUPACIÓN de los actos de violencia y otras violaciones de derechos humanos, así como de la discriminación, practicados contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género,

RESUELVE:

1. **Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados a investigar los mismos y asegurar que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia.**
2. **Alentar a los Estados a que tomen todas las medidas necesarias para asegurar que no se cometan actos de violencia u otras violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género y asegurando el acceso a la justicia de las víctimas en condiciones de igualdad.**

3. **Alentar a los Estados Miembros a que consideren medios para combatir la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género.**

4. Instar a los Estados a asegurar una **protección adecuada** de las y los defensores de derechos humanos que trabajan en temas relacionados con los actos de violencia, discriminación y violaciones de los derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género (grifos nossos).

O mesmo se repete na **Res. 2653** da Assembleia Geral da OEA de 2011. A partir disso a Comissão Interamericana de Derechos Humanos criou uma ***Unidad para los derechos de las personas LGBTI***. No 2º Informe sobre a Situação dos Defensores de Dir. Humanos na América (31/12/2011), a Comissão Interamericana dedica um Capítulo somente ao problema dos defensores dos direitos LGBT (§§ 325 e ss.):

325. Las defensoras y defensores de las organizaciones que promueven y defienden los derechos de las personas lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexo (LGTBI) desempeñan un rol fundamental en la región, tanto en el control social del cumplimiento de las obligaciones estatales correlativas a los derechos a la vida privada, igualdad y no discriminación como, en general, en el proceso de construcción social de una agenda global de derechos humanos que involucre el respeto y la garantía de los derechos de las personas lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexo.

326. De conformidad con la *Declaración sobre Defensores* de Naciones Unidas toda persona tiene derecho a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como a “desarrollar y debatir ideas y principios nuevos relacionados con los derechos humanos, y a preconizar su aceptación”. La CIDH destaca que en virtud de la protección y desarrollo que ameritan tanto el principio de igualdad como el derecho a la vida privada, las actividades de defensa y promoción del ejercicio libre de una orientación sexual y de la identidad de género pertenecen al orden de defensa y promoción de los derechos humanos.

327. Al respecto, **la CIDH reitera que la orientación sexual constituye un componente fundamental de la vida privada de todo individuo y, por lo tanto, existe un derecho a que esté libre de interferencias arbitrarias y abusivas por parte del poder público.**

Asimismo, en virtud del **principio de igualdad y de no discriminación** toda persona tiene derecho a que el Estado respete y garantice el ejercicio libre y pleno de los derechos, **sin discriminación de ninguna índole y toda diferencia de trato basada en la orientación sexual de una persona es “sospechosa”, en el sentido de que se presume incompatible con el principio de igualdad y no discriminación.** Por lo tanto, ante una diferencia de trato de

esta natureza en el goce de los derechos y libertades fundamentales, el Estado se encuentra en obligación de probar que la diferencia supera el examen o *test* estricto, es decir, ser objetiva y razonable, lo que incluye perseguir un fin legítimo, ser idónea, necesaria y proporcional.

328. En su informe de 2006, (...) la CIDH ha visto con preocupación un incremento de las agresiones, hostigamientos, amenazas, y campañas de desprestigio, tanto de actores estatales como no estatales en contra de defensores y defensoras de los derechos de las personas LGBTI. La anterior preocupación ha sido compartida por otros sistemas de protección a los derechos humanos. (...)

335. (...) **La CIDH ha recibido información sobre grupos opositores o pertenecientes a las iglesias que promueven constantemente campañas de desprestigio contra organizaciones defensoras de las personas LGTBI**, lo cual acentúa un clima de hostilidad y rechazo a sus actividades, y repercute seriamente en la posibilidad de reunirse para defender y promover sus derechos, así como a participar en la formulación de políticas públicas, o bien, obtener financiamiento para el desarrollo de sus actividades. (...)

337. Otro obstáculo frecuente para la debida investigación y sanción de los responsables de crímenes cometidos en contra de personas LGTBI que atraviesan la región es que la mayoría de los crímenes cometidos contra los miembros de estas comunidades suelen identificarse con crímenes pasionales sin que se abran líneas de investigación especializadas que permitan con claridad identificar si el delito fue cometido en el marco del mencionado supuesto o bien, en razón de la orientación o preferencia sexual de las víctimas. La Comisión valora la iniciativa de algunos Estados de la región de crear unidades especializadas en el análisis e investigación de los delitos cometidos por y en contra de miembros de las personas LGTBI (grifos nossos).

E continua em 2012, com a **Resolução n. 2721** (XLIIO/12) e 2013, com a **Resolução n. 2807** (XLIII-O/13), que reiteram o disposto anteriormente sobre a proteção necessária à minoria LGBT⁸² e insistem na urgência dos Estados-membro adotarem medidas específicas nesse sentido:

2. Incentivar os Estados membros a que, de acordo com os parâmetros das instituições jurídicas de seu ordenamento interno, considerem a adoção de políticas públicas contra a discriminação de pessoas em razão da orientação sexual e da identidade ou expressão de gênero.

⁸² “1. Condenar todas as formas de a discriminação contra pessoas devido à orientação sexual e à identidade ou expressão de gênero, e instar os Estados membros, dentro dos parâmetros das instituições jurídicas de seu ordenamento interno, a eliminar, onde existirem, as barreiras que as lésbicas, gays e pessoas trans, bissexuais e intersexuais (LGTBI) enfrentam no acesso equitativo à participação política e em outros âmbitos da vida pública, bem como evitar interferências em sua vida privada” (Resolução n. 2807/2013).

3. Condenar os atos de violência e as violações de direitos humanos de pessoas em razão de sua orientação sexual e identidade ou expressão de gênero e instar os Estados membros a que fortaleçam suas instituições nacionais, a fim de preveni-los e investigá-los, bem como a que assegurem às vítimas a devida proteção judicial em condições de igualdade, e que os responsáveis enfrentem as consequências perante a justiça (Resolução n. 2807/2013) (grifos nossos).

Não nos esqueçamos que o Brasil se submete à competência da **Corte Interamericana de Direitos Humanos**, Corte esta que já condenou o Chile por discriminação por orientação sexual – Sentença de 24/02/2012, Caso **Atala Riffo e Filhas vs. Chile**⁸³, *na qual se afirmou que não se podem usar estereótipos sobre a homossexualidade para fundamentar a discriminação contra homossexuais (neste caso, o Chile foi condenado por discriminar a Sra. Atala Riffo, por tirar dela a guarda de suas filhas apenas em razão de ter passado a manter uma relação homoafetiva após separar-se de seu ex-marido).*

II. Na 43ª Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), em Antígua, na Guatemala, tem-se uma importante vitória simbólica com a aprovação, em 05 de junho de 2013, dos textos da “**Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância**” e da “**Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância**”, textos nos quais, pela primeira vez em uma Convenção da OEA, **verifica-se a inclusão do conceito de orientação sexual entre as minorias protegidas** que – em consonância com o que propomos neste trabalho – **não diferencia o racismo étnico de discriminação homofóbica e transfóbica**. No texto destaca-se:

[que] A discriminação pode basear-se em [...] orientação sexual [...].

[o reconhecimento do] dever de se adotarem medidas nacionais e regionais para promover e incentivar o respeito e a

⁸³ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf. No âmbito da **Corte Europeia de Direitos Humanos** há várias decisões garantindo o direito à livre orientação sexual e vedação à discriminação: Dudgeon v. United Kingdom (1981); Norris v. Ireland (1991); Modinos v. Cyprus (1993); Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal (1999); Smith and Grady v. United Kingdom (1999); Goodwin v. United Kingdom (2002); Van Kuck v. Germany (2003); Karner v. Austria (2003); L. and V. v. Austria (2003).

observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais de todos os indivíduos e grupos sujeitos a sua jurisdição, sem distinção por motivo de [...] orientação sexual [...].

[o convencimento] de que determinadas pessoas e grupos vivenciam formas múltiplas ou extremas de discriminação e intolerância, motivadas por uma combinação de fatores como gênero, idade, orientação sexual [...].

[a consideração de] que a experiência individual e coletiva de discriminação e intolerância deve ser levada em conta para combater a exclusão e a marginalização com base em gênero, idade, orientação sexual [...].

[a afirmação que estão] **ALARMADOS** com o aumento dos crimes de ódio motivados por [...] orientação sexual.

III. Também em 2008 foi aprovada uma **Declaração da ONU** condenando violações dos direitos humanos com base na orientação sexual e na identidade de gênero. Na Declaração (A/63/635, de 22 de dezembro de 08) (ONU, 2008) os Estados **condenaram**

as violações de direitos humanos baseadas na orientação sexual ou na identidade de gênero onde queira que tenha lugar [...]. Urgimos aos Estados a que tomem todas as medidas necessárias, em particular as legislativas ou administrativas, para assegurar que a orientação sexual ou identidade de gênero não possam ser, sob nenhuma circunstância, a base de sanções penais, em particular execuções, prisões ou detenção (grifos nossos).

IV. Em 17/11/2011 o Conselho de Direitos Humanos da ONU em seu Informe Anual publicou o Documento: “**Leis e práticas e atos de violência contra indivíduos com base em sua orientação sexual e identidade de gênero discriminatórias**” (A/HRC/19/41). Trata-se de um estudo que teve como finalidade:

documenting discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity, and how international human rights law can be used to end violence and related human rights violations based on sexual orientation and gender identity.⁸⁴

Nele se reafirmam os princípios da universalidade (dos direitos humanos), da igualdade e da não-discriminação, que deixam claro que **leis**,

⁸⁴ Disponível em:

http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.41_english.pdf.

ações ou omissões governamentais contra os LGBT configurariam violação da DUDH e documentos correlatos. São listadas várias formas de violência (física e simbólica) e discriminação ainda perpetradas contra LGBT no mundo:

Homophobic and transphobic violence has been recorded in all regions. Such violence may be **physical** (including murder, beatings, kidnappings, rape and sexual assault) or **psychological** (including threats, coercion and arbitrary deprivations of liberty). **These attacks constitute a form of gender-based violence, driven by a desire to punish those seen as defying gender norms.** (...)

In addition to “street” violence and other spontaneous attacks in public settings, those perceived as LGBT may be targets of more organized abuse, including by religious extremists, paramilitary groups, neo-Nazis and extreme nationalists. Young LGBT people and those of all ages who are seen to be transgressing social norms are at risk of family and community violence. Lesbians and transgender women are at particular risk because of gender inequality and power relations within families and wider society.⁸⁵ (grifos nossos).

Ao final, são feitas **Recomendações aos Estados-parte – praticamente todas “ainda” não cumpridas pelo Brasil até os dias de hoje:**

(a) Investigate promptly all reported killings and other serious incidents of violence perpetrated against individuals because of their actual or perceived sexual orientation or gender identity, whether carried out in public or in private by State or non-State actors, and hold perpetrators accountable, and establish systems for the recording and reporting of such incidents;

(b) Take measures to prevent torture and other forms of cruel, inhuman or degrading treatment on grounds of sexual orientation and gender identity, to investigate thoroughly all reported incidents of torture and ill-treatment, and to prosecute and hold accountable those responsible; (...)

(e) Enact comprehensive anti-discrimination legislation that includes discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity among prohibited grounds and recognizes intersecting forms of discrimination; ensure that combating discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity is included in the mandates of national human rights institutions;

(f) Ensure that individuals can exercise their rights to freedom of expression, association and peaceful assembly in safety without discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity;

⁸⁵ Disponível em:

http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.41_english.pdf.

- (g) Implement appropriate sensitization and training programmes for police, prison officers, border guards, immigration officers and other law enforcement personnel, and support public information campaigns to counter homophobia and transphobia among the general public and targeted anti-homophobia campaigns in schools;
- (h) Facilitate legal recognition of the preferred gender of transgender persons and establish arrangements to permit relevant identity documents to be reissued reflecting preferred gender and name, without infringements of other human rights (grifos nossos).⁸⁶

V. E mais recentemente a ONU, através do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, publicou no dia 13 de setembro de 2012 o estudo “**Born Free and Equal**”⁸⁷ que estipula obrigações legais para os Estados-parte para proteção dos LGBT.

3.III.c. Proteção contra Homofobia em outros Países

Diante de uma série de manifestações que temos visto sobre a “exoticidade” da proposta contida no **PLC 122/06** – e que, portanto, configuram uma das justificativas para sua não aprovação e a manutenção da atual situação de anomia no Brasil –, **entendemos que, mais do que nunca, é necessário mostrar como alguns países vêm aprovando leis com conteúdos muito similares.** O objetivo não é trazer um quadro exaustivo, mas apenas mostrar alguns exemplos.

Nos **EUA** foi aprovada em 2009 uma alteração no U.S. Code, Seção 16, Título 18, §249 – conhecido como “**Matthew Shepard Hate Crimes Prevention Act**”. Em seu preâmbulo se lê:

- (1) **The incidence of violence motivated by the actual or perceived race, color, religion, national origin, gender, sexual orientation, gender identity, or disability of the victim poses a serious national problem. (...)**
- (3) **State and local authorities are now and will continue to be responsible for prosecuting the overwhelming majority of violent crimes in the United States, including violent crimes motivated by bias. These authorities can carry out their responsibilities more effectively with greater Federal assistance.**

⁸⁶ Disponível em:

http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.41_english.pdf.

⁸⁷ Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf>.

A partir disso, a lei prescreve:

§ 249. Hate crime acts

(...) (2) **OFFENSES INVOLVING ACTUAL OR PERCEIVED RELIGION, NATIONAL ORIGIN, GENDER, SEXUAL ORIENTATION, GENDER IDENTITY, OR DISABILITY**

(A) IN GENERAL — Whoever, whether or not acting under color of law, in any circumstance described in subparagraph (B) or paragraph (3), willfully causes bodily injury to any person or, through the use of fire, a firearm, a dangerous weapon, or an explosive or incendiary device, attempts to cause bodily injury to any person, because of the actual or perceived religion, national origin, gender, **sexual orientation, gender identity** or disability of any person —

(i) shall be imprisoned not more than 10 years, fined in accordance with this title, or both; and

(ii) shall be imprisoned for any term of years or for life, fined in accordance with this title, or both, if —

(I) death results from the offense; or

(II) the offense includes kidnapping or an attempt to kidnap, aggravated sexual abuse or an attempt to commit aggravated sexual abuse, or an attempt to kill.

(B) CIRCUMSTANCES DESCRIBED — For purposes of subparagraph (A), the circumstances described in this subparagraph are that—

(i) the conduct described in subparagraph (A) occurs during the course of, or as the result of, the travel of the defendant or the victim—

(I) across a State line or national border; or

(II) using a channel, facility, or instrumentality of interstate or foreign commerce;

(ii) the defendant uses a channel, facility, or instrumentality of interstate or foreign commerce in connection with the conduct described in subparagraph (A);

(iii) in connection with the conduct described in subparagraph (A), the defendant employs a firearm, dangerous weapon, explosive or incendiary device, or other weapon that has traveled in interstate or foreign commerce; or

(iv) the conduct described in subparagraph (A) —

(I) interferes with commercial or other economic activity in which the victim is engaged at the time of the conduct; or

(II) otherwise affects interstate or foreign commerce.

A menção à lei americana é particularmente importante uma vez que se trata de uma lei federal, num sistema onde a legislação é altamente descentralizada nos Estados. Ademais, trata-se de um país “liberal”, onde ainda é forte a ideia do mínimo de interferência do Estado na autonomia privada, particularmente na “liberdade de expressão”. Há grandes

semelhanças entre esta lei e nossa lei de racismo, principalmente com a alteração proposta pelo PLC 122/06⁸⁸.

Na **Noruega** o “**Anti-Discrimination Act**”, de 2006 estabelece como seu objetivo “to promote equality, ensure equal opportunities and rights and prevent discrimination based on ethnicity, national origin, descent, skin color, language, religion or belief”. De forma que esta lei, entre outras disposições, altera o Código Penal norueguês, cuja seção 135 passou a ter a seguinte redação:

Any person who wilfully or through gross negligence publicly makes a discriminatory or hateful statement shall be liable to fines or imprisonment for a term not exceeding three years. If a statement has been made in such a way as to make it suitable to reach a large number of people, it shall be considered equivalent to a statement that has been made publicly, cf. section 7, no. 2. The use of symbols is also considered to be a statement. An accessory to the act shall be liable to the same penalty.

A “discriminatory or hateful statement” means the act of threatening or insulting a person, or promoting hatred or persecution of or contempt for a person because of his or her

- a) skin colour or national or ethnic origin
- b) religion or belief, or
- c) **homosexual preference, lifestyle or orientation** (grifos nossos).

No **Reino Unido**, o **Equality Act** de 2010 é uma lei de proteção ampla contra discriminações por idade, deficiência, gênero, casamento (ou uniões civis), raça, religião ou crença, sexo e orientação sexual. O **art. 13** trata da **discriminação direta**: “(1) A person (A) discriminates against another (B) if, because of a protected characteristic, A treats B less favorably than A treats or would treat others” e o **art. 19 da discriminação indireta**: “(1) A person (A) discriminates against another (B) if A applies to B a provision, criterion or practice which is discriminatory in relation to a relevant protected characteristic of B’s”.⁸⁹

⁸⁸ Vale a pena observar ainda que é previsto que o Governo dos EUA destinará US\$ 5 milhões por ano em financiamento para os anos fiscais de 2010 até 2012 para ajudar as agências estaduais e locais pagam para investigar e julgar os crimes de ódio; e também que se exige que o FBI acompanhe as estatísticas sobre crimes de ódio com base no sexo e identidade de gênero (as estatísticas dos outros grupos já foram rastreados).

⁸⁹ Cf.

http://www.legislationline.org/download/action/download/id/3489/file/UK_Equality_Act_2010_en.pdf.

Em 2007 Portugal alterou seu **Código Penal** para colocar, entre as **circunstâncias que agravam o crime de homicídio** (previsto no art. 131): **“Ser determinado por ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo ou pela orientação sexual da vítima”** (art. 132, “f”). **Ainda, previu no art. 240 o crime de “Discriminação racial, religiosa ou sexual”**, prevendo:

1 — Quem:

a) Fundar ou constituir organização ou desenvolver actividades de propaganda organizada que **incitem à discriminação, ao ódio ou à violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa** da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, **religião, sexo ou orientação sexual, ou que a encorajem**; ou

b) Participar na organização ou nas actividades referidas na alínea anterior ou lhes prestar assistência, incluindo o seu financiamento;

é punido com pena de prisão de um a oito anos.

2 — Quem, em **reunião pública, por escrito destinado a divulgação ou através de qualquer meio de comunicação social ou sistema informático destinado à divulgação**:

a) **Provocar actos de violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa** da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo ou **orientação sexual**; ou

b) **Difamar ou injuriar pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua** raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo **ou orientação sexual**, nomeadamente através da negação de crimes de guerra ou contra a paz e a humanidade; ou

c) **Ameaçar pessoa ou grupo de pessoas por causa da** sua raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo **ou orientação sexual**;

com a intenção de **incitar à discriminação** racial, religiosa ou **sexual**, ou de a encorajar, é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos.⁹⁰

Na França, o **“Code du Travail”** prevê, em seu artigo L122-45 a **vedação contra discriminação por vários fatores, inclusive “orientação sexual”**:

Article L122-45. Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de

⁹⁰ Portugal. Assembleia da República. Lei n. 19/2013 de 21 de Fevereiro. **Diário da República**. Disponível em: <https://dre.pt/application/dir/pdf1s/2013/02/03700/0109601098.pdf>.

qualificação, de classificação, de promoção profissional, de mutação ou de renascimento de contrato em razão de sua origem, de seu sexo, de seus hábitos, **de son orientação sexual**, de sua idade, de sua situação de família, de suas características genéticas, de sua afinidade ou de sua não-afinidade, verdadeira ou suposta, a uma etnia, uma nação ou uma raça, de suas opiniões políticas, de suas atividades sindicais ou mutualistas, de suas convicções religiosas, de sua aparência física, de seu sobrenome ou, salvo incapacidade constatada pelo médico do trabalho no âmbito do título IV do livro II do presente código, em razão de seu estado de saúde ou de seu deficiência.⁹¹ (grifos nossos).

No México a “**Ley Federal para Prevenir y Eliminar La Discriminación**”, de 2003, prescreve:

Artículo 1.- Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de interés social. El objeto de la misma es **prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona** en los términos del Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como promover la igualdad de oportunidades y de trato.

(...)

Artículo 4.- Para los efectos de esta Ley se entenderá por **discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.**

También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones.

(...)

Artículo 6.- La interpretación del contenido de esta Ley, así como la actuación de las autoridades federales será congruente con los instrumentos internacionales aplicables en materia de discriminación de los que México sea parte, así como con las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales y demás legislación aplicable.

Artículo 7.- Para los efectos del artículo anterior, **cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias.**

(...)

Artículo 9.- Queda prohibida toda práctica discriminatoria que tenga por objeto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades.

⁹¹ Cf. <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/17988>.

A efecto de lo anterior, se consideran como conductas discriminatorias:

- I. Impedir el acceso a la educación pública o privada, así como a becas e incentivos para la permanencia en los centros educativos, en los términos de las disposiciones aplicables;
- II. Establecer contenidos, métodos o instrumentos pedagógicos en que se asignen papeles contrarios a la igualdad o que difundan una condición de subordinación;
- III. Prohibir la libre elección de empleo, o restringir las oportunidades de acceso, permanencia y ascenso en el mismo;
- IV. Establecer diferencias en la remuneración, las prestaciones y las condiciones laborales para trabajos iguales;
- V. Limitar el acceso a los programas de capacitación y de formación profesional;
- VI. Negar o limitar información sobre derechos reproductivos o impedir el libre ejercicio de la determinación del número y espaciamiento de los hijos e hijas;
- VII. Negar o condicionar los servicios de atención médica, o impedir la participación en las decisiones sobre su tratamiento médico o terapéutico dentro de sus posibilidades y medios;
- VIII. Impedir la participación en condiciones equitativas en asociaciones civiles, políticas o de cualquier otra índole;
- IX. Negar o condicionar el derecho de participación política y, específicamente, el derecho al sufragio activo o pasivo, la elegibilidad y el acceso a todos los cargos públicos, así como la participación en el desarrollo y ejecución de políticas y programas de gobierno, en los casos y bajo los términos que establezcan las disposiciones aplicables;
- X. Impedir el ejercicio de los derechos de propiedad, administración y disposición de bienes de cualquier otro tipo;
- XI. Impedir el acceso a la procuración e impartición de justicia;
- XII. Impedir que se les escuche en todo procedimiento judicial o administrativo en que se vean involucrados, incluyendo a las niñas y los niños en los casos que la ley así lo disponga, así como negar la asistencia de intérpretes en procedimientos administrativos o judiciales, de conformidad con las normas aplicables;
- XIII. Aplicar cualquier tipo de uso o costumbre que atente contra la dignidad e integridad humana;
- XIV. Impedir la libre elección de cónyuge o pareja;
- XV. Ofender, ridiculizar o promover la violencia en los supuestos a que se refiere el artículo 4 de esta Ley a través de mensajes e imágenes en los medios de comunicación;
- XVI. Limitar la libre expresión de las ideas, impedir la libertad de pensamiento, conciencia o religión, o de prácticas o costumbres religiosas, siempre que éstas no atenten contra el orden público;
- XVII. Negar asistencia religiosa a personas privadas de la libertad, que presten servicio en las fuerzas armadas o que estén internadas en instituciones de salud o asistencia;
- XVIII. Restringir el acceso a la información, salvo en aquellos supuestos que sean establecidos por las leyes nacionales e instrumentos jurídicos internacionales aplicables;

- XIX. Obstaculizar las condiciones mínimas necesarias para el crecimiento y desarrollo saludable, especialmente de las niñas y los niños;
- XX. Impedir el acceso a la seguridad social y a sus beneficios o establecer limitaciones para la contratación de seguros médicos, salvo en los casos que la ley así lo disponga;
- XXI. Limitar el derecho a la alimentación, la vivienda, el recreo y los servicios de atención médica adecuados, en los casos que la ley así lo prevea;
- XXII. Impedir el acceso a cualquier servicio público o institución privada que preste servicios al público, así como limitar el acceso y libre desplazamiento en los espacios públicos;
- XXIII. Explotar o dar un trato abusivo o degradante;
- XXIV. Restringir la participación en actividades deportivas, recreativas o culturales;
- XXV. Restringir o limitar el uso de su lengua, usos, costumbres y cultura, en actividades públicas o privadas, en términos de las disposiciones aplicables;
- XXVI. Limitar o negar el otorgamiento de concesiones, permisos o autorizaciones para el aprovechamiento, administración o usufructo de recursos naturales, una vez satisfechos los requisitos establecidos en la legislación aplicable;
- XXVII. Incitar al odio, violencia, rechazo, burla, difamación, injuria, persecución o la exclusión;
- XXVIII. Realizar o promover el maltrato físico o psicológico por la apariencia física, forma de vestir, hablar, gesticular o por asumir públicamente su preferencia sexual, y
- XXIX. En general cualquier otra conducta discriminatoria en términos del artículo 4 de esta Ley.⁹²

Na **Albânia**, um país sem grande tradição democrática, foi aprovada em 2013 alteração legislativa contra a homofobia. O **Código Penal** teve o **art. 50/“j”** alterado para que fosse colocada como circunstância agravante de um crime: “the commission of the offence due to motives related to gender, race, [skin] colour, ethnicity, language, **gender identity, sexual orientation**, political, religious, or philosophical convictions, health status, genetic predispositions or disability”.⁹³

⁹² E prossegue a lei: Cap. III - “Medidas Positivas e Compensatórias a favor da Igualdade de Oportunidades”; Cap. IV – “Do Conselho Nacional para Prevenir a Discriminação”; Cap. V – “Dos Procedimentos”; e o Cap. VI: “Das Medidas Administrativas para Prevenir e Eliminar a Discriminação”. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/262.pdf>. Para um estudo dessa lei cf. CARBONELL, Miguel. Consideraciones sobre La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. In: DE LA TORRE MATÍNEZ, Carlos. *Derecho a la No Discriminación*. México: UNAM, 2006, p. 205-230.

⁹³ Cf. http://www.legislationline.org/download/action/download/id/5164/file/Albania_CC_am2013_en.pdf.

Na América do Sul, destaque para a alteração dos Códigos Penais da **Colômbia** e do **Chile**. Na **Colômbia**, a **Lei n. 1482, de 2011** acrescentou o Cap. IX ao Título I do Código Penal:

Artículo 134 A. Actos de Racismo o Discriminación. El que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u **orientación sexual**, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 134 B. Hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología política, u origen nacional étnico o cultural El que promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o moral a una persona, grupo de personas comunidad o pueblo, por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u **orientación sexual**, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, salvo que la conducta constituya delito sancionable con pena mayor.

Artículo 134 C. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas previstas en los artículos anteriores, se aumentarán de, una tercera parte a la mitad cuando:

1. La conducta se ejecute en espacio público, establecimiento público o lugar abierto al público.
2. La conducta se ejecute a través de la utilización de medios de comunicación de difusión masiva.
3. La conducta se realice por servidor público.
4. La conducta se efectúe por causa o con ocasión de prestación de un servicio público.
5. La conducta se dirija contra niño, niña, adolescente, persona de la tercera edad o adulto mayor;
6. La conducta esté orientada a negar o restringir derechos laborales.⁹⁴

No **Chile**, em 2012 foram aprovadas alterações na legislação através da “**Ley Antidiscriminación**” ou “**Ley Zamudio**” (Ley 20.609, de 24/07/2012), como decorrência da comoção nacional decorrente do assassinato brutal do jovem homossexual Daniel Zamudio. Segundo as “Disposições Gerais”, tal lei tem como propósito (art. 1º):

(...) instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria.

Corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda

⁹⁴ Cf. <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/ley148230112011.pdf>.

persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Nesse sentido, a lei define o que seria a “discriminação arbitrária” (art. 2º):

(...) se entiende por discriminación arbitraria toda **distinción, exclusión o restricción** que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause **privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos** ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, **la orientación sexual, la identidad de género**, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad (grifos nossos).

A partir daí a lei estabelece os mecanismos de instauração de procedimento específico daqueles que alegarem terem sofrido “discriminação arbitrária”. Caso a ação seja julgada procedente, a **sentença** (art. 10):

(...) dejará sin efecto el acto discriminatorio, dispondrá que no sea reiterado u ordenará que se realice el acto omitido, fijando, en el último caso, un plazo perentorio prudencial para cumplir con lo dispuesto. Podrá también adoptar las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Si hubiere existido discriminación arbitraria, el tribunal aplicará, además, una multa de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal, a las personas directamente responsables del acto u omisión discriminatorio.⁹⁵

O art. 12 do Código Penal do Chile foi alterado para prever, como mais uma circunstância agravante dos crimes:

21ª. Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, **orientación sexual, identidad de género**, edad, filiación,

⁹⁵ Disponível em: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1042092>.

aparência personal o la enfermedad o discapacidad que padezca.⁹⁶ (grifos nossos).

As semelhanças entre as leis citadas e o PLC 122/06 é um dado que, mais do que nunca, mostra que o projeto nada mais faz do que se colocar a par do que já existe em vários países do mundo.

A **Suprema Corte do México** proferiu importante decisão contra a homofobia relacionada à violência simbólica, entendendo que

las expresiones discriminatorias, especialmente las homofóbicas como “puñal” o “maricón”, **no se encuentran protegidas por el derecho a la libertad de expresión consagrado en la Constitución.** Esta resolución puso fin a la disputa legal entre dos periodistas de la ciudad de Puebla. En 2010, Armando Prida Huerta, dueño del diario Síntesis, demandó a Enrique Núñez Quiroz, del diario Intolerancia, por una columna en la que Núñez Quiroz se refirió a Prida Huerta como “puñal”, y sostuvo que sólo los “maricones” escriben en el periódico Síntesis. (...) Si bien es cierto que estas expresiones se encuentran fuertemente arraigadas en el lenguaje mexicano, la SCJN señaló que las prácticas que realizan la mayoría de los integrantes de la sociedad no pueden convalidar violaciones a derechos fundamentales.

Asimismo, a pesar de que estas expresiones se emitan en sentido burlesco, **promueven y legitiman la intolerancia hacia la homosexualidad considerándola como una condición de inferioridad.** Cabe destacar que es la primera vez que se analiza y se pondera la relación y el problema entre la libertad de expresión y las manifestaciones discriminatorias.

⁹⁷

4. Da Omissão Objetiva do Legislativo Brasileiro que Resulta em Violação à Constituição e a Tratados e Convenções Internacionais

4.1. Omissão Inconstitucional – alguns parâmetros

⁹⁶ Disponível em:

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1042092&idParte=9282775&idVersion=2012-07-24>.

⁹⁷ Notícia disponível em:

http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Sentencia_de_la_SCJN_sobre_lenguaje_homof_bico_shtml. Para ler a decisão, conferir:

http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Sentencia_amparo_en_revisi_n_2806-2012.pdf.

O tratamento da questão da omissão inconstitucional e do correlato dever de mobilização do legislativo – ainda que por decorrência de mandado judicial – é uma grande conquista do constitucionalismo brasileiro advindo da Constituição de 1988 (arts. 5º, LXXI e 102, I), mas já fazia parte do constitucionalismo bem antes disso. Segundo Gonzalo A. Ramirez Cleves (2006), aparece primeiramente na Alemanha com Wessel em 1952 e depois com Mortati nos anos 1970 – e é justamente nesses dois países que tal instituto tem seus primeiros e decisivos desenvolvimentos. Depois aparece em algumas Constituições, como da Ex-Iugoslávia (1974), art. 377 e de Portugal (1976), art. 283 (na atual redação revista) e hoje é previsto na Constituição da Costa Rica (art. 173), Hungria (art. 32) e Venezuela (art. 336).

Na **Lei Fundamental de Bonn**, o **art. 1.3.** deixa claro que os Direitos Fundamentais configuram vínculo com o Legislador, com o Executivo e com o Judiciário, já que são ***direitos diretamente aplicáveis***. Em razão disso o Tribunal Constitucional alemão fundamenta suas decisões sobre “la obligación del poder legislativo de desarrollar los derechos fundamentales como exigencia adicional de su respeto y protección efectivos” (RAMIREZ CLEVES, 2006). Vale a pena lembrarmos que nossa Constituição também diz que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, §1º) em termos similares aos postos na Constituição alemã, já que, para dar cumprimento a tal ideia prevê o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Tal fato merece ser considerado se se pretende dar eficácia ao disposto em nossa Constituição.

Aí vêm as questões: 1) caberia falar na homofobia como espécie de racismo? e, 2) há uma omissão do legislador em criminalizá-la?

No julgamento do **HC 82.424/RS**, em que se discutia se as manifestações antissemitas constituíam ou não crime de racismo, o Supremo Tribunal Federal tomou como razão de decidir (***ratio decidendi***) o fato de que a divisão da espécie humana em raças é realizada por meio de um processo eminentemente político-social, não havendo que se falar em divisão biológica dos seres humanos. **O crime de racismo, portanto, tem um cunho sociopolítico donde o bem jurídico tutelado são todas as manifestações de inferioridade de um grupo de indivíduos a outro grupo.** Manifestações

essas que são motivadas pelas mais diversas forma de discriminação em virtude de origem étnica, religiosa, confessional, antropológica, biológica. Em verdade, conforme se recolhe do voto do Exmo. **Ministro Celso de Mello** no julgamento do **HC 82.424/RS**, o racismo tutela o vínculo comum da espécie humana: **“Sem qualquer hierarquia ou distinção de origem, de raça, de orientação confessional ou de fortuna, somos todos pessoa, essencialmente dotadas de igual dignidade e impregnadas de razão e consciência, identificadas pelo vínculo comum que nos projeta, em unidade solidária, na dimensão incidível do gênero humano”**. À época escrevemos nesse sentido tomando como ponto de partida o voto do **Min. Celso de Mello** nesse caso:

[O] fato de não se poder falar em tais hierarquias (ou mesmo na existência de diferentes “raças humanas”) não impossibilita a existência do crime de racismo, que ocorrerá justamente pela afirmação irracional (e psicologicamente desviante) da superioridade de um grupo sobre outro; independentemente do “nome” que se usar para denominar o critério de diferenciação preconceituosa: raça, sexo, **orientação sexual**, religião, nacionalidade, time de futebol, etc. Desde que usados num discurso intolerante e fundamentalista (...), deverão ser tidos como atos criminosos. (...) Em princípio, **todas as vezes que diferenças étnicas, de cor, de religião, de orientação sexual, etc., forem usadas para que se estabeleçam distinções – em que um grupo aparece superprivilegiado e/ou outro fica sub-privilegiado – estaremos diante do crime de racismo**. O conceito de racismo é usado, pois, a partir de parâmetros sociais e culturais para fins de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social.⁹⁸

Nessa medida, o grupo LBGT, formado por **aqueles que têm orientação sexual e/ou identidade de gênero diversas do heterossexismo cisgênero, constituem um grupo “racial” vulnerável já que a heterossexualidade cisgênera seria a única “opção” aceitável, gerando discriminações e intolerância para a minoria**. Dessa forma, e considerando que o comando normativo do **art. 5º, XLII da CF/88** é um mandamento de

⁹⁸ BAHIA, Alexandre. Anti-semitismo, tolerância e valores: anotações sobre o papel do Judiciário e a questão da intolerância a partir do voto do Ministro Celso de Mello no HC 82.424. *Revista dos Tribunais*, v. 847, maio 2006, p. 448-449 (grifos nossos).

criminalização para os poderes públicos, imperioso que o Poder Legislativo edite normas criminalizando a homofobia e a transfobia.⁹⁹

De qualquer sorte, mesmo não sendo considerado caso de racismo, os atos e agressões homofóbicas e transfóbicas são um atentado aos direitos e liberdades fundamentais do grupo LBGT, motivado apenas pela orientação sexual distinta. A norma constitucional do **art. 5º, XLI da CF/88** determina que os Poderes Públicos reprimam e protejam as liberdades fundamentais, constituindo também em um mandamento implícito de criminalização, haja vista que o que temos hoje é um estado de “**proteção deficiente**”,¹⁰⁰ já que as normas de criminalização de violências em geral não têm conseguido alcançar a diminuição dessa violência – da mesma forma que estas mesmas normas não conseguiam coibir/punir de forma eficaz a violência contra mulheres e, por isso, foi necessária a aprovação da Lei Maria da Penha.

Os mandados de criminalização, decorrentes da Constituição Federal – e de Normas Internacionais de Direitos Humanos, cf. infra –, exprimem, na verdade, um viés garantístico-positivo, isto é, visam obrigar o Estado a ofertar aos cidadãos a proteção a bens jurídicos essenciais. A não efetivação da obrigação constitucional de criminalizar, quando o mandado de criminalização decorre da própria Constituição, incide em **inconstitucionalidade por omissão**. Ora, a homofobia e a transfobia ferem de morte bens jurídicos da mais alta relevância que nossa comunidade política elegeu como norte de toda a sociedade, quais sejam, a própria dignidade humana, a integridade física e moral, a vida etc., na medida em que impõe a superioridade de um grupo sobre outro apenas pela sua orientação sexual ou identidade de gênero, real ou presumida.¹⁰¹

⁹⁹ Conforme bem define a petição inicial, “homofobia é o preconceito e/ou a discriminação contra homossexuais e bissexuais, ao passo que transfobia é o preconceito e/ou a discriminação contra travestis, transexuais e transgêneros em geral”.

¹⁰⁰ Sobre o tema ver: VIANA, Thiago G. A inefetividade da Lei Caó: uma tragédia anunciada? In: CRUZ, André Gonzalez (Org.). *Direito criminal contemporâneo*. Brasília: Kiron, 2012, p. 109-132.

¹⁰¹ Nesse sentido vale a pena a lembrança de trecho de um voto do Min. Gilmar Mendes na ADIn. n. 3112 mencionado na Petição que deu origem à ADInO. n. 26: “os mandados constitucionais de criminalização atuam como limitações à liberdade de configuração do legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais. [...] Ao lado dessa idéia de mandados de criminalização expressos, convém observar que configura prática corriqueira na ordem jurídica a concretização de deveres de proteção

Sabe-se que não há norma jurídico-penal que criminalize de forma específica as agressões e atentados contra a população LGBT. **A ausência de norma criminalizadora especial,¹⁰² ou, pelo menos, o fato de que nossa legislação não prevê qualquer agravante ou qualificadora quando um crime é praticado em razão homofóbica ou transfóbica,¹⁰³ coloca em estado omissivo os poderes públicos que têm a missão de efetivar a própria Constituição.**

4.2. Omissão Inconstitucional do Brasil: paradigma do não-reconhecimento face às exigências da Constituição e Legislação Internacional:

Verifica-se, como aponta **Bourdieu**, que o Direito (incluindo aqui seu processo de criação) opera como um campo que respalda a estrutura de poder já estabelecida, uma vez que consagra uma rede de significados que se dá em benefício do ordenamento estatal e é sustentada por este.

En una sociedad diferenciada, el efecto de universalización es uno de los mecanismos, y sin duda entre los más poderosos, a través de los cuales se ejerce la dominación simbólica o, si se prefiere, la imposición de la legitimidad de un orden social.¹⁰⁴

Ora, formalmente celebramos a redemocratização e a (re)conquista de direitos com a promulgação da Constituição de 1988; assim, temos uma Constituição institucionalmente democrática, no entanto, como lembra **María Fernanda Salcedo Repolês**

O caráter democrático da Constituição não é determinado apenas pelo seu conteúdo, mas **pela narrativa da comunidade política que constrói e reconstrói uma auto-imagem e que pode ser chamada de “Constituição viva”**, seguindo a definição norte-americana da *living Constitution*,

mediante a criminalização de condutas. Outras vezes cogita-se mesmo de mandados de criminalização implícitos, tendo em vista uma ordem de valores estabelecida pela Constituição. Assim, levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbot*), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional-penal adequado”.

¹⁰² Como existe nos EUA, Noruega, Reino Unido, México, Colômbia e Chile.

¹⁰³ Como existe em alguns países como Portugal e Albânia.

¹⁰⁴ MADEIRA, Lígia Mori. O Direito nas Teorias Sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann. *Direito & Justiça*, v. 33, n. 1, junho 2007, p. 26.

que encerra em sua definição a de identidade do sujeito constitucional.¹⁰⁵

É dizer, de fato, a Constituição de 1988 representa um avanço democrático no Brasil ao prever um extenso sistema de direitos e garantias fundamentais e, ao mesmo tempo, estabilizar estruturas democráticas, dando impulso a uma *cultura política liberal*.¹⁰⁶ De igual modo, o Sistema Internacional de Direitos Humanos e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos vêm consagrando direitos e mecanismos de defesa desses direitos (abaixo).

Contudo, a despeito de o Brasil ter construído um aparato institucional democrático, o Estado brasileiro não escapa da lógica uniformizadora e excludente, do “nós *versus* eles”, subjacente ao próprio paradigma do Estado nacional moderno (como já apontado acima), forjando práticas político-institucionais simbolicamente violentas, ocultando diversidades e complexidades ou mesmo extinguindo-as, de sorte que todos os sujeitos e comunidades plurais e *desviantes* se encontram marginalizados e distantes da proteção de um Estado verdadeiramente democrático. Como afirma Magalhães:

[O] estado e o direito moderno têm uma base que é fundamental para sua compreensão: para que o poder centralizado seja reconhecido, este estado e este direito moderno precisam uniformizar, padronizar, homogeneizar [...] eles se reproduzem, portanto, em sistemas hegemônicos [...]. Por todo o mundo, povos e suas culturas foram exterminados, idiomas desapareceram; formas de produzir de viver, formas de pensar e sentir foram ocultadas ou para sempre desaparecidas.¹⁰⁷

Nesse cenário, **nossa Constituição garante o direito de igualdade para aqueles agentes que já foram igualizados e que, portanto detêm o poder simbólico e o constituem como instrumento de imposição de suas significações dotando-os de legitimidade e tornando-os, nos campos**

¹⁰⁵ SALCEDO REPOLÊS, María Fernanda. *Quem deve ser o Guardião da Constituição? Do poder moderador ao supremo tribunal federal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 26, grifos nossos.

¹⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998, p. 439.

¹⁰⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Pluralismo Epistemológico e Modernidade*. In: MAGALHÃES José Luiz Q. de (coord.). *Direito à Diversidade e o Estado Plurinacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 122.

jurídico e político, argumentos vencedores. A questão que remanesce é: será a nova ordem constitucional capaz de construir um ambiente que possibilite à não-gente lutar e ter chances reais de postular o seu reconhecimento? Em se tratando dos LGBT, haveria espaço para que os mesmos consigam o reconhecimento da diversidade da vivência e expressão da sexualidade humana para além do binarismo moderno-europeu-ocidental?

Madeira destaca, a partir de **Bourdieu**, uma dificuldade intrínseca a tal intento, em razão da ideia de “habitus”:

[A] relação entre o campo jurídico com os demais campos se dá na medida em que há proximidade de interesses e afinidades dos *habitus*, ligados a formações familiares e escolares similares, o que favorece o parentesco das visões de mundo. Sendo assim, o campo jurídico tem um comprometimento com os valores e interesses dos dominantes.¹⁰⁸

Portanto, **a democracia não pode se reduzir simplesmente ao tratamento isonômico**, pois, se assim fosse, nivelaria as diferenças e imporia um modelo privilegiado de aceitação; é dizer, para ser incluído, o *outsider* teria que abandonar sua própria identidade (que é o que faz dele ser quem é). **Nem mesmo é suficiente o direito de igualdade implicar o reconhecimento formal das diferenças** – reconhecimento este que se dá de forma negativa (na não discriminação), e também positiva, isto é, na necessidade do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) afirmar os seus direitos –, na medida em que o excluído acaba por produzir sua racionalidade e consequente demanda **já submetido pelo *habitus* do opressor**, ou seja, subjugado por esquemas de ação-pensamento já incorporados em seu corpo e intelecto, que reproduzem na ação e nas escolhas do oprimido o sistema de signos do poder dominante já institucionalizado.

Assim, para o desenvolvimento de um Estado verdadeiramente democrático, faz-se imprescindível que **se revele e se enfrente o processo de ocultação e subalternização de subjetividades, principalmente aquelas dos *outsiders* mais marginalizados – ou seja, um terceiro sentido da Igualdade, não apenas como inonomia nem apenas como equidade, mas,**

¹⁰⁸ MADEIRA, Lígia Mori. O Direito nas Teorias Sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann, *cit.*, p. 26.

também e ao mesmo tempo, como **DIVERSIDADE** –, como, por exemplo, a população transgênera, pois esta, assim como outros *queer*, revela as riquezas das múltiplas potencialidades humanas, possibilitando a abertura não apenas das comportas da comunicação, mas das comportas que, primordialmente, homogeneizaram os signos binaristas que nortearão o processo comunicativo. São estes agentes *queer* que, com suas *excentricidades* (que se constroem como fraturas do arquétipo idealizado e só existente de forma pura nesse mundo irreal), põem à prova os limites e possibilidades da democracia e o enraizamento eurocêntrico do sistema de direitos fundamentais.

Marianna Chaves afirma que **“a identidade sexual deve ser vista como uma chave central para o livre desenvolvimento da personalidade humana e a orientação sexual não é um problema de escolha, opção, mas algo que está nas ‘profundas raízes da sexualidade humana’”**.¹⁰⁹ O mesmo vale para a identidade de gênero, evidentemente.

No entanto, o sistema de representação política brasileiro está, como entendemos, sustentado com destacável força pela tradição política de não reconhecimento, refratário às subjetividades e demandas dos agentes que ousam produzir performances sociais imaginativas desviantes daquelas detentoras de *capital social* (Bourdieu).

Tal tradição manifestada na prática política parlamentar brasileira pode ser vista – de forma notadamente mais violenta que nas demais democracias liberais ocidentais – na negativa de representar os temas por ela tidos como fraturantes (como os direitos LGBT) através não somente de sua invisibilização, mas também pela sua desqualificação como *issue*. **Para além da subjugação simbólica, estes temas têm negada a oportunidade (sequer) de sua colocação no nível da discussão.** Como antes referido, temos os exemplos da mora legislativa na implementação de leis que contemplem reivindicações dos movimentos negro e feminista, e os vários projetos de lei prevendo o reconhecimento de direitos dos homoafetivos, que normalmente são arquivados sumariamente ou permanecem sem qualquer movimentação ou decisão. Parece já se ter como banal que tal mora

¹⁰⁹ CHAVES, Marianna. Homoafetividade e Direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade – um panorama luso-brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011, p. 31.

frequentemente chegue a mais de uma década. Entendemos, porém, que tal dado não deve ser naturalizado, pois não parece ser apenas conjuntural e fortuito, mas deita raízes mais profundas, **basta lembrarmos, que desde a redemocratização o país tem experimentado alternâncias formais de grupos ideológicos de poder, da direita, à esquerda, sem que, com isso, tenha havido qualquer alteração concreta na condução de projetos programáticos que se abram a redefinir a condição destes desqualificados cívicos.**

Perceba-se que, se a situação da mora legislativa no caso de mulheres e negros é preocupante, no caso dos LGBT é ainda pior. Lá se fala em demora, em cortes (mas com aprovações); aqui se fala em ausência, total e absoluta, de qualquer lei geral protetiva ou de reconhecimento. Mesmo sob a ótica liberal (nos termos colocados acima), vê-se que há no Brasil um acentuado *déficit* democrático em função do **paradigma do não reconhecimento.**

É dizer, mesmo que não avancemos para um novo paradigma “plural” – como temos defendido ao mostrar os déficits da democracia liberal – e permaneçamos no terreno “tradicional” de medição democrática-europeia, percebemos que estamos muito aquém de outras democracias tidas como “modelo” (como a Europa Ocidental do Norte) e até de outras mais recentes, como Portugal, Espanha, Argentina e Uruguai, por exemplo. Vejamos: no terreno da democracia liberal, **Dworkin** questiona, para o caso americano, sobre se os direitos de igualdade e de liberdade podem conferir aos cidadãos o direito de tomar suas próprias decisões no que tange ao sexo quando isso não atinge diretamente outras pessoas ou se, ao revés, podem os “outros” expressar sua desaprovação (e.g., não dando emprego a tais pessoas em razão de sua sexualidade).¹¹⁰ Qual o limite entre o que se pode expressar e a discriminação que é tolerável?

Americans have accepted that some forms of private discrimination are matters of public concern, and that the law should guarantee equality of treatment for blacks, women, and the handicapped in many spheres. Why not for homosexuals as well? (...) In any case, abstaining from homosexual sex would

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue – the theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 453 et seq.

*mean no sex at all for many people, or living a lie. Should society allow discrimination against people who refuse to make a choice with such costs? **In the United States** – and in many other nations and international communities that have followed our lead in establishing constitutional rights – **these questions are also legal questions, because the American Constitution provides that individuals have certain rights that a majority may not invade.***¹¹¹

Para os americanos, segundo **Dworkin**, a discussão gira entorno de se decidir “quais liberdades” a garantia do devido processo legal considera fundamentais e quais tipos de discriminação a garantia da “igual proteção” considera injusta. Quando, em 1986, no caso *Bowers vs. Hardwick*, a Suprema Corte declarou constitucional lei estadual que criminalizava a sodomia (relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo), defendeu-se que o “due process” apenas protege “**those rights that are ‘deeply rooted in this Nation’s history and tradition’**”¹¹² – é dizer, apenas se poderia proteger os direitos do *establishment* superintegrado, numa evidência do campo jurídico como possuidor e reproduzidor do poder simbólico e como estabilizador do poder dominante por sua capacidade de nomear novos significados por ele autorizados (decisão esta posteriormente superada – *overruled* – em 2003, no caso *Lawrence vs. Texas*).

Para nós, nem isso. Quando o Congresso se recusa a tomar posição, a discutir as demandas dos agentes *queer*, elas são assim lançadas no limbo das não-demandas, ou seja, são tratadas como indignas de sequer serem reconhecidas como legítimas reivindicações sociais, de modo que seus próprios autores têm negada sua condição de demandantes, de cidadãos, de membros da soberania, retroalimentando a **tradição político-social social-darwinista eurocêntrica da arena pública brasileira, que estruturalmente produz e invisibiliza uma massa de subcidadãos, e se estes forem integrantes de algum grupo vulnerável (como é o caso dos LGBT), fica-se aí sim, impedida qualquer possibilidade de proteção de seus direitos humanos e fundamentais, nem mesmo pela “concessão” do *status quo* pela via**

¹¹¹ DWORKIN, Ronald. Sovereign Virtue – the theory and practice of equality. cit., p. 453-454 (grifos nossos).

¹¹² DWORKIN, Ronald. Sovereign Virtue – the theory and practice of equality. cit., p. 454 (grifos nossos).

legislativa, o que configura uma omissão inconstitucional por violação ao princípio da não-discriminação.

Esse limbo de não-demandas, cabe destacar, descumpra ordens constitucionais de legislar, que demandam pela aprovação de leis e não por meras discussões e por “decidir não-decidir”, ao contrário do afirmado pelo Senado em sua manifestação neste processo, a qual refutaremos em outro momento (em outra petição).

A **não-discriminação** aparece, dessa forma, como um **Direito Fundamental**¹¹³, um princípio, em nosso Ordenamento¹¹⁴. Em razão disso, entendemos, a partir das **teorias de Habermas e Dworkin**¹¹⁵, que, como **princípio**, a proibição de discriminação é uma norma, portanto, um **comando deontológico**¹¹⁶ e não mero critério de resolução de lacunas (ou antinomias)¹¹⁷ ou mesmo, comandos de otimização¹¹⁸.

¹¹³ Essa também é a posição de RIOS (RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, a. 38 n. 149 jan./mar. 2001), ainda que sob supostos diversos quanto à natureza dos princípios, também relaciona igualdade e vedação à discriminação.

¹¹⁴ Como direito fundamental à igualdade, implica também no reconhecimento dos mesmos direitos deferidos a heterossexuais, como o reconhecimento da união estável, do casamento e também da adoção.

¹¹⁵ Dworkin defende uma concepção principiológica do Direito, que possuem em sua teoria não o caráter de um instrumento hermenêutico de preenchimento de lacunas (como propõem os positivistas), mas de verdadeiras normas, cujo uso torna o sistema mais complexo, abrindo a margem de legitimidade democrática. Uma comunidade que aceitar que é governada por princípios faz com que o conjunto de normas que se reconhece como válidas possa “**expandir-se e contrair-se organicamente**, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, **sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito**” (DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 229, grifos nossos).

¹¹⁶ A partir do ponto de vista deontológico, Habermas (HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 355 *et seq.*) procura mostrar que os princípios, como normas jurídicas, possuem um caráter obrigatório, codificado de forma **binária** (direito/não-direito, válido/inválido). Valores, ao invés, concorrem entre si. Ao contrário de serem “valores”, “bens” ou “interesses” (ou de se moverem sob a mesma lógica destes), os princípios, tais quais as regras, são normas, portanto, *contêm* valores e, num caso concreto, ou são aplicados *in totum* ou não (por não serem “adequados”). Os princípios não se movem por critérios de preferência (relação custo-benefício) ou de “atratividade” mas de obrigatoriedade (normativa), logo, “não podem ser negociada a sua ‘aplicação’” (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 90).

¹¹⁷ Como pretendiam os positivistas em geral e particularmente nossa Lei de Introdução ao Código Civil (art. 4º).

¹¹⁸ Para uma crítica à teoria dos direitos como comandos de otimização, cf. BAHIA (BAHIA, Alexandre. A interpretação jurídica no Estado democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357).

Considerando o que prescreve a Constituição a respeito dos Princípios e Direitos Fundamentais, inclusive a respeito do respeito aos Tratados e Convenções Internacionais, como supracitado, entendemos que o Brasil se encontra em um estado de **omissão objetiva do dever constitucional (e convencional) de criminalizar a homofobia e a transfobia.**

Prever uma norma específica para reprimir condutas que geram lesões físicas e morais a lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais é, hoje, uma exigência clara e direta. **Não se trata de “mera” interpretação da Constituição que pudesse gerar controvérsia sobre se há, de fato, um comando ao legislador que restrinja sua “reserva legal”. Não é igualmente o caso de se estar “criando princípios” sem lastro normativo, chamando o Judiciário** (no caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ou os Tribunais internos do Brasil) **a um “ativismo”** que viole a cláusula da separação de poderes.

Na atual quadra da história **ações objetivas dos Estados** que, como o Brasil, estão inseridos nos sistemas interamericano e internacional de Direitos Humanos, **são uma exigência direta** destes mesmos sistemas no sentido de **criar mecanismos para conter a violência mas também para investigá-la e puni-la quando a mesma ocorrer.**¹¹⁹

¹¹⁹ Para além do que já foi citado acima, vale a pena transcrever algumas notícias recentes sobre o tema: “Países são obrigados a proteger pessoas contra homofobia, diz ONU. A ONU (...) declarou nesta sexta-feira (16) que todos os países “são obrigados” a proteger todas as orientações sexuais, em meio à comemoração do Dia Internacional contra a Homofobia e a Transfobia, informaram fontes da entidade. A alta comissária da ONU para os Direitos Humanos, Navi Pillay, afirmou que os países são obrigados pelo direito internacional a proteger todas lésbicas, os gays, os bissexuais e os transgêneros (LGBT) de tortura, discriminação e violência”. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2013/05/17/onu-paises-sao-obrigados-a-protoger-pessoas-contr-homofobia.htm>>. Por ocasião do “Seminário Brasil – União Europeia de Combate à Violência Homofóbica”, o Secretário-geral da ONU enviou uma mensagem aos participantes na qual se lê em certo trecho: “Muitas pessoas e governos ainda se recusam a reconhecer a injustiça da discriminação baseada na orientação sexual e identidade de gênero, assim como o sofrimento que esta causa. É por isso que devemos continuar atraindo a atenção dos Estados para esses assuntos, Estados os quais têm a obrigação legal de proteger os direitos de todas as pessoas sem distinção. Isto requer um acompanhamento e monitoramento sistemático dos abusos para garantir que os futuros debates sejam formados por fatos”. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/noticias/2013/abril/secretario-da-onu-enviou-mensagem-a-participantes-de-seminario-lgbt>.

A omissão do Estado em criar mecanismos, inclusive, para que violências homofóbicas e transfóbicas sejam registradas como tal em boletins de ocorrência (para que se abra uma linha investigativa específica e, a partir de uma legislação especial, os autores sejam punidos pelos crimes de ódio que praticaram) não apenas viola os direitos das vítimas, como também contribui para que a violência continue se reproduzindo num círculo vicioso de **VIOLAÇÃO DO BRASIL AOS COMPROMISSOS INTERNACIONAIS FIRMADOS.**

Vale lembrar que o tema da **homofobia, da transfobia e da omissão do Estado Brasileiro** já foram objeto em 2012, de, pelo menos, **duas notas à imprensa divulgadas pela COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS:**

• **Comunicado de Imprensa n. 79/12 - CIDH condena o assassinato de duas mulheres trans no Brasil:**

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) condena o assassinato de duas mulheres trans ocorrido no final de junho de 2012 no Brasil: uma pessoa ainda não identificada em Pinhas, Curitiba, estado do Paraná, e Camila de Mink em Bauru, estado de São Paulo. (...)

A CIDH lembra que é obrigação do Estado investigar de ofício fatos dessa natureza e sancionar àqueles que resultarem responsáveis. A Comissão insta ao Estado a abrir linhas de investigação que tenham em consideração se este assassinato foi cometido em razão da identidade de gênero ou da orientação sexual da vítima.

A Comissão continua recebendo informações sobre assassinatos, torturas, detenções arbitrárias e outras formas de violência e preconceito contra lésbicas, gays e pessoas trans, bissexuais e intersex. Além disso, a Comissão observa que **existem problemas nas investigações destes crimes, o que conduz, em parte, a que não se abram linhas de investigações que considerem se o delito foi cometido em razão da identidade de gênero ou orientação sexual das vítimas.** A inefetividade da resposta estatal fomenta altos índices de impunidade, os quais, por sua vez, propiciam uma repetição crônica, submetendo vítimas e seus familiares a uma situação de desamparo.

A CIDH urge ao Estado a adotar ações para evitar e reagir a esses abusos aos direitos humanos e garantir que as pessoas LGBTI possam exercer efetivamente seu direito a uma vida livre de discriminação e violência, incluindo a adoção de políticas e campanhas públicas, assim como as reformas necessárias para adequar as leis aos

instrumentos interamericanos em matéria de direitos humanos (grifos nossos).¹²⁰

• **Comunicado de Imprensa n. 89/12 - A CIDH condena assassinato de adolescente gay no Brasil**

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) condena o homicídio do adolescente de 15 anos, Lucas Ribeiro Pimentel, quem se auto-identificava como gay, no Rio de Janeiro, Brasil.

A CIDH lembra que **é obrigação do Estado investigar de ofício fatos dessa natureza e sancionar àqueles que resultarem responsáveis**. A Comissão insta ao Estado a abrir linhas de investigação que tenham em consideração se este assassinato foi cometido em razão da expressão de gênero, identidade de gênero ou da orientação sexual da vítima. *Asimismo, la CIDH reitera que el Estado tiene un deber de protección especial respecto de niños, niñas y adolescentes, quienes por su edad se encuentran en especial situación de vulnerabilidad.*

A Comissão continua recebendo informações sobre assassinatos, torturas, detenções arbitrárias e outras formas de violência e preconceito contra lésbicas, gays e pessoas trans, bissexuais e intersex. Além disso, a Comissão observa que **existem problemas nas investigações destes crimes, o que conduz, em parte, a que não se abram linhas de investigações que considerem se o delito foi cometido em razão da identidade de gênero ou orientação sexual das vítimas.** A inefetividade da resposta estatal fomenta altos índices de impunidade, os quais, por sua vez, propiciam uma repetição crônica, submetendo vítimas e seus familiares a uma situação de desamparo. **A CIDH urge ao Estado a adotar ações** para evitar e reagir a esses abusos aos direitos humanos e garantir que as pessoas LGBTBI possam exercer efetivamente seu direito a uma vida livre de discriminação e violência, incluindo a adoção de políticas e campanhas públicas, assim como **as reformas necessárias para adequar as leis aos instrumentos interamericanos em matéria de direitos humanos (grifos nossos).**¹²¹

Pois bem, diante de comandos tão específicos, se perguntado **o que o Brasil fez a respeito** a resposta é simples e preocupante: **NADA**.

A República Federativa do Brasil permanece num estado de violação ao Pacto de San José da Costa Rica e demais instrumentos internacionais de proteção aplicáveis ao caso (supracitados).

¹²⁰ Disponível em: <http://cidh.oas.org/Comunicados/Port/2012.79.htm>.

¹²¹ Disponível em: <http://cidh.oas.org/Comunicados/Port/2012.89.htm>.

Não se pode negar que o Brasil tenha avançado na proteção/promoção dos direitos dos LGBT nos últimos anos. Contudo, a ação dos Poderes Públicos ainda é muito recente e, em todo caso, insuficiente para objetivar o preceito de igualdade de direitos (artigo 5º, *caput* da Constituição de 88) de forma que o País possa cumprir um de seus objetivos que é “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (artigo 3º, IV – Constituição de 88). **Até porque praticamente só o Poder Judiciário tem trazido avanços reais/práticos e não meras declarações de boas intenções, como faz o Poder Executivo Federal brasileiro.**

As pesquisas apresentadas mostram que ainda há uma “cultura de intolerância” para com a população LGBT, um dos produtos do sexismo, da heteronormatividade e da cisnormatividade. Questões de (igualdade e violência de) gênero passam transversalmente os problemas ligados à homofobia e ao reconhecimento direitos aos LGBT. Essas homofobia transfobia, segundo os dados apresentados, se mostram em variados níveis, desde a rejeição até a violência: seja qual for o grau, no entanto, são graves atentados à cidadania e aos direitos acima elencados. **Uma “cultura política liberal” deve reconhecer o direito das minorias de coexistirem com os mesmos direitos que as majorias.** Não se trata, como mostrado, de se conceder “super-direitos” a um pequeno grupo, mas, sim, garantir a *equal protection of law*, uma vez que, principalmente no que se refere ao grau mais elevado de violência homofóbica (da agressão física até o assassinato) o Brasil possui números alarmantes e que impõe a tomada de ações específicas pelo Poder Público.

No entanto, no que se refere ao Legislativo Federal, percebe-se notadamente uma atitude de omissão em tratar dessas questões. Quer seja da violência homofóbica e transfóbica, quer de outras formas de discriminação (e por que não de violência simbólica) no que se refere a direitos ligados às uniões estáveis homoafetivas. De outro lado, há movimentos “ativos” no Legislativo a tratar da homossexualidade como doença, como desvio, como atentado à família, que buscam conter avanços já alcançados na Administração Pública ou no Judiciário. O mesmo vale para bissexualidade, travestilidade e

transexualidade. Pretende-se que a vontade da maioria seja o critério determinante dos níveis de igualdade frente às minorias, o que viola o constitucionalismo.

Ao se comparar a situação jurídica dos LGBT no Brasil e noutros países – o que mostra o descompasso (Legislativo) do primeiro frente às maiores democracias ocidentais e também aos seus vizinhos latinos – fica mais evidente que as recentes decisões do STF (ADPF 132 e ADI 4277) e do STJ (REsp 1.183.378/RS), o primeiro reconhecendo como entidade familiar a união homoafetiva (tema que já vinha consolidado na jurisprudência) e o segundo considerando possível o casamento civil homoafetivo “direto” (sem prévia união estável) são marcos importantíssimos para a luta por reconhecimento dos direitos LGBT no Brasil.

As Convenções e Documentos Internacionais citados mostram que está se consolidando um movimento global pelo reconhecimento dos direitos LGBT e pela luta contra sua discriminação. **O Brasil, que não legisla internamente nesse sentido, aparece, paradoxalmente, como proponente/sustentador de alguns desses Documentos Internacionais.**

Temos aqui um comportamento contraditório do Estado Brasileiro: no âmbito internacional, mostra-se progressista e promotor dos direitos da população LGBT, ao passo que, no âmbito interno, se mostra refratário a qualquer política pública efetiva, que saia da mera declaração de boas intenções... Se fôssemos aplicar aqui o princípio da proibição de comportamento contraditório, o Brasil seria certamente condenado por atentado à dignidade da coerência (!), por não fazer a “lição de casa” que defende que a comunidade internacional faça...

O Legislativo Federal há que colocar em coordenação com os avanços dos legislativos estaduais e dos demais poderes (e com o Direito Comparado e Internacional) e cumprir sua missão de dar seguimento ao que dispõe a Constituição da República, quando esta dispõe sobre igualdade, não discriminação enfim, com todos os Direitos Fundamentais extensamente elencados e com aqueles que são os objetivos fundamentais da República (art. 3º da Constituição)

A República Federativa do Brasil permanece num estado de violação ao Pacto de San José da Costa Rica e demais instrumentos internacionais de proteção aplicáveis ao caso (supracitados), que, como mostrado, impõem um dever claro e objetivo de criação de mecanismos legais e administrativos de persecução e punição da homofobia.

5. Dos Pedidos

- Que o GADvS e a ABGLT seja aceitos como “amici curiae” na presente ação;
- Que as razões e os fundamentos aqui apresentados sejam considerados no julgamento da ADInO. n. 26, sem prejuízo de outras petições e manifestações que se pede desde já sejam franqueadas ao peticionário;
- Que, uma vez admitidos, o GADvS e a ABGLT, através de seu Procurador, possa se manifestar oralmente quando da sessão de julgamento da presente ação;
- Por fim, por todo o exposto, pede-se que a ADInO. n. 26 seja julgada procedente nos termos dos pedidos feitos pelo autor, procedendo-se a um **controle de constitucionalidade por omissão** (nos termos propostos pela presente ação), ao mesmo tempo que seja também feito um **controle de convencionalidade também por omissão** (face os documentos internacionais apresentados).

Belo Horizonte, 08 de Janeiro de 2014.


Alexandre Gustavo de Melo Franco Bahia
OAB-MG 83.920